النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية

(إشكالية متجددة)

دراسة تحليلية نقدية في ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر

د/ علي عبد الفتاح محمد خليل

أستاذ القانون العام المساعد

كلية الحقوق – جامعة بني سويف

النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية

ملخص البحث:

تثير الرقابة على دستورية القوانين في مصر إشكالية متجددة، تتمثل في كيفية إعمال أثر الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، وذلك من الناحية الزمانية، وهي المسألة التي اختلف الفقه بشأنها، وتضارب الآراء بشأنها، وقد مرت هذه المسألة بمرحلتين، الأولى، وهي التي عاصرت صدور قانون المحكمة الدستورية العليا بموجب القانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩، والثانية هي التي تلت صدور القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، المعدل للمادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا، وانصب البحث على الوقوف على محددات النطاق الزمني لسريان حكم المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعده، وذلك في ضوء قانون المحكمة الدستورية العليا، وما سلكته المحكمة الدستورية العليا ذاتها في الإفصاح عن أثر حكمها من الناحية الزمانية، واتجاه قضاء كل من محكمة النقض، والمحكمة الإدارية العليا.

كما تعرض البحث لبعض الدراسات المقارنة للوقوف على مسلكهم من مسألة إعمال أثر الحكم بعدم الدستورية من الناحية الزمانية، وخلصت الدراسة إلى العديد من النتائج والتوصيات.

الكلمات الافتتاحية:

المحكمة الدستورية العليا – النطاق الزماني – الأثر الكاشف – الأثر المنشئ – الأثر الرجعي – الأثر المباشر.

Time Framework for the Execution of the Ruling of Unconstitutionality

Abstract

The control over the constitutionality of laws in Egypt raises a renewed problem, represented in how to implement the effect of the ruling on the unconstitutionality of a provision in a law or regulation, in terms of time, which is the issue on which jurisprudence disagreed, and conflicting opinions on it, and this issue has gone through two stages, the first, which coincided with the issuance of the Supreme Constitutional Court Law under Law No. The second is the one that followed the issuance of Law by Decree No. 168 of 1998, amending Article (49) of the Supreme Constitutional Court Law, and the research focused on identifying the determinants of the time zone for the validity of the Supreme Constitutional Court's ruling before and after the amendment, in the light of the Supreme Constitutional Court Law, and the Supreme Constitutional Court itself in disclosing the impact of its ruling in terms of time, and the direction of the judiciary of both the Court of Cassation and the Supreme Administrative Court. (48) of 1979.

The research also presented some comparative studies to find out their behavior from the issue of implementing the impact

of the ruling of unconstitutionality in terms of time, and the study concluded many results and recommendations.

Key words:
Supreme Constitutional Court time framework – constituent effect – retroactive effect – direct effect.

مقدمة

أولاً: التعريف بالموضوع:

يضم الدستور القواعد الأساسية التي يقوم عليها نظام الدولة، ويحدد لكل سلطة من سلطاتها وظائفها، والعلاقة بين هذه السلطات، ويقرر الحقوق والحريات للمواطنين، ويكفل لهذه الحقوق والحريات ضماناتها. كما أن الدستور هو الذي يحدد الفلسفة السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تسير عليها الدولة، أي أنه هو الذي يحدد الإطار العام لسياسة الدولة في جميع المجالات.

ولما كان ما سبق، فإن الدستور يتبوأ مكان الصدارة على غيره من القواعد التي تنظم المجتمع، باعتباره القانون الأسمى أو الأعلى في الدولة.

وضمانًا لاحترام سمو الدستور كان لابد من البحث عن وسيلة تضمن عدم مخالفة أحكام الدستور – من جانب السلطات العامة – وترتيب جزاء في حالة المخالفة، ولهذا اتجهت أغلب الدول إلى تقرير وتنظيم الرقابة على دستورية القوانين – صراحة أو ضمنًا – وإن اختلفت فيما بينها من زاويتين، الأولى: وتتجسد في كون هذه الرقابة سابقة أم لاحقة على صدور التشريع العادي. أما الثانية: فهي الجهة التي تمارس هذه المهمة الخطيرة والدقيقة، فهل الأنسب أن تتولاها هيئة قضائية على أساس أن رجال القضاء أقدر من غيرهم على القيام بهذه المهمة باعتبارها مسألة تتعلق بتطبيق القانون، أم تتولاها هيئة ذات طابع سياسي تحقيًا لمبدأ الفصل بين السلطات ومنعًا للحساسية بين المشرع والسلطة القضائية.

ولا شك أن مضمون الحكم أو القرار الصادر في الفصل في المسألة الدستورية يختلف باختلاف توقيت الرقابة، وهل هي رقابة سابقة أم لاحقة على صدور القانون، فالرقابة السابقة تعني الاستمرار في إجراءات إصدار القانون في حالة عدم مخالفته للدستور، أو الامتناع عن السير في هذه الإجراءات في حالة مخالفته للدستور.

أما بالنسبة للرقابة اللاحقة فإن أثر الحكم يثير مشكلة من زاويتين، الأولى: عن حجية الحكم، وهل هي مطلقة تسري على الكافة أم نسبية تقتصر على أطراف الدعوى؟ وأما الثانية: فهي عن المدى الزمني للحكم، وهل يطبق الحكم بأثر رجعي، أم يقتصر على المستقبل فقط، وهو ما اصطلح على تسميته "النطاق الزمني لتنفيذ الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستروية".

ذلك المفهوم الذي ينصب على تحديد التاريخ الذي تمتد إليه آثار الحكم، وبالتالي الوقوف على ما إذا كانت هذه الأحكام تنفذ بالنسبة للمستقبل فقط، أم يكون لها أثر رجعي، سواء بصفة عامة أم في بعض الحالات وذلك بالنسبة للأحكام الصادرة بعدم الدستورية باعتبارها أحكامًا كاشفة للعوار الذي اعترى التشريع المطعون في دستوريته، وذلك على خلاف الأحكام التي تصدر بعدم القبول أو الرفض، فلا تثير هذه الحالات أية تساؤلات حول تنفيذها على اعتبار أنها لا تمس دستورية التشريع الطعين[1].

وقد تبنى المشرع الدستوري المصري منذ العمل بدستور ١٩٧١ الصادر في ١١ سبتمبر ١٩٧١، مركزية الرقابة على دستورية القوانين، إذا

(١) راجع في ذلك تفصيلاً: د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، ٢٠٠٠، ص٦٢.

أسند المشرع الدستوري في الدستور المذكور للمحكمة الدستورية العليا، هذه المهمة؛ إذ نصت المادة (١٧٥) منه على أن "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح... كما نصت المادة (١٧٨) من الدستور المذكور، على أن "تنتشر 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" وعلى هذا النحو فقد تحدث دستور ١٩٧١، صراحة عن الأحكام الصادرة بعدم دستورية نص تشريعي على وجه الخصوص، وفوض المشرع العادي في ترتيب أثر الحكم بعدم الدستورية.

وتنفيذًا لهذا التكليف الدستوري فقد نص قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ – قبل تعديله بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨– في المادة (٤٩) منه على أن "أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية، وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة".

وتنتشر الأحكام والقرارات المشار إليها في الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يومًا على الأكثر من تاريخ صدورها.

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

فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادًا إلى ذلك النص كأن لم يكن، ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه.

ولقد احتدم الخلاف بين الفقه الدستوري المصري حول تفسير هذا النص وعما إذا كان الحكم الصادر بعدم الدستورية يطبق بأثر رجعي على الوقائع التي حدثت قبل صدوره، أم أنه يسري بأثر فوري وينفذ بالنسبة للمستقبل فقط، وذلك في غير المسائل الجنائية.

وإثر احتدام الجدل حول آثار أحكام القضاء الدستوري – خاصة الأحكام الصادرة بعدم دستورية النصوص التشريعية فقد توقع الفقه أن يصدر تعديل تشريعي لحسم الخلاف حول أثر الحكم بعدم الدستورية، إلا أن ما حدث زاد من هوة هذا الخلاف، إذ صدر قرار رئيس جمهورية مصر العربية بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، بتعديل الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا[١]، ونص في مادته الأولى على أن "يستبدل بنص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ النص الآتي:

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

---

(١) صدر هذا القرار بقانون بتاريخ ١٩٩٨/٧/١٠ ونشر في الجريدة الرسمية بالعدد رقم ٢٨ مكرر الصادر في ١٩٩٨/٧/١١، ونشر بشأنه استدراك عن خطأ مادي بإضافة كلمة "أسبق" ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخًا آخر في العدد ٢٨ مكرر (ب) الصادر بتاريخ ١٩٩٨/٧/١٢.

ونص في المادة الثانية منه على أن "ينشر هذا القرار بقانون في الجريدة الرسمية، ويكون له قوة القانون ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره".

وقد آثار هذا التعديل جدلاً واسعًا منذ صدوره وانقسم الرأي بشأنه بين فريقين: فريق يؤيد التعديل ويعتبر ما استقرت عليه المحكمة في قضائها على ما يقرب من عشرين عامًا كان مخالفًا للدستور ولقانون المحكمة ذاتها، وفريق آخر رفض التعديل واعتبره مخالفًا للدستور في مضمونه فضلاً عن أنه يؤدي إلى الانتقاص من سلطات المحكمة، ويضفي على أحكامها نوعًا من التسييس خاصة فيما يتعلق بسلطة المحكمة في تقدير أثر حكمها في ضوء ظروف الحكم الذي تصدره بعدم الدستورية، إذا حددت لنفاذ حكمها تاريخًا آخر، غير اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية.

ومازالت هذه الإشكالية مطروحة على بساط البحث، ولم يستقر الرأي بشأنها، خاصة وأن التعديل الذي أجرى بموجب القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ لم يكن واضحًا في ألفاظه، ولا حاسمًا في حكمه، وقد استندت المحكمة الدستورية العليا إلى ما ورد في المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون في إعمال أثر حكمها، ويرى بعض الفقه أن المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة سواء قبل تعديل عام ١٩٩٨، أو بعده متناقضة في بعض فقراتها مع صريح نص قانون المحكمة، وأن شبهات عدم الدستورية تلاحق التعديل الذي أجرى على قانون المحكمة بموجب القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، سواء بالنظر إلى دستور ١٩٧١ الصادر في ظل التعديل، أو في ظل الدستور الحالي الصادر عام ٢٠١٤.

ولما كان ذلك فقد ظلت مسألة تحديد النطاق الزمني لسريان وإعمال أثر الحكم بعدم الدستورية محل خلاف بين الفقه ولم يرتض فريق كبير من الفقه، نهج المحكمة الدستورية في تفسير وإعمال نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا، بعد تعديل عام ١٩٩٨، وقبله أيضًا. وما سبق جعلني أحاول أن أتعرض لهذه المسألة الشائكة المتعلقة بالنطاق الزمني لأثر الحكم بعدم الدستورية.

ولا أزعم أنني أبحث موضوع له طابع الجدة، فقد سبقني إلى ذلك – ومنذ زمن بعيد – أساتذة أجلاء، وفقهاء مشهود لهم، وباحثين، ولكني فقط أحاول إعادة بحث هذه المسألة الشائكة خاصة في ظل الدساتير التي ظهرت على السطح في النظام القانوني المصري، وخاصة الدستور الحالي الصادر في عام ٢٠١٤؛ إذ قد تبنى هذا الدستور مواد مشابهة لما وردت في دستوري ١٩٧١، ٢٠١٢ لعمل المحكمة الدستورية العليا[١].

ثانيًا: أهمية الموضوع:

تأتي أهمية موضوع البحث من أنه يتعلق بأهم مرحلة في الدعوى الدستورية، المتعلقة بتحديد النطاق الزماني لإعمال أثر الحكم الصادر بعدم

---

(١) تنص المواد (١٩١، ١٩٢، ١٩٥) من دستور ٢٠١٤، على أن:

- مادة (١٩١): "المحكمة الدستورية العليا جهة قضائية مستقلة قائمة بذاتها....".
- مادة (١٩٢): "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واللوائح....".
- مادة (١٩٥): "تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا، وهي ملزمة للكافة وجميع سلطات الدولة، وتكون لها حجية مطلقة بالنسبة لهم.
وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار".

دستورية نص تشريعي، فهذا الأثر يتعلق بمسألة التعامل مع النص المقضي بعدم دستوريته، وذلك من حيث تحديد تاريخ إعمال أثر الحكم، وخاصة مدى سريانه بأثر رجعي يرتد إلى تاريخ صدور التشريع المقضي بعدم دستوريته، وبيان ما إذا كان هذا الأثر الرجعي يطبق بصفة مطلقة على جميع التشريعات، أم أن ذلك الأثر الرجعي يستثنى منه مسائل ذات طبيعة خاصة. وكذلك بيان مدى إمكانية تطبيق أثر الحكم بصفة فورية بحيث يطبق على الوقائع والحالات التي تحدث بعد صدور حكم المحكمة الدستورية، وهو ما يعرف بالأثر المنشئ للحكم بعدم الدستورية، والوقوف على ما سبق مسألة ليست من السهولة بمكان؛ إذ قد تجاذبت الآراء واختلفت الأحكام بشأنها مما يضفي على بحث هذا الأمر أهمية كبيرة.

ثالثًا: نطاق البحث:

حاولت في البحث أن أجعل له نطاقًا محددًا من الناحية الزمانية التي تبدأ من صدور دستور ١٩٧١، وما تبعه من تعديلات ودساتير جديدة، وفي ضوء قانون المحكمة الدستورية العليا في صورته الأولى التي صدر بها عام ١٩٧٩، وما أجري عليه من تعديل هام بموجب القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨. ولما كان ذلك؛ فإن بحث مسألة النطاق الزماني لإعمال أثر الحكم بعدم الدستورية سوف يقتصر على قضاء المحكمة الدستورية العليا بصفة أصلية دون التعرض لما سبقها، وخاصة في ظل المحكمة العليا، التي أنشأت بموجب القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩، أو المرحلة السابقة على إنشاء المحكمة العليا إلا إذا فرضت ظروف البحث غير ذلك.

رابعًا: منهج البحث:

فرضت الدراسة بحث موضوعها من خلال أكثر من منهج علمي؛ إذ يأتي المنهج الاستقرائي التحليلي في المقدمة، وتبعه المنهج المقارن، في حين لم يغب المنهج التاريخي عن بساط البحث، باعتبار أن الدراسة تتبع منهج المحكمة الدستورية العليا في تحديد تاريخ إعمال أثر حكمها الصادر بعدم الدستورية في ظل قانونها وما أجري عليه من تعديلات.

خطة البحث:

جاء هذا البحث على فصلين تسبقهما مقدمة للموضوع، وخاتمة له تتضمن أهم النتائج والتوصيات، وذلك على نحو ما يلي:

- المقدمة.
- **الفصل الأول:** النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في ضوء المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا قبل تعديلها.
- **الفصل الثاني:** النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية بعد تعديل عام ١٩٩٨.
- خاتمة البحث.
- قائمة المراجع.
- فهرس الموضوعات.

الفصل الأول

النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في ضوء المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا قبل تعديلها

تمهيد وتقسيم:

أسلفنا القول في مقدمة الدراسة أن المشرع الدستوري المصري، تبنى مركزية الرقابة على دستورية القوانين في دستور ١٩٧١، إذ أسند للمحكمة الدستورية العليا مهمة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، ونصت المادة (١٧٨) من الدستور المذكور في عجزها على أن "... ينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار"، وعندما صدر قانون المحكمة الدستورية بالقانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩، نصت المادة (٤٩) منه على أن "... ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم.

فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادًا إلى ذلك النص كأن لم تكن، ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه".

وقد أثار هذا النص الجدل، واحتدم بشأنه النقاش، رغم وضوح ألفاظه، ومما ساعد على تصاعد وتيرة الجدل بشأنه، هو التناقض الذي صاحب صدوره بين ما ورد في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة، وما ورد بتقرير لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية في مجلس الشعب في ذلك الوقت، وكذلك ما صدر عن المحكمة ذاتها، والمحاكم الأخرى في شأن بيان مفهوم

هذا النص، ونطاق سريانه الزمني في حال الحكم بعدم دستورية تشريع أو نص في هذا التشريع.

وللوقوف على عتبات هذا الخلاف، نتناول في هذا الفصل، موقف الفقه من هذه المسألة، وذلك في مبحث أول، ثم نبين اتجاهات القضاء بشأنه، وذلك في مبحث ثان، ثم نبين رأينا في هذه المسألة في مبحث أخير، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: موقف الفقه من النطاق الزماني للحكم الصادر بعدم الدستورية.

المبحث الثاني: اتجاه المحكمة الدستورية العليا بشأن النطاق الزمني لتنفيذ الحكم الصادر بعدم الدستورية في تلك الفترة.

المبحث الثالث: رأي الباحث في مسألة النطاق الزمني قبل التعديل.

المبحث الأول

موقف الفقه من النطاق الزمني للحكم الصادر بعدم الدستورية

تنص المادة (١٧٨) من الدستور المصري الصادر في ١١ سبتمبر ١٩٧١ (الملغي) على أن "تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية، والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية، وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم الدستورية من آثار"[١].

وبهذا النص يكون المشرع الدستوري المصري قد فوض المشرع العادي في تحديد الآثار التي تترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي. وإعمالاً لهذا التفويض نصت المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشيريعي من آثار. إذ نصت الفقرتان الثالثة والرابعة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا، على أن "... ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم.

---

(١) ومن الجدير بالذكر، أن نص المادة (١٩٥) من دستور ٢٠١٤، يكاد يكون متطابقًا مع نص هذه المادة من دستور ١٩٧١؛ إذ تنص المادة ١٩٥، من دستور ٢٠١٤، على أن "تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا، وهي ملزمة للكافة وجميع سلطات الدولة، وتكون لها حجية مطلقة بالنسبة لهم. وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار".

فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادًا إلى ذلك النص كأن لم تكن. ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه".

وظاهر هذا النص يعني أن الحكم الصادر بعدم الدستورية في غير المجال الجنائي لا يسري سوى بأثر مباشر، أي مما مفاده، أن يظل النص المقضي بعدم دستوريته صحيحًا ومنتجًا لأثاره كافة من تاريخ صدوره وحتى اليوم التالي لنشر الحكم بعدم دستوريته، ومما قد يوحي بصدق هذا المعنى أن المشرع وبعد أن أقر وفقًا للظاهر مبدأ الأثر المباشر، عاد واستثنى الأحكام المتعلقة بنصوص جنائية وجعلها تنطبق صراحة بأثر رجعي[1]. والمعنى السابق هو ما أيده تقرير لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية بمجلس الشعب آنذاك لمشروع قانون المحكمة الدستورية العليا، حيث ذهب هذا التقرير في معرض تعليقه على هذا النص، "ومقتضى ذلك أن بطلان النص المخالف للدستور يتم من هذا التاريخ – التاريخ اللاحق للحكم – وليس في ذلك أية مخالفة أو تعارض مع نص الدستور، حيث ترك المشرع الدستوري أمر تحديد آثار الحكم بعدم الدستورية للمشرع العادي دون تقييده بقاعدة ما في هذا الصدد...".

ومع ذلك فإنه استثناء من القاعدة العامة التي أخذ بها المشرع بشأن الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية قرر بالنسبة للنصوص الجنائية أن

---

(١) انظر: د. جابر جاد نصار، الأداء التشريعي لمجلس الشعب، والرقابة على دستورية القوانين في مصر... ص١٤٨، د. محمد عبد الواحد الجميلي، آثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا، ص٦٠-٦١.

يبطل العمل بالنص الجنائي – سواء كان عقابيًا أو متعلقًا بالإجراءات الجنائية – من التاريخ آنف الذكر على أن تعتبر الأحكام الصادرة بالإدانة استنادًا إلى النص الباطل دستوريًا كأن لم تكن[1].

في حين جاءت المذكرة الإيضاحية للمادة المذكورة بعبارات تؤكد عكس هذا المعنى؛ إذ ذهبت في إيضاحها لهذا النص ما يفيد أنها تقرر الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية، ومما جاء منها في هذا الصدد، "وتناول القانون الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي نلشر الحكم وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب وإنما إلى الوقائع أو العلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص....".

وإزاء هذا التعارض الواضح بيّن ما ورد بنص القانون وما ورد بالمذكرة الإيضاحية، أثير التساؤل بين الفقه عما إذا كان الحكم الصادر بعدم الدستورية له طبيعة كاشفة وبالتالي يطبق بأثر رجعي، أم أن له طبيعة منشئة وبالتالي يسري بأثر فوري وينفذ بالنسبة للمستقبل فقط، خلافًا للأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة.

وقد انقسم الفقه الدستوري في مصر في شأن تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية قانون إلى فريقين نادى أولهما: بالأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية، بينما تمسك

---

(١) ملحق مضبطة مجلس الشعب، الجلسة الثانية في ١٩٧٩/٧/١٨، ص٨٨٩.

ثانيهما بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، وهذا ما أتناوله في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول
الاتجاه المؤيد للأثر الفوري المباشر للحكم الصادر بعدم الدستورية

يذهب أنصار هذا الاتجاه[1] إلى أن الحكم بعدم الدستورية يعد منشئًا لحالة عدم الدستورية، وليس كاشفًا عنها، ومن ثم، فإن الحكم يسري بأثر فوري من اليوم التالي لنشره، ولا يسري بأثر رجعي، أي لا ينطبق على الوقائع والعلاقات السابقة على صدوره إلا إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائي.

ويستدل أنصار هذا الاتجاه على صحة ما ذهبوا إليه بعدة حجج، وهي كالتالي:

أولاً– صريح نص الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا، واللذان جرى نصهما كالتالي:

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

---

(١) انظر:

- د. محمد حسنين عبد العال، القانون الدستوري، ١٩٩٢، دون دار نشر، ص١٦٢ وما بعدها.
- د. مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري، ١٩٩٦، دون دار نشر، ص (جـ) وما بعدها.

فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادًا إلى ذلك النص كأن لم تكن...".

فالفقرة الأولى جلية في أن الأحكام بعدم الدستورية تطبق من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية، ومن ثم لا محل لإعمال أثرها على الماضي.

والدليل على ذلك – من وجهة نظرهم – ما نصت عليه المادة ٤/٤٩ من رجعية بالنسبة للأحكام الجنائية، ولو كانت الأحكام بعدم الدستورية تسري بأثر رجعي ما كان المشرع بحاجة إلى هذه الفقرة. فوضوح النص في عباراته ودلالة ألفاظه يغني عن الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية؛ فنص المادة (٤٩) واضح وهو يفرق في الحكم بين النصوص الجنائية من ناحية، حيث يجعل للحكم فيها أثرًا رجعيًا، والنصوص غير الجنائية حيث يجعل للحكم فيها أثرًا مباشرًا، وإذا كان المشرع يريد إقرار الأثر الرجعي للحكم في غير المواد الجنائية لاكتفى بعبارة "يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من دون أن يحدد لترتيب هذا الأثر تاريخًا معينًا هو تاريخ النشر[١].

ومفاد ما سبق أن المحكمة الدستورية العليا لا تملك سوى الحكم بعدم دستورية النص، أو إلغاء قوة نفاذة وذلك بالنسبة للمستقبل فقط، وذلك باستثناء الحكم بعدم دستورية نص جنائي حيث تعتبر الأحكام الصادرة استنادًا إلى هذا النص كأن لم تكن، ومن ثم لا يترتب على الحكم بعدم الدستورية إلغاء النص أو تقرير انعدامه، خاصة وأن النصوص الدستورية

---

(١) تم إيراد هذه الحجج بالتفصيل في: د. صلاح عبد البديع السيد، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص٤٠-٤٢.

والقانونية لم تنص على ذلك صراحة، وأن البطلان أو الانعدام يجب أن يتقرر بنص صريح، فضلاً عن أن تقرير الانعدام من جانب المحكمة الدستورية العليا يمثل افتئاتًا صارخًا على السلطة التشريعية، ويخرج عن نطاق صلاحية المحكمة الدستورية العليا[1].

ويستدعي أنصار هذا الاتجاه تقرير لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية، بشأن مشروع قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩، مستقيًا منه حجة أخرى يعضد بها تحليله، قائلين أنه من المسلمات والبديهيات أن يكون المرجع في فهم نصوص قانون ليس المذكرة الإيضاحية الأولى التي صاحبت المشروع عند وروده من الحكومة، وإنما تقرير – اللجنة المختصة – لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية وما انتهى إليه المجلس التشريعي[2] الذي أقر هذا المشروع، وتقرير اللجنة المشار إليها كان واضحًا وصريحًا في هذا الشأن؛ إذ ذهب في تحديد المقصود من المادة

---

(١) انظر: د. محمد حسنين عبد العال، القانون الدستوري ص١٦١ وما بعدها، وقريب من هذا د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص٨١٧.

(٢) وقد انتقد أستاذنا الدكتور/ أنس جعفر التعارض الظاهر بين نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا والتي يفهم منها أن أثر الحكم فوري ومستقبلي، والمذكرة الإيضاحية للقانون التي يفهم منها أن للحكم أثر رجعي باستثناء حالات محددة، مؤكدًا على أن التفسير السليم للنص يقتضي الحد من رجعية الأثر، بحيث يشمل الأحكام التي صدرت قبل حكم عدم الدستورية، ومع احترام الحقوق المكتسبة، وحجية الأحكام التي تمنع إعادة الفصل في الدعوى التي سبق الفصل فيها، خاصة عندما تثار كمسألة أولية.

راجع: أستاذنا الدكتور/ محمد أنس جعفر، الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة تطبيقية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، هامش ص ١٤١.

(٤٩) من المشروع على أن أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة.

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

"ومقتضى ذلك أن بطلان النص المخالف للدستور يتم من هذا التاريخ اللاحق للحكم وليس في ذلك أية مخالفة أو تعارض مع نص الدستور، حيث ترك المشرع الدستوري أمر تحديد آثار الحكم بعدم الدستورية للمشرع العادي دون تقييده بقاعدة ما في هذا الصدد، ومع ذلك فإنه استثناء من القاعدة العامة التي أخذ بها المشروع بشأن الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية قرر بالنسبة للنصوص الجنائية أنه يبطل العمل بالنص الجنائي – سواء أكان عقابيًا أم متعلقًا بالإجراءات – من التاريخ آنف الذكر على أن تعتبر الأحكام الصادرة بالإدانة استنادًا إلى النص الباطل دستوريًا كأن لم يكن ويتعين على رئيس هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه طبقًا لنص المشروع".

وإذا كانت المذكرة الإيضاحية المقدمة من وزارة العدل تضمنت تفسيرًا عكسيًا للمادة (٤٩) فإن العبرة – لدى أنصار هذا الاتجاه – بما ورد في تقرير "اللجنة التشريعية والمجلس التشريعي الذي أقر هذا المشروع"[١].

ثانيًا– إذا كان البعض يستند في تفسير نص المادة (٤٩) سالفة الذكر (قبل تعديلها) لكي يقرر الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية إلى ما جاء بالمذكرة

---

(١) د. مصطفى أبو زيد، الدستور المصري، ص (و).

الإيضاحية لهذا النص، فإن الاستناد إلى ما جاء بهذه المذكرة ليس صحيحًا للأسباب الآتية[1]:

(١) عند التعارض بين نص صريح واضح وبين المذكرة الإيضاحية يجب تغليب النص، وذلك وفقًا لقواعد التفسير المستقرة.

(٢) أن المذكرة الإيضاحية استندت في بيانها لأثر الحكم بعدم الدستورية إلى آراء الفقه وأحكام القضاء وليس إلى قصد المشرع، والمعلوم أنه لا يشار إلى المذكرة الإيضاحية للبحث عن تفسير نص معين إلا بمعرفة قصد المشرع وليس للبحث عن الآراء الفقهية، ومادامت المذكرة الإيضاحية استندت إلى آراء فقهية؛ فإن ذلك لا يحول دون ظهور آراء فقهية أخرى تفسر النص تفسيرًا آخر[2].

(٣) إن المذكرة الإيضاحية ذاتها قد شابها التناقض عندما أقرت الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية ثم استثنت المراكز والحقوق التي تكون قد استقرت عند صدوره، إما بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادم، ومظهر التناقض هنا؛ أنها اعتبرت النص غير دستوري منذ صدوره، ومع ذلك فإن ما يترتب عليه من حقوق ومراكز يكون صحيحًا ومن غير المفهوم والمعقول أن يكون صحيحًا ما ترتب على نص باطل قضى بعدم دستوريته.

---

(١) د. مصطفى أبو زيد فهمي، نحو نقد علمي لقضاء المحكمة الدستورية العليا، مقال منشور بجريدة الأهرام بتاريخ ١٩٩٦/٦/١٧م.

(٢) د. مصطفى أبو زيد فهمي، نحو نقد علمي لقضاء المحكمة الدستورية العليا، المرجع السابق.

(٤) أن المذكرة الإيضاحية اعتراها القصور، حيث قصرت الاستثناء من الأثر الرجعي على الحقوق والمراكز التي استقرت بناءً على حالتي الحكم البات والتقادم وهذا القصور هو الذي أدى بالمحكمة الدستورية العليا إلى مد نطاق الاستثناء استجابة للضرورة العملية عندما قضت سنة ١٩٩٠م بعدم دستورية النص الخاص بطريقة انتخاب مجلس الشعب ومع ذلك اعتبرت صحيحًا كل ما صدر عن المجلس المنتخب بناء على هذا النص من قوانين وقرارات دون أن تكون مستندة إلى حكم بات أو تقادم.

ثالثًا- يرى البعض أن المحكمة الدستورية العليا محكمة سياسية وقانونية، وأن نصوص الدستور ليست قانونًا خالصًا ولكنها أمال وأمان سياسية أيضًا، ولهذا فهي تغير اتجاهها أحيانًا، ومن ثم كان من الطبيعي والمتوقع أن يكون لتلك المحكمة دور إنشائي يتجاوز حدود التطبيق الحرفي لنصوص القانون، خاصة أنها تقوم أساسًا على تطبيق نصوص قانونية لها طبيعة خاصة، وهي نصوص الدستور التي يقع بعضها على الحدود الفاصلة بين عالم السياسة وعالم القانون، وخلصوا من ذلك إلى أنه ينبغي ألا يكون لأحكامها أثر رجعي.

رابعًا- إن التشريع إذا ما اعتاد الناس على تطبيقه، فإن الحكم بعدم دستوريته بعد فترة طويلة يخلق نوعًا من الإخلال بالأمن القانوني ولا يجوز

أن تتحول الرقابة على دستورية القوانين إلى وسيلة للهدم وهز الاستقرار[١]. وذلك إذا ما طبق الحكم بأثر رجعي.

خامسًا- إن قياس الحكم بعدم الدستورية مع حكم الإلغاء هو قياس فاسد نظرًا لاختلاف مصدر القانون عن مصدر القرار، وتحصين القرار بعد انقضاء فترة زمنية، فالحكم بعدم دستورية النص المخالف للدستور من تاريخ صدوره – أي صدور القانون- لا يتفق وصحيح القانون، فالحكم بعدم الدستورية لا يعدم النص المخالف للدستور، ولكن يقضي على قوة نفاذه، أما إعدام النص فليس من سلطة المحكمة الدستورية العليا، ولكنه اختصاص محجوز للمشرع وحده[٢].

ونخلص مما سبق أن هذا الاتجاه الفقهي يرى أن لحكم المحكمة الدستورية العليا أثر مباشر في غير المسائل الجنائية ويتمسكون في ذلك بصياغة نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة والتي نصت على أنه يترتب على الحكم بعدم الدستورية عدم جواز تطبيق هذا النص من اليوم التالي لنشر الحكم، وأن هذا المبدأ – من وجهة نظرهم – قد تأكد بالاستثناء الذي أورده النص والمتعلق بالأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة واعتبارها كأن لم

---

(١) د. أحمد فتحي سرور: مقال بعنوان "مطلوب تغيير قانون المحكمة الدستورية العليا وليست هناك نية مبيتة ضدها"، منشور بجريدة المصور، العدد ٣٧٢٧، بتاريخ ١٩٩٦/٣/١٥م.

(٢) انظر: د. محمد محمد بدران، أحكام المحكمة الدستورية العليا في الضرائب بين الأثر الرجعي والأثر المباشر، في تعليقه المنشور بجريدة الأهرام على تعديل الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٩٩٨/٧/٢٧م.

تكن، فلو كان للحكم أثر رجعي ما كان المشرع بحاجة إلى هذا الاستثناء[١]. ولهذا ذهب بعض أنصار هذا الاتجاه الرافض للأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية إلى أن "المحكمة لا تملك سوى الحكم بعدم دستورية النص، أو إلغاء قوة نفاذه بالنسبة للمستقبل فقط، وذلك باستثناء الحكم بعدم دستورية نص جنائي، حيث تعتبر الأحكام الصادرة استنادًا إلى هذا النص كأن لم تكن، ومن ثم لا يترتب على الحكم بعدم الدستورية إلغاء النص أو تقرير انعدامه، خاصة وأن النصوص الدستورية والقانونية لم تنص على ذلك صراحة، وأن البطلان أو الانعدام يجب أن يتقرر بنص صريح، فضلاً عن أن تقرير الانعدام من جانب المحكمة الدستورية العليا يمثل افتئاتًا صارخًا على السلطة التشريعية، ويخرج عن نطاق صلاحية المحكمة الدستورية العليا"[٢].

فالحكم بعدم الدستورية لا يعدم النص المخالف للدستور، ولكن يقضي على قوة نفاذه، أما إعدام النص فليس من سلطة المحكمة الدستورية العليا، ولكنه اختصاص محجوز للمشرع وحده[٣].

---

(١) انظر في ذلك: د. محمد حسنين عبد العال، القانون الدستوري، ١٩٩٢، ص١٦١ وما بعدها. د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص٨١٧.

(٢) د. محمد حسنين عبد العال، القانون الدستوري، المرجع السابق، ص١٦١ وما بعدها.

(٣) د. محمد محمد بدران، أحكام المحكمة الدستورية العليا في الضرائب بين الأثر الرجعي والأثر المباشر، المرجع السابق، تعليق لسيادته منشور في جريدة الأهرام على تعديل الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٩٩١/٧/٢٧

وعلى نقيض ما سبق، ذهب اتجاه فقهي آخر – غالب – إلى أن للحكم بعدم الدستورية – كأصل عام – أثر رجعي يرتد إلى تاريخ صدور التشريع المقضي بعدم دستوريته، مستندين في ذلك للعديد من المبررات، وهذا ما أتناوله في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني

الاتجاه الفقهي المؤيد للأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية

يذهب الاتجاه الغالب في الفقه الدستوري المصري إلى أن الأصل في أحكام القضاء أنها كاشفة وليست منشئة. وأن الحكم الصادر بعدم الدستورية – مثله مثل كل الأحكام القضائية – يعد ذا طبيعة كاشفة، فهو يكشف عن العوار الدستوري الذي يلازم النص التشريعي منذ صدوره ولا ينشئه. الأمر الذي يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة، ومن ثم، فإن الحكم بعدم الدستورية لا يقتصر أثره على المستقبل فحسب، وإنما ينسحب بأثر رجعي، ليعمل حكم الدستور في شأن الوقائع التي نشأت في ظل التشريع المحكوم بعدم دستوريته، وترتبت بمقتضاه آثار قانونية بالنسبة لها[1].

---

(١) من أنصار هذا الاتجاه الفقهي:

- د. عبد العزيز محمد سالمان: الآثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية العليا والمشكلات العلمية التي تثيرها، الطبعة الثانية سنة ٢٠٠٠، ص٣٠٣ وما بعدها.
- د. عاطف البنا، مقال بعنوان: المشروعية الدستورية وأساس سلطة الحكم، منشور بجريدة الوفد، بتاريخ ١٩٩٨/٧/١٦.
- د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص٢١٨.

وقد استند أصحاب هذا الاتجاه الفقهي، للتدليل على صحة وجهة نظرهم بالعديد من الحجج، نوجزها فيما يلي:

أولاً- إن عبارات المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا قد جاءت صريحة وواضحة في شأن سريان الأحكام القضائية بعدم الدستورية بأثر رجعي؛ إذ جاء فيها "تناول القانون أثر الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي او بانقضاء مدة تقادم.

أما إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائي فإن جميع الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادًا إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن حتى ولو كانت أحكامه باتة".

ولا يقلل من ذلك، ما قيل من أن الفقرة الرابعة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة قد نصت على رجعية الحكم بعدم الدستورية في المواد الجنائية مما لم يكن هناك محل له لو كان المبدأ العام هو رجعية الحكم بعدم الدستورية. فهذا القول "غير سديد، لأن ما ورد في الفقرة الرابعة المذكورة، يقضي بأن تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادًا إلى النص الجنائي المحكوم بعدم دستوريته كأن لم يكن، فهو نص خاص بسقوط الأحكام القضائية الصادرة بالإدانة بقوة القانون بناء على نص قانوني حكم

بعدم دستوريته. فالمحكمة تحاكم النصوص التشريعية في القوانين واللوائح ولا تحاكم الأعمال التي صدرت ترتيبًا على هذه النصوص عندما تحكم بعدم دستوريتها. وتقرير عدم دستورية النص الجنائي لا يؤدي وحده طبقًا للقواعد العامة إلى بطلان الحكم الصادر بالإدانة بناء عليه، إلا من خلال إجراءات الطعن المنصوص عليها في القانون، ما لم يكن هذا الحكم قد حاز قوة الأمر المقضي، لهذا جاءت الفقرة الرابعة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا لعلة خاصة، وهي سقوط الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادًا إلى النص الجنائي المحكوم بعدم دستوريته بقوة القانون، أي اعتبارها كأن لم تكن، ونصت على أن يقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه"[١].

ثانياً- أن ما ورد بتقرير اللجنة التشريعية بمجلس الشعب من القول بأن "بطلان النص المخالف للدستور يتم من هذا التاريخ اللاحق للحكم قد جانبه الصواب، ذلك أن ترك المشرع الدستوري أمر تحديد آثار الحكم بعدم الدستورية للمشرع العادي لا يعني أن هذا الأخير غير مقيد بأية قواعد، وإنما لابد أن يلتزم بكافة القواعد الدستورية ويراعى عدم إهدار أي حق من الحقوق التي تقررها وتؤكدها، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى فإن التقرير بأن "بطلان النص المخالف للدستور يتم من هذا التاريخ اللاحق للحكم" يفرغ الدعوى الدستورية – وغيرها من الدعاوى – القضائية – من مضمونها ويحيلها سرابا؛ إذ يهدر المصلحة المستهدفة منها والتي هي مناط قبولها

(١) د. طارق عبد القادر، أثر القضاء بعدم دستورية نص جنائي على الأحكام القضائية الباتة، مجلة الدستورية، العدد (٢٩)، السنة (٢٩) أكتوبر ٢٠٢١، ص٧٤.

والفصل فيها، باعتبار أن الدعاوى القضائية في غالبيتها تدور حول وقائع وحقوق سابقة في نشأتها على إقامة هذه الدعاوى[١].

وبالتالي فإن جعل الأصل العام هو الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية والاستثناء هو سريان هذه الآثار على الماضي لا يمكن قبوله[٢]؛ إذ أن هذا الفهم لظاهر النص غير صحيح ويخالف حقيقة قصد المشرع، لأن النص ينبغي تفسيره في ضوء ما يتصل به من نصوص أخرى واردة في القانون وما يكون المشرع قد وضعه من ضوابط مانعة أو مقيدة للأثر الرجعي.

وتسائل أصحاب هذا الاتجاه المناصر للأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، قائلين، ولا ندري كيف ولماذا جاء تقرير اللجنة التشريعية السابق الإشارة إليه مخالفًا ومتجاهلاً في هذا الشأن، ما أوضحته بجلاء المذكرة الإيضاحية للقانون، والذي حدا بالمحكمة الدستورية العليا أن تورده في كثير من أحكامها لدى تفسير نص المادة (٤٩) من قانونها استشهادًا به في بيان قصد المشرع المتوافق مع الدستور، فقالت في هذا الشأن "إن ما نصت عليه المادة (٤٩) من قانون هذه المحكمة من أن النصوص القانونية المحكوم بعدم دستوريتها، لا يجوز تطبيقها اعتبارًا من اليوم التالي لنشر الأحكام الصادرة بشأنها في الجريدة الرسمية، لا يعني أن لهذه الأحكام أثرًا مباشرًا لا

---

(١) راجع في ذلك تفصيلاً: المستشار/ حمدان حسن فهمي، القضاء الدستوري في مصر وحجية أحكامه وتنفيذها وآثارها، ٢٠٠٩، ص

(٢) د. عبد الله ناصف، حجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص٥٦ وما بعدها.

تتعداه، وأنها بذلك لا ترتد إلى الأوضاع والعلائق السابقة عليها، ذلك أن كل ما قصد إليه هذا القانون بنص المادة (٤٩) المشار إليها، لا يعدو تجريد النصوص القانونية التي قضى بعدم دستوريتها من قوة نفاذها التي صاحبتها عند إقرارها أو إصدارها، لتفقد بالتالي خاصية الإلزام التي تتسم بها القواعد القانونية جميعها، فلا يقوم من بعد ثمة مجال لتطبيقها".

"يؤكد ذلك أن الآثار التي ترتبها الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية، لا يمكن فصلها عن الأوضاع والعلائق السابقة عليها بعد أن مسها النص المطعون فيه مؤثرًا في بنيانها. ومن ثم كان تصويبها من خلال الدعوى الدستورية لازمًا لرد الأضرار التي لحقتها أو التي تتهددها. ويقتضي ذلك بالضرورة أن يكون قضاء المحكمة الدستورية العليا بإبطال النص المطعون فيه، منسحبًا إليها، ليعيدها إلى الحالة التي كانت عليها قبل سريان النص الباطل في شأنها"[١].

---

(١) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية الدستورية رقم ٢٢ لسنة ١٨ق الصادر بجلسة ١٩٩٦/١١/٣٠ ج٨ ص١٩٥، وكذلك حكمها الصادر في القضية الدستورية رقم ١٩٢ لسنة ٢١ق بجلسة ٢٠٠٣/١/١٢.

وذهب رأي فقهي إلى القول في معرض التدليل على مساندة هذا الاتجاه الفقهي المناصر للأثر الرجعي "... أن الخطأ في تفسير هذا النص لا يعيب النص ذاته، فلا يعيبه ما ذهب إليه تقرير اللجنة التشريعية سالفة الذكر أو بعض من يخوضون خطأ في الحديث عنه بدعوى تفسيره، فالتقرير أو التفسير الخاطئ يعيب المقررين أو المفسرين ولا يعيب النص ذاته، خاصة وقد بينت المذكرة الإيضاحية المقصود من هذا النص بيانًا صريحًا وواضحًا لا شبهة فيه، ولم تتغير عبارة هذا النص أو مدلوله عما ورد وفق هذه المذكرة الإيضاحية مما يدل على أن المشرع قد سلك نهجها والتفت عما ورد بتقرير اللجنة التشريعية المشار إليه". المستشار/ حمدان حسن فهمي، القضاء الدستوري في مصر... المرجع السابق، ص٤٩١.

ثالثًا- أن العدالة لا يمكن أن تتحقق بصورة كاملة إلا بإصلاح الأخطاء التي ترتبت على تطبيق التشريع المخالف للدستور، وذلك عن طريق إهدار جميع الآثار التي نجمت عن تطبيقه من تاريخ العمل به. ولا يمكن الاحتجاج في هذا المقام بالمشكلات التي يمكن أن تتولد من إعمال هذا المبدأ، أو أن فيه إهدار للحقوق والمراكز القانونية التي قامت في ظله، بسبب أن هذه الحقوق وتلك المراكز لم توجد أصلاً، لأن التشريع المخالف للدستور لا يملك القدرة على إنشاء الحقوق والمراكز القانونية أو تقرير الواجبات، وذلك لعدم اكتسابه الصفة الشرعية، فحتى تتحقق له القدرة على ترتيب الآثار القانونية على نحو صحيح، لابد أن يصدر التشريع ضمن الشروط الشكلية والموضوعية التي حددها الدستور.

رابعًا- أن نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا – على خلاف تقدير أنصار الأثر الفوري للحكم بعدم الدستورية – يفضي إلى تأكيد الأثر الرجعي لهذا الحكم. وتفسير ذلك أن ما ورد بتلك المادة من "عدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية" لا يعني أن لهذا الحكم أثرًا فوريًا مباشرًا. وإنما هو خطاب تشريعي موجه لجميع سلطات الدولة وللكافة للعمل بمقتضاه، ومن بينهم قاضي الموضوع؛ إذ أنه من المخاطبين بهذا النص التشريعي، فإنه يكون متعينًا عليه عملاً بهذا النص ألا ينزل حكم القانون المقضي بعدم دستوريته على المنازعات المطروحة عليه من قبل. وهذا يؤكد قصد المشرع في تقرير الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، ويؤكد انسحابه على ما سبق من علاقات وأوضاع نشأت في ظل القانون الذي قضى بعدم دستوريته. وقد

أعملت المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا هذه الرجعية على إطلاقها بالنسبة للنصوص الجنائية[١].

خامسًا- إن المشرع حين أجاز في قانون المحكمة الدستورية العليا إثارة المسألة الدستورية في أثناء نظر إحدى الدعاوى أمام إحدى المحاكم إما من تلقاء نفسها. أو بناء على دفع من أحد الخصوم، وأوجب على المحكمة عند الشك في عدم الدستورية، وقف الدعوى الموضوعية، وإحالة الدفع إلى المحكمة الدستورية العليا، إنما كان يهدف من ذلك تحقيق فائدة للخصم في المنازعات الموضوعية التي أثير فيها الدفع الدستوري فيما لو قضى بعدم الدستورية، وهي منازعات تدور كلها حول علاقات وأوضاع سابقة بالضرورة على الحكم بعدم الدستورية، فإن لم يكن لهذا الحكم من أثر كاشف يرتد إلى يوم العمل به، أصبح لزامًا على قاضي الموضوع الذي أرجأ تطبيق التشريع حين ساوره الشك بعدم دستوريته أن يطبق نفس التشريع بعد القضاء بعدم دستوريته، مما يأباه المنطق القانوني السليم، ويتنافى مع الغرض المرتجى

---

(١) وقد أشار الدكتور/ عبد الله ناصف، وهو من المناصرين للأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، إلى أن نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا جاء قاصرًا في تحديده لآثار الحكم الصادر بعدم الدستورية؛ إذ لم يكن يكفي في تحديده لآثار الحكم المذكور تلك العبارة الواردة في المادة (٣/٤٩) سالفة الذكر القائلة بعدم جواز تطبيق النص من اليوم التالي لنشر الحكم، وإنما كان يلزم إيضاح مدى جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته في الماضي صراحة وليس ضمنًا، وذلك لتجنب الخطأ في تفسير أمر على جانب كبير من الأهمية على نحو ما ذهب إليه تقرير اللجنة التشريعية وسايره في ذلك بعض المساهمين في الجدل الدائر حاليًا حول الأثر الرجعي.

د. عبد الله ناصف، حجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل، دار النهضة العربية، ص٥٩.

من الدفع بعدم الدستورية، ولا يحقق لمبدأ الدفع أية فائدة عملية، مما يجعل الحق في التقاضي وهو من الحقوق التي كفلها الدستور للناس كافة، بالنسبة للمسألة الدستورية غير مجد، ومجردًا من مضمونه، وهذا أمر ينبغي تنزيه المشرع عن قصد التردي يه[1].

سادسًا- لا يتصور أن يكون التشريع في الفترة السابقة على صدور الحكم بعدم دستوريته، دستوريًا، وغير دستوري منذ لحظة صدور الحكم، فتلك نتيجة شاذة تجعل من الرقابة الدستورية لغوًا وعبثًا[2].

فلا شك أن هذا القول يناقض الطبيعة العينية للدعوى الدستورية، فالتشريع المطعون فيه إما أن يكون دستوريًا، وإما غير دستروي، سواء أكان ذلك بالنسبة للماضي أم للحاضر، كما أن مبدأ المساواة أمام القانون لا يجيز التمييز بين مراكز قانونية تكونت قبل الحكم بعدم دستوريته، وأخرى تكونت بعده، فضلاً عن أن الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية يضمن فاعلية الرقابة على الدستورية وتأكيد مبدأ المشروعية، وبذلك يضمن عدم استمرار التعدي على الحقوق والحريات مما تعرضت له من مساس في فترة مؤقتة. وهذا هو منطق الدولة القانونية التي لا تترك الحقوق والحريات التي

---

(١) راجع: د. محمود أحمد زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، آثاره وحجيته وتنفيذه، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٥، ص٥١٠.

(٢) وفي ذلك يذكر أستاذنا الدكتور/ عاطف البنا – رحمه الله – "الأثر الرجعي للأحكام الدستورية يفرضه المنطق القانوني، وتفرضه اعتبارات الفعالية، فالنص غير الدستوري ولد مخالفًا للدستور، فيكون باطلاً منذ صدوره، فالنص المشوب بعدم الدستورية يلحقه هذا العيب من أول يوم".
انظر: د. عاطف البنا: في مقال بعنوان "المشروعية الدستورية وأساس سلطة الحكم"، منشور بجريدة الوفد، بتاريخ ١٩٩٨/٧/١٦م.

يحميها الدستور عرضة للمساس بها، وإنما تكفل حمايتها من خلال المحكمة الدستورية التي تعتبر جزءًا من نظام الدولة[١].

٧- ينبغي تفسير نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا في إطار مصدرها التاريخي وهو حسبما يتبين من الأعمال التحضيرية للقانون – نص المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية الإيطالية رقم (٣٧) لسنة ١٩٥٣م ولقد انتهى الفقه والقضاء الإيطاليان على ضوء تفسيرهما الأحكام الدستورية وقانون المحكمة الدستورية الإيطالية إلى أن النص الذي يقضي بعدم دستوريته لا يطبق من اليوم التالي لنشر الحكم، لا بالنسبة للمستقبل فحسب، وإنما بالنسبة للوقائع والعلاقات السابقة، فلا يطبق عليها أيضًا[٢]، عدا حالات الحقوق التي استقرت بأحكام باتة أو بانقضاء مدة التقادم.

٨- أما القول بأن تطبيق الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية يهدد الاستقرار القانوني ويعصف بالمراكز القانونية المستقرة منذ وقت طويل، فهو قول مردود ذلك لأن المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا، قد أخرجت الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية التي استقرت بأحكام قضائية

---

(١) انظر في هذا المعنى: د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص٣٣٢.

(٢) راجع في ذلك:

- د. صبري محمد السنوسي محمد، آثار الحكم بعدم الدستورية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص١٠٠.
- محمد السيد زهران، الرقابة على دستورية القوانين في إيطالية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة (١٤)، العدد (١)، ص١٤٠-١٤١.

نهائية أو بالتقادم من نطاق الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، وهو ما استقر عليه القضاء والفقه.

ويميل أستاذنا الدكتور/ فتحي فكري إلى هذا الاتجاه المناصر للأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، وذلك من خلال تحليله لنص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا؛ إذ يقول سيادته أن "ما نصت عليه الفقرة الرابعة من سريان الحكم بعدم الدستورية في المسائل الجنائية بأثر رجعي، لا يفيد تطبيق الأثر الفوري في الفروض الأخرى، فالقاعدة أن الأثر الرجعي في المسائل الجنائية محدد بالقواعد الموضوعية ولا يطول النصوص الإجرائية. وكان من الضروري لكي يسري الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية على الأحكام الباتة المبنية على قواعد موضوعية أو إجرائية قضى بعدم دستوريتها، إضافة الفقرة الرابعة للمادة (٤٩) بالصيغة العامة التي وردت بها"[١].

تاسعًا- تؤيد نظرية الحقوق الفردية الطبيعية القول بالأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية، ذلك أن سلطات الدولة لا يجوز أن تمس الحقوق والحريات الأساسية للأفراد والتي تستمد من طبيعتهم الإنسانية، والتي يطلق عليها الحقوق الطبيعية، والتي لا تقبل حرمان الشخص منها دون انتهاك للعدالة؛ إذ أن سلطان الدولة لم يوجد إلا ليحمي هذه الحقوق والحريات، وهذه النظرية التي تبناها الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر في عام ١٧٨٩، على اعتبار أن القانون هو تعبير عن السيادة، ويوضع

---

(١) د. فتحي فكري، القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة وتطبيقاتها في مصر، دار الأهرام، ٢٠٢٠، ص٣٩٢.

لكفالة حريات الأفراد، وأن الفرد هو أصل الدولة، فإذا اعتدت الدولة على الحريات الأساسية للأفراد أصبحت جائرة وانتفت مشروعية سيادتها وسلطانها[1].

ويقول الدكتور وجدي ثابت غبريال في هذا الشأن "أنه لا يكفي لضمان حريات الأفراد وحقوقهم أن يعترف بها رسميًا أو نظريًا فحسب، ذلك أن الدساتير المقررة للحقوق والحريات تكملها التشريعات التي تتولى وضع القواعد التنفيذية للنصوص الدستورية المقررة لهذه الحقوق والحريات وأن الأنظمة التي تقتصر على الإعلان الشكلي عن وجود حقوق وحريات فردية للمواطن، دون أن تتولى التشريعات تنفيذ هذا الإقرار الدستوري بكفالة الحرية، إنما هي أنظمة تعجز عن تحقيق تمتع المواطن بحرياته الفردية"[2].

وتعقيبًا على الاتجاه الفقهي المناصر للأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية، ومن ثم رجعية أثر الحكم على الماضي، نرى أن هذا الاتجاه لم يأت على درجة واحدة، وخاصة من حيث المدى الزمني لرجعية الحكم، فمنهم من أطلق الأمر مع الحفاظ على الاستثناء الوارد في المادة (٤٩) من قانون المحكمة ومذكرته الإيضاحية، ومنهم من قصر الأمر على المنازعات محل التقاضي دون غيرها، ومنهم من أخذ بالمبدأ مع التفرقة بين الأثر الكاشف، والأثر الرجعي، وذلك على نحو ما يلي:

---

(١) انظر: د. محمود صالح العدلي، حقوق الإنسان بين الفكر القانوني الوضعي والشريعة الإسلامية، بحث منشور بمجلة المحاماة، العددان الثالث والرابع مارس ١٩٩٠، السنة السبعون، ص١٢٤.

(٢) انظر: د. وجدي ثابت غبريال، حماية الحرية في مواجهة التشريع، بحث منشور بمجلة المحاماة، العددان الثالث والرابع، مارس ١٩٩٠، السنة السبعون، ص١٠١.

أولاً: إطلاق الرجعية في غير المواد الجنائية باستثناء ما ورد النص عليه في المذكرة الإيضاحية:

وهو الاتجاه الفقهي الذي انطلق من تفسير نص المادة (١/٤٩) من قانون المحكمة، ومذكرته الإيضاحية التي رافقته عند وروده من الحكومة، فمن وجهة نظرهم أن المذكرة الإيضاحية للمادة (٤٩) والمادة ذاتها واضحين الدلالة على الأثر الكاشف للحكم وارتداد أثره إلى الماضي، مع التقيد بالاستثناءات الواردة، وليس أدل على ذلك بما ورد في البند (١٠) من المذكرة الإيضاحية؛ إذ ورد في هذا البند "وتناول القانون أثر الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم وهو نص ورد في بعض القوانين واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب، إنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي، أو بانقضاء مدة تقادم أما إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائي، فإن جميع الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادًا إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن، حتى ولو كانت أحكامًا باتة".

ومفاد هذا الطرح الفقهي، أن النصوص القانونية المحكوم بعدم دستوريتها لا يجوز تطبيقها اعتبارًا من تاريخ نشر الحكم في الجريدة الرسمية، وما سبق لا يعني بأي حال من الأحوال، أن لهذه الأحكام أثرًا مباشرًا لا تتعداه وأنها بذلك لا ترتد إلى الأوضاع والعلائق السابقة عليها بل

ترتد إلى تاريخ صدور هذا القانون المقضي بعدم دستوريته، فالحكم بعدم الدستورية يجرد النصوص القانونية التي قضى بعدم دستوريتها من قوة نفاذها التي صاحبتها عند إقرارها أو إصدارها، فلا يقوم من بعد ثمة مجال لتطبيقها، وأن الآثار التي ترتبها الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية لا يمكن فصلها عن الأوضاع والعلائق السابقة عليها بعد أن مسها النص المطعون فيه مؤثرًا في بنيانها، وأن هذا النص لا ينفصل عما يكون قد اعتراه من عوار عند إقراره أو إصداره، فلا تكون عيوبه طارئًا عارضًا عليه، بل كامنة فيه، ولصيقة به منذ ميلاده.

ومن الواضح أن هذا الاتجاه الفقهي الغالب أخذ بصريح نص المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المحكمة الدستورية العليا، وكذلك ما سطرته المحكمة ذاتها في أحكامها، ولذلك أورد ذات الاستثناءات التي وردت في ثنايا نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة ومذكرته الإيضاحية؛ إذ حظر رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية في المسألتين الآتيتين:

١- المراكز القانونية المستقرة قبل الحكم، وهي المراكز القانونية التي استقرت قبل الحكم بعدم الدستورية بأحكام حازت قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادم.

٢- **النصوص الجنائية**.فإذا صدر حكم من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص جنائي، فإن مبدأ الرجعية يطبق في هذه الحالة على إطلاقه من دون أية ضوابط أو قيود، فالأثر الرجعي هنا يطبق بصورة مطلقة، حتى ولو كانت الأحكام الصادرة بالإدانة أحكامًا باتة وذلك لأن الأحكام الجنائية تمس الحرية الشخصية للفرد، فإذا ما اتضح أن النص الذي طبق عليه كان

غير دستوري، فالعدالة تقتضي أن تغلب الحرية على جانب حجية الأحكام الجنائية.

ثانيًا: حصر الأثر الرجعي في العلاقات محل المقاضاة:

وإليه ذهب أستاذنا الدكتور/ يحيى الجمل – رحمة الله عليه– إذ يذكر سيادته في معرض تحليل المادة (٤٩) موضحًا أن ظاهر هذه المادة يوحي بأن تطبيق الحكم الصادر بعدم الدستورية يكون بأثر فوري ومستقبلي، وهذا الوضع ليس صحيحًا، وإنما كما جاء في المذكرة الإيضاحية... فإن النص المقضي بعدم دستوريته يطبق أيضًا بالنسبة للوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم إلا إذا كانت تلك العلاقات قد استقرت بحكم حاز قوة الأمر المقضي[١].

ورغم ذلك فإن إعمال الأثر الرجعي، يتطلب التفرقة بين العلاقات السابقة على الحكم وليست محل مقاضاة، والعلاقات السابقة عليه ومازالت محل مقاضاة، فإذا لم تكن تلك العلاقات محلاً للتقاضي، فلا شأن للنص المقضي بعدم دستوريته بها. وكان أمرًا منطقيًا ألا يسلم هذا الرأي من التحفظ عليه، حتى من أنصار سريان الحكم بأثر رجعي، وذلك من منطلق أن "التسليم بالأثر الرجعي يفيد أن وجه المخالفة الدستورية الموصوم بها النص تولد معه، فكيف يمكن أن تأتي بعد ذلك لنشترط أن تكون العلاقات السابقة على الحكم محلاً للتقاضي لتخضع للأثر الرجعي.

---

(١) د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص١٤٩، ومن القائلين بهذا المعنى أيضًا: د. نبيلة عبد الحليم كامل، الرقابة على دستورية القوانين (القضاء الدستوري)، دار النهضة العربية، ص٢٢٠.

وماذا لو لم تكن العلاقات السابقة محلاً للتقاضي بسبب عدم انقضاء فترة رفع الدعوى، فهل من المنطقي أن نعاقب المتقاضى بعدم إفادته من نص تقرر عدم دستوريته في الوقت الذي كان يتأهب فيه لترتيب أدلته ورسم خطط دفاعه قبل أن يرفع دعواه[١].

كما أن التقاضي ليس من مكونات المركز القانوني الذي ترفع الدعوى لحمايته، وإنما وسيلة من وسائل الزود عنه.

ومما يؤخذ على التصور السابق، بقصر سريان الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي على العلاقات التي تكون محل مقاضاة، أنه قد يؤدي إلى كثرة الطعون على أمل أن يحكم بعدم دستورية القانون الحاكم لمنازعاتهم، وبالتالي إفادتهم من إعمال الأثر الرجعي.

كما أن ذلك التصور يتعارض مع ما اتجه إليه القضاء الإداري من أن الحكم بعدم دستورية قانون، يقضي إلى إعادة فتح ميعاد الطعن بالإلغاء المنقضي قبل صدور هذا الحكم ضد القرارات الصادرة تطبيقًا للقاعدة غير الدستورية[٢].

---

(١) انظر: د. فتحي فكري، القانون الدستوري، المرجع السابق، ص٣٨٧.

(٢) وهذا ما قضت به محكمة القضاء الإداري في حكم لها صدر عام ١٩٧٩، أعلنت فيه "لما كان القرار بقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ يجعل من قبيل أعمال السيادة التي لا يختص مجلس الدولة بالنظر فيها قرارات رئيس الجمهورية الصادرة بإحالة الموظفين العموميين إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي، فإن مواعيد الطعن بالإلغاء... لم تكن تسري في حق المدعي طوال الأجل الذي كان معمولاً فيه بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣، وقد قضت المحكمة العليا بعدم الدستورية... لذلك يفتح باب الطعن في القرارات الجمهورية الصادرة بفصل=

ثالثًا: التفرقة بين الأثر الكاشف والأثر الرجعي:

وبه قال أستاذنا الفقيه د. أحمد فتحي سرور[1] فيذهب سيادته إلى أن الحكم بعدم الدستورية له أثر كاشف لا منشأ؛ إذ أن الحكم بعدم دستورية النص التشريعي الذي يحتوي على قاعدة قانونية يعني تعارض هذه القاعدة مع حكم الدستور، وبالتالي سقوط الأساس الذي تبنى عليه هذه القاعدة في النظام القانوني، وهو ما يعني أن الحكم بعدم الدستورية يعتبر كاشفًا لهذا العيب لا منشأ له، الأمر الذي يمس صحة النص التشريعي المطعون عليه منذ تاريخ العمل به، مع مراعاة عدم الخلط بين الأثر الكاشف للحكم، والأثر الرجعي له، فالحكم الكاشف يقرر حقيقة واقعة قبله، ولا ينشئها، ومن ثم، فإنه يكشف ما كانت عليه هذه الحقيقة الواقعة رغم ارتداد وقعها إلى تاريخ سابق على الحكم. أما الأثر الرجعي فهو استثناء على الأصل؛ لأنه ينصرف إلى امتداد الأثر القانوني إلى وقت مضى لم يكن هذا الأثر موجودًا بعد. هذا بخلاف الحكم الكاشف فإنه يكشف عن أثر كان موجودًا من قبل ولا يستحدث جديدًا.

وهذا الطرح العميق من جانب الفقيه الكبير – من وجهة نظري القاصرة – لا يعد خروجًا على رأي الفقه المناصر للأثر الرجعي للحكم بعدم

=الموظفين بغير الطريق التأديبي بمواعيد جديدة مبتدأة، لزوال المانع في مخاصمة هذه القرارات قضائيًا بصدور أحكام المحكمة العليا ونشرها في الجريمة الرسمية.

محكمة القضاء الإداري، ١٩٧٩/٦/١٩، غير منشور ومشار إليه لدى د. فتحي فكري، القانون الدستوري، المرجع السابق، هامش ص٣٨٨.

(١) انظر: د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص٣٠٦-٣٠٧.

الدستورية، إنما أراد سيادته أن يشرح لنا معنى عميق، فهو يقول الحكم له أثر كاشف؛ لأنه كشف عن حقيقة كانت موجودة قبل صدور الحكم، وجاء الحكم فأزال اللثام عنها، وهو بإيجاز أن النص المقضي بعدم دستوريته، ولد على الصورة التي نعتها به الحكم وهو عدم الدستورية، ومن وجهة نظر سيادته أن ذلك لا يجسد الأثر الرجعي بل يجسد الأثر الكاشف، أما الأثر الرجعي فهو استثناء على الأصل؛ لأنه ينصرف لى امتداد الأثر القانوني (أي إعمال أثر الحكم) إلى وقت مضى لم يكن هذا الأثر موجود به.

وإذا كان ما سبق في جملته يعبر عن رأي الفقه بشأن النطاق الزمني للحكم بعدم الدستورية قبل تعديل عام ١٩٩٨ فما هو اتجاه المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن؟ وهذا ما سأتناوله في المبحث التالي...

المبحث الثاني

اتجاه المحكمة الدستورية العليا بشأن النطاق الزمني لتنفيذ الحكم الصادر بعدم الدستورية في تلك الفترة

رغم الخلاف الكبير الذي نشب بين الفقه حول طبيعة الحكم الدستوري الصادر بعدم دستورية قانون أو نص في هذا القانون من حيث النطاق الزمني لتنفيذه، والذي كان مرجعه الخلاف حول تفسير نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة، وكذلك التناقض الذي نجم عن نص المذكرة الإيضاحية لهذا القانون، وتقرير لجنة الشؤون التشريعية بالمجلس، إلا أن المحكمة ذاتها، كانت واضحة في مسألة النطاق الزمني لتنفيذ حكمها؛ إذ تبنت من باكورة أحكامها في هذا الصدد الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية، وبالتالي سريان أثر هذا الحكم بأثر رجعي إلى تاريخ يرتد إلى لحظة ميلاد هذا القانون، مع استثناء ما ورد النص عليه في المذكرة الإيضاحية لنص المادة (٤٩)، من أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدور الحكم بعدم الدستورية بحكم حاز قوة الأمر المقضي، أو بانقضاء مدة تقادم.

وكذلك الحال إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائي، فإن جميع الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادًا إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن حتى ولو كانت أحكامًا باتة[١].

---

(١) ولذلك لم تتردد المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن؛ إذ ذكرت غير مرة "أن ما نصت عليه المادة (٤٩) من قانون هذه المحكمة من أن النصوص القانونية المحكومة بعد دستوريتها، لا يجوز تطبيقها اعتبارًا من نشر الأحكام الصادرة بشأنها في الجريدة الرسمية، لا يعني أن لهذه الأحكام أثر مباشر لا تتعداه، وأنها بذلك لا ترتد إلى الأوضاع والعلائق السابقة عليها. ذلك أن=

ولبيان موقف ومسلك المحكمة الدستورية العليا، والمنطلق من التسليم بالأثر الرجعي لأحكامها في غير الحالات المقيدة لهذا الأثر، نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول في الأول الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية في غير حالة النص الجنائي، ونخصص الثاني، لقيود إعمال الرجعة في غير حالة النص الجنائي، ونبين في الثالث إعمال الرجعة في حالة النص الجنائي.

المطلب الأول

الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية في غير النص الجنائي

فوض دستور ١٩٧١م المشرع العادي في تنظيم مسألة أثر الحكم بعدم دستورية نص تشريعي؛ إذ نص في المادة (١٧٨) "... وينظم القانون ما يترتب على الحكظم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار"[١].

=ما قصد إليه هذا القانون بنص المادة (٤٩) المشار إليها لا يعدو تجريد النصوص القانونية التي قضى بعدم دستوريتها من قوة نفاذها التي صاحبتها عند إقرارها أو إصدارها لتفقد بالتالي خاصية الإلزام التي تتسم بها القواعد القانونية جميعها. فلا يقوم من بعد ثمة مجال لتطبيقها.
حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤٨ لسنة ٣ قضائية، دستورية بجلسة ١٩٨٣/٦/١١، ج٢، دستورية ص١٤٨، وكذلك حكمها في القضية رقم (٣٧) لسنة ٩ قضائية، دستورية، بجلسة ١٩٩٠/٥/١٩، ج٤، دستورية ص٢٥٦.

(١) جاء نص المادة (١٩٥) من دستور ٢٠١٤، مقاربًا لنص المادة المذكورة إذ يقرر "تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا، وهي ملزمة للكافة وجميع سلطات الدولة، وتكون لها حجية مطلقة بالنسبة لهم. وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار".

وتطبيقًا لهذا النص صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، ناصًا في المادة ٣/٤٩ منه على أنه "يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم".

وإذا كان ظاهر هذا النص يشير إلى الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية – على نحو ما ذكرنا في موضع سابق– إلا أن المذكرة الإيضاحية ذكرت في البند (١) منها ما يفيد صراحة إلى انصراف أثر الحكم بعدم الدستورية إلى الماضي، أي تطبيق أثر الحكم بأثر رجعي يرتد إلى لحظة صدور القانون، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادم.

ولم تتوقف المحكمة الدستورية العليا أمام التناقض اللفظي بين ما ورد في نص المادة ٣/٤٩، ومن ما ورد في البند (١٠) من المذكرة الإيضاحية للقانون، وأهملت أيضًا ما ورد في تقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس الشعب آنذاك، من تقرير الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية، وتحديد ذلك في اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية في الجريدة الرسمية. فقد استقرت المحكمة الدستورية العليا من باكورة أحكامها، على الأخذ بمبدأ الأثر الرجعي بالنسبة لأحكامها، وذلك تعويلاً على ما ورد في الفقرة (١٠) من المذكرة التفسيرية لقانونها رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ للتدليل على الأثر الرجعي لتلك الأحكام، مستقرة في هذا الشأن على أن الأحكام القضائية كاشفة لا منشئة، فهي تكشف عن العوار الدستوري الذي لابس

النص منذ صدوره، ومقتضى ذلك سريان الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي يرتد إلى تاريخ وجود النص المقضي بمخالفته للوثيقة الدستورية[١].

كما قضت بأن التمسك بعدم رجعية الأحكام بعدم الدستورية يولد وضعًا لا يسوغ منطقيًا. فالقصد من تنظيم رقابة الدستورية إفادة الخصم "في المنازعات الموضوعية التي أثير فيها الدفع الدستوري فيما لو قضى بعدم الدستورية وهي منازعات تدور كلها حول علاقات وأوضاع سابقة بالضرورة على الحكم بعدم الدستورية، فإذا لم يكن لهذا الحكم أثر رجعي، لأصبح لزامًا على قاضي الموضوع – الذي أرجأ تطبيق القانون حين ساوره الشك في عدم دستوريته– أن يطبق ذات القانون بعد القضاء بعدم دستوريته مما يأباه المنطق القانوني السليم ويتنافى مع الغرض المرتجى من الدفع بعدم الدستورية، ولا يحقق لمبدي الدفع أي فائدة عملية، مما يجعل الحق في التقاضي – وهو من الحقوق العامة التي كفلها الدستور (دستور ١٩٧١) في المادة ٦٨ منه للكافة – بالنسبة للمسألة الدستورية غير مجد ومجردًا من مضمونه، الأمر الذي ينبغي تنزيه المشرع عن قصد التردي فيه"[٢].

إن مطالعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، يبين بجلاء أنها قد اتخذت لنفسها مسلكًا واضحًا في إعمال أثر حكمها من الناحية الزمانية، أفصحت عنه غير مرة في أحكامها، مفاده أن الأصل في الأحكام القضائية

---

(١) انظر على سبيل المثال: حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٩٨٢/٦/٥، المجموعة الرسمية، ج٢، الأحكام في أكتوبر ١٩٨١ – ديسمبر ١٩٨٣، ص٩٣.

(٢) المحكمة الدستورية العليا في ١٩٩٠/٥/١٩، المجموعة الرسمية (ج٤)، الأحكام من يناير ١٩٨٧، يونيو ١٩٩١، ص٢٥٦.

أنها كاشفة وليست منشئة؛ إذ هي لا تستحدث جديدًا ولا تنشئ مركزًا أو أوضاعًا لم تكن موجودة من قبل، بل هي تكشف عن حكم الدستور أو القانون في المنازعات المطروحة على القضاء، وترده إلى مفهومه الصحيح الذي يلازمه منذ صدوره، الأمر الذي يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة. فالنص الذي يحكم بعدم دستوريته تنعدم قيمته بأثر ينسحب إلى يوم صدوره.

"كما أنه ليس مفهومًا أن تكون واقعة نشر الأحكام بعدم دستورية بعض النصوص القانونية – في حد ذاتها– حدًا زمنيًا فاصلاً بين صحتها وبطلانها، فلا يكون النص الباطل منعدمًا إلا اعتبارًا من اليوم التالي لهذا النشر.

والقول بذلك مؤداه أن يكون التقاضي جهدًا ضائعًا وعملاً عبثيًا، وأن للنص القانوني مجالين زمنيين يكون صحيحًا في أحدهما، وباطلاً في ثانيهما، حال أن بطلان النصوص القانونية لا يتجزء ويستحيل أن ينقلب العدم وجودًا ولا أن يكون مداه متفاوتًا أو متدرجًا، فالساقط لا يعود أبدًا[1].

وعلى هذا النهج للمحكمة الدستورية العليا، سارت محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا، ونوجز ذلك في نقطتين على نحو ما يلي:

أولاً: محكمة النقض:

انتهت محكمة النقض في أحكام عديدة لها إلى مسايرة مسلك المحكمة الدستورية العليا، في إقرار الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية،

(١) راجع: الحكم في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٨ق دستورية، جلسة ١٩٩٦/١١/٣٠م.

خاصة وأن القضاء أمام هذه المحكمة الموقرة مجال خصب لإعمال أثر الحكم بعدم الدستورية، خاصة في القضايا المنظورة أمامها، وبالرغم من وجود أحكام لهذه المحكمة – في حالات نادرة – ذهبت إلى الأثر المنشئ للحكم بعدم الدستورية. إلا أن أغلب أحكامها مستقرة على أن "الحكم بعدم دستورية قانون لا ينشئ واقعًا جديدًا وإنما يقرر واقعًا موجودًا، فيعتبر القانون المقضي بعدم دستوريته غير دستوري منذ صدوره وليس من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية... وأن النص في الفقرة الرابعة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه إذا حكم الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادًا إلى ذلك النص كأن لم تكن ليس استثناء مقصور على النصوص الجنائية، وإنما هو تقرير لمبدأ أن الأحكام كاشفة لا منشئة.

وذكرت محكمة النقض أن حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٨١ الذي حل مجلس النقابة المنتخب مقتضاه ولازمه عودة مجلس النقابة المنتخب. وأن مشروعية القرار الإداري ليست مقصورة على اتفاقه مع القانون، بل إن القرار الذي يصدر استنادًا إلى قانون غير دستوري يكون غير مشروع"[١].

كما انتهت في حكم آخر لها إلى أنه "يترتب على الحكم بعدم دستورية نص قانون أو لائحة عدم نفاذه من تاريخ نشر هذه الأحكام في الجريدة الرسمية وتكون ملزمة لجميع جهات القضاء منذ هذا التاريخ. ليس

---

(١) حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٢٧٤٢ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٨٤/٣/٤، مكتب فني ص٧٩١.

في المستقبل فحسب وإنما بالنسبة إلى الوقائع السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص..." [1].

ومن أحكام النقض الهامة في تقرير الأثر الرجعي لحكم المحكمة الدستورية العليا، حكمها الصادر بجلسة ١٩٩٠/٦/١٤ في الطعن رقم ٦٤٦ لسنة ٥٨ق، والذي جاء فيه: "أن المقرر وفقًا لما تقضي به المادة ٤٠ من قانون الإجراءات الجنائية أنه لا يجوز القبض على أي إنسان أو حبسه إلا بأمر من السلطة المختصة بذلك قانونًا، وكان البين من قرار اعتقال المطعون ضده الصادر بتاريخ ١١ من سبتمبر ١٩٦٥ والمودع صورته الرسمية ضمن حافظة مستندات الطاعنين المرفقة بالملف الابتدائي المنضم – أنه صدر من رئيس الجمهورية وأفصح عن سنده التشريعي في الإصدار بأنه القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦٤ بشأن بعض التدابير الخاصة بأمن الدولة والتي تضمن النص في مادته الاولى على أنه: "يجوز بقرار من رئيس الجمهورية القبض على الأشخاص الآتي ذكرهم في مكان آمن....".

وكانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت بتاريخ الأول من إبريل سنة ١٩٨٧ في القضية رقم ٥ لسنة ٧ق. دستورية بعدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦٤ سالف الذكر، لما كان ذلك، وكان يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم إلا أن عدم تطبيق النص – وعلى ما جرى به قضاء النقض – لا ينصرف إلى المستقبل فحسب، وإنما ينسحب على الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص على أن

---

(١) يراجع حكمها في الطعن رقم ١١١٨ لسنة ٤٩ق بجلسة ١٩٨٦/٤/٣٠، س٣٧ ص٥٠٨.

يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد خلص وبلا نعي عليه في هذا الخصوص إلى رفض الدفع المبدى من الطاعنين بسقوط الحق في رفع الدعوى بالتقادم الثلاثي، ومن ثم فإن الاستثناء من تطبيق الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية نص المادة الأولى من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦٤ سالفة الذكر يكون غير متحقق. وتتبني عليه عدم جواز تطبيق هذا النص بشأن واقعة اعتقال المطعون ضده، ويصبح قرار رئيس الجمهورية باعتقاله بمثابة قرار فردي لا يستند فيه مصدره إلى قانون بما يجعل الأمر في هذا الخصوص غير قائم على أساس من الشرعية ومتسمًا بمخالفة صارخة للقانون ومشوبًا بعيب جسيم ينحدر به إلى مرتبة الفعل المادي المعدوم الأثر قانونًا، لما ينطوي عليه من اعتداء على الحرية الشخصية، فيصبح متجردًا من صفته الإدارية وتسقط عنه الحصانة المقررة للقرارات الإدارية ويختص بالتالي القضاء العادي برفع ما نتج عن هذا الإجراء المادي من آثار"[1].

ثانيًا: المحكمة الإدارية العليا:

سارت المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة، على نهج سابقتيها – الدستورية والنقض – إذ أفصحت عن موقفها وتفسيرها لأثر الحكم بعدم الدستورية على النصوص المقضي فيها بعدم الدستورية، وكان اتجاهها واضحًا في تبنيها الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية، ومما جاء في

---

(١) مجموعة أحكام النقض ص٤١ ع٢ ص٢٩٩، وقريب منه رقم ٣٢٢٩ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٢/١١/١٩، مجموعة أحكام النقض ص٤٣، ج٢ ص١١٨٢.

قضاءها في هذا الشأن "ومن حيث إن المحكمة الدستورية العليا قضت بجلسة الأول من سبتمبر سنة ١٩٩٧ بعدم دستورية ما تضمنه البند (هـ) من المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين من جواز الاستيلاء على أي عقار أو تكليف أي فرد بأي عمل لمدة غير محددة. ولما كان أثر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية سالف البيان لا يتعلق بالمستقبل فحسب، ولكنه يمتد إلى القرارات السابقة على صدوره والتي استندت إلى النص المقضي بعدم دستوريته، فتفقد هذه القرارات مشروعيتها وأساس وجودها بزوال سندها، فلا يعصمها من الإلغاء بعد ذلك عاصم، كما لا يحصنها من رقابة قاضي المشروعية فوات مدة مهما طالت"[١].

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم آخر، أنه "جرى قضاء هذه المحكمة والمحكمة الدستورية العليا في مجال تفسيرها لنص المادة (٤٩) – قبل تعديلها – على أن الحكم بعدم دستورية نص تشريعي يكون له أثر يمتد إلى الماضي برجعية تحكم الروابط السابقة على صدور الحكم كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة، لأن القضاء بعدم دستورية نص تشريعي يكشف عما به من عوار دستوري مما يعني زواله منذ بدء العمل به"[٢].

وقد انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة في فتواها الصادرة برقم ٥٣٥ بتاريخ ١٩٨٨/٥/٣ إلى أنه من الجلي أن

---

(١) حكمها في الطعن رقم ٣٩٧٣ لسنة ٢٣ق الصادر في ٢٠٠١/٥/١٢، مكتب فني ٤٦، ص١٧٧٥.

(٢) حكمها في الطعن رقم ٤٠٠٣ لسنة ٤٤ق، بجلسة ٢٠٠٣/٥/١٨.

القول باعتبار أثر الحكم بعدم الدستورية عن الوقائع والعلاقات السابقة على صدوره يتناقض مع وجود القضاء الدستوري ذاته بالإجراءات المرسومة له في التشريع المصري، حيث يجرد الدعاوى الدستورية من شرط جوهري من شروط قبولها وهو شرط المصلحة الشخصية المباشرة؛ إذ سيصبح المدعى في الدعوى الدستورية بموجب هذا القول غير ذي مصلحة، لأنه ما أقام تلك الدعوى إلا توطئة للفصل في دعوى موضوعية تتعلق بوقائع وعلاقات سابقة بالضرورة على صدور الحكم في الدعوى الدستورية.

وإيضاحًا لذلك فإن العبرة في مناهج التفسير للنصوص، أنه إذا اتسع النص لعدد من الدلالات المتباينة، فإن من عوامل الترجيح بين هذه الدلالات، النظر فيما يكون أكثر اتساقًا مع أحكام سائر النصوص أو فيما يتنافر مع هذه الأحكام واعتماد الأكثر تمشيًا معها وتجنب الأقل.

والحاصل أن القول بعدم سريان حكم عدم الدستورية على الحالات السابقة على صدوره، يفيد استغلاق طريق رفع الدعوى بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية طبقًا للفقرة (ب) من المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا، وذلك لاستحالة تطبيق حكم إلغاء النص غير الدستوري على موضوع الدعوى الذي طعن بمناسبتها أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية النص؛ إذ أن إسقاط شرط المصلحة الشخصية المباشرة كشرط واجب الأخذ به لقبول الدعوى طبقًا لأحكام المرافعات المحال إليها صراحة في المادة (٢٨) من قانون المحكمة الدستورية. وطبقًا لما يشترطه قانون المحكمة الدستورية ذاته في المادة (٢٩) من وجوب توافر شرط الجدية في الدفع بعدم الدستورية، والحال أنه لا جدية بدون مصلحة.

ومتى انتفى هذا الوجه من وجوه الدلالات لحكم المادة (٤٩) سالف البيان، لما يثيره مع هذه النصوص من تعارض يصل إلى حد التناقض فلا تجتمع أحكام هذه النصوص معًا، متى انتفى ذلك فلا يبقى من دلالات نص المادة (٤٩) إلا ما يتمشى مع وجوب سريان حكم عدم الدستورية على المراكز القانونية التي نشأت في ظل النص الملغي وتأثرت به. والحال كذلك أن سبب عدم الدستورية لم يطرأ بالحكم الذي قضت به إنما كان ملازمًا للنص منذ صدوره(١).

وبعد الفراغ من الوقوف على اتجاه المحكمة الدستورية العليا، ومحكمتي النقض والإدارية العليا من مسألة النطاق الزماني لسريان الحكم بعدم الدستورية – كأصل عام – في غير المواد الجنائية، يتضح لنا بجلاء أنهم شبه مستقرين على تبني الاثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية مع ما يترتب على ذلك من آثار أخصها ارتداد أثر الحكم إلى لحظة صدور القانون المقضي بعدم دستوريته، وكان سندهم الرئيسي في هذا التوجه هو ما قررته المذكرة الإيضاحية للمادة (٤٩) من قانون المحكمة على النحو السالف بيانه تفصيلاً، وإنزال حكم القواعد العامة في الأحكام على الحكم بعدم الدستورية، وأخصها أن الأحكام القضائية – كأصل عام – أحكام كاشفة وليست منشئة – فالحكم بعدم الدستورية لا ينشئ العيب أو العوار

(١) يراجع أيضًا فتواها رقم ٤٩٦ بتاريخ ٢٠٠١/٨/١٣، ملف رقم (٥٨٢/٦/٨٦) بجلسة ٢٠٠١/٦/٢٦ منشورة بمجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الثاني، السنة الثامنة والأربعون (أبريل – يونيو ٢٠٠٤)، ص٢٤٧.

الدستوري من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية، بل هو يجرده من صفة الدستورية منذ لحظة ميلاده.

المطلب الثاني

قيود الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية

في غير المجال الجنائي

إن الوجود المادي للقانون أو اللائحة قبل القضاء بعدم دستوريته حقيقة واقعة ليس من السهل تجاهلها بصورة مطلقة في حالة الحكم بعدم الدستورية. لذا فقد كان لازمًا التعامل مع هذه الحقيقة الواقعة ومحاولة إيجاد الحلول القانونية الملائمة لكل واقعة استندت إلى القانون المقضي بعدم دستوريته، وذلك في الفترة ما بين صدور هذا القانون وبين نشر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا(١).

وقد قيدت المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا، الأثر الرجعي للحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص غير جنائي بقيدين هامين؛ إذ نصت على أنه "ويستثنى من الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادم...".

---

(١) راجع في ذلك تفصيلاً: د. عبد العزيز محمد سالمان، الآثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية، المرجع السابق، ص٣٥٩ وما بعدها.

كما أن الممارسة العملية للمحكمة الدستورية العليا قد أفرزت حالة أخرى أطلق عليها الفقه مسمى "الأمن القانوني"[1].

وترتيبًا على ما سبق، فإن قيود إعمال الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية في غير حالة النص الجنائي، تتمثل في الآتي:

أولاً: الحقوق والمراكز المستقرة بحكم قضائي.

ثانيًا: الحقوق والمراكز المستقرة بانقضاء مدة تقادم.

ثالثًا: احترام مبدأ الأمن القانوني.

أولاً: الحقوق والمراكز المستقرة بحكم قضائي:

لم يرد نص في قانون المحكمة الدستورية العليا يقرر صراحة قيود الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية في غير النصوص الجنائية، وحتى لو أردنا أن نفسر نص المادة (٤٩) من هذا القانون تفسيرًا واسعًا، فإن هذا التفسير لا يسعفنا في تحديد هذه القيود، ولذلك جاءت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون بمثابة المرجع الأول والأخير في هذا الشأن، وكان أول هذه القيود التي أوردتها المذكرة الإيضاحية "هي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي والمستخلص من حكم المذكرة الإيضاحية هنا، هو أن كل حكم حائزًا لقوة الأمر المقضي تستقر به الحقوق والمراكز القانونية لا يجوز المساس به عن طريق إعمال الأثر الرجعي لحكم المحكمة الدستورية العليا".

---

(١) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص٣٢١.

وفي شأن ما أثير حول الحكم القضائي الذي يقيد رجعية الحكم بعدم الدستورية، نجد أن الأحكام الأولى للمحكمة الدستورية العليا، كانت تذهب إلى أن المقصود بالحكم الذي حاز قوة الأمر المقضي هو الحكم النهائي، أي الذي استنفد طرق الطعن العادية، أما إذا كان مطروحًا على القضاء بطريق طعن غير عادي، فرغم أنه نهائي إلا أنه يخضع لرجعية الحكم بعدم الدستورية، وهذا ما كانت تطبقه محكمة النقض في فترة زمنية مسايرة لمسلك المحكمة الدستورية العليا(١).

ثم عدلت المحكمة الدستورية العليا عن هذا الوصف، وتواترت أحكامها، على أن الحكم الذي تستقر به المراكز يجب أن يكون باتًا، ذلك باستنفادة لطرق الطعن جميعها"(٢).

وفي ذلك تذكر: "وقد أوضحت المحكمة الدستورية العليا جعل الأحكام الدستورية الصادرة بإبطال نصوص عقابية أثرًا رجعيًا كاملاً بالنسبة لأحكام الإدانة الصادرة استنادًا به، وتعتبر كافة الأحكام في هذا الشأن كان لم تكن ولو كان الحكم باتًا، أما إذا كان النص المقضي ببطلانه غير جنائي، فإن الأثر الرجعي يظل جاريًا وينسحب على الأوضاع والعلائق التي اتصل بها مؤثرًا فيها، حتى ما كان منها سابقًا على نشره بالجريدة الرسمية، ما لم تكن الحقوق والمراكز القانونية التي ترتبط بها قد استقر أمرها بناء

---

(١) راجع في ذلك تفصيلاً: د. عبد العزيز محمد سالمان: آثار الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص

(٢) دستورية عليا في ٣٠ نوفمبر ١٩٩٦، في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" الجريدة الرسمية (العدد ٤٩) في ١٢ ديسمبر ١٩٩٦.

على حكم قضائي باتًا وذلك باستفادة لطرق الطعن جميعها، وثانيهما أن يكون صادرًا قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا، ومحمولاً على النصوص القانونية عينها التي قضى ببطلانها[١].

وإذا كان اعتبار الحكم باتًا قد تقرر بناء على قانون قضى بعدم دستوريته، فإن الحكم بعدم الدستورية بقوة أثره الكاشف بجعل الحكم سالف الذكر قابلاً للطعن فيه[٢].

وتطبيقًا لذلك، صدر القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٧، ينظم الطعن في الأحكام النهائية الصادرة من المحكمة العليا للقيم في المنازعات المنصوص عليها في المادة (٦) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة، وذلك على أثر صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة ٥٠ من قانون حماية القيم من العيب[٣]، فيما يتعلق بإغلاق الطعن في هذا النوع من الأحكام لإخلالها بمبدأ المساواة أمام القانون. فقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٧، على فتح باب الطعن أمام محكمة النقض في الأحكام النهائية الصادرة من المحكمة العليا للقيم في المنازعات الخاصة بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة.

---

(١) راجع حكم الدستورية العليا، الصادر في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٨ق دستورية، جلسة ١٩٩٦/١١/٣٠، المستشار إليه سلفًا.

(٢) انظر: د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات...، المرجع السابق، ص٣٩١.

(٣) دستورية عليا في ٥ أغسطس لسنة ١٩٩٥، القضية رقم ٩ لسنة ١٦ "قضائية دستورية".

ونصت المادة الثانية من هذا القانون على فتح ميعاد الطعن في هذه الأحكام لمدة ستين يومًا من تاريخ العمل بهذا القانون.

وتذهب محكمة النقض في قضائها الأخير والمتواتر إلى ضرورة أن يكون الحق أو المركز قد اكتسب بناء على حكم بات حتى لا يطاله أثر الحكم بعدم الدستورية؛ إذ قضت بأن قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص قانوني واجب التطبيق على جميع المنازعات التي تخضع لتطبيق هذا النص القانوني مادام الحكم بعدم دستوريته قد لحق الدعوى قبل أن يصدر فيها حكم بات[1].

خلاصة ما سبق، أن المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا، وما تواترت عليه المحكمة ذاتها في قضائها قبل تعديل المادة (٤٩) من قانونها، أن الأثر الرجعي لحكم المحكمة تحده بعض الضوابط التي تقيد في هذا الأثر الرجعي، وذلك بهدف إقامة نوع من التوازن بين احترام مبدأ الشرعية بما يتضمنه من ضرورة احترام القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى، وبين احترام مبدأ الأوضاع والمراكز المستقرة والحقوق المكتسبة، بما لا يؤدي لإهدار أحدهما للآخر، وهذه الضوابط هي:

أولهما: يجب أن يكون الحكم الصادر من إحدى المحاكم قبل صدور الحكم بعدم الدستورية قد حاز قوة الأمر المقضي، وقد وصفته المحكمة في أحكامها بالحكم البات، فالحكم الذي تستقر به المراكز القانونية يجب أن يتوافر فيه شرطان أولهما أن يكون حكمًا باتًا، والحكم البات هو الحكم الذي

---

(١) نقض مدني في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٩٦، الطعن رقم ١٤٨٩ لسنة ٦١ قضائية.

استنفد جميع طرق الطعن، ويعني ذلك أنه إذا كان يوجد طرق للطعن في هذا الحكم طبق الأثر الرجعي، وجاز للخصوم أن يستندوا أمام المحكمة المطعون أمامها إلى الحكم الصادر بعدم دستورية القانون او اللائحة المراد تطبيقه على النزاع، واتجاه المحكمة هنا يوسع من نطاق الأثر الرجعي لحكمها.

وثانيهما: أن يصدر هذا الحكم قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا، ومحمولاً على النصوص القانونية عينها التي قضى ببطلانها[١]. ويعني ذلك أنه إذا كان هناك حكم نهائي حاز قوة الأمر المقضي به صدر قبل الحكم بعدم ادستورية فإن ذلك الحكم يصبح حكمًا واجب الاحترام، حتى ولو كان قد اعتمد على النص المقضي بعدم دستوريته، أما إذا كانت المحكمة لم تفصل بعد في النزاع فإنها تتقيد في هذه الحالة بالحكم الدستورية الذي قضى بعدم الدستورية.

ثانيًا: انقضاء مدة التقادم كقيد على الأثر الرجعي:

القيد الثاني الذي يحد من الأثر الرجعي لحكم المحكمة الدستورية العليا هو – كما أوردته المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة – "انقضاء مدة التقادم".

والتقادم في مفهومه البسيط – سواء كان تقادمًا مكسبًا أم مسقطًا – هو ما يترتب على حق معين أو مركز من تغييرات بمضي مدة معينة[٢].

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٣٠ نوفمبر ١٩٩٦ في الدعوى رقم ٢٢ لسنة ١٨ق دستورية.

(٢) التقادم نظام قديم جدًا عرفه الرومان منذ قانون الألواح الاثنى عشر، بل من وقت سابقًا عليه، ويعتبر من النظم الأصلية في القانون الروماني. =

ففي الملكية – مثلاً – يترتب على وضع اليد الذي يستمر مدة معينة تحول السلطة الفعلية إلى سلطة قانونية، أي إلى حق. فالزمن يؤيد الواقع ويحوله إلى حق يعترف به القانون، فهو يحول وضع اليد وهو مظهر لحق إلى ملكية في النهاية، فكل يوم يمضي على وضع اليد يزيده قوة حتى إذا انتهت المدة القانونية ارتفع الواقع إلى رتبة الحق(١).

والقاعدة العامة لمدة التقادم في القانون المصري – على نحو ما تنص المادة ٣٤٧ من القانون المدني – هي خمسة عشر سنة – فيما عدا– الحالات التي ورد عنها نص خاص والحالات الاستثنائية الأخرى(٢).

أولاً: قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن قيد التقادم:

أكدت المحكمة ادستورية العليا على الاعتداد بانقضاء مدة التقادم كقيد على الأثر الرجعي، متى توافر مانع يمنع سريان الحكم الصادر بعدم

= د. محمد عبد المنعم بدر، د. عبد امنعم البدراوي: مبادئ القانون الروماني، دار الكتب العربي، بمصر، ١٩٥٣، ص٣٩٩.

"يرتكز التقادم في أساس مشروعيته إلى مبدأ استقرار المعاملات، فالدائن الذي يسكت عن المطالبة بدينه مدة طويلة يفترض فيه حفاظًا على الاستقرار أنه استوفاه أو في القليل قد أبرأ ذمة المدين منه بعد هذا السكوت الطويل. فكما يجب وضع حد للمنازعة في الحقوق بتقرير قوة الأمر المقضي كذلك يجب وضع حد للمطالبة بالحقوق وذلك بتقرير مبدأ التقادم".

د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، المجلد الثاني، طبعة نادي القضاة، ص١١٦٤ وما بعدها.

(١) المقصود بالسنة هنا، السنة الميلادية، عملاً بنص المادة الثالثة من القانون المدني، والتي تنص على أن: "تحسب المواعيد بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على غير ذلك".

(٢) نظمت المادة (٣٨٠) من التقنين المدني كيفية حساب التقادم فقد جرى نصها "تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الأول، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها".

الدستورية على المركز المستقر بانقضاء مدة التقادم. ومن ذلك حكمها الصادر بجلسة ١٩٨٢/٦/٥ في القضية رقم ١٦ لسنة ٣ق دستورية بقولها: "... وجاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون أن مؤدى عدم جواز تطبيق النص من اليوم التالي للنشر ليس عدم تطبيقه في المستقبل فحسب، وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم الدستورية، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادمه"(١).

وفي حكم آخر صدر بجلسة ١٩٩٠/٥/١٩ في القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ق دستورية، أكدت على هذا الاستثناء بقولها: "... وقد أعملت المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا هذه الرجعية على إطلاقها بالنسبة للنصوص الجنائية إلى حد إسقاط حجية الأمر المقضي لتعلقها بالإدانة في أمور تمس الحريات الشخصية. أما في المسائل الأخرى غير الجنائية فيسري عليها كذلك الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية ما لم يكن للعلاقات والأوضاع السابقة عليه أساس قانوني آخر ترتكن إليه ويحد من إطلاق الرجعية عليها. وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية. إذ قيدت الرجعية في غير حالة النص الجنائي بقيدين هامين، هما الحقوق والمراكز القانونية المستقرة بحكم قضائي حاز قوة الأمر المقضي، والحقوق والمراكز المستقرة بانقضاء مدة التقادم.

---

(١) راجع في ذلك: د. رجب محمود طاجن، ملامح الأثر الرجعي في القضاءين الإداري والدستوري، دار النهضة العربية، ٢٠١١، ص٩٨٦.

ومفاد ما سبق، أنه إذا استقرت الحقوق والمراكز القانونية قبل صدور الحكم بعدم الدستورية بانقضاء مدة تقادمها، فلا تُهدر هذه الحقوق وتلك المراكز القانونية بصدور الحكم بعدم الدستورية، وإنما تستقر ولا يؤثر فيها الأثر الرجعي لحكم عدم الدستورية، وهذا الاستثناء إنما قرر للمحافظة على اعتبارات مبدأ الأمن القانوني وما يتطلبه من ضرورة احترام الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية التي استقرت بالتقادم.

وبالتالي إذا كانت مدة التقادم قد بدأت قبل صدور الحكم بعدم الدستورية ولم تنتهي إلا بعد صدور هذا الحكم ونشره، فإنه لا مجال لهذا الاستثناء في هذه الحالة، ويطبق الأصل، وهو الإعمال الكامل للأثر الرجعي بعدم الدستورية(١).

ومما لا شك فيه أن تقرير هذا الاستثناء هو إقامة نوع من التوازن بين احترام مبدأ الشرعية فيما تضمنه من احترام القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى، وبين احترام مبدأ الحقوق المكتسبة، بما لا يؤدي لإهدار أحدهما في سبيل الآخر.

والملاحظ في هذا الصدد أن أحكام المحكمة الدستورية كانت قد استقرت على أن هناك استثناءات على مبدأ الأثر الرجعي لحكم المحكمة الدستورية العليا، هما:

١-الحكم القضائي الحائز لقوة الأمر المقضي على نحو ما ذكرنا سلفًا.

---

(١) راجع: د. إبراهيم محمد علي، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، ص٢٥٨.

٢-الحقوق والمراكز المستقرة بانقضاء مدة التقادم.

ويرى بعض الفقه أن المحكمة الدستورية العليا قد عدلت منذ وقت مبكر عن قضائها المستقر على ما سبق في بعض الأحكام، وأغفلت الإشارة إلى قيد التقادم – حتى قبل تعديل المادة ٤٩- من قانونها- واقتصرت في بيانها لما يحصر الأثر الرجعي إلى أنه الحكم القضائي البات والذي يكون قد صدر قبل حكم الدستورية، وقد بدأ هذا الاتجاه يظهر في أحكام المحكمة الدستورية العليا بداية من حكمها الصادر بجلسة ١٩٩٦/١١/٣ في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٨ق دستورية؛ إذ ذكرت المحكمة الموقرة في هذا الحكم"...

وحيث أن قانون المحكمة الدستورية العليا – ضمانًا لصون الحرية الشخصية التي كفلها الدستور واعتبرها من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز الإخلال بها عدوانا – قد نص في المادة ٤٩ منه على أنه "إذا كان الحكم بعدم ادستورية متعلقًا بنص جنائي، فإن أحكام الإدانة الصادرة استنادًا إليه تعتبر كأن لم تكن – وهو ما يعني سقوطها بكل آثارها ولو صار الطعن فيها ممتنعًا لتفارقها قوة الأمر المقضي التي قارنتها.

وتلك هي الرجعة الكاملة التي أثبتها قانون المحكمة الدستورية العليا لأحكامها الصادرة بإبطال النصوص العقابية وهي رجعية لا قيد عليها ولا عاصم منها بل يكون أثرها جارفًا لكل عائق على خلافها، ولو كان حكمًا باتًا.

فإذا كان قضاؤها مبطلاً لنص غير جنائي، فإن أثره الرجعي يظل جاريًا ومنسحبًا إلى الأوضاع والعلائق التي اتصل بها مؤثرًا فيها حتى ما كان منها سابقًا على نشره في الجريدة الرسمية ما لم تكن تلك الحقوق

والمراكز التي ترتبط بها قد استقر أمرها بناء على حكم قضائي توافر فه شرطان: **أولهما:** أن يكون باتًا، وذلك باستنفاذه لطرق الطعن جميعًا. **ثانيهما:** أن يكون صادرًا قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا ومحمولاً على النصوص القانونية التي قضى ببطلانها".

والمستفاد من هذا الحكم هو تراجع المحكمة الدستورية العليا عن قضائها السابق – والتي ذكرتها غير مرة – بأن نطاق الاستثناء من الرجعة في غير المسائل الجنائية يشمل الحكم القضائي الحائز لقوة الأمر المقضي والحقوق والمراكز التي استقرت بناء على مدة تقادم، وهو أمر محل تحفظ شديد حيث أن المذكرة اإيضاحية لقانون المحكمة، أوردت القيدين معًا، وبصورة صريحة.

ويبقى التساؤل هنا قائمًا، حول ما إذا كان إغفال المحكمة الإشارة إلى قيد التقادم في بعض أحكامها قد جاء بالنظر إلى أن سياق الحكم والنص والمقضي بعدم دستوريته قائمًا على القيد الأول – الحكم القضائي – فقط، أم أن ذلك الإغفال يمثل اتجاهًا للمحكمة الموقرة.

والملفت للنظر هنا أن المحكمة الدستورية العليا قد استندت في قضائها بإعمال أثر الحكم بعدم الدستورية، مع قيود هذا الأثر إلى المذكرة الإيضاحية للمادة (٤٩) من قانونها، حيث أكدت هذه المذكرة على الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية وأن هذا الأثر مقيد بقيدين وليس بقيد واحد، هما عدم امساس بالحقوق والمراكز التي استقرت بحكم حاز قوة الأمر المقضي، وعدم المساس بالحقوق والمراكز التي استقرت بانقضاء مدة تقادم.

ومادام الأمر كذلك، فإن ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية ومحكمة النقض، في بعض أحكامهما يمثل خروجًا تحكميًا في أعمال حكم المذكرة الإيضاحية، ويعد تطبيقًا منقوصًا لحكم المذكرة الإيضاحية لقانونها رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

لكن المطالع للأحكام التي صدرت بعد ذلك، يجد أن ما سبق لم يكن عدولاً من المحكمة، بل مجرد التأكيد على القيد الأول في سياق الأحكام؛ إذ ذكرت المحكمة غير مرة بعد التاريخ المذكور القيدين معًا، وليس قيدًا واحدًا.

ثانيًا: قضاء محكمة النقض بشأن قيد التقادم:

استقرت أحكام محكمة النقض على أن انقضاء مدة التقادم يعتبر استثناء على سريان الأثر الرجعي لحكم المحكمة الدستورية العليا بعدم الدستورية.

ومن ذلك حكمها الصادر في الطعن رقم ١٣٤٨ لسنة ٥٠ق بجلسة ١٩٨٤/٤/٢٩، حيث قضت بأنه "... يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم – إلا أن عدم تطبيق النص – وعلى ما ورد بالمذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا لا ينصرف إلى المستقبل فحسب، إنما ينسحب على الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادمه...." [(١)].

---

(١) مجموعة أحكام النقض السنة ٣٥، ج١، ص١١٣٩، وقد سبق أن أوردنا حيثيات هذا الحكم كاملة. =

وتواترت أحكام محكمة النقض على ما سبق، إلا أن بدأت المحكمة الدستورية العليا تغفل الإشارة في بعض أحكامها إلى التقادم كقيد على سريان الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، وهذا القضاء جعل بعض دوائر محكمة النقض تعدل عن اتجاهها المستقر؛ إذ تجاهلت – هي الأخرى – قيد انقضاء مدة التقادم. وجعلت قيود الأثر الرجعي قيدًا واحدًا هو الحكم القضائي البات، وعلى الوصف الذي أوردته بعض أحكام المحكمة الدستورية العليا.

وكان أول أحكام محكمة النقض التي سارت على هذا النهج حكمها الصادر في الطعن رقم ٢٤٨٩ لسنة ٥٦ق بجلسة ١٩٩٧/٥/٢٩. فقد قضت المحكمة "المقرر – وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا – أن مفاد نص المادة ٤٩ من قانون هذه المحكمة أن الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية لا تنحصر حجيتها في خضوع الدعوى

=ومن الأحكام التي طبقت هذا الاستثناء الحكم الصادر في الطعن رقم ٦٤٦ لسنة ٥٨ق بجلسة ١٩٩٠/٦/١٤ حيث قضت بأنه: "... يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، إلا أن عدم تطبيق النص – وعلى ما جرى به قضاء النقض– لا ينصرف إلى المستقبل فحسب، إنما ينسحب على الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم. وإذا كان الحكم المطعون فيه قد خلص بلا نعي عليه في هذا الخصوص إلى رفض الدفع المبدى من الطاعنين بسقوط الحق في رفع الدعوى بالتقادم الثلاثي، ومن ثم فإن الاستثناء من تطبيق الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية نص المادة الأولى من القانون ١١٩ لسنة ١٩٦٤ يكون غير متحقق ويبني عليه عدم جواز تطبيق هذا النص بشأن واقعة اعتقال المطعون ضده، ويصبح قرار رئيس الجمهورية باعتقاله بمثابة قرار فردي لا يستند فيه مصدره إلى قانون بما يجعل الأمر في هذا الخصوص غير قائم على أساس من الشرعية.

الدستورية بل تمتد إلى الدولة بكافة أفرعها، وتنظيماتها، ويتم إعمال أثرها على الناس كافة دون تمييز فلا يجوز تطبيق النصوص الدستورية المحكوم بعدم دستوريتها اعتبارًا من اليوم التالي لنشر الأحكام الصادرة بشأنها في الجريدة الرسمية، ولا يعني أن لهذه الأحكام أثرًا مباشرًا لا تتعداه خاصة إذا كان قضاؤها مبطلاً لنص غير جنائي، بل إن أثره الرجعي يظل جاريًا ومنسحبًا إلى الأوضاع والعلائق التي اتصل بها مؤثرًا فيها حتى ما كان منها سابقًا على نشره في الجريدة الرسمية بافتراض النص الباطل منعدم ابتداء لا انتهاء، فلا يكون قابلاً للتطبيق أصلاً منذ أن نشأ معيباً ما لم تكن الحقوق والمراكز التي ترتبط بها قد استقر أمرها بناء على حكم قضائي توافر فيه شرطان: أولهما: أن يكون باتًا، ولك باستنفاد طرق الطعن جميعًا. وثانيهما: أن يكون صادرًا قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا ومحمولاً على النصوص القانونية عينها التي قضى ببطلانها".

يتبين لي من خلال متابعة مسلك المحكمة الدستورية العليا، أنها قد قيدت الأثر الرجعي لأحكامها قبل تعديل المادة (٤٩) بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٨٩، في الحدود الواردة في المذكرة الإيضاحية لقانونها، أي في حالتي الحكم القضائي الذي حاز قوة الأمر المقضي، والذي نعتته المحكمة في أحكامها غير مرة بالحكم البات، وحالة استقرار المراكز القانونية بانقضاء مدة تقادم، وإن كانت قد اكتفت في بعض أحكامها بذكر القيد الأول (الحكم القضائي البات) وهو الأمر الذي تأكد العدول عنه بعد ذلك، رغم تحفظنا على مسلكها في هذا الشأن، والذي اقتفت أثره محكمة النقض.

ونخلص مما سبق أن التقادم كاستثناء على سريان الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي، يقصد به انقضاء مدة التقادم، وهو استثناء قرر لمصلحة الاستقرار في المعاملات والحرص على عدم زعزعة المراكز القانونية وإحداث توازن بين الشرعية والاستقرار [1]. إذ أن فوات مدة التقادم كاف بذاته لكي تستقر به المراكز والحقوق، وتنأى بذلك عن سريان الأثر الرجعي لحكم المحكمة الدستورية العليا عليه، فإذا وضع شخصًا يده على قطعة أرض مثلاً أو منزل لمدة خمسة عشر عامًا دون منازعة من أحد، ولم يلجأ إلى القضاء طالبًا ثبوت ملكيته بالتقادم، فإن مركزه القانوني يستقر بمجرد فوات هذه المدة، بحيث إذا صدر حكم بعدم دستورية النص المقرر للتقادم الطويل كسبب لكسب الملكية، فإن هذا الحكم لا يسري على هذا الشخص لأن مركزه القانوني قد استقر بانقضاء مدة التقادم ويقاس على ذلك العديد من الحالات التي لا تقع تحت حصر.

---

(١) ولا شك أن إعمال قيد التقادم من جانب المحكمة الدستورية العليا يحقق مصلحة المحكمة نفسها في نفي اتهامها بأن أحكامها بعدم الدستورية تؤدي لعدم استقرار الأوضاع، إضافة إلى إعطائها حرية أكبر في القضاء بعدم الدستورية، طالما أن حكمها لن يؤدي في حقيقته لعدم استقرار الأوضاع بصورة فاحشة. كما أنه في ذات الوقت يحقق مصلحة رافع الدعوى بحسبان أن التقادم بالنسبة إليه قد انتفى برفعه دعواه الموضوعية. كما أنه يحقق مصلحة غير رافع الدعوى الذي لم تنقضي مدة التقادم بالنسبة إليه أو حتى الذي انقضت مدة التقادمة بالنسبة إليه إلا أنه رؤي عدم التمسك به سواء كان المتمسك به هو الحكومة أو الأفراد، حسب الأحوال الواقعية.
د. هشام محمد فوزي: اقتراحات لتدعيم دور المحكمة الدستورية العليا في الرقابة الدستورية في مصر، بحث مقدم إلى المؤتمر الذي أقامه المركز العربي لاستقلال القضاء والمحاماة، من ٣٠ يونيو إلى ١ يوليو ١٩٩٨.

وقد اعتنقت بعض الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية هذا النظر واعتدت بمجرد فوات مدة التقادم كقيد على الأثر الرجعي لحكم المحكمة الدستورية العليا، ومن ذلك على سبيل المثال، الحكم الصادر بجلسة ١٩٩٨/٦/١٨، إذ أورد "أن المدعى عليه يقيم مع المستأجرة الأصلية منذ ٢٢ سنة، وهي خالته، ومن ثم فإن حقه في الامتداد قد استقر بانقضاء مدة التقادم"[١]. والواضح هنا أن هذا الحكم اعتد بمجرد فوات المدة لاستقرار المركز القانوني للمدعى ومنع سريان الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة (٣/٢٩) من قانون إيجار الأماكن.

والملاحظ أن المحكمة الدستورية العليا لم تخرج عن الحدود السابقة لإعمال الرجعية في أحكامها، إلا لمبرر قوي، حينما يتأكد لديها أن الرجعية المطلقة في غير الحالات الواردة في نص المادة (٤٩) والمذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة، آثارًا جسيمة على الواقع وعلى القانون[٢]، وهو ما أطلق عليه "مبدأ الأمن القانون" على نحو ما يلي:

ثالثًا: احترام مبدأ الأمن القانوني: وبه قال أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور؛ إذ يضيف سيادته أمرًا ثالثًا، كقيد على رجعية الحكم بعدم الدستورية، وهو احترام مبدأ الأمن القانوني[٣]، وهو الأمر الذي لم تتجاهله المحكمة

---

(١) أشار إلى هذا الحكم د. عبد العزيز محمد سالمان: الحكم الدستوري، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ٢٠٢٤، ص٥٢٤.

(٢) د. رجب محمد طاحن، ملامح عدم الرجعية في القضاءين الدستوري والإداري، الطبعة الأولى، ٢٠١١، ص٢٨٠.

(٣) انظر: د. أحمد فتحي سرور، الحماية ادستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص٣٢١. =

الدستورية العليا في أحكامها، ومن تطبيقات ذلك ما قضت به في أحد أحكامها الهامة من أن الحكم بعدم دستورية النص التشريعي الذي تمت بناء عليه انتخابات مجلس الشعب، وإن كان يلازمه أن يكون المجلس المذكور باطلاً منذ انتخابه، إلا أن هذا البطلان لا يستتبع البتة إسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذه من إجراءات من خلال الفترة السابقة وحتى تاريخ حكمها بعدم الدستورية ونشره في الجريدة الرسمية[1]، بل تظل تلك القوانين والقرارات والإجراءات قائمة على أصلها من الصحة، ومن ثم تبقى صحيحة ونافذة، وذلك ما لم يتقرر إلغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستوريًا أو يقضي بعدم دستورية نصوصها التشريعية بحكم من

=ويقصد بفكرة الأمن القانوني إيجاد قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، وحدًا أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية لغرض إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية سواء في ذلك الأشخاص القانونية العامة أم الخاصة، بحيث تستطيع هذه الأشخاص ترتيب أوضاعها وفقًا للقواعد القانونية القائمة وقت مباشرتها لأعمالها دون أن تتعرض لمفاجآت أو أعمال لم تكن بالحسبان صادرة عن إحدى سلطات الدولة الثلاث، ويكون من شأنها هدم ركن الاستقرار أو زعزعة روح الثقة والاطمئنان بالدولة وقوانينها.

د. يسري محمد العصار، الحماية الدستورية للأمن القانوني، مجلة الدستورية، القاهرة، عدد ٣، س١، يوليو ٢٠٠٣، ص٥١.

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا، الصادر في ١٩ مايو ١٩٩٠، المجموعة الجزء ٤ ص٢٥٦.

ذلك الحكم الشهير الذي قضت فيه المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة الخامسة مكررًا من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب فيما تضمنته من النص على أن يكون لكل دائرة عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردي ويكون انتخاب باقي الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية.

المحكمة الدستورية العليا إن كان لذلك ثمة وجه آخر غير ما بني عليه هذا الحكم[1].

وذات الأمر طبقته المحكمة الدستورية العليا بالنسبة للمجالس الشعبية المحلية، مقررة أن انتخابات المجالس الشعبية المحلية، وقد أجريت بناء على نصوص تشريعية ثبت عدم دستوريتها بما انتهت إليه هذه المحكمة من قضاء، وكان استصحاب الطبيعة الكاشفة لأحكامها، وعملاً بأثرها الرجعي، مؤداه: أن يكون تكوين هذه المجالس باطلاً منذ انتخابها، إلا أن هذا البطلان لا يستتبع إسقاط ما اتخذته هذه المجالس من قرارات أو إجراءات منذ إنشائها وحتى تاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية، بل تظل هذه القرارات والإجراءات وكذلك تصرفاتها الأخرى قائمة على أصلها من الصحة وتبقى صحيحة ونافذة، وذلك ما لم يتقرر إلغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستوريًا، أو يقضى بعدم دستورية أحكامها من المحكمة الدستورية العليا[2]

وأكدت المحكمة الدستورية العليا هذا المبدأ بالنسبة إلى القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٨٩ بتعديل بعض أحكام القرار بقانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها، باعتباره تشريعًا نافذًا لا يبطل ببطلان تكوين المجلس النيابي الذي أقره. فليس من شأن هذا البطلان أن يعدم ما أصدره من تشريعات أو ينال من نفاذها، ما لم تقض

---

(١) الدستورية العليا في ١٩ مايو ١٩٩٠، القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ق السالف الإشارة إليه، ص٢٥٦.

(٢) راجع في ذلك: المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٤٤ لسنة ١٢ قضائية، "دستورية" بجلسة ١٩٩١/١٢/٧، ج١/٥، دستورية، ص٧٤. وحكمها في الدعوى رقم ٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية بجلسة ١٩٩٦/٢/٣، ج٧ دستورية، ص٤٧.

المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نصوصها التشريعية بناء على وجه آخر غير ما بنى عليه قضاؤها بعدم دستورية النصوص التي انتخب بناء عليها المجلس النيابي[1].

إذا كانت المحكمة الدستورية العليا هنا قد قيدت مدى الأثر الرجعي – إعمالاً لنظرية الظاهر – إلا أنها لم تقض بسقوط القوانين والقرارات التي صدرت عن مجلس الشعب بسبب عدم دستورية النصوص التي جرى تكوينه على أساسها[2].

ذهبت محكمة النقض في هذا الصدد في بعض أحكامها إلى تبني وجود فعلي للنص المقضي بعدم دستوريته، وظهوره خلال الفترة من تاريخ نفاذه إلى تاريخ الحكم بعدم دستوريته، بمظهر النص القانوني الصحيح الواجب الإتباع حماية للأوضاع الظاهرة؛ لأنه وإن كان يترتب على الحكم بعدم دستورية النص التشريعي امتناع تطبيقه من تاريخ صدور هذا الحكم على الوقائع كافة (حتى ولو كانت سابقة على صدور الحكم بعدم دستوريته وهو ما ينفي الوجود القانوني للنص، وينفي صلاحيته لإحداث الأثر الأصلي المقصود من التشريع، وهو حكم الروابط والوقائع التي تقع في نطاق سريانه، إلا أن الحكم بعدم الدستورية لا ينفي أن هذا النص كان له وجود فعلي ظهر خلال الفترة من تاريخ نفاذه إلى تاريخ الحكم بعدم دستوريته، بمظهر النص القانوني الصحيح واجب الإتباع، فانخدع به بعض

---

(١) دستورية عليا في ٥ مارس ١٩٩٤، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٦ قاعدة رقم ٢٠ ص٢١٣.

(٢) انظر: د. فتحي فكري، القانون الدستوري، المرجع السابق، ص٣٣٠.

الأفراد وباشروا تصرفاتهم على هذا الأساس، فوقعوا في الغلط بحسن نية لخطأ المشرع. وفي هذه الحالة ينتج النص غير الدستوري أثرًا عرضيًا على التصرفات القانونية بمقدار تأثيره على إرادة الأفراد الذين خدعهم وجوده، وهو واقع يتعين اعتباره عند تقييم هذه التصرفات، تمهيدًا لتطبيق النص القانوني الصحيح المتفق مع الدستور باعتباره وحده هو الواجب التطبيق. وهنا ما درج عليه المشرع، فرغم أنه من المفترض علم الكافة بالقانون على وجهه الصحيح، فقد اعتد بالجهل به في تقديره لصحة الإرادة، فنصت المادة (١٢٢) من القانون المدني على أن يكون العقد قابلاً للإبطال للغلط في القانون، كما أعفت المادة (١٦٧) من القانون المدني، الموظف من المسؤولية عن عمله الذي أضر بالغير، إذا كان تنفيذًا لأمر صدر إليه من رئيس يعتقد أن طاعته واجبة، متى كان يعتقد مشروعية العمل غير المشروع الذي وقع منه. كما راعى حسن النية لاستقرار التعامل حين حمى المتعاملين مع صاحب الوضع الظاهر. كما جرى قضاء هذه المحكمة على أن النصوص المانعة من التقاضي تعتبر من أسباب وقف التقادم في الفترة من تاريخ نفاذها إلى حين الحكم بعدم دستوريتها، لأنها أثرت على إرادة المخاطبين بأحكامها، فمنعتهم من المطالبة بحقوقهم رغم انعدامها، لأن امتناع تطبيق النصوص لا يمنع من اعتبار أثر وجودها على إرادة المخاطبين) [1].

---

(١) محكمة النقض المصرية الطعن رقم (١١٦٠) لسنة ٦٧ قضائية، جلسة ١٩٩٦/١٠/٤، والطعن رقم (٢٠٣٠) لسنة ٦٨ قضائية، جلسة ١٩٩٩/١٠/٢٥، أشار إليها الدكتور ماهر أبو العينين، الدفوع في نطاق القانون العام، الكتاب الرابع، الإشكالات والدفوع أمام القاضي الدستوري، دار أبو المجد للطباعة، ٢٠٠٤، ص٣٤٧.

ومن الواضح أن محكمة النقض تحاول في أحكامها هذه التمسك بنظرية الظاهر عن طريق الإقرار بصورة عرضية لمراكز قانونية تمت على خلاف الحكم السليم للقانون. مع عدم إنكار أن هذه المراكز القانونية غير مشروعة أصلاً؛ إذ لولا حسن نية أصحابها لانخداعهم بوجود النص غير الدستوري الذي ظهر بمظهر النص القانوني الصحيح، لما كان قد تم عرضًا إقرار مشروعية مراكزهم. وأساس ذلك أن صاحب المركز الواقعي قد يستند إلى تفسير غير سليم للقانون فهذا المركز لا وجود له أصلاً من الناحية القانونية؛ لأن القانون لم ينشئه. وبتطبيق هذه الفكرة على حالة النص المقضي بعدم دستوريته نجد أن المتعاملين على أساسه، قد رتبوا أوضاعهم القانونية على أنه نص صحيح وسليم من الناحية الدستورية، على الأقل تطبيقًا لقاعدة أن الأصل هو دستورية النصوص، فإذا جاءت المحكمة الدستورية العليا وقررت عدم دستوريته، وجد مركز فعلي يمكن أن يعتد به حماية للأفراد حسني النية الذين بنوا مراكزهم القانونية على أساس ذلك؛ لأن إصدار المشرع قانونًا يتضمن نصًا من النصوص غير الدستورية يسبغ على هذا النص مظهر النص القانوني الصحيح والسليم، وبالتالي واجب الإتباع من قبل الأفراد، وهذا ما يجعل له وجودًا فعليًا رغم انعدامه لعدم دستوريته، فيرتب أثرًا عرضًا بحكم المراكز السابقة على تاريخ الحكم بعدم دستوريته، مما يعطل الأثر الرجعي لهذا الحكم بعدم الدستورية، فلا يسري على هذه المراكز السابقة[1].

(١) انظر في ذلك تفصيلاً: د. ماهر أبو العينين، الدفوع في نطاق القانون العام، المرجع السابق، ص٢٠٠٤.

والواقع أن هذا القضاء لا يمكن قبوله، لأنه يعني في بساطة شديدة، إنكار الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، وتجريده من قوته القانونية، بالادعاء بوجود فعلي للنص المقضي بعدم دستوريته، فإذا كان الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية يعني زوال وجوده القانوني من تاريخ صدوره، واعتباره كأن لم يكن، فلا معنى للعودة إلى القول بأن هناك وجودًا فعليًا لهذا النص وأنه يمكن الاعتداد به لترتيب بعض الآثار القانونية، لأن التسليم بهذا القول يعني في حقيقة الأمر واقعة تجريد الحكم المقضي بعدم الدستورية من أثره الرجعي.

كما أن التسليم بالوجود الفعلي للنص المقضي بعدم دستوريته يعني في واقع الأمر كذلك، إجازة الاعتذار بالجهل بالقانون، وهذا لا محل له، لعدم استحالة العلم بعدم دستورية النص قبل الحكم بعدم دستوريته، صحيح أن حسن النية يعود في هذه الحالة، إلى الجهل بالقانون جهلاً يتمثل في عدم العلم بعدم دستورية النص الذي تم التعامل بموجبه، والذي يتمثل في عدم العلم بعدم مشروعية هذا التعامل لمخالفته للدستور، إلا أن الأصل، مع كل ذلك، هو عدم جواز الاعتذار بهذا الجهل بالقانون، تمامًا كما لا يجوز الاعتذار بالجهل بأية قاعدة من قواعد القانون، ذلك لأنه لا توجد استحالة عامة تحول دون العلم بالقاعدة القانونية على حقيقتها، فمثل هذه الاستحالة لا تتحقق إلا بسبب قوة قاهرة، ولا يمكن اعتبار الجهل بعدم دستورية النص من هذا القبيل.

فالعدالة لا يمكن أن تتحقق بصورة كاملة إلا بإصلاح الأخطاء التي ترتبت على التشريع المخالف للدستور، وذلك عن طريق إهدار جميع الآثار

التي نجمت عن تطبيقه من تاريخ العمل به. ولا يمكن الاحتجاج في هذا المقام بالمشكلات التي يمكن أن تتولد عن إعمال هذا المبدأ، أو أن فيه إهدار للحقوق والمراكز القانونية التي قامت في ظله، بسبب أن هذه الحقوق وتلك المراكز لم توجد أصلاً؛ فالتشريع المخالف للدستور لا يملك القدرة على إنشاء الحقوق والمراكز القانونية أو تقرير الواجبات وذلك لعدم اكتسابه هذه الشرعية؛ إذ أنه يلزم له حتى تكون له هذه القدرة، أن يصدر التشريع ضمن الشروط الشكلية والموضوعية التي حددها الدستور.

المطلب الثاني

الرجعية في المجال الجنائي

جاءت المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا – ومذكرتها الإيضاحية – واضحة الدلالة على إطلاق الأثر الرجعي لحكم المحكمة الدستورية العليا في حالة الحكم بعدم دستورية نص جنائي، فقد ورد في نص هذه المادة أنه "ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادًا إلى ذلك النص كأن لم تكن ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه".

فالأثر الرجعي هنا يطبق بصورة مطلقة، حتى ولو كانت الأحكام الصادرة بالإدانة أحكامًا باتة. وذلك لأن الأحكام الجنائية تمس الحرية الشخصية للفرد، فإذا ما اتضح أن النص الذي طبق عليه غير دستوري،

فالعدالة تقتضي أن تغلب جانب الحرية على جانب حجية الأحكام الجنائية[1].

وهنا قد يظن البعض أن تطبيق أثر حكم المحكمة الدستورية العليا في المجال الجنائي – فيما يتعلق بالأحكام الصادرة بالإدانة استنادًا إلى قانون قضى بعدم دستوريته – هو استثناء من مبدأ الرجعية، وفي الحقيقة – كما ذهب رأي فقهي–[2]، أنه تطبيق لفكرة الرجعية ذاتها، لا يحده ما يحد غيره من النصوص أو التطبيقات الأخرى استنادًا إلى بعض الاعتبارات كالتقادم، وقوة الأمر المقضي، ولهذا يعد تطبيقها في المجال الجنائي بالنسبة للأحكام الصادرة بالإدانة – من وجهة نظري – هو التطبيق السليم والكامل لمعنى رجعية الأثر[3].

أولاً: المقصود بالنص الجنائي:

أول ما يستفاد من نص المادة (٤٩) سالفة الذكر أنه أطلق لفظ "جنائي" دون تحديد ولم يستخدم اصطلاح (النص العقابي) ومؤدى ذلك أن يتسع النص ليشمل النصوص العقابية ونصوص التنفيذ ونصوص

---

(١) د. عبد العزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين "رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩٥، ص٣٨٧، د.عادل عمر شريف، قضاء الدستورية "القضاء الدستوري في مصر"، رسالة دكتوراه، طبعة مطابع دار الشعب، القاهرة، ١٩٨٨، ص٤٧٤.

(٢) أستاذنا د. محمود عاطف البنا – رحمه الله– الرقابة القضائية للوائح الإدارية، دون دار نشر، ١٩٩٧، ص

(٣) راجع في عرض ذلك تفصيلاً: د. صبري محمد السنوسي محمد، آثار الحكم بعدم الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص١٢٦.

الإجراءات الجنائية أيضًا إذا ما شابها عيب عدم الدستورية[١]. المهم ان يكون حكم الإدانة صدر مستندًا إلى ذلك النص الجنائي الذي قضي بعدم دستوريته.

وهذا الاتجاه تبرره اعتبارات العدالة وطبيعة التشريعات الجنائية؛ إذ أنها في مجموعها وأنواعها تمس بطريقة مباشرة الحرية الشخصية للمواطن، وهي أعز ما يحرص عليه، فإذا ما اتضح أن النص الذي طبق كان غير دستوري، فالعدالة تقتضي أن نغلب جانب الحرية على جانب حجية الأحكام الجنائية، وفي هذا إعمال كامل لمبدأ المشروعية[٢].

وقد أبانت الأعمال التحضيرية لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، ذلك الأثر المترتب على عدم دستورية نص جنائي، وبينت انسحابه إلى النصوص العقابية والإجرائية على حد سواء، وذلك خلافًا لما كان مقررًا في بعض المشاريع السابقة، التي كانت تقصر هذا الأثر على النصوص العقابية فحسب، وقد رؤي الاتساع في مفهوم النصوص الجنائية، لتشمل كافة النصوص التي تعمل في المجال الجنائي، سواء كانت نصوص عقابية تفرض عقوبة أو تدبير، أو نصوص خاصة بالتنفيذ، أو نصوص تعلقت بالإجراءات الجنائية[٣].

---

(١) د. عبد العزيز محمد سالمان، الآثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية...، المرجع السابق، ص٣١٤.

(٢) د. رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، ٢٠٠٣، ص٤٣٤.

(٣) راجع في ذلك تفصيلاً: د. طارق محمد عبد القادر؛ أثر القضاء بعدم دستورية نص جنائي على الأحكام القضائية الباتة، بحث منشور في المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، المجلد ٣، العدد ٣، ٢٠٢٢، ص١٨٦٩.

وكما هو معلوم، فإن الفقرة الرابعة من المادة (٤٩) لم يمسها التعديل الذي أجرى على نص هذه المادة بموجب القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، وبقي نص هذه الفقرة على حاله إلى الآن، وتؤكد الفقرة الرابعة المشار إليها من المادة (٤٩) على الرجعية الكاملة بالنسبة للأحكام الصادرة بعدم دستورية النصوص الجنائية، حيث ذهبت إلى إهدار حجية الأحكام الصادرة بالإدانة، واعتبارها كأن لم تكن، حتى ولو كانت باتة.

ثانياً: إطلاق الأثر الرجعي:

إذا صدر حكم من المحكمة الدستورية العليا، بعدم دستورية نص جنائي، فإنه يسري بأثر رجعي مطلق على جميع الأحكام القضائية الصادرة بالإدانة استنادًا إلى ذلك النص المقضي بعدم دستوريته، واعتبارها كأن لم تكن، ومعنى "كأن لم تكن" هو سقوطها بكل آثارها، ولو صار الطعن عليها ممتنعًا لتفارقها قوة الأمر المقضي التي قارنتها، وهي رجعية كاملة أثبتها قانون المحكمة الدستورية العليا لأحكامها الصادرة بإبطال النصوص العقابية، وهي رجعية لا قيد عليها ولا عاصم منها، بل يكون أثرها جارفًا لكل عائق على خلافها، ولو كان حكمًا باتًا[1]، طالما أن هذا الحكم قد صدر بالإدانة استنادًا إلى النص القانوني المقضي بعدم دستوريته.

ومفاد ما سبق أن الرجعية المطلقة التي أطلقتها المادة (٤/٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا، ومذكرتها التفسيرية؛ تكون في حالة الحكم

---

(١) راجع في ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٨ق دستورية بجلسة ١٩٩٦/١١/٣٠، وكذلك د. طارق محمد عبد القادر، أثر القضاء بعدم دستورية نص جنائي على الأحكام القضائية الباتة، المرجع السابق.

الجنائي الصادر بالإدانة، يستوي في ذلك أن يكون صادرًا بعقوبة مقيدة للحرية أو سالبة لها أو بعقوبة مالية سواء كانت غرامة أو تعويضات أو رد مبالغ، طالما أن الحكم الجنائي الصادر بالإدانة قد استند إلى النص القانوني المقضي بعدم دستوريته، وسواء صدر مستندًا إلى هذا النص وحده أو إلى مجموعة من النصوص الأخرى من بينها النص غير الدستوري، فإن الحكم الصادر بعدم الدستورية يمتد إليه(١).

أما في حالة الأحكام الصادرة بالبراءة، استنادًا إلى النص المقضي بعدم دستوريته، فقد سكت المشرع عن معالجة تلك الحالة بنص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا، وذلك لا يعني أنها غير خاضعة للأثر الرجعي، بل أنها تخضع لهذا الأثر طبقًا للقواعد العامة في هذا الشأن، والتي تقضي بسريان الحكم بأثر رجعي، إلا إذا حاز هذا الحكم قوة الأمر المقضي باستنفاد جميع طرق الطعن المقررة، أي أن الحكم في هذه الحالة يسري عليه ما يسري على الأحكام الأخرى الصادرة في غير المجال الجنائي(٢).

وقد أكدت محكمة النقض على إطلاق الأثر الرجعي في المجال الجنائي في أحكامها، ومن ذلك حكمها الصادر بجلسة ١٩٩٩/٤/١٥ والذي ذكرت فيه: "... لما كان ذلك، وكان قد صدر من بعد وبتاريخ ٩ من مايو ١٩٩٨ في القضية رقم ٤١ لسنة ١٩ق. دستورية حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية البند (ط) من المادة الأولى من القانون رقم ٣٠٨ لسنة

---

(١) د. عبد العزيز سالمان، آثار الحكم بعدم الدستورية، المرجع السابق، ص٣١٥.

(٢) د. صبري محمد السنوسي، آثار الحكم بعدم الدستورية، المرجع السابق، ص١٢٠.

١٩٥٥ في شأن الحجز الإداري فيما تضمنته من حق البنوك التي تساهم الحكومة في رأس مالها بما يزيد على النصف في توقيع الحجز الإداري على مدينيها. وكانت المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩- التي تحكم الواقعة قبل تعديلها بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ تنص على أن أحكام المحكمة الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة. ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون او لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم... والمقرر في هذا الشأن أنه إذا كان يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم؛ إلا أن عدم تطبيق النص – وعلى ما جرت به المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا وأقرته هذه المحكمة – محكمة النقض- في أحكامها لا ينصرف أثره إلى المستقبل فحسب وإنما ينسحب على الوقائع السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص. لما كان ذلك وكان الحكم بعدم دستورية نص الفقرة (ط) من المادة الأولى من القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ – المار بيانه – يجعل الحجز الذي يستند إليها – كما هو الشأن في الدعوى الماثلة – وكأن لم يكن – من يوم إجرائه – فلا تقوم جريمة تبديد للمحجوزات التي أدين بها الطاعن لتخلف أركانها. ومن ثم تقضي المحكمة من تلقاء نفسها، بنقض الحكم المطعون فيه وبإلغاء الحكم المستأنف وببراءة الطاعن مما أسند إليه"[١].

وما كان القضاء السابق لمحكمة النقض، إلا إقرارًا بما استقرت عليه أحكام المحكمة الدستورية ذاتها، التي ذكرت غير مرة، أن ما نصت عليه

---

(١) نقض جنائي، الطعن رقم ٢٦٨٧ لسنة ٦١ق، جلسة ١٩٩٩/٤/١٥.

المادة (٤/٤٩) من أنه إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائي، فإن أحكام الإدانة الصادرة استنادًا إليه، تعتبر كأن لم تكن حتى ولو كانت قد حازت قوة الأمر المقضي، وهو ما يعني سقوطها بكل آثارها، ولو صار الطعن فيها ممتنعًا، لتفارقها قوة الأمر المقضي التي قارنتها، وهذا يعد ضمانًا لصون الحرية الشخصية التي كفلها الدستور، واعتبارها من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز الإخلال بها، فالنص الجنائي الذي طعن به أمام المحكمة الدستورية وأثبتت المحكمة حينها عدم دستوريته يعني أن الطاعن سوف يستفيد من طعنه بسقوط العقوبة عن الفعل المجرم والذي طعن به وأصبح غير دستوريًا، وفي ذات الوقت لو أن شخص أدين بهذا الفعل ويعاقب عليه تسقط عنه العقوبة ويستفيد من الأثر الرجعي الذي أقره قانون المحكمة الدستورية فيما يخص النص الجنائي، وهذا ما يتوافق مع مبدأ شرعية العقوبة[١].

ثالثاً: كيفية تنفيذ الحكم بعدم الدستورية في المجال الجنائي من الناحية العملية:

إن تنفيذ حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص جنائي من الناحية العملية ليس بالأمر السهل، خاصة في حالة الأحكام التي لم تصبح باتة بعد، فالمادة (٤/٤٩) في فقرتها الرابعة، تقرر أن الأحكام الجنائية التي صدرت بالاستناد إلى النص المقضي بعدم دستوريته، تعتبر كأن لم تكن،

---

(١) ومن هذه الأحكام، حكم الدستورية العليا في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٨ق دستورية بجلسة ١٩٩٦/١١/٣٠، السابق الإشارة إليه، وراجع في عرض هذه الأحكام والتعليق عليها د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص٦٤١ وما بعدها.

ومعنى "كأن لم تكن" سقوطها بكل آثارها ولو صار الطعن فيها ممتنعًا لتفارقها قوة الأمر المقضي التي قارنتها، وهي – كما ذكرنا سلفًا – رجعية لا قيد عليها ولا عاصم منها، حتى ولو كان الحكم باتًا.

وللوقوف على كيفية تنفيذ هذا الحكم من الناحية العملية نفرق بين حالتين، تتعلق الأولى بالأحكام غير الباتة، والثانية تتعلق بالأحكام الباتة.

الحالة الأولى: إذا كانت الأحكام غير باتة: في حالة صدور حكم بعدم دستورية نص جنائي، فإن تطبيق هذا الحكم على الوقائع والعلاقات المنظورة أمام القضاء لا يثير صعوبة؛ إذ يجوز الطعن فيها من ذوي الشأن ومن النيابة العامة، وبالتالي إلغاؤها واعتبارها كأن لم تكن، طالما أنها تستند وترتبط بالنص الجنائي المقضي بعدم دستوريته من قبل المحكمة الدستورية العليا.

وقد استقرت تطبيقات محكمة النقض على ذلك فذهبت إلى أن إعمال أثر الأحكام الصادرة بعدم دستورية نص جنائي، لا يتم بمعزل عن إعمال قاعدة القانون الأصلح للمتهم، عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات، والتي نصت على أنه "إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيًا قانون أصلح فهو الذي يتبع دون غيره"(١).

وقد أيدت المحكمة الدستورية العليا هذا النهج في أحكامها، فاشترطت لإعمال قاعدة القانون الأصلح للمتهم في المجال الجنائي "أن يصدر هذا

---

(١) تواترت أحكام النقض على هذا القضاء، راجع على سبيل المثال، الطعن رقم ٦٢٥٥٠ لسنة ٥٩ق، بجلسة ١٩٩٧/٢/٢٧، المكتب الفني، السنة (٤٨) ص٥٠، وكذلك الطعن رقم ٢٥٢٩ لسنة ٦٥ق بجلسة ١٩٩٧/١/١.

القانون قبل الحكم على المتهم بحكم نهائي، لا يقبل طعنًا بالمعارضة أو الاستئناف أو النقض، يستوي في ذلك أن يكون الحكم قد صدر غير قابل للطعن فيه، أو أن يكون قد صار كذلك لانقضاء مواعيد الطعن فيه، أو لاستنفاد طرق الطعن المذكورة، فإذا كان الحكم قابلاً للطعن فيه وقت صدور القانون الجديد الأصلح للمتهم، فهذا القانون هو الواجب التطبيق، سواء صدر القانون الجديد أثناء ميعاد الطعن، أو خلال المدة التي تكون فيها الدعوى مطروحة على محكمة النقض(١).

وأشير هنا إلى أن الربط بين الأثر المترتب على حكم بعدم دستورية نص جنائي في غير حالة الحكم البات، وبين إعمال قاعدة القانون الأصلح للمتهم لا يعني أن الحالتين متماثلتين من الناحية القانونية، فالقانون الأصلح للمتهم يتعلق بتجريم الفعل وحجم العقوبة المقررة له، بما مفاده استفادة المتهم من القانون الجديد خلافًا للقاعدة العامة بعدم رجعية النصوص الجنائية. أما الحكم بعدم دستورية نص جنائي واستفادة الجاني منه في حالة عدم صدور حكم بات في شأنه، فإن الأثر المترتب هو انقضاء الدعوى الجنائية بشأنه بناء على طعن يقدم من المتهم أو النيابة العامة للمحكمة التي تنظر الدعوى، أي أن أثر الحكم يسري بأثر رجعي أي على الوقائع والعلاقات السابقة على الحكم بعدم الدستورية بما في ذلك الدعاوى المنظورة أمام المحاكم إعمالاً للقاعدة العامة في سريان أحكام المحكمة الدستورية العليا بأثر رجعي.

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٨٢ لسنة ١٨ق "دستورية" بجلسة ٢٠١٥/٢/١٤م.

ثانيًا: الأحكام الباتة: إذا كان تنفيذ الحكم بعدم دستورية نص جنائي فيما يتعلق بأثره، على الأحكام التي لم تصبح باتة عند صدور الحكم، لم يثر صعوبة؛ فإن الصعوبة تثور بشأن الأحكام الباتة التي صدرت استنادًا إلى النص الجنائي المقضي بعدم دستوريته، فهنا، هل تعتبر هذه الأحكام كأن لم تكن من تلقاء نفسها، أم أن الأمر يلزم إعادة المحاكمة والحكم باعتباره كأن لم يكن؟ إذ أنه طبقًا للقواعد العامة في قانون العقوبات، أنه إذا انقضت الدعوى الجنائية بحكم بات، حاز قوة الأمر المقضي وأصبح عنوانًا للحقيقة، غير قابلة للمجادلة، وعنوانًا للصحة التي لا تقبل المناقشة؛ فإن المشرع لم يجز تطبيق القانون الأصلح للمتهم الذي يصدر بعد هذا الحكم في كل الأحوال، بل اشترط في هذه الحالة، أن تكون حيال وضع تأباه العدالة بصورة حاسمة، كما إذا أتى القانون الجديد بسبب يؤدي إلى إسقاط وصف التجريم عن الفعل، وذلك إما لتوافر أحد أسباب الإباحة أو لعدم توافر أحد ركني الجريمة (المادي والمعنوي) أو لقيام مانع من موانع العقاب، فالمشرع هنا يوازن بين اعتبار العدالة واعتبار احترام قوة الأمر المقضي. فنص على أنه إذا صدر قانون بعد حكم "نهائي" يجعل الفعل الذي حكم على المجرم بسببه غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية (الفقرة الثالثة من المادة (٥) عقوبات) [١]. ولما كان الأمر كذلك، فهل يطبق ما سبق على الأحكام الجنائية الباتة التي صدرت استنادًا إلى النص المقضي بعدم دستوريته، أي أن الأمر لا يتم بطريقة تلقائية، بل يلزم التقدم

---

(١) راجع في ذلك تفصيلاً: د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، الطبعة الثالثة، عام ٢٠٠٠، ص٤٩١.

بالتماس إعادة النظر، أم أن اعتبار هذه الأحكام "كأن لم تكن" يعني أنها تحدث أثرها بصورة تلقائية[١].

اختلف الفقه حول هذه المسألة، وذهبوا بشأنها إلى اتجاهات ثلاث، على النحو التالي:

الاتجاه الأول: وذهب إلى أن الأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة لا تعتبر كأن لم تكن بطريقة آلية أو تلقائية، وإنما يتم ذلك عن طريق سلوك طريق التماس إعادة النظر، وفقًا لقانون الإجراءات الجنائية[٢]. لأن إعادة المحاكمة هي التي تسمح ببيان ما إذا كانت الإدانة، قد استندت فقط إلى النص المحكوم بعدم دستوريته أم لا، ويقدم طلب التماس إعادة النظر من النائب العام، فور إبلاغ رئيس هيئة المفوضين له بالحكم، كما يمكن لذوي الشأن أن يتقدموا بطلبات لاعتبار الحكم الصادر بالعقوبة كأن لم يكن، ويعد من ذوي الشأن هنا بجانب المحكوم عليه، أي من أقاربه، ولا يلزم أن يكون هذا القريب ممن يرثون المحكوم عليه.

ويرى أنصار هذا الرأي أن محكمة النقض، هي التي تفصل في هذا الطلب، فإن قبلته، حكمت في موضوعه باعتبار الحكم – محل الالتماس– كأن لم يكن على نحو ما تقضي المادة (٤/٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا، ولا تقضي بالبراءة أو بأي شيء آخر. أما إذا رأت المحكمة أن الحكم

---

(١) راجع في مناقشة هذه المسألة: د. عبد العزيز سالمان، آثار الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص٣١٠ وما بعدها.

(٢) تنص المادة ٤٤١ من قانون الإجراءات الجنائية في بندها الخامس، على أنه "إذا حدثت أو ظهرت بعد الحكم وقائع، أو إذا قدمت أوراق لم تكن معلومة وقت المحاكمة، وكان من شأن هذه الوقائع والأوراق ثبوت براءة المحكوم عليه....".

الجنائي، لا يستند في أساسه إلى النص المقضي بعدم دستوريته، فإنها تقضي بعدم قبول الطلب أو الرفض حسب الأحوال، ويترتب على قبول الالتماس، زوال الحكم الصادر بالإدانة بأثر رجعي، واعتبار أن المتهم لم يحاكم أصلاً، فتزول كل الآثار المتعلقة بالحكم الصادر ضده بأثر رجعي، ويوقف على الفور تنفيذ العقوبات التي ابتدأ تنفيذها، فإذا كانت حرية المحكوم عليه قد سلبت، تنفيذًا لحكم الإدانة أفرج عنه على الفور. وإذا أمكن الرجوع في التنفيذ الذي تم تعين ذلك، وإذا لم تكن العقوبات قد نفذت بعد، فلا يجوز البدء في تنفيذها.

وما ذهب إليه هذا الاتجاه الفقهي يتوافق مع ما قررته العديد من الأنظمة المقارنة في مجال القضاء بعدم دستورية النصوص الجنائية، مثل النظام الألماني، فوفقًا لقانون المحكمة الدستورية الألمانية؛ فإن الأحكام الجنائية الحائزة لقوة الأمر المقضي، يمكن أن تكون محلاً لإعادة النظر، إذا صدرت استنادًا إلى نص قضى بإلغائه، فالقاعدة – هنا– أن الإلغاء يتم بأثر رجعي بالنسبة للأحكام الصادرة بالإدانة، وذلك من خلال فتح الباب أمام المحكوم عليه، كي يقوم بتحريك الإجراءات، وفقًا للشروط التي يحددها القانون الجنائي(١).

وأعتقد أن هذا الطرح – رغم رفض جانب من الفقه له – له وجاهته، وحجته العملية؛ إذ أن التسليم بالقول بأن نص المادة (٤/٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا، فيما قرره من اعتبار الأحكام الصادرة بالإدانة كأن لم تكن ولو كانت باتة، يصلح بذاته للتطبيق، دون حاجة إلى تدخل قضائي، وذلك لأن إعمال آثار الحكم بعدم دستورية نص جنائي يتطلب دقة في تحديد العلاقة بين النص المقضي بعدم دستوريته والأحكام الباتة، سواء اتصلت به مباشرة دون مشاركة من نصوص أخرى، أو اشتراكه مع نصوص

---

(١) راجع في ها الاتجاه تفصيلاً: د. محمد عبد اللطيف، إجراءات القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٨٩، ص٢٥٢ وما بعدها.

أخرى لم تكن محلاً لفحص الدستورية من جانب المحكمة الدستورية العليا؛ إذ أنه كما هو معلوم قد يكون المتهم قد عوقب لدى ارتكابه جريمة جنائية بالعقوبة الأشد عندما يشكل فعله أكثر من جريمة. والحكم بعدم دستورية النص الموجب للعقوبة الأشد، لا يصادر الحق في محاكمة عن الجرائم الأخرى، والتي لا تخضع للنص الجنائي الذي قضى بعدم دستوريته، وتقرير عقوبة أخرى أخف لهذه الأفعال الإجرامية يتم من خلال محاكمة قضائية.

الاتجاه الثاني: ويذهب هذا الاتجاه الفقهي إلى أن الأحكام الجنائية الباتة الصادرة بالإدانة، يتعين حيالها، إعمال مقتضى فكرة القانون الأصلح للمتهم، على نحو ما تقضي المادة الخامسة من قانون العقوبات في فقرتها الثالثة، والتي يجري نصها على أنه "... وإذا صدر قانون بعد حكم نهائي يجعل الفعل الذي حكم على المجرم من أجله غر معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية..."، وهو الأمر الذي أيدته النيابة العامة في شأن العديد من الكتب الدورية، التي أصدرتها على أثر القضاء بعدم دستورية نصوص جنائية، وخلصت فيها، إلى تطبيق نص الفقرة الثالثة من المادة (٥) من قانون العقوبات حيال الأحكام الجنائية الباتة الصادرة بالإدانة، من خلال وقف تنفيذ العقوبة تغليبًا لاعتبارات الواقع العملي التي تملى عليها سرعة التصرف في إعمال الأثر المترتب على عدم دستورية النصوص الجنائية، عملاً بنص الفقرة الرابعة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا[١].

---

(١) ومن قبيل ذلك على سبيل المثال، ما قرره الكتاب الدوري رقم (٩) لسنة ٢٠١٨ بشأن الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٢٠١٨/١٠/١٣، في القضية رقم (١٧) لسنة (٢٨) قضائية "دستورية" بعدم دستورية القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٨٤ بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات، فيما تضمنه من إضافة المادة (١١٥ مكررًا) من قانون العقوبات، بشأن جريمة تعدي الموظف العام على الأرض الزراعية أو الأرض الفضاء أو مبان مملوكة لوقف خيري أو لإحدى شركات القطاع العام أو لأية جهة أخرى ينص القانون على اعتبار أموالها من الأموال العامة=

ويذهب رأي فقهي إلى أن هذا الاتجاه الذي اعتنقته النيابة العامة في شأن وقف تنفيذ العقوبة المستندة إلى نص جنائي قضى بعدم دستوريته على النحو السالف بيانه، يتشابه مع ما قررته المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا الإيطالية، التي نصت على أنه "يترتب على صدور الحكم بعدم الدستورية وقف تنفيذ الأحكام الجنائية النهائية الصادرة بالعقوبة استنادًا إلى القانون الذي تقرر عدم دستوريته، مع ما يترتب عليها من آثار جنائية"(١).

الاتجاه الثالث: ويذهب إلى أن إعمال مقتضى نص الفقرة الرابعة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا، فيما نص عليه من اعتبار الأحكام الصادرة بالإدانة في المسائل الجنائية كأن لم تكن حتى ولو كانت باتة، إذ استندت إلى النص الجنائي المقضي بعدم دستوريته، يصلح بذاته للتطبيق دون حاجة إلى تدخل قضائي لاعتبار الحكم الصادر بالإدانة كأن لم يكن؛ إذ أوجد هذا النص تفسيرًا وتطبيقًا جديدًا إلى فكرة القانون الأصلح للمتهم، الوارد النص عليه في المادة الخامسة من قانون العقوبات، ولكنه يختلف عنها من حيث الآثار، فإذا كانت فكرة القانون الأصلح للمتهم، في

= – وهي من النصوص الجنائية – يترتب عليه – من يوم صدوره عدم الاستناد إلى النصين المقضي بعدم دستوريتهما في حالة الحكم في أي من الجريمتين المشار إليهما سلفًا، وتطبيقًا لما تقدم وإعمالاً لنص المادة الخامسة من قانون العقوبات، تدعو السادة أعضاء النيابة العامة إلى مراعاة ما يلي: أولاً.... ثانيًا.... ثالثًا: إرسال القضايا المحكوم فيها بالإدانة، إذا كان الحكم قد قضى بالعقوبة مستندًا إلى نص أي من المادتين المشار إليهما فقط دون غيرهما إلى المحامي العام للنيابة الكلية ليأمر بوقف تنفيذ تلك العقوبة.

(١) المستشار/ محمد السيد زهران، الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا، مجلة إدارة قضايا الدولة (الحكومة سابقًا)، السنة الرابعة، العدد الأول، ص١٤٢.

الحالة الأخيرة، تتشابه مع نص الفقرة الرابعة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا، في انعكاسها على الحكم الصادر بالإدانة في المجال الجنائي، فإن الآثار التي ترتبها كلا النصين تختلف عن الآخر؛ إذ أنه طبقًا للفقرة الثالثة من المادة الخامسة من قانون العقوبات؛ فإن الحكم الصادر بإدانة المتهم يظل باقيًا، غير أنه يفقد استمرار صلاحيته كسند تنفيذي. فإذا كان المحكوم عليه يقضي مدة عقوبة سالبة للحرية، وجب الإفراج عنه فورًا وإذا كان الحكم صادرًا عليه بالغرامة، فلا يجوز تحصيلها منه. وإذا قام بسدادها، فلا يجوز له استردادها – وفقًا للرأي الراجح – بحسبان أن المشرع قد نص على إيقاف تنفيذ ذلك الحكم، وهو ما لا يكون إلا من تاريخ صدور القانون الأصلح نظرًا لأن القانون الجديد، لا يمس الحكم الصادر ضد المتهم ولا قوته التنفيذية، ويقتصر أثره على ما لديه من قوة تنفيذية مستقبلة. وقد عبر المشرع صراحة عن قصده في عدم المساس بهذا الحكم؛ إذ نص على وقف تنفيذ الحكم، وهو ما يعني عدم الاستمرار في تنفيذ الحكم بالنسبة إلى المستقبل، لا إلغاء ما تم تنفيذه في الماضي. أما إزالة الآثار الجنائية للحكم فتنصرف إلى جميع النتائج القانونية التي يرتبها الحكم الجنائي، مثل اعتباره سابقة في العود[١].

والأمر على خلاف ذلك، في شأن إعمال الأثر المترتب على نص الفقرة الرابعة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا؛ إذ جعل المشرع الأحكام الصادرة في حالة الحكم بالإدانة كأن لم تكن، مما يعني

---

(١) راجع في شأن ذلك تفصيلاً: د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص٤٩٢.

سقوطها بكل آثارها، ولو كانت باتة، وهي رجعية كاملة استنادًا إلى قانون المحكمة الدستورية العليا، وهي رجعية لا قيد عليها ولا عاصم منها "بل يكون أثرها جارفًا لكل عائق على خلافها ولو كان حكمًا باتًا"[١].

ومما يبرهن على ما سبق، أن المشرع أوجب على رئيس هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا، بتبليغ النائب العام، فور النطق بالحكم بعدم دستورية نص جنائي، لإجراء مقتضاه في حين أن الاستفادة من نص الفقرة الثالثة من المادة (٥) من قانون العقوبات، لا يتحقق تلقائيًا، بل يلزم المحكوم عليه تقديم إشكال لوقف تنفيذ الحكم. ومن جهة أخرى، فإن إعمال هذا الأثر في المجال الجنائي، لا يحده ما يسمى بالقوانين المؤقتة "والتي تعد استثناء على قاعدة رجعية القانون الأصلح للمتهم، كما أن الحكم الصادر بالتعويض الذي استند إليه حكم الإدانة، يزول هو الآخر بأثر رجعي، يستوي في ذلك أن تكون المحكمة الجنائية، هي التي قضت بالتعويض أو تكون المحكمة المدنية هي التي قضت به استنادًا إلى الحكم الجنائي، فإذا كان المشرع قد رتب اعتبار الحكم الجنائي كأن لم يكن، فإنه يتعين سريان هذا الأثر على كل حكم بالتعويض ولو صار باتًا"[٢].

ومما لا شك فيه، أن نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا، ومذكرته الإيضاحية واضح الدلالة في حالة الحكم بعدم دستورية نص جنائي، من اعتبار الحكم الصادر بالإدانة كأن لم يكن، وهذا التفسير، هو

---

(١) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"، بجلسة ١٩٩٦/١١/٣٠، السالف الإشارة إليه.

(٢) د. صبري محمد السنوسي: آثار الحكم بعدم الدستورية، المرجع السابق، هامش ص١١٨.

الذي يبرر وجود هذا النص. وإلا ما كانت هناك حاجة لوضعه اكتفاء بنصوص قانون العقوبات، المتعلقة بالقانون الأصلح للمتهم، وبصفة خاصة، ما ورد بالفقرة الثالثة من المادة (٥) من قانون العقوبات[١].

وهذا الطرح سانده العديد من الأحكام الدستورية الذي تذهب فيه المحكمة الدستورية العليا إلى أن إعمال الأثر الذي يرتبه المشرع في شأن عدم دستورية نص جنائي، من اعتبار الحكم الصادر بالإدانة كأن لم يكن ولو كان باتًا، يغاير الأثر الذي رتبه المشرع في قانون العقوبات، عند إعمال قاعدة القانون الأصلح للمتهم، المقررة بنص الفقرة الثالثة من المادة (٥) من هذا القانون؛ إذ أن إقرار المشرع بنص الفقرة الرابعة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، اعتبار الحكم الصادر بالإدانة كأن لم يكن لا يحتاج إلى تدخلاً قضائيًا لإقراره، باعتباره أثرًا يرتبه القانون، من خلال الإجراءات التي يتخذها النائب العام في هذا الشأن، وتراقب المحكمة الدستورية العليا هذا الأثر من خلال اختصاصها الموسد إليها، بالفصل في منازعات التنفيذ التي تعترض تنفيذ أحكامها في هذا الشأن على النحو الوارد بالمادة (١٩٢) من الدستور والمادة (٥٠) من قانون الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩"[٢].

---

(١) تنص الفقرة الثالثة من المادة (٥) من قانون العقوبات على أنه "الحكم في أي من الجريمتين المشار إليهما سلفًا، وتطبيقه تقدم".

(٢) راجع في ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٣ لسنة ٢٨ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١١/١١/١٣ والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد رقم (٤٧ مكررًا) بتاريخ ٢٠١١/١١/٢٧. =

المبحث الثالث

رأي الباحث في مسألة النطاق الزمني قبل التعديل

بعد عرض آراء الفقه وموقف القضاء من هذه المسألة الشائكة، والمتعلقة بالنطاق الزمني لإعمال أثر الحكم بعدم الدستورية، قبل تعديل المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٨٩. أجد منشأ الخلاف بين الفقه في هذه المسألة يرجع في الأساس إلى ما ورد من تناقض بين المذكرة الإيضاحية لهذا القانون عند إحالته من الحكومة إلى مجلس الشعب آنذاك، وبين تقرير اللجنة التشريعية بالمجلس؛ إذ جاء تقرير اللجنة مناقضًا لما ورد في المذكرة الإيضاحية؛ إذ ذهب التقرير إلى أن للحكم بعدم الدستورية أثر منشأ في حين ذهبت المذكرة الإيضاحية – على نحو ما سبق ذكره – مبينة أن للحكم أثر كاشف مع استثناء الأحكام الجنائية، والمراكز القانونية التي استقرت بحكم قضائي حاز قوة الأمر المقضي، أو بانقضاء مدة تقادم.

وبالرغم من اتجاه أغلب الفقه إلى ترجيح سريان الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي يمتد إلى لحظة صدور القانون المقضي بعدم دستورية، إعمالاً للأثر الكاشف لحكم المحكمة الدستورية العليا في هذا

= وتنص المادة (٥٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩، على أن "تفصل المحكمة دون غيرها في كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة منها.

وتسري على هذه المنازعات الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها.

ولا يترتب على رفع المنازعة وقف التنفيذ ما لم تأمر المحكمة بذلك حتى الفصل في المنازعة.

الشأن، إلا أن الاتجاه المنادى بالأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية دون رجعية، له ما يبرره سواء في ذلك صراحة نص المادة (٤/٤٩) قبل تعديلها، والتي نصت على أن ".... ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم"، ناهيك عما ورد في تقرير اللجنة التشريعية في مجلس الشعب آنذاك، على نحو ما ذكرنا سابقًا.

والرأي عندي في هذه المسألة – إن جاز ذلك – هو تأييد الاتجاه الغالب في الفقه، والمؤيد للطبيعة الكاشفة للحكم بعدم الدستورية، حيث أن هذا الحكم يكشف عن حكم الدستور في القانون الذي يطبق على المنازعات المعروضة على القضاء، ورده إلى مفهومه الصحيح الذي يلازمه منذ صدوره، الأمر الذي يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة بيانًا لوجه الصواب في دستورية النص المطعون فيه منذ صدوره، وما إذا كان هذا النص قد جاء موافقًا للدستور وفي حدوده المقررة شكلاً وموضوعًا، فيتأكد للنص شرعيته، وتنعدم قيمته بأثر ينسحب إلى يوم صدوره إذا ما كان مخالفاً للدستور، وهذا هو الأثر الرجعي للحكم.

وانطلاقًا مما سبق، فإني أحاول في هذا المبحث من الدراسة، بيان أسباب الخلاف بين الفقه حول الطبيعة القانونية للحكم بعدم الدستورية، وذلك في مطلب أول، ثم أبين الأسانيد التي استندت إليها للتدليل على رجعية الحكم بعدم الدستورية في مطلب ثان، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

أسباب اختلاف الفقه حول النطاق الزمني للحكم بعدم الدستورية

يتبين لي من العرض السابق لموقف الفقه من النطاق الزماني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية، أن ما دعى إلى هذا الخلاف هو نص قانون المحكمة في ذاته، ومذكرته الإيضاحية، وتقرير اللجنة التشريعية في مجلس الشعب آنذاك، بالإضافة إلى بعض الحجج والأسانيد التي تم ذكرها سابقًا للرأيين معًا، وأحاول في هذا المطلب أن أبين أسباب الخلاف والرد على البعض منها، على نحو ما يلي:

أولاً: نص المادة (٣/٤٩) قبل تعديلها، والذي تضمن النص، على أن الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، هو عدم جواز تطبيق ذلك النص من اليوم التالي لنشر الحكم، وظاهر ما سبق يوحي إلى أن الحكم بعدم الدستورية يعد منشئًا لحالة عدم الدستورية وليس كاشفًا عنها، ومن ثم فإن الحكم يسري بأثر رجعي أي لا ينطبق على الوقائع والعلاقات السابقة على صدوره، إلا إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائي.

وفي الواقع فإن هذا الطرح من جانب الفقه المناصر للأثر المنشأ للحكم استنادًا إلى نص المادة (٣/٤٩) له ما يبرره، فهذا النص قد جاء قاصرًا في تحديده لآثار الحكم بعدم الدستورية، "إذا لم يكن يكفي في تحديد آثار الحكم المذكور تلك العبارة الواردة في المادة (٣/٤٩) سالفة الذكر

القائلة بعدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم، وإنما كان يلزم إيضاح مدى جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته في الماضي صراحة وليس ضمنًا، وذلك لتجنب الخطأ في تفسير أمر على جانب كبير من الأهمية على نحو ما ذهب إليه تقرير اللجنة التشريعية في مجلس الشعب، وسايره في ذلك بعض المساهمين في الجدل الدائر حول الأثر الرجعي"[1].

وهنا أود أن أقول، أن النص بصورته التي كان عليها قبل التعديل في تلك الفقرة، لم يكن سيئًا إلى حد القول بأنه واضح الدلالة على الأثر المنشئ للحكم بعدم الدستورية، وذلك لأن معنى النص على أن "يترتب على الحكم بعدم دستورية قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر

---

(١) د. عبد الله ناصف، حجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل، المرجع السابق، ص

وهذا النقد لنص المادة (٤٣) من قانون المحكمة، ثم تداركه من جانب بعض المشرعين الدستوريين والعاديين في دولة مثل دولة الكويت؛ فنص المادة ١٧٣ من الدستور، ونص المادة السادسة من قانون المحكمة الدستورية الكويتية، واضحين في هذا الشأن، ؛ذ تنص المادة (١٧٣) من الدستور الكويتي على أنه في حالة تقرير المحكمة الدستورية عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن، وإعمالاً لهذا تنص المادة السادسة من قانون إنشاء المحكمة الدستورية على أنه "إذ قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة من اللوائح الإدارية لمخالفتها قانون نافذ، وجب على السلطات المختصة أن تبادر إلى اتخاذ ما يلزم من تدابير لتصحيح هذه المخالفات وتسوية آثارها بالنسبة للماضي".

ولذلك لم يكن غريبًا أن يتبنى القضاء الكويتي قاعدة الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم دستورية التشريعات دون أية استثناءات، باعتبارها أحكامًا كاشفة عن العوار الدستوري الذي لحق بالنصوص التشريعية منذ إصدارها، وهو ما يوجب على السلطات المختصة المبادرة إلى اتخاذ ما يلزم من تدابير لتسوية آثارها بالنسبة للماضي.

الحكم" يعني – وعلى نحو ما اطلعت عليه من مشاريع قوانين – أنه يطبق من اليوم التالي لنشر الحكم طبقًا لما قصده المشرع عند إعداد القانون وما أرفق به من مذكرة إيضاحية، فحتى في القوانين التي تتضمن أثرًا رجعيًا مباشرًا، ترد بها هذه العبارة والتي تشير إلى أن القانون يطبق من اليوم التالي لنشره في الجريدة الرسمية، فاليوم التالي للنشر هو التاريخ المحدد لبدء إعمال أثر القانون أو الحكم القاضي بعدم دستورية قانون أو لائحة، بما في ذلك إعماله بأثر رجعي. أما ما يرد من أخطاء في تقارير اللجان البرلمانية، في الغالب يكون مرده إلى القائمين على صياغة التقرير في صورته النهائية وعدم مراجعته مراجعة دقيقة من قبل مكتب اللجنة وأعضائها قبل طرحه على المجلس النيابي لمناقشته والتصويت عليه.

ثانيًا: ما جاء بتقرير اللجنة التشريعية بمجلس الشعب:

جاء هذا التقرير به الكثير من المتناقضات، وخاصة مع المذكرة الإيضاحية للقانون، فكلاهما قد ذهب في اتجاه مغاير، وجاء اتجاه هذ التقرير متبنيًا الأثر المنشئ للحكم بعدم دستورية قانون أو لائحة، مما دعا الاتجاه المناصر للأثر الفوري للحكم بعدم الدستورية إلى الاستناد لهذا التقرير. وجاء بهذا التقرير للجنة التشريعية بمجلس الشعب في معرض تناوله حكم المادة (٤٩) من مشروع القانون "نصت المادة (٤٩) من المشروع على أن أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة. ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لتاريخ نشر الحكم.

ومقتضى ذلك أن بطلان النص المخالف للدستور يتم من هذا التاريخ اللاحق للحكم وليس في ذلك أية مخالفة أو تعارض مع نص الدستور حيث ترك المشرع الدستوري أمر تحديد آثار الحكم بعدم الدستورية للمشرع العادي دون تقييده بقاعدة ما في هذا الصدد، ومع ذلك فإنه استثناء من القاعدة العامة التي أخذ بها المشروع بشأن الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية قرر بالنسبة للنصوص الجنائية أن يبطل العمل بالنص الجنائي سواء كان عقابيًا أم متعلقًا بالإجراءات – من التاريخ آنف الذكر على أن تعتبر الأحكام الصادرة بالإدانة استنادًا إلى النص الباطل دستوريًا كأن لم تكن ويتعين على رئيس هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه طبقًا لنص المشروع".

وبالنظر إلى هذا التقرير، وما ورد به من أحكام تتعلق بالمادة (٤٩) من المشروع، أجد أنه قد جانبه الصواب فيما ذهب إليه في هذا الشأن، ذلك أن ترك المشرع الدستوري أمر تحديد آثار الحكم بعدم الدستورية للمشرع العادي لا يعني أن هذا الأخير غير مقيد بأية قواعد، وإنما لابد أن يلتزم بكافة القواعد الدستورية ويراعى عدم إهدار أي حق من الحقوق التي تقررها وتؤكدها، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى فإن ما أورده هذا التقرير من أن "بطلان النص المخالف للدستور يتم من هذا التاريخ اللاحق للحكم". وكما ذهب اتجاه فقهي "يفرغ الدعوى الدستورية – وغيرها من الدعاوى القضائية من مضمونها ويحيلها سرابًا، إذ يهدر المصلحة المستهدفة منها والتي هي مناط قبولها والفصل فيها باعتبار أن الدعاوى القضائية في غالبيتها تدور حول وقائع وحقوق سابقة في نشأتها على إقامة هذه الدعاوى. وبالتالي فإن

جعل الأصل العام هو الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية والاستثناء هو سريان هذه الآثار على الماضي لا يمكن قبوله"[1].

واللافت في تقرير اللجنة التشريعية بمجلس الشعب محل المناقشة هو تجاهله ما ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون، رغم أهميتها واعتبارها مكملة ومفسرة للأحكام الواردة في مشروع القانون، كما أنها تعبر عن قصد المشرع عند إعداده مشروع القانون، فكما هو المعلوم أن النص القانوني ينبغي تفسيره في ضوء ما يتصل به من نصوص أخرى واردة في القانون وما يكون المشرع قد وضعه من ضوابط في مرفقات هذا القانون، ويأتي على رأس ذلك المذكرة الإيضاحية، ومن الصعب قبول أن التقرير النهائي للجنة هو الملزم والمعبر عن الرأي النهائي للجنة التي ناقشت ودرست المشروع، لأن المذكرة الإيضاحية جزء لا يتجزأ من مشروع القانون، وكان يجب على اللجنة التشريعية أن توضح في تقريرها أسباب الخروج على أحكام المذكرة الإيضاحية.

ثالثًا: صياغة نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة: من النقاط التي أثارت الجدل، والتبس الفهم بشأنها وساعدت على اختلاف التفسير، ما ورد بنص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا في فقرتيها الثالثة والرابعة من صياغة توحي باختلاف الحكم في الحالتين، فالثالثة تنص على أنه "ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم" وذلك في حين أن الرابعة جاء حكمها

---

(١) د. حمدان حسن فهمي، اختصاصات القضاء الدستوري في مصر وحجية أحكامه وتنفيذها وآثارها...، المرجع السابق، ص٤٨٨.

مقررًا أنه "... فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادًا إلى ذلك النص كأن لم تكن" وكان ذلك مدعاة إلى القول أن الحكم ليس واحدًا في الحالتين فهو في الأولى يسري بأثر فوري ومباشر من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية، أما في الثانية – النصوص الجنائية – فإنها تسري بأثر رجعي وإلا لما كان هناك حاجة إلى هذه الفقرة اكتفاءً بما ورد في الفقرة التي سبقتها.

المطلب الثاني

مبررات الباحث في الانحياز إلى الرأي المناصر للأثر الرجعي قبل التعديل

أتناول في هذا المطلب توضيح مبررات الباحث في انحيازه للرأي الفقهي المناصر لسريان حكم المحكمة الدستورية العليا بأثر رجعي – كأصل عام– حال حكمها بعدم دستورية قانون أو لائحة أو نص في كليهما. وأحاول قدر الإمكان ألا أكرر ما سبق وما استند إليه الفقه في هذا الشأن قدر المستطاع، ويمكن لي إجمال هذه المبررات في الآتي:

أولاً: الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية هو نتيجة لطبيعته الكاشفة، ذلك أن الأصل في الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة، فهذه الأحجام لا تستحدث جديدًا ولا تنشئ أوضاعًا لم تكن موجودة من قبل.

والحكم الصادر في الدعوى الدستورية كاشف عن حكم الدستور أو القانون في المنازعة المطروحة على المحكمة الدستورية العليا.

خلاصة ذلك، أن القاعدة المقررة أن الأحكام القضائية – بصفة عامة – إنما هي كاشفة عن الحقوق وليست منشئة لها[1]، ولا تخرج الأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري في الدعاوى الدستورية عن هذه القاعدة؛ إذ هي تكشف عن اتفاق النص التشريعي المطعون فيه أو تعارضه مع أحكام الدستور منذ صدوره والعمل به.

ولولا التباس أمر دستورية التشريعات وعظمه لما كان للنص التشريعي المخالف للدستور – شكلاً وموضوعًا – من أثر منذ مولده، باعتبار أن مخالفة هذا النص التشريعي لنصوص الدستور، سواء لنصوصه الصريحة أو لمقتضى أحكامه وفحواها لا يعدو أن يكون تعديلاً لهذا الدستور لا يملكه المشرع العادي أو السلطة التنفيذية، وبالتالي لا يكون ثمة محل لسريانه أو إعمال مقتضاه تجاه أي من سلطات الدولة أو حتى الأفراد. ذلك أن المقرر أن إلغاء التشريع لا يكون إلا بتشريع مماثل له في درجته أو درجة تعلوه ولكن لدقة هذا الأمر وخطورته كان لابد وأن يناط أمره بجهة قضائية عالية بعلو قدره، مع التسليم بالأثر الرجعي لأحكامها.

ولعل هذه الاعتبارات هي التي جعلت السائد في الفقه والقضاء الأمريكي أنه إذا كشفت المحكمة العليا عن أن العمل التشريعي يتعارض مع الدستور؛ فإن معنى ذلك أنه لم يكن قانونًا بالمدلول الفني لهذا الاصطلاح، ذلك أنه يشترط حتى تكسب أعمال السلطة التشريعية صفة القانون أن تكون صادرة في حدود ما رسمه الدستور الأمريكي من الناحيتين الشكلية

---

(١) انظر: د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، ص

والموضوعية. وعلى هذا النحو فإن القانون غير الدستوري يعتبر منعدم القيمة من تاريخ صدوره لا من تاريخ صدور الحكم بعدم دستوريته، أو – كما عبرت عن ذلك المحكمة العليا الأمريكية – كأنه لم يصدر أصلاً[1]، وترده إلى مفهومه الصحيح الذي يلازمه منذ صدوره الأمر الذي يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة، بيانًا لوجه الصواب في دستورية النص المطعون فيه منذ صدوره.

ثانيًا: أفصحت المذكرة الإيضاحية عن هذا المعنى صراحة بما أوردته حرفيًا من أن مؤدى ذلك "هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادم، أما إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائي فإن جميع الأحكام التي صدرت استنادًا إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن حتى ولو كانت باتة".

فهذا الحكم للمذكرة الإيضاحية واضح الدلالة في أن أحكام المحكمة بعدم الدستورية – في غير حالات الاستثناء – تسري بأثر رجعي يرتد إلى لحظة صدور القانون المقضي بعدم دستوريته، وليس من اليوم التالي لنشر الحكم. فمن المعلوم أن المذكرة الإيضاحية لأي قانون هي جزء متمم لأحكامه يتم الاحتكام إليها في حالة الخلاف حول تفسير أحد نصوصه، أو

---

(١) انظر: د. محمد صلاح عبد البديع، "الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر..."، المرجع السابق، ص١٧ وما بعدها.

بيان حكمه، فهذه المذكرة هي المعبرة عن إرادة المشرع، وليس أدل على ذلك أن نص المادة (٤٩) بقي على أصله الذي ورد به من الحكومة، ولم يدخل المشرع عليه تعديل، وهذا معناه أنه اعتنق النص بمذكرته الإيضاحية.

وفي هذا الصدد لا يمكن لنا إغفال الأصل التاريخي لنص المادة، وهو المادة (٣٠) من القانون رقم (٨٧) لسنة ١٩٥٣، الخاص بالمحكمة الدستورية في إيطاليا. إذ انتهى الفقه والقضاء الإيطاليان على ضوء تفسيرهما لأحكام الدستور الإيطالي وقانون المحكمة الدستورية الإيطالية إلى أن النص الذي يقضي بعدم دستوريته لا يطبق من اليوم التالي لنشر الحكم، لا بالنسبة للمستقبل فحسب، وإنما بالنسبة للوقائع والعلاقات السابقة، فإنه يطبق عليها أيضًا[١].

ثالثًا: الطبيعة العينية للدعوى الدستورية[٢]، حيث توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون فيها لعيب دستوري، وبالتالي فإذا ما قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص تشريعي، فمعنى ذلك أن هذا النص قد ولد مخالفًا منذ صدوره وليس من لحظة صدور الحكم. وهذا الأمر

---

(١) المستشار/ محمد السيد زهران، الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا...، المرجع السابق، ص١٤ وما بعدها.

(٢) لئن كانت الدعوى الدستورية تشترك مع دعوى إلغاء القرار الإداري في الانتماء للقضاء العيني، إلا أن الفروق تظل بينهما قائمة ومستندة في الأساس إلى تعلق الأولى بقضاء الدستورية واتصال الثانية بقضاء المشروعية، ومن شأن هذا الخلاف أن تختلف آثار الحكم في كل دعوى من الدعويين بالنظر إلى طبيعتها وإلى تحديد المشرع لهذه الآثار. ذلك أن القرار الإداري قد يكون صحيحًا بالنسبة لفرد ما ولا يكون صحيحًا في الوقت نفسه لفرد آخر، بينما النص التشريعي العام المجرد إذا كان معيبًا فإن هذا العيب يلحقه في ذاته ولا يختلف الأمر من فرد إلى آخر.
د. عادل شريف، الرقابة على دستورية القوانين...، المرجع السابق، ص٤٦٥.

يستتبع تطبيق الحكم بأثر رجعي؛ إذ لا يتصور أن يكون النص التشريعي دستوريًا في الفترة السابقة على صدور الحكم وغير دستوري من لحظة صدور الحكم، فتلك نتيجة شاذة تجعل من الرقابة الدستورية لغوًا وعبثًا.

وعلى حد قول المحكمة الدستورية العليا ذاتها، في معرض كلامها عن حكم المادة (٤٩) من قانونها عندما نصت على أنه ".... ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشره"، أن مفاد هذا النص ".... أن الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية – تكون لها حجية مطلقة ولا يقتصر أثرها على الخصوم في تلك الدعاوى التي صدرت فيها، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وكذلك جميع سلطات الدولة، كما أن مؤدى عدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم – وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون – لا يقتصر على المستقبل فحسب، وإنما ينسحب على الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو انقضاء مدة تقادم"[١].

رابعًا: أن عبارة عدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم، لا تعدو أن تكون أمرًا ملزمًا لسلطات الدولة وللكافة بالتوقف عن تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته اعتبارًا من ذلك التاريخ، ولكنها لا تعني أنه ليس للحكم أثر رجعي يرتد إلى الماضي. لأن حظر هذا

---

(١) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤٨ لسنة ٣ق دستورية، ١١ يونيو ١٩٨٣م، المجموعة، الجزء الثاني، ص١٤٨.

الأثر يستوجب النص عليه صراحة باعتباره يخالف الأصل المقرر في آثار الأحكام، وطالما لم يحظر هذا الأثر فإن الحكم بعدم الدستورية ينطبق على الوقائع والعلاقات السابقة على صدوره.

خامسًا: أن عدم التسليم بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية أمر يأباه المنطق لأنه يؤدي إلى عدم تطبيق هذا الأثر على من دفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية التشريع المقضي بعدم دستوريته، والعدالة تقضي بضرورة استفادته من دفعه، وإلا لماذا دفع بعدم الدستورية؟ فلا معنى لوقف أو تأجيل الدعوى أمام محكمة الموضوع وإحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية إذا كان صاحب الدعوى الأصلية سوف لا ينتفع من الحكم الصادر من المحكمة الدستورية بعدم دستورية النص الذي يحكم دعواه الموضوعية.

سادسًا: إن القبول بالأثر المباشر الفوري للحكم بعدم الدستورية وعدم سريانه بأثر رجعي يعني عدم الاعتراف بشرط المصلحة اللازم لرفع الدعوى ادستورية لأن عدم إقرار مبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية معناه انتفاء شرط المصلحة الذي يعد شرطًا لقبول الدعوى الدستورية؛ إذ أن مناط المصلحة الشخصية أن يكون هناك ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، بحيث يكون الفصل في المسألة الدستورية لازمًا للفصل في النزاع الموضوعي. وأن القول بعدم تحقق الفائدة العملية لصاحب الدعوى الموضوعية يعني انتفاء المصلحة الشخصية في الدعوى الدستورية، وهي النتيجة الحتمية التي يؤدي إليها عدم إقرار رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية[1].

---

(١) د. إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص٤٨٣.

سابعًا: عدم الرجعية يتناقض مع حق التقاضي: مقتضى حق التقاضي أن يتاح لكل فرد حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي لعرض مظالمه بغية الحصول على حقوقه كاملة وفقًا للقانون[1]، أي أن الغاية النهائية التي يحققها حق التقاضي تتمثل في الترضية القضائية التي تتكفل بجبر الأضرار التي أصابت المتقاضون من جراء العدوان على حقوقهم، فالخصومة القضائية لا تعمل في فراغ بل غايتها اقتضاء منفعة أقرها القانون، ولأن إعمال الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية هو الذي يحقق لصاحب الفائدة العملية من دعواه الدستورية، فإنه يكون بذلك محققًا للفائدة المرجوة من الخصومة القضائية في دعواه بعدم دستورية النص التشريعي أو اللائحي، والقول بغير ذلك يجرد الحق في التقاضي من مضمونه، ويجعله غير مجد ومجردًا.

ثامنًا: أن المشرع الدستوري فوض المشرع العادي في تحديد آثار الحكم الصادر بعدم الدستورية دون أن يقيده بقاعدة ما في هذا الصدد، وأورد المشرع العادي في تنظيمه لهذه الآثار على نحو ما جاء في المادة (٣/٤٩) سالفة الذكر دون أن يحظر الأثر الرجعي للأحكام المذكورة باستثناء بعض

---

(١) كانت المادة (٦٨) من دستور ١٩٧١ (الملغي) تنص على أن "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا. ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء".

وذات المبدأ تم التأكيد عليه في دستور ٢٠١٤، مع زيادة في الضمانات؛ إذ جرى نص المادة (٩٧) من دستور ٢٠١٤، على أن "التقاضي حق مصون ومكفول للكافة، وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضي، وتعمل على سرعة الفصل في القضايا، ويحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعي، والمحاكم الاستثنائية محظورة".

المسائل كتلك التي استقرت بأحكام باتة أو بانقضاء مدة تقادم، على نحو ما ذكرت المذكرة الإيضاحية صراحة.

يضاف إلى ما سبق، أن إنكار الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية كأصل عام قد يشك في دستوريته. المادة (٤٩) ذاتها، على أساس أن تحصين القوانين المقضي بعدم دستوريتها، بعدم سريانها على الماضي يتعارض مع خضوع جميع سلطات الدولة للقانون.

الفصل الثاني

النطاق الزمني لأثر الحكم بعدم الدستورية بعد التعديل

تمهيد وتقسيم:

بتاريخ ١٩٩٨/٧/١٠ صدر القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بتعديل الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا ونص في المادة الأولى منه على أن:

"يستبدل بنص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ النص الآتي:

"ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخًا آخر، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر. وذلك دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم الدستورية".

ونص في المادة الثانية منه على أن "ينشر هذا القرار بقانون في الجريدة الرسمية. وتكون له قوة القانون، ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره"[١].

---

(١) نشر هذا القرار بقانون بالجريدة الرسمية بالعدد ٢٨ مكرر في ١٩٨٩/٧/١١، وكان قد وقع خطأ مادي بإضافة كلمة "أسبق" بعد عبارة "ما لم يحدد لذلك تاريخًا آخر"، وتم تصويب هذا الخطأ بالاستدراك المنشور بالجريدة الرسمية، العدد (٢٨) مكرر (ب) في ١٩٩٨/٧/١٢.

ويتضح من القراءة الأولية لهذا التعديل؛ أن المشرع المصري قد أدخل تعديلاً جوهريًا على نص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية فيما يتعلق بالنطاق الزماني للحكم بعدم الدستورية، فلم يعد الأمر كما كان من حيث سريان أحكام المحكمة بعدم الدستورية – في غير المجال الجنائي– بأثر رجعي على نحو ما سبق ذكره سلفًا.. تلك القاعدة التي رسخت أقدامها في تنظيم القضاء الدستوري المصري؛ إذ أصبح بموجب هذا التعديل هناك استثناء من قاعدة الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، أحدهما تترخص في تقريره المحكمة الدستورية العليا بحسب مقتضى الحال، والآخر تلتزم بإعماله والتقيد به في حدود الأحكام الصادرة عنها بعدم دستورية النصوص الضريبية، وذلك مع عدم الإخلال باستفادة المدعى من الحكم بعدم الدستورية.

ولنتناول هذا التعديل بالبحث، فإني أقسمه إلى أربعة مباحث، على النحو التالي:

المبحث الأول: ظروف التعديل

المبحث الثاني: أثر التعديل على النطاق الزمني لتنفيذ الحكم الصادر بعدم الدستورية

المبحث الثالث: موقف الفقه من التعديل

المبحث الرابع: مدى دستورية القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨

المبحث الأول

ظروف التعديل

جاء هذا التعديل بعد فترة هدوء نسبي، إذ ذهب غالبية الفقه إلى مناصرة الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية في غير المجال الجنائي على النحو الذي بيناه سلفًا، كما تواترت أحكام القضاء على ذلك، وظل هذا الوضع قائمًا حتى النصف الثاني من عقد التسعينات، حيث طفت على السطح بوادر تعيد طرح مدى صحة ارتداد أثر الأحكام بعدم الدستورية للماضي، فقد تردد أن الدستور أحال إلى القانون تحديد أثر الحكم بعدم الدستورية، وأن قانون المحكمة الدستورية العليا غاية الوضوح في تطبيق أحكام المحكمة الدستورية العليا بأثر فوري ومباشر، وأنه لا اجتهاد مع النص، وأن الاعتماد على الرجعية اعتمادًا على ما ورد في المذكرة الإيضاحية، أو إلى الطبيعة الكاشفة للأحكام القضائية يعد ".... من لغو الكلام... لأن الدستور نفسه الذي أنشأ المحكمة الدستورية العليا قد حسم هذه النقطة تمامًا، ولم يتركها لاجتهاد المحكمة تفصل فيها كما تريد. بل لقد حرص على أن يجعل القانون والقانون وحده، أن يرتب ما شاء من الآثار فيجعلها بأثر رجعي أو يجعلها بأثر مباشر فقط[1].

وفي نهاية عام ١٩٩٧ تداولت الأنباء، عن تقدم أحد أعضاء مجلس الشعب آنذاك باقتراح قانون لتعديل المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا، والذي أراد من خلاله أن يخضع الأحكام الصادرة من

---

(١) د. مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري، ١٩٩٦، ص (ز) من تمهيد تلك الطبعة.

المحكمة الدستورية العليا لعدم الدستورية لمجلس اللشعب ليعيد النظر في أمر دستوريتها.

وجرى نص هذا الاقتراح لتعديل المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا، على أنه "في حالة صدور حكم يقضي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة يتم إعادة النص إلى مجلس الشعب لتحقيق المواءمة الدستورية في شأنه"(١).

---

(١) أفاد مقدم الاقتراح في شرحه له:

"نظرًا لأن مصر تأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات السائد في الدول الديمقراطية ولا تأخذ بمبدأ وحدة السلطة السائد في الدول الشمولية وتعتبر السلطة التشريعية ممثلة في مجلس الشعب سلطة مستقلة وليست امتدادًا للسلطة التنفيذية.

"وحتى لا تصبح جميع التشريعات التي يصدرها مجلس الشعب مجرد قرارات إدارية تخضع لرقابة الإلغاء من المحكمة الدستورية العليا.

"إذ تنص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أنه يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية وبحيث يصبر النص كما لم ينشأ أو يولد ويصير عدمًا وهو ما لا يقول به أحد استقرارًا للحقوق والأوضاع التي ترتبها القوانين في حياة الناس.

"ولما كان قانون العقوبات الفرنسي ينص في المادة (١٢٧) منه على معاقبة القضاة إذا تدخلوا في أعمال السلطة التشريعية سواء أكان ذلك بتعطيل القوانين أو وقفها أو المداولة في شأن نفاذها من عدمه وهذا هو الأصل في مفهوم ومقصود ومعنى الفصل بين السلطات، فإن وضع المحكمة الدستورية الحالي في مادتي القانون المنشئ لها ٤٨، ٤٩ تخرج المحكمة الدستورية بمقتضى المادة (٤٨) منها عن كونها محكمة بالمعنى المعمول به في أحكام النظام القضائي والتي تقضي بحق الطعن في الأحكام كل في الدرجة التي تليها، ويجعل من أحكامها قرارات أكثر من كونها أحكامًا قضائية بالمعنى القائم والمتعارف عليه لتجيء المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية ليجعل منها سلطة فوق السلطات ويخرج بها على القاعدة الأصلية، وعن ركيزة أساسية من ركائز وأركان الدولة المدنية وعن العقد الاجتماعي وأحد الأركان الهامة في الحياة العصرية وهو مبدأ الفصل بين السلطات ويجعل منها سلطة تشريع خلافًا لوضعها=

وعندما أحيل الاقتراح إلى لجنة الاقتراحات والشكاوى رفضته منوهة إلى أن من أهم التطورات في الرقابة على دستورية القوانين في العالم، ضرورة العمل على فاعلية هذه الرقابة، ولما كانت هذه الفاعلية تتوقف على القوة التنفيذية لأحكام المحكمة الدستورية العليا بعد نشرها في الجريدة الرسمية، فلا يجوز أن تتوقف على قرار من السلطة التشريعية، الأمر الذي رأت معه اللجنة أنه يتعين رفض هذا الاقتراح، الذي لا يتفق مع روح الدستور المصري(١).

=وأساس قيامها ونشأتها... وإلا فما معنى الحكم على نص بالعدم والوفاة غير ما يعنيه ذلك من كونه دورًا للمشرع وجهه التشريع.

"ولهذا.. واحترامًا لمبدأ الفصل بين السلطات وحتى يسترد مجلس الشعب سلطته في إصدار تشريعات حقيقية لا تخضع لرقابة الإلغاء نتقدم بهذا التعديل المقترح فإنه إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية نص قانوني أن يعاد هذا النص إلى مجلس الشعب للنظر في دستوريته وللمجلس أن يعدل هذا النص بالأغلبية العادية بما يجعله موافقًا للدستور ولتحقيق استقرار القوانين وعدم تعرضها للقول من حين لآخر بعدم دستوريتها وبما يضمن استقرار المعاملات. وهذا التعديل المقترح بإعادة النص المحكوم بعدم دستوريته إلى مجلس الشعب مأخوذ من النظام الفرنسي والذي تتم فيه الرقابة السابقة على دستورية القوانين قبل صدورها بواسطة المجلس الدستوري حيث لا توجد محكمة دستورية تراقب دستورية القوانين بعد صدورها ويحقق التوازن بين السلطات ويعالج أي تداخل أو افتئات من سلطة على أخرى ويحقق مفهوم الدولة المدنية ويجسد معناها بشكل واضح فإذا كانت التشريعات المخالفة للدستور تعاد للجمعية الوطنية في فرنسا قبل صدورها فمن الأحرى وجوب وضرورة إعادة هذه التشريعات في مصر إلى مجلس الشعب باعتباره الجهة التشريعية المنوط به دون غيره إصدار التشريعات والقوانين الحاكمة لحركة المجتمع وحتى لا تكون لجهة أخرى غير مجلس الشعب سلطة إصدار التشريعات أو إلغائها بما يخرج بها عن اختصاصها ويجعل منها بغير حق أو مؤدى جهة تشريع ثانية وهو ما لا يقول به أحد وحتى لا يحدث اضطراب في المعاملات وتحقيقًا لمبدأ الفصل بين السلطات كنظام عام للدولة".

(١) نشر هذا الرفض في جريدة الأهرام عدد أول يناير ١٩٩٨ بالصفحة الأولى. =

وكان مما جاء في بيان لجنة الاقتراحات والشكاوى بمجلس الشعب آنذاك "أنه وإن كان الرأي الذي تبناه الاقتراح بمشروع القانون المعروض قد نادى به جانب من الفقه الدستوري وأخذت به بعض الاتجاهات الدستورية في العالم، إلا أنه لا يتفق مع روح الدستور المصري الذي أناط الرقابة على دستورية القوانين التي تصدر عن مجلس الشعب بهيئة قضائية لها استقلالها والصادر بها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ولا يفوت اللجنة أن تنوه أنه كان من أهم ملامح التطور في الرقابة على دستورية القوانين ضرورة العمل على فاعلية هذه الرقابة، ولما كانت هذه الفاعلية تتوقف على القوة التنفيذية لأحكام المحكمة الدستورية العليا بعد نشرها في الجريدة الرسمية، فلا يجوز أن تتوقف على قرار من السلطة التشريعية، الأمر الذي يتعين معه رفض هذا الاقتراح بمشروع القانون.

وعلى الفور، وفي ١٠ يناير ١٩٩٨، أصدرت لجنة الشئون الدستورية والتشريعية بمجلس الشورى تقريرًا هامًا رفضت فيه هذا الاقتراح مؤكدة أنه يتضمن اعتداء صريح وصارخ على الدستور والقانون، كما يتضمن اعتداءً صريحًا على استقلال السلطة القضائية ممثلة في المحكمة الدستورية العليا.

= "ومن الجدير بالذكر أنه تعليقًا على هذا الاقتراح أعلن رئيس مجلس الشعب آنذاك... رأي واضح ومحدد وقد ورد في كتاب لي في الشرعية الدستورية ما هو نقيض لمضمون هذا الاقتراح تمامًا.. وبصفة عامة نحن ندرك جيدًا أهمية هذا الدور الذي تقوم به المحكمة الدستورية العليا ونسعد ونرحب بوجود المحكمة الدستورية العليا لأنها تؤكد مبدأً مهمًا وهو أن سيادة القانون أساس الحكم في الدولة... وأني كنت واثقًا أن هذا الاقتراح مصيره الرفض ولو كانت اللجنة قد وافقت وكذا مجلس الشورى لكنت تركت مكاني في المنصة وجلست في مقاعد الأعضاء لأعارض المشروع بشدة وبعنف".

تحقيق منشور بجريدة الأهرام، عدد ٣ يناير ١٩٩٨، ص١٣.

وفي هذا التوقيت ساد الاعتقاد لدى الأوساط الحكومية بأن توالي إصدار المحكمة الدستورية العليا لأحكامها بعدم الدستورية لتشريعات الضرائب والرسوم، وما يترتب على ذلك من رد هذه الضرائب المقضي بعدم دستوريتها سيؤدي في النهاية إلى إفلاس الخزانة العامة للدولة أو على الأقل تحميل الدولة بأعباء مالية تنوء بها خزانتها مما يضعفها في مجال تحقيق مهامها التنموية والنهوض بالخدمات والمرافق العامة، وما سبق قد يدفع الحكومة إلى التقدم بمشروع لتعديل قانون المحكمة الدستورية العليا، ورغم ذلك لم تتقدم الحكومة بمشروع قانون بتعديل قانون المحكمة الدستورية العليا، خاصة وأن دور الانعقاد العادي للمجلس قد فض في ١٣ يونيه ١٩٩٨، واعتقد الرأي العام أن باب تعديل المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا قد أوصد؛ إلا أنه وبتاريخ ١٩٩٨/٧/١٠ صدر القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بتعديل الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا ونص في المادة الأولى منه على أن:

"يستبدل بنص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ النص الآتي:

"ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخًا آخر، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر. وذلك دون إخلال باستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص".

ونص في المادة الثانية منه على أن "ينشر هذا القرار بقانون في الجريدة الرسمية، وتكون له قوة القانون، ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره"[1].

وقد رافق هذا القرار بقانون مذكرة إيضاحية مطولة، جاء فيها "تنص المادة ١٨٧ من الدستور – دستور ١٩٧١ – على أنه "تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية، وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار".

وبهذا النص يكون الدستور قد فوض المشرع في تحديد الآثار التي تترتب على صدور حكم بعدم دستورية أي نص تشريعي.

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

وتنشر الأحكام والقرارات المشار إليها في الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يومًا على الأكثر من تاريخ صدورها.

---

(١) نشر هذا القرار بقانون بالجريدة الرسمية بالعدد ٢٨ مكرر في ١٩٩٨/٧/١١م، وكذلك مذكرته الإيضاحية.

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

فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادًا إلى ذلك النص كأن لم تكن، ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه".

وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا – في مجال تفسيرها لنص المادة (٤٩) من قانونها – على أن الحكم الذي تصدره بعدم دستورية نص تشريعي يكون له أثر يمتد إلى الماضي برجعية تحكم الروابط السابقة على صدور الحكم كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة.

وقد أدى الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي لأحكام المحكمة – في غير المسائل الجنائية – إلى صعوبات متعددة في مجال التطبيق يندرج تحتها الإخلال بمراكز قانونية امتد زمن استقرارها، وتحميل الدولة بأعباء مالية تنوء بها خزانتها وذلك دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص.

المادة الثانية: ينشر هذا القرار بقانون في الجريدة الرسمية وتكون له قوة القانون ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره.

وقد صدر هذا القرار بقانون بتاريخ ١٠ يوليو ١٩٩٨ ونشر في ١١ يوليو ١٩٩٨ ومن ثم فإن العمل به يبدأ اعتبارًا من ١٢ يونيو ١٩٩٨.

ومما جاء في المذكرة الإيضاحية للقرار بالقانون الماثل[1]: "... وعلاجًا لمشكلات الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي في مثل هذه الحالات التي كشفت عنها التجربة، وتحقيقًا للموازنة بين متطلبات الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المراكز القانونية في المجتمع، والحفاظ على أمنه اجتماعيًا واقتصاديًا، وهي أمور يرتبط كل منها بالآخر برابطة وثيقة، فقد رؤي تعديل حكم الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بما يكفل تحقيق الأغراض الآتية:

أولاً: تخويل المحكمة سلطة تقرير أثر غير رجعي لحكمها على ضوء الظروف الخاصة التي تتصل ببعض الدعاوى الدستورية التي تنظرها بمراعاة العناصر المحيطة بها وقدر الخطورة التي تلازمها.

ثانيًا: تقرير أثر مباشر للحكم بنص القانون إذا كان متعلقًا بعدم دستورية نص ضريبي، ذلك أن إبطال المحكمة لضريبة بأثر رجعي مؤداه أن ترد حصيلتها التي أنفقتها – في مجال تغطية أعبائها – إلى الذين دفعوها من قبل – بما يعجزها عن مواصلة تنفيذ خططها في مجال التنمية، أو يعوقها عن تطوير أوضاع مجتمعها، ويحملها على فرض ضرائب جديدة لسد العجز في موازنتها، وتلك جميعها آثار خطيرة تهدم من خلال حدتها الأوضاع القائمة، وتضطرب بها موازنة الدولة فلا تستقر مواردها على حال.

ثالثًا: وحسمًا لأي خلاف في شأن ما إذا كان الأثر المباشر للأحكام الصادرة ببطلان نص ضريبي ينسحب إلى ذي المصلحة في الخصومة

---

(١) نشرت بالجريدة الرسمية العدد ٢٨ مكرر (ب) في ١٢ يوليو ١٩٩٨.

الدستورية أم ينحسر عنه، فقد نص المشروع على أنه سواء أثيرت المسألة الدستورية عن طريق الدفع أو عن طريق الإحالة أو التصدي، فإن الفائدة العملية للخصومة الدستورية يتعين أن يجنيها كل ذي شأن فيها من أطرافها ضمانًا لفاعلية حق التقاضي، ولأن الترضية القضائية هي الغاية النهائية لكل خصومة قضائية على ما جرى به قضاء هذه المحكمة.

وقد أخذ المشروع في كل ما تقدم بمزيج من النظم المتبعة في العديد من الدول الأجنبية التي تعتنق مبدأ الرقابة القضائية على دستورية التشريع، مع الانحياز إلى أكثر أحكامها احترامًا للحقوق والحريات العامة.

هذا وقد تم أخذ رأي الجمعية العامة للمحكمة الدستورية العليا، والمجلس الأعلى للهيئات القضائية في هذا المشروع، فوافقا عليه بالإجماع.

ونظرًا لأن كثيرًا من الدعاوى المعروضة الآن على المحكمة الدستورية العليا تتعلق بنصوص ضريبة مطعون بمخالفتها للدستور، وكانت بعض الدعاوى الأخرى المطروحة عليها تثير خطورة قد تقدر المحكمة معها الحد من إطلاق الأثر الرجعي بشأنها، وكانت المحكمة تعقد جلساتها خلال أشهر الصيف جميعها، فإن الضرورة تقتضي – وبالنظر إلى أن مجلس الشعب لن ينعقد في دور انعقاده العادي إلا خلال شهر نوفمبر – الإسراع بإصدار هذا التعديل في شكل قرار بقانون باعتباره تدبيرًا لا يحتمل التأخير وذلك عملاً بنص المادة (١٤٧) من الدستور.

والبيِّن من نص هذا التعديل ومذكرته الإيضاحية، أنه صدر بأداة القرار بقانون، إعمالاً لنص المادة (١٤٧) من دستور ١٩٧١، الناظمة للوائح الضرورة، والتي تنص على أنه "إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما

يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر بشأنها قرارات تكون لها قوة القانون.

ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائمًا، وتعرض في أول اجتماع في حالة الحل أو وقف جلساته، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، وإذا عرضت ولم يقرها زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر"(١).

ومن المعلوم أن هذه المادة يتم استعمالها من جانب رئيس الجمهورية في حالة حدوث ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير في حالة غياب مجلس الشعب، وهو الأمر الذي اصطلح على تسميته "لوائح الضرورة" وهذه الضرورة هي مناط استعمال هذه المادة، والتي تتمثل في حدوث أمر لا يحتمل التأخير يتطلب اتخاذ إجراء قانوني يتمثل في صدور قرار بقانون في حالة غياب البرلمان، أو كما قيل بشأنها "لوائح يرخص الدستور للسلطة التنفيذية في إصدارها حين يقع أمر يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير عاجلة ومؤقتة، وذلك فقط في فترات غياب البرلمان، فيكون للسلطة التنفيذية أن تشرع القوانين الجديدة وأن تلغي أو تعدل القوانين القائمة بدلاً من البرلمان، لأن البرلمان في عطلة والأمر مستعجل لا يحتمل التأخير لحين انعقاد البرلمان"(٢).

---

(١) يقابل نص هذه المادة، نص المادة ١٥٦ من دستور ٢٠١٤، والتي جاءت بصورة تختلف في إجراءاتها عن نص المادة ١٤٧ من دستور ١٩٧١، على نحو ما سنوضح لاحقًا.

(٢) راجع: د. طعيمة الجرف، القانون الدستوري ومبادئ النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٦٤، ص٣٧٣.

ومنذ صدور هذا القرار بقانون – وإلى الآن – ومازال الجدل ثائرًا بين الفقه، حول جدوى هذا التعديل، والأكثر من ذلك: ما هو مضمون هذا التعديل وحدوده، بل ومدى دستوريته من حيث المبدأ؟ وثارت تساؤلا عدة في هذا الشأن بعضها عبرت عنه المحكمة الدستورية العليا في أحكامها التي صدرت بعد هذا التعديل، والأغلب تناوله الفقه بالنقاش، ودارت هذه المناقشات حول الآتي:

- ما هو نطاق هذا التعديل؟
- هل مازال الأصل في الحكم بعدم الدستورية أن له أثر رجعي؟
- كيف تحدد المحكمة الدستورية العليا لحكمها تاريخًا لسريانه في غير المسائل الضريبية؟
- كيف يطبق الاستثناء الخاص بالنصوص الضريبية بأثر فوري؟
- مدى دستورية هذا القرار بقانون؟
- هل حسم التعديل الخلاف حول النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية أم أنه وسع من أمر الخلاف؟

وذلك – وعلى حد قول المحكمة الدستورية العليا – إن كان مبدأ فصل السلطة التشريعية عن السلطة التنفيذية يوحي بتولي كل منهما المهام التي اختصها الدستور بها بحكم تعلقها بالمجال الطبيعي لوظيفتها، إلا أن هذا الفصل يتعين أن يوازن بضرورة المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام العام في إقليمها إزاء ما قد تتعرض إليه من مخاطر أثناء فترات غياب البرلمان، سواء أكانت هذه المخاطر من طبيعة مادية أم قانونية فلزم

من ثم وجود الأداة التي يمكن بها مواجهة هذه المخاطر والتي يمكن للسلطة التنفيذية أن تستخدمها[1].

وللإجابة على هذه التساؤلات، وبيان موقف الفقه والقضاء بشأنها، أتناول في المبحث الثاني من هذا الفصل، النقطة الأولى، المتعلقة بنطاق التعديل، على نحو ما أفصح عنه النص ومذكرته الإيضاحية، قبل أن أتناول في المبحث الثالث موقف الفقه من هذا التعديل، وأخصص المبحث الرابع لبيان مدى دستورية هذا التعديل.

(١) راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية دستورية، جلسة ١٨/٤/١٩٩٢، ج٥/١ دستورية ص٢٨.

المبحث الثاني

أثر التعديل على النطاق الزمني لتنفيذ الحكم الصادر بعدم الدستورية

أدخل التعديل على نص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا، أحكامًا جديدة فيما يتعلق بالنطاق الزماني لأثر الحكم بعدم الدستورية، وذلك بموجب القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، فأصبح نص هذه الفقرة "ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخًا آخر، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحكام إلا أثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص.

فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادًا إلى ذلك النص كأن لم تكن. ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق لإجراء مقتضاه".

والبين من هذا التعديل أنه جعل حكم هذه المادة مغاير في نقاط عدة، عما كان عليه قبل التعديل، فكان الراجح قبل التعديل أن للحكم الصادر من المحكمة الدستورية بعدم الدستورية أثر رجعي ينسحب إلى يوم صدوره لا يحده سوى المراكز القانونية المستقرة بحكم بات، أو بانقضاء مدة التقادم، وذلك في غير المسائل الجنائية. وتقف المحكمة الدستورية العليا عند حد الحكم بعدم الدستورية أو رفض الدعوى أو عدم قبولها حسب

الأحوال، وليس لها أن تحدد في منطوق الحكم تاريخًا يقف عنده امتداد الأثر الرجعي، ولم يكن لها بطبيعة الحال أن تحدد ميعادًا – بعد صدور الحكم – لسريان أثره، وهذا ما تواتر عليه العمل، وأكدته المحكمة الدستورية العليا في أحكامها المتواترة حتى صدور هذا القرار، وذلك على نحو ما سلف.

وقد جاء هذا التعديل ليعصف بما هو كائن، ويخلق أوضاعًا جديدة، ويعطي للمحكمة سلطة تقديرية في تحديد أثر الحكم زمانيًا، مع بقاء الأمر على حاله في المسائل الجنائية، واستحداث أمر جديد وغريب يتعلق بالأثر الفوري للحكم بعدم دستورية نص ضريبي مع الاستثناء الملحق بهذه الحالة. وما سبق جميعه يفرض علينا أن نوضح أثر هذا التعديل على النطاق الزماني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية الصادر عن المحكمة الدستورية العليا.

ولبيان ذلك، أقسم هذا المبحث إلى عدة مطالب، أتناول من خلالها، أثر التعديل على النصوص الجنائية، وأثر التعديل على النصوص غير الجنائية والضريبية، وأثره على النصوص الضريبية، وذلك في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أثر التعديل في المجال الجنائي.

المطلب الثاني: أثر التعديل بالنسبة للأحكام الصادرة في غير المجالين الجنائي والضريبي.

المطلب الثالث: الأثر المباشر للحكم بعدم دستورية نص ضريبي.

وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

أثر التعديل في المجال الجنائي

لم يكن للتعديل بموجب القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، أي أثر على الحكم بعدم دستورية النصوص الجنائية؛ إذ ظل هذا الأمر محكومًا بالفقرة الرابعة من المادة (٤٩) بصورتها الأولى، والتي تنص على أنه "فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادًا إلى ذلك النص كأن لم تكن. ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه".

والمستفاد من نص هذه الفقرة – وعلى نحو ما أوضحنا سلفًا – هو أن الحكم بعدم دستورية نص جنائي سواء عقابيًا، أم إجرائيًا؛ يسري بأثر رجعي مطلق سواء كانت نصوص عقابية تفرض عقوبة أو تدبير، أو نصوص خاصة بالتنفيذ أو نصوص الإجراءات الجنائية.

ولن أكرر ما سبق ذكره في هذا الشأن في موضع سابق من البحث، ويكفي القول هنا أن الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية نص جنائي يسري بأثر رجعي يرتد إلى لحظة صدور القانون المقضي بعدم دستوريته، حتى ولو كانت الأحكام الصادرة استنادًا لهذا النص أحكامًا باتة. مع مراعاة أن يكون ذلك الحكم البات قد صدر مستندًا إلى النص القانوني المقضي بعدم دستوريته، وسواء صدر مستندًا إلى هذا النص وحده أو إلى مجموعة من النصوص من بينها نص غير دستوري.

وفي هذا انحياز كامل للشرعية والحرية الشخصية ذلك أن الأحكام الجنائية تمس بطريق مباشر الحرية الشخصية للمواطن ولغير المواطن، وهي أعز ما يحرص عليه، فإذا اتضح أن النص الذي طبق عليه كان غير دستوري، فالعدالة تقتضي أن نغلب جانب حجية الأحكام الجنائية، وفي هذا إعمال كامل لمبدأ الشرعية، ونحيل إلى ما سبق بشأن مسألة كيفية تنفيذ حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص جنائي وإعمال أثر الحكم.

المطلب الثاني

أثر التعديل بالنسبة للأحكام الصادرة في غير المجالين الجنائي والضريبي

إن الناظر لنص المادة (٤٩) في فقرتها الثالثة المعدلة بموجب القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ فنجد أنها قد عقدت استخلاص حكمها بالنسبة للنطاق الزمني للحكم الصادر بعدم الدستورية، في غير المجالين الجنائي والضريبي، إذ أضاف هذا التعديل فقرة جديدة – لها ما لها من تحفظ، وذلك عندما نصت على أن الحكم الصادر بعدم الدستورية لا يجوز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخًا آخر، مما يعني أن حكمها لم يعد موحدًا في هذا الشأن، فهي إما أن تذكر في حكمها عدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم، وإما تحدد لذلك النفاذ تاريخًا آخر بمقتضى سلطتها التقديرية الممنوحة لها بموجب هذا التعديل.

وما سبق آثار الخلاف بين الفقه في الحالتين، فهل يسري الحكم بأثر مباشر وفوري أي لا يكون له أثر رجعي إذا صدر دون استخدام صلاحية التقدير أم أن الحكم يكون منشئًا ويسري بأثر فوري من اليوم التالي لنشر الحكم وهذا الأمر انقسم الفقه بشأنه، وفي الحالة الثانية، ماذا يقصد بعبارة "ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخًا آخر".

وما سبق يدعونا إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين أتناول في الأول أثر التعديل حال عدم استخدام سلطة التقدير من جانب المحكمة، وفي الثاني أتعرض لأثر الحكم زمانيًا حال استخدام المحكمة الدستورية العليا لسلطتها التقديرية في تحديد تاريخ آخر لإعمال أثر الحكم بعدم الدستورية.

الفرع الأول

أثر التعديل على صدور الحكم إعمالاً للأصل العام

يرى اتجاه فقهي –غير كثير– أن التعديل الحالي لنص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا يقرر الأثر المباشر للحكم الصادر بعدم الدستورية وينفي الأثر الرجعي الذي استقرت عليه المحكمة الدستورية العليا في تفسيرها للفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانونها قبل تعديلها[١].

---

(١) د. محمد محمد بدران، أحكام المحكمة الدستورية العليا في الضرائب بين الأثر الرجعي والمباشر. القرار خطوة على الطريق الصحيح – مقال منشور بجريدة الاهرام بتاريخ ١٩٩٨/٧/٢٧م.

– المستشار عماد النجار: الاستقرار القانوني ودور المحكمة الدستورية، مقال منشور بجريدة الأهرام بتاريخ ١٩٩٨/٩/٢٥م. =

ويتلخص مفهوم هذه القاعدة بأنه عندما يقرر القاضي الدستوري إلغاء القاعدة القانونية المخالفة للدستور، فإن هذا القرار يسري بأثر فوري أو مباشر، أي منذ لحظة إصدار الحكم القضائي ويستمر إلى المستقبل، حيث تظل القاعدة القانونية المخالفة للدستور مطبقة على القضايا والمظاهر التي تحدث بشكل مسبق على الحكم القضائي، وبشكل مخالف منذ لحظة إصدار الحكم القضائي فصاعدًا تختفي القاعدة المخالفة للدستور من النظام القانوني، وبذلك لا تطبق على القضايا والمواقف التي تحدث بعد إصدار الحكم القضائي.

فقد أصبح الأصل العام هو سريان الأحكام الصادرة بعدم الدستورية بأثر مباشر من اليوم التالي لنشر الحكم بالجريدة الرسمية، والاستثناء أن تقرر المحكمة الأثر الرجعي في بعض الحالات، ولقد استند أنصار هذا الرأي إلى عدة حجج نوجزها فيما يلي:

١- إن التسليم بالأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية يخل بالحقوق والمراكز القانونية المستقرة، ويزداد الأمر خطورة في بعض المجالات كالمجال الضريبي والإيجارات خاصة إذا كان النص قد طبق منذ فترة طويلة وما قد يترتب على ذلك من نتائج خطيرة على الكيان الاجتماعي والاقتصادي للدولة، ولذلك فإن التعديل المذكور يحقق التوازن بين

= - د. فوزية عبد الستار: حول تعديل قرار المحكمة الدستورية العليا، مقال منشور بجريدة الأهرام، بتاريخ ١٩٩٨/٨/٣م.

- د. نبيل لوقا بباوي: الأثر الرجعي للأحكام الدستورية باطل، مقال منشور بجريدة الأهرام بتاريخ ١٩٩٨/٨/٥م.

الشرعية الدستورية ومصلحة المجتمع في الاستقرار التشريعي وحفاظًا على كيان الدولة الاقتصادي.

٢- إن عبارة المادة ٣/٤٩ بعد تعديلها واضحة الدلالة على تقرير الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية، فعبارة "ويترتب على الحكم بعدم الدستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم" تفيد – في نظر أنصار هذا الاتجاه – تقرير قاعدة الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية، كما أن عبارة "ما لم يحدد لذلك تاريخًا آخر" من نفس الفقرة تمثل – في نظرهم – استثناء من هذه القاعدة، فالتاريخ الآخر الذي تملك المحكمة الدستورية العليا تحديده لا يكون إلا سابقًا على تاريخ نشر الحكم بعدم الدستورية، وبالتالي فإن هذا الاستثناء يؤكد القاعدة وهي الأثر المباشر للحكم الصادر بعدم دستوريته في المواد غير الضريبية، كما أن عبارة "على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر" تقرر صراحة قاعدة الأثر المباشر للحكم الصادر بعدم الدستورية في المواد الضريبية، وعبارة "وذلك دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص" تقرر استثناء الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية النص الضريبي وذلك مراعاة لاستفادة المدعي من الحكم بعدم دستورية هذا النص الضريبي[١].

---

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستورية في مصر، المرجع السابق، ص٤٧٨-٤٧٩.

٣- أن احتفاظ التعديل بصدر الفقرة الثالثة من المادة ٤٩، يؤكد على أن التعديل رجح المعنى الظاهر للنص، وبالتالي أصبحت القاعدة هي الأثر المباشر للأحكام بعدم الدستورية[١].

وينتهي أصحاب هذا الاتجاه إلى أن التعديل قد استوجبته مقتضيات العدل والعدالة، وأنه صادف صحيح الدستور والقانون بشأن سريان الأحكام الصادرة بعدم الدستورية بأثر مباشر من اليوم التالي لتاريخ نشرها كقاعدة عامة حفاظًا على استقرار المراكز القانونية والحقوق المكتسبة.

وإذا كان ما سبق هو حال بعض الفقه المؤيد للأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية كأصل عام في غير المنازعات الضريبية والجنائية فإن الاتجاه الغالب من الفقه يؤيد الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية ما لم تستخدم المحكمة سلطتها التقديرية في تحديد تاريخ آخر في الحكم لإعمال مقتضاه، وجوهر هذا الاتجاه؛ أنه عند الحكم بعدم دستورية نص، فإن هذا النص ولد مخالفًا للدستور منذ لحظة صدوره، ويكون بطلانه بأثر رجعي وليس بأثر مباشر، حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه من الفقه[٢] أن التعديل الجديد للفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ لم يمس مبدأ الرجعية المعمول به قبل

---

(١) د. نبيلة عبد الحليم كامل، الدعاوى الإدارية والدستورية، ٢٠٠٠، ص٢٥٠.

(٢) راجع في هذا الاتجاه:

د. محمود عاطف البنا، المشروعية الدستورية وأساس سلطة الحكم، المقال السابق بجريدة الوفد بتاريخ ١٦ يوليو ١٩٩٨.

د. محمد مرغني خيري، خيوط المؤامرة الحكومية على المحكمة الدستورية، مقال بجريدة الغرب، بتاريخ ١٦ يوليو ١٩٩٨.

صدوره، والدليل على ذلك أن المذكرة الإيضاحية لهذا التعديل، أوضحت أن المحكمة الدستورية العليا حملت العبارة محل الدراسة على أنها تقضي بالأثر الرجعي، ولم تتضمن أدنى إشارة للتحول عن هذا الفهم(١).

والرأي عندي في هذه المسألة، أن المستخلص من نص التعديل ومذكرته الإيضاحية أنه كأصل عام فإن الحكم الصادر بعدم الدستورية له أثر رجعي ينسحب إلى يوم صدور النص المقضي بعدم دستوريته. مع تقيد هذا الأثر الرجعي بذات القيدين اللذين أوردتهما المذكرة الإيضاحية للنص الأصلي قبل التعديل، وهما المتعلقان بالحقوق والمراكز التي استقرت بحكم حاز قوة الأمر المقضي، أو بانقضاء مدة تقادم، والسالف الإشارة إليهما تفصيلاً.

فرغم عدم انضباط صياغة نص التعديل، وما به من تناقضات، ليس أمامنا إلا التسليم بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية كأصل عام؛ إذ أن الأصل لم يطرأ عليه تعديل وينطبق عليه جميع ما سبق أن ذكرناه فيما سبق عن الأثر الرجعي وقيوده دون تعديل ما لم تحدد المحكمة في حكمها تاريخًا آخر لسريان الحكم.

وهذا الاستخلاص يسانده بوضوح ما ورد في المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ من أنه "علاجًا لمشكلات الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي في مثل هذه الحالات التي كشفت عنها التجربة،

---

(١) د. عبد الله ناصف، حجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية العليا، المرجع السابق، ص١١٦.
د. عبد العظيم عبد السلام، تطور الأنظمة الدستورية، الكتاب الثاني، التطور الدستوري في مصر، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص٥٩٩.

وتحقيقًا للموازنة بين متطلبات الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المراكز القانونية في المجتمع والحفاظ على أمنه اجتماعيًا واقتصاديًا وهي أمور يرتبط كل منها بالآخر برابطة وثقى، فقد رؤى تعديل حكم الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، بما يكفل الأغراض الآتية:

أولاً: تخويل المحكمة سلطة تقرير أثر غير رجعي لحكمها على ضوء الظروف الخاصة التي تتصل ببعض الدعاوى الدستورية التي تنظرها بمراعاة العناصر المحيطة بها وقدر الخطورة التي تلازمها.

ثانيًا: تقرير أثر مباشر للحكم بنص القانون إذا كان متعلقًا بنص ضريبي.

ومفاد ما سبق – وفي ضوء حكم هذه المذكرة الإيضاحية – أنه إذا لم تر المحكمة الدستورية تقرير أثر غير رجعي لحكمها في بعض الحالات فالأصل أن الحكم الصادر عنها يسري بأثر رجعي طالما أنه صادر بعدم دستورية نص غير ضريبي وفي غير حالة استخدام سلطة التقدير من جانب المحكمة. والمذكرة في ذلك تؤكد أن الأصل هو الأثر الرجعي تمشيًا مع الطبيعة الكاشفة للحكم الدستوري.

وإذا كانت عبارات المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون محل الدراسة، تنص صراحة على اعتناق الأثر الرجعي كأصل عام، فإن ظروف التعديل ومناسبته ومبررات الضرورة الواردة فيه لا تقول غير ذلك. فالتعديل جاء ليحد من الأثر الرجعي مع الإبقاء عليه كأصل عام، وليس للعدول عن ذلك

المبدأ، فمازال الأصل العام هو سريان أثر الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي يمتد إلى تاريخ صدور النص المقضي بعدم دستوريته.

فهذا التعديل في شقه الأول الخاص بالنصوص التشريعية غير الضريبية لم يصب صدر الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) المشار إليها بتغيير، وإنما اقتصر على إضافة عجز لها تمثل في عبارة "ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخًا آخر" وذلك رغبة من المشرع في منح المحكمة الدستورية العليا سلطة تقديرية في مجال تحديد آثار الحكم الصادر بعدم الدستورية تلافيًا لما قد يرتبه إطلاق الأثر الرجعي لهذا الحكم – حسبما ارتآه الشارع – من مساس بالأوضاع الاجتماعية التي استقرت مما قد يخل بالأمن الاجتماعي والاقتصادي.

وتبعًا لذلك فإنه إذا لم تعمل المحكمة الدستورية العليا سلطتها التقديرية التي تقررت بتلك العبارة المضافة بالتعديل المشار إليه ولم تحدد تاريخًا معينًا لإعمال أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية، فإن تفسير صدر هذه الفقرة يجري وفقًا لما استقرت عليه أحكام المحكمة الدستورية العليا في قضائها السابق على التعديل، بمعنى أن يظل للحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعي غير ضريبي أثر رجعي طالما لم تحدد المحكمة الدستورية العليا تاريخًا آخر لإعمال آثار هذا الحكم، وذلك كله على نحو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون محل التعليق.

وإذا كان الأصل العام، هو سريان الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي، فإن هذا الأثر الرجعي للحكم يمكن أن يقف عند حد معين وهو تاريخ

التعديل الدستوري[1]. ففي حالة تعديل نص دستوري بحيث أصبحت بعض النصوص مخالفة للنص الدستوري الجديد، فإن ذلك لا يمنع من التعرض لدستوريتها في إطار النص الجديد – أو الدستور الجديد – باعتبارها مخالفة موضوعية لنصوص الدستور وأحكامه، غير أن الأثر الرجعي لعدم الدستورية يرتد فقط إلى تاريخ التعديل الدستوري باعتبار أن هذا هو تاريخ وقوع المخالفة الدستورية التي يرتد إليها الأثر الكاشف لحكم المحكمة الدستورية العليا[2].

وجاء مسلك القضاء المصري مؤكدًا لمبدأ الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية في غير حالات الاستثناء سواء الواردة في المادة (٣/٤٩) في نصها الأول، أم في صورتها بعد التعديل.

وفي شأن ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا – وهي المعنية بالأمر بالدرجة الأولى – "وحيث أن مفاد المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ المعدل بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ أنه ما لم تحدد المحكمة تاريخًا آخر لنفاذ أحكامها، فإن الأصل أن قضاءها بعدم الدستورية المتعلق بنص غير جنائي عدا النصوص الضريبية يكون له أثر رجعي ينسحب إلى الأوضاع والعلائق التي اتصل بها ويؤثر فيها، حتى ما كان منها سابقًا على نشره في الجريدة

---

(١) د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ١٩٨٣، ص٦٢١. د. عادل عمر شريف، المرجع السابق، ص٤٧٥.

(٢) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري – دراسة تحليلية للقانون الدستوري اللبناني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٥، ص٧٠٧.

الرسمية، ما لم تكن الحقوق والمراكز القانونية التي ترتبط بها قد استقر أمرها بناء على حكم قضائي بات صادر قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا"[١].

كما قضت في حكم آخر أنه "من المقرر أن قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص تشريعي يعد كاشفًا عما به من عوار دستوري مما يؤدي إلى زواله وفقده قوة نفاذه منذ العمل به، فيسري هذا القضاء على الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم الدستورية، والتي اتصل بها النص مؤثرًا فيها، ما لم تكن الحقوق والمراكز التي ترتبط بها قد استقر أمرها – قبل قضاء هذه المحكمة – بناء على حكم قضائي بات..."[٢].

ولذلك درج قضاء المحكمة عقب التعديل على التأكيد على أن مفاد نص المادة (٤٩) من قانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، المعدل بقرار رئيس الجمهورية بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، أنه ما لم تحدد المحكمة تاريخًا آخر لنفاذ حكمها، فإن الأصل أن قضاءها بعدم الدستورية المتعلق بنص غير جنائي – عدا النصوص الضريبية– يكون له

---

(١) انظر: المحكمة الدستورية العليا، ١٢ يناير ٢٠٠٣، قضية رقم ١٩٢ لسنة ٢١ق دستورية، المجموعة الجزء العاشر، ص٨٩٨.

وكذلك حكمها في ١٣ مارس ٢٠٠٥ قضية رقم ٧ لسنة ٢٣ق في منازعة التنفيذ، والمحكمة الدستورية العليا في ١٣ مارس ٢٠٠٥ قضية رقم ١١ لسنة ٢٣ق منازعة تنفيذ.

(٢) المحكمة الدستورية العليا ٢٠٠١/٧/٧ (طلبات الأعضاء) المجموعة الرسمية ج٩، ص١٣٧٤.

وكذلك، المحكمة الدستورية العليا في ٢٠٠٥/٣/١٣ (منازعة تنفيذ) المجموعة الرسمية ج(١١)، المجلد الثاني ص٣٠٧٣.

المحكمة الدستورية العليا في ٢٠٠٥/٥/٨ (منازعة تنفيذ) المجموعة الرسمية، ج(١١)، المجلد الثاني ص٣١٠٧.

أثر رجعي ينسحب إلى الأوضاع والعلائق التي اتصل بها ويؤثر فيها، حتى ما كان منها سابقًا على نشره بالجريدة الرسمية ما لم تكن الحقوق والمراكز القانونية التي ترتبط بها قد استقر أمرها بناء على حكم قضائي بات صدر قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا...."[١].

ولم يختلف موقف محكمة النقض، عما قضت به المحكمة الدستورية العليا في إعمال آثار الحكم الصادر بعدم الدستورية في ضوء القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، فقد قضت بأنه "يترتب على صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص في قانون غير ضريبي – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة وهيئتها العامة – عدم جواز تطبيقه اعتبارًا من اليوم التالي لنشره في الجريدة الرسمية، وهذا الحكم ملزم لجميع سلطات الدولة وللكافة ويتعين على المحاكم باختلاف أنواعها ودرجاتها أن تمتنع عن تطبيقه على الوقائع والمراكز القانونية المطروحة عليها ولو كانت سابقة على صدور الحكم بعدم الدستورية باعتباره قضاءً كاشفًا عن عيب لحق النص منذ نشأته بما ينفي صلاحيته لترتيب أي أثر من تاريخ نفاذ النص، ولازم ذلك أن الحكم بعدم دستورية نص في القانون لا يجوز تطبيقه من اليوم التالي لنشره مادام قد أدرك الدعوى أثناء نظر الطعن أمام محكمة النقض، وهو أمر متعلق بالنظام العام تعمله محكمة النقض من تلقاء نفسها"[٢].

---

(١) المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم ٢٢٠ لسنة ٢١ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠٠٧/٧/٣٠ جـ١/١٦ "دستورية" ص٦٩١.

(٢) يراجع حكمها في الطعن رقم ٢٧٠ لسنة ٦٢ق الصادر بجلسة ٢٠٠٥/٥/٥.

كذلك قضت محكمة استئناف القاهرة (الدائرة ٩٦ عمال) بجلسة ٢٠٠٨/٥/١٤ في الاستئناف رقم ٧٠٠ لسنة ١٢٢ق أنه "يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيق ذلك النص اعتبارًا من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية ما لم يحدد الحكم ذاته تاريخًا آخر ويتعين على المحاكم باختلاف درجاتها وأنواعها أن تمتنع وجوبًا عن تطبيق هذا النص على المراكز القانونية أو الوقائع المطروحة عليها للفصل فيها حتى وإن كانت تلك الوقائع سابقة على تاريخ صدور الحكم بعدم الدستورية باعتبار أن ذلك الحكم يعد بمثابة قضاء كاشف عن عيب دستوري لحق بالنص التشريعي منذ نشأته بما تنتفي معه صلاحيته لترتيب أي أثر قانوني منذ تاريخ سريانه – ومؤدى ما سلف بيانه أن الحكم بعدم دستورية أي نص تشريعي يوجب امتناع المحاكم عن تطبيقه على الأنزعة القضائية المعروضة عليها طالما أن هذا الحكم قد أدرك الدعوى أثناء نظرها حتى وإن كانت مطروحة لدى محكمة النقض باعتبار أن ذلك الأمر متعلق بطبيعته بالنظام العام.

ولم يكن قضاء مجلس الدولة المصري بعيدًا عن هذا الأمر، فالأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا بشأن إعمال أثر الحكم بعدم الدستورية[1]، وكذلك ما صدر من إفتاء للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، ومن قبيل ذلك الفتوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في بيان أثر حكم المحكمة الدستورية العليا في

(١) راجع في ذلك، المحكمة الإدارية العليا في ٢٠٠٠/١٢/٣٠ وجيز مبادئ أحكام المحكمة الإدارية العليا في العام القضائي ٢٠٠٠-٢٠٠١، د. محمد ماهر أبو العينين ص٢٠٢.

١٩٩٩/٦/٥، بعدم دستورية القاعدة الثالثة الملحقة بجدول مرتبات الوظائف الفنية بالإدارات القانونية[١]. تلك الفتوى التي جاء فيها ".... الدستور قد عهد إلى المشرع بتحديد آثار الحكم بعدم دستورية نص تشريعي وإعمالاً لهذا التفويض نصت المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا... على هذه الآثار والمستقر فقهًا وقضاءً أن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية تكون لها حجية مطلقة ولا يقتصر أثرها على الخصوم في تلك الدعاوى وإنما يمتد إلى الكافة وإلى جميع سلطات الدولة، ولئن كان المشرع عند بيانه للآثار التي تترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي في مجال تطبيقه قد أعمل الأثر الفوري للحكم إلا أن ذلك لا يعني أن يقتصر عدم تطبيق النص على المستقبل فحسب وإنما ينسحب أيضًا بأثر رجعي إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم لأن القضاء بعدم دستورية نص تشريعي كشف عما به من عوار دستوري مما يعني زواله منذ بدء العمل به على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت قبل ذلك بحكم قضائي بات أو بانقضاء مدة تقادم – وبما أن حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢١٣ لسنة ١٩ق قضى بعدم دستورية القاعدة الثالثة الملحق بجدول مرتبات الوظائف بالإدارات القانونية المرفق بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٣ فيما نصت عليه من أنه "لا يجوز الجمع بين بدل التفرغ المقرر بمقتضى هذا القانون وبدل التمثيل أو أي بدل طبيعة عمل آخر ولم يحدد لهذا الحكم تاريخًا معينًا لسريانه ومؤدى ذلك اعتبار هذه القاعدة المحكوم بعدم دستوريتها كأن لم تكن بأثر رجعي يرتد

---

(١) انظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٩٩٩/٦/٥ (المجموعة الرسمية – ج٩)، ص٢٩٤.

إلى تاريخ صدورها ومن ثم فإنه يجوز الجمع بين بدل التفرغ وبدل التمثيل أو أي بدل طبيعة عمل آخر اعتبارًا من هذا التاريخ مع مراعاة التقادم وحجية الأحكام القضائية[1].

ومن جماع ما تقدم جميعه، يمكننا القول، أن تعديل المادة (٣/٤٩) بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، لم يمس الأصل العام لسريان الأحكام بعدم الدستورية بأثر رجعي عدا الاستثناءات التي أتى بها هذا التعديل، وما كان مستقرًا سابقًا قبل التعديل، والمتمثل في المراكز القانونية المستقرة بأحكام باتة سابقة على الحكم بعدم الدستورية، أو بانقضاء مدة تقادم.

ولما كان ما سبق، فإن هذا التعديل قد أتى بحكم جديد في المسائل غير الضريبية وغير الجنائية، منح بمقتضاه للمحكمة الدستورية العليا، صلاحية تحديد وقت آخر – خلافًا للقاعدة العامة – لإعمال مقتضى الحكم بعدم الدستورية وذلك بإضافة عبارة "... ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخًا آخر..."، وهذا الأمر آثار ضجة كبيرة، تدعونا إلى التعرض له ومحاولة رسم حدود له، وبيان نطاق سلطة المحكمة الدستورية العليا في إعمال أثر هذا التعديل، وهذا ما أتناوله في الفرع التالي.

---

(١) فتوى رقم ٢١٠ في ٢٠٠١/٤/١٤ ملف رقم ١٤٣٧/٤/٨٦، منشورة في المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في المدة من يناير إلى يوليو ٢٠٠١ ص٤٥.

الفرع الثاني

سلطة تقدير أثر غير رجعي لبعض الأحكام

من الأحكام المستحدثة التي أتى بها القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ن أنه أعطى للمحكمة الدستورية العليا سلطة تقرير أثر غير رجعي لبعض الأحكام.

وقد ورد النص على ذلك في المادة الأولى من القرار بقانون بقولها "ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، ما لم تحدد المحكمة لذلك تاريخًا آخر...".

وإذا كان النص المذكور قد فوض المحكمة الدستورية العليا في هذه السلطة الخطيرة، إلا أنه لم يحدد الأحكام التي يجوز فيها ذلك، ولم يضع لها أية ضوابط موضوعية يمكن أن تهتدى بها في هذا الشأن، بل ترك الأمر مطلقًا لها تجريه على ضوء حسها القضائي والوطني[١].

وكل ما ذكرته المذكرة الإيضاحية للقرار بالقانون المذكور في هذا الشأن "... مراعاة العناصر المحيطة بها، وقدر الخطورة التلا تلازمها".

وهذه الصياغة الغامضة للنص محل التعديل، وما ورد من إشارة إليها في المذكرة الإيضاحية جعلت الفقه يتخوف من أن منح المحكمة الدستورية العليا لهذه الصلاحية دون ضوابط قد يكون مدعاة لإساءة

---

(١) راجع في ذلك تفصيلاً: د. عبد العزيز محمد سالمان، الآثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية العليا، المرجع السابق، ص٤٩٦ وما بعدها.

استعمالها حتى دون قصد، وقد يضع المحكمة الموقرة من أن تكون محلاً لممارسة ضغوط عليها في بعض المناسبات، بل أن البعض منهم ذهب إلى أن هذه السلطة بها شبهة عدم دستورية[1]، وهو الأمر الذي نتعرض له لاحقًا.

وسوف يكون لنا عودة – في موضع قادم – لمناقشة الجوانب الدستورية للقرار بقانون محل الرأي، ولذلك لن نخوض في هذه المسألة إلا في وقتها. والملاحظ هنا أن المشرع رخص للمحكمة الدستورية العليا في أن تحدد في حكمها الصادر بعدم الدستورية تاريخًا آخر لسريان حكمها متوخيًا بذلك إشعار المحكمة أنها غير ملزمة بإتباع الرجعية في أحكامها، بل لها أن تحدد تاريخًا آخر على ضوء الظروف الخاصة بكل دعوى ترفع أمامها وطبيعة الإشكالات التي تثيرها النصوص المطعون بدستوريتها ونظرة المحكمة لكيفية تحقيق الموازنة بين الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المعاملات القانونية وحماية أمنه الاجتماعي والاقتصادي، لذلك فإن المشرع المصري أجاز للمحكمة أن تعين تاريخًا آخر لسريان حكمها الصادر بعدم الدستورية غير تاريخ صدور القانون المقضي بعدم دستوريته[2].

والصياغة الغامضة لهذه الفقرة المضافة بموجب التعديل – وبعيدًا عن دستوريتها – أثارت خلافًا كبيرًا بين الفقهاء، حول المقصود بعبارة "ما لم

---

(١) انظر أستاذنا الدكتور/ فتحي فكري، القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة، ٢٠٢٠، المرجع السابق، ص٤٠١ وما بعدها. المستشار سعيد الجمل في دراسة قامت بها جريدة الوفد بتاريخ ١٩٩٨/٧/١٧ بتاريخ ١٩٩٨/٧/١٣م.

(٢) راجع أستاذنا الدكتور/ محمود سامي جمال الدين: القانون الدستوري والشرعية الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، الطبعة الثانية، ص٣٣١.

تحدد المحكمة لحكمها تاريخًا آخر..." فماذا يقصد بعبارة "تاريخًا آخر" هل معنى ذلك أن للمحكمة الدستورية العليا أن تحدد لحكمها تاريخ رجعي رجعية جزئية أو نسبية لا يرتد إلى تاريخ صدور النص المقضي بعدم دستوريته ولا يكون – بالطبع – تاليًا لنشر الحكم بعدم الدستورية. أم أن للمحكمة أن تجعل سريان حكمها بأثر فوري ومباشر تال لنشر الحكم بعدم الدستورية، أم أن للمحكمة الموقرة أن تحدد لنفاذ حكمها بعدم الدستورية تاريخًا تال لنشر الحكم بعدم الدستورية، أو كما قيل تاريخًا متراخيًا أو مستقبليًا؟ وللإجابة على ما سبق، نقول أن الفقه قد اختلف في هذه المسألة الشائكة.

فذهب اتجاه فقهي في صدارته أستاذنا الدكتور/ فتحي سرور إلى تفسير عبارة "تاريخًا آخر.. تفسيرًا واسعًا، مفاده أن استخدام عبارة "ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخًا آخر..." لا يقتضي حتمًا حصر الرخصة الممنوحة للمحكمة الدستورية العليا في ترتيب الأثر المباشر للحكم، بل يمتد إلى إعطاء مهلة معينة تقدرها المحكمة ويترتب بعدها أثر الحكم. إذ قد تكون هذه المهلة لازمة لكي ترتب الحكومة أوضاعها في ضوء هذا الأثر، أو لكي يعطي للسلطة التشريعية أجلاً لتعديل النص في ضوء حكم المحكمة الدستورية العليا. فإذا انقضت المهلة التي تحددها المحكمة، رتب الحكم أثره من اليوم التالي لانقضاء هذه المهلة[1].

---

(١) راجع الأستاذ الدكتور/ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص٣٣٠.

ومن أنصار هذا الرأي: د. صبري السنوسي، آثار الحكم بعدم الدستور، المرجع السابق، ص٣٧٧.

د. محمد عبد الواحد الجميلي، آثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا، ٢٠٠١، ص٩٠.

ويجب على المحكمة – حسب تفسير هذا الاتجاه الفقهي – إذا رأت إعطاء مهلة لترتيب أثر الحكم أن تحدد في حكمها ما إذا كان الحكم ينتج أثره بطريق مباشر بعد انقضاء هذه المهلة، أم أن آثاره تنسحب على الماضي بحسب الأصل، في هذه الحالة الأخيرة "تكون فائدة هذه المهلة هو تمكين المشرع من معالجة نتائج هذا الحكم، أو تمكين المراكز القانونية السابقة على الحكم من اكتساب حجتها واستقرارها البات طبقًا للقانون"[١].

وهذا التفسير الواسع للتعديل، وإن كان يعطي فسحة للمحكمة الدستورية العليا في إعمال سلطتها الممنوحة لها بموجب التعديل، إلا أنه يصطدم بنصوص الدستور، لأنه من – وجهة نظري– أن الرخصة الممنوحة للمحكمة الدستورية في تحديد أثر حكمها زمانيًا، يقصد بها الحد من الرجعية المطلقة لأحكام المحكمة في قضايا بعينها حسب تقدير المحكمة، وتحديدها تاريخًا آخر، وهذا التاريخ الآخر وعلى نحو ما يذكر رأي فقهي هو "الأثر الفوري للحكم من تاريخ اليوم التالي لنشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية، على ما استقر قضاء المحكمة بشأن تطبيق هذا النص بعد تعديله"[٢]، وهذا التفسير قد يكون منطقيًا إلى حدٍ ما. أما مسألة إجازة منح المحكمة الدستورية العليا تاريخًا مستقبليًا لإعمال أثر حكمها بعدم الدستورية مسألة محل تحفظ شديد لأنه إذا كان من الجائز قبول مسألة الأثر المباشر للحكم بحجة أن العوار الدستوري ينشأ من الطعن على النص لا من صدوره، فأي سند هذا الذي يجيز الأثر المستقبلي وقد تأكدت المخالفة الدستورية.

---

(١) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص٣٣٠.

(٢) د. رجب محمد طاجن، ملامح عدم الرجعية في القضاءين الدستوري والإداري، المرجع السابق، ص٢٨٩.

ولا يمكن الاستشهاد هنا – لإجازة الأثر المستقبلي – إلى قوانين دول أخرى، إذ أن إقرار هذا الأمر في دول أخرى يستند إلى نصوص دستورية وقانونية صريحة، لا شبيه لها في النظام القانوني المصري، ومن قبيل ذلك نص المادة (٢/١٨) من الدستور البحريني التي تنص على أن "....، ويكون للحكم الصادر بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة أثر مباشر ما لم تحدد المحكمة لذلك تاريخًا لاحقًا، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادًا إلى ذلك النص كأن لم تكن".

وقد حرصت المذكرة التفسيرية للدستور البحريني على توضيح كيفية إعمال هذا النص لتفادي ما ينشأ عنه من أضرار بالمراكز القانونية التي استقرت قبل إصدار الحكم بعدم الدستورية حيث نصت هذه المذكرة على أن "مقتضى هذا النص أن ما صدر من تصرفات أو قرارات تنفيذًا للقانون الذي حكم بعدم دستوريته يظل قائمًا حتى تاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية، أو التاريخ اللاحق الذي تحدده المحكمة لسريانه، ولا يؤثر ذلك على حق من دفع بعدم الدستورية من الاستفادة من الحكم الصادر من دعواه الموضوعية..."، ويفهم من كل ما تقدم أن المشرع البحريني قد تبنى الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية، مغلبًا بذلك فكرة الأمن القانوني على مبدأ المشروعية، ولم يكتف بذلك بل سمح للمحكمة أن تحدد تاريخًا لاحقًا – أثرًا مستقبليًا – لسريان حكمها[١].

---

(١) راجع في ذلك تفصيلاً: د. عادل بلال إبراهيم البلال: الحكم الصادر في الدعوى الدستورية في النظامين المصري والبحريني، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، ٢٠٢٣، ص٢٢٧ وما بعدها. =

وتنص المادة (١٤٠) من الدستور النمساوي على أن حكم الإلغاء يسري من تاريخ نشر الحكم إلا إذا حددت المحكمة تاريخًا آخر لذلك على أن لا يزيد عن سنة ويبقى القانون الملغي مطبقًا على الوقائع التي تمت قبل حكم الإلغاء عدا الحالة التي أدت إلى صدور الحكم(١).

والغرض من عرض النصوص القانونية والدستورية السابقة، هو التدليل على أن إقرار الأثر المستقبلي للحكم بعدم الدستورية في هذه الدول له سند دستوري وتشريعي، وهو الأمر الذي لا وجود له في نظامنا المصري،

= د. عامر زعير محيسن: الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية، مجلة مركز الكوفة للدراسات، العدد الثامن عشر، ٢٠١٠، ص٢١٢.

ومن النظم القانونية الشبيهة بذلك: ما ينص عليه الدستور البولندي الصادر سنة ١٩٩٧ في المادة (٩٠) منه على أن حكم المحكمة الدستورية يعمل به من يوم نشره، ويجوز للمحكمة أن تحدد تاريخًا آخر لانقضاء القوة الإلزامية للتشريع وغيره من الأعمال التي تتضمن قواعد قانونية، ولا يجوز أن تزيد هذه المدة عن ثمانية عشر شهرًا بالنسبة للتشريع، واثنى عشرة شهرًا بالنسبة إلى غير ذلك من الأعمال التي تتضمن قواعد قانونية. أما في الأحوال التي يترتب فيها على الحكم أعباء مالية لم ينص عليها القانون المالي، أي قانون الموازنة، تحدد المحكمة تاريخ انقضاء القوة الإلزامية بعد أخذ رأي مجلس الوزراء.

وجاء قانون المحكمة الدستورية البولندية الصادر في أول أغسطس سنة ١٩٩٧ بناء على هذا الدستور، فنص في المادة (٧١) على أن المحكمة الدستورية تحدد عند الحكم بعدم الدستورية التاريخ الذي سوف يتوقف فيه العمل بالقانون غير الدستوري.

راجع: د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص٣١٤.

(١) ومقتضى هذا النص أن الدستور النمساوي يأخذ بالأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية؛ إذ يسري أثره من تاريخ نشره، بل أن المحكمة يجوز لها أن تعلق نفاذ الحكم على أجل واقف لا يتجاوز مدة سنة واحدة، وهذا يعني أن القانون المخالف للدستور يبقى نافذًا بعد صدور الحكم بعدم دستوريته ولحين حلول الأجل.

سواء في الدستور القائم أو في دستور ١٩٧١[١]، الذي كان قائمًا وقت صدور القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨"[٢].

ولسنا الآن في مقام التعرض لدستورية هذا التعديل فكما ذكرنا سنخصص لذلك مقامًا آخر، فبساط البحث هنا يدور حول نطاق التعديل ومداه الزمني، وكنا نود أن يكون قضاء المحكمة الموقرة واضحًا في هذا الشأن، وأن يقتصر الخروج على الأصل الرجعي للحكم بعدم الدستورية، في أضيق نطاق موجزًا في سريان الحكم في بعض الحالات بأثر فوري ومباشر من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية، وليس قبل ذلك، أو ضرب أجلاً مستقبليًا لإعمال أثر الحكم بعدم الدستورية، ولكن المحكمة استعملت سلطتها الممنوحة لها بموجب التعديل، في الذهاب تارة إلى إعمال أثر فوري لنفاذ حكمها بعدم الدستورية، وتارة أخرى تضرب زمانًا متراخيًا ومستقبليًا لإعمال أثر الحكم بعدم الدستورية. ففي حكمها بتاريخ ١٤ يناير ٢٠٠٧ الذي قضت فيه بعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة ٢٥ من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة، لإقامتها تمييزًا غير مبرر مع من تماثلت مراكزهم القانونية بالمخالفة للمادة ٤٠ من الدستور – دستور ١٩٧١–، قدرت

---

(١) راجع في ذلك أستاذنا الدكتور/ رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، ٢٠٠٣، ص١٤٤.

د. سعيد السيد علي، حقيقة الفصل بين السلطات في النظام السياسي والدستوري للولايات المتحدة الأمريكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص٤٠٨.

(٢) تنص المادة (١٩٥) من الدستور المصري الصادر في عام ٢٠١٤، على أن "تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا، وهي ملزمة للكافة وجميع سلطات الدولة، وتكون لها حجية مطلقة بالنسبة لهم، وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار".

المحكمة أن إطلاق الأثر الرجعي لحكمها إلى تاريخ إصدار القانون من شأنه أن يؤدي إلى زعزعة الكثير من المراكز القانونية المستقرة، منتهية إلى ترجيح الأثر المباشر للحكم، كونه يحقق المصلحة بصورة أفضل[1].

وذكرت المحكمة أنه "وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان النص قد قضى باحتفاظ العامل بمكافأة شاملة بأجره عند تعيينه على وظيفة دائمة ولو كانت هذه المكافأة تزيد على بداية الأجر المقرر لدرجة الوظيفة طبقًا لجدول الأجور رقم (١) المرافق لقانون نظام العاملين المدنيين بالدولة والذي يمنح لزملائه الذين عينوا في الوظيفة ذاتها، وذلك بالرغم من أن الوظيفة التي يشغلها كلاً من الفريقين واحدة ومن ثم يكون هذا النص قد أخل بقاعدة التماثل في الأجر للأعمال ذاتها والتي تقتضيها موضوعية الشروط التي يتحدد الأجر في نطاقها. كما يتعارض مع حق العامل في اقتضاء الأجر العادل لقاء عمله الذي يتكافأ مع عمل نظيره بالمخالفة لنص المادة (١٣) من الدستور.

وحيث إن النص الطعين ميز بين فئتين من العاملين الخاضعين لنظام قانوني واحد هو نظام العاملين المدنيين بالدولة، إذا قضى باحتفاظ من كان منهم معينًا بمكافأة شاملة بأجره السابق عند تعيينه على وظيفة دائمة، في حين أن زملاءه الذين عينوا في الجهة ذاتها في ذات الوظيفة لا يستحقون إلا بداية الأجر المقرر لدرجة الوظيفة طبقًا للجدول رقم (١) المرافق للقانون المشار إليه، دون أن يستند هذا التمييز إلى أساس

---

(١) للمحكمة الدستورية العليا في ١٤ يناير ٢٠٠٧، قضية رقم ١٧٥ لسنة ٢٦ق دستورية.

موضوعي يبرره، ومن ثم يضحى هذا التمييز تمثيلًا تحكميًا بالمخالفة لنص المادة (٤٠) من الدستور.

"وحيث إن مقتضى حكم المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ هو عدم تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته على الوقائع اللاحقة لليوم التالي لنشر الحكم الصادر بذلك، وكذلك على الوقائع السابقة على هذا النشر إلا ما استقر من حقوق ومراكز صدرت بشأنها أحكام حازت قوة الأمر المقضي أو إذا حدد الحكم الصادر بعدم الدستورية تاريخًا آخر لسريانه، لما كان ذلك وكان إعمال الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة (٢٥) من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨، سيؤدي إلى زعزعة كثير من المراكز القانونية التي استقرت للعاملين الذين أفادوا من حكمه، ومن ثم فإن هذه المحكمة حفاظًا منها على ما استقر من هذه المراكز القانونية فإنها ترى إعمال الرخصة المخولة لها بنص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانونها وتحدد لسريان هذا الحكم تاريخًا آخر هو اليوم التالي لنشره".

وفي مجال المعاشات، قضت في حكمها بتاريخ ٨ يوليو ٢٠٠٨ بعدم دستورية ما نص عليه البند (٢) من الفقرة الثانية من القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٤ بزيادة المعاشات من أن تكون الزيادة في المعاش بحد أقصى ستين جنيهًا شهريًا فيما قرره من وضع حد أقصى للزيادة مهدرًا بذلك الحق في المعاش الذي يكفل للمستفيدين منه حياة كريمة؛ إذ قررت المحكمة إعمال الأثر المباشر للحكم بالنظر إلى الآثار المالية التي ستترتب على

الأثر الرجعي، وذلك بعد إجراء الموازنة بين آثار ومضار إطلاق الأثر الرجعي في ضوء المدة الزمنية التي طبق فيها النص المقضي بعدم دستوريته. إذ تقرر أنه "وحيث إن هذه المحكمة تقديرًا منها للآثار المالية التي ستترتب على الأثر الرجعي للقضاء بعدم دستورية النص المطعون عليه، فإنها تقرر إعمال الرخصة المخولة لها بنص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، وتحدد اليوم التالي لنشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية تاريخًا لسريانه، وذلك دون إخلال باستفادة المدعيين من الحكم الصادر بعدم دستورية النص المطعون عليه"[١].

---

(١) المحكمة الدستورية العليا ٨ يونيه ٢٠٠٨، قضية رقم ٢٠ لسنة ٢٧ق.د.

وانظر أيضًا في ذات المبدأ بالنسبة لمجال التأمين الاجتماعي، حكم المحكمة الدستورية في ٥ أبريل ٢٠٠٩ في القضية رقم ٢٤٠ لسنة ٢٦ق.د، والذي قضت فيه بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (٣٨) من قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ فيما تضمنه من حرمان من استحق معاش العجز وفقًا لقانون التأمين والمعاشات للقوات المسلحة خلال فترة استدعائه للخدمة بالقوات المسلحة من حساب كامل مدة اشتراكه عن مدة خدمته المدنية.

حيث تقرر المحكمة أنه "وحيث إن هذه المحكمة – تقديرًا للآثار المالية التي ستترتب على الأثر الرجعي للقضاء بعدم دستورية النص المطعون عليه، والتي تضمنتها المذكرة المقدمة من الهيئة القومية للتأمين الاجتماعي بجلسة الرابع من يناير سنة ٢٠٠٩– تقرر إعمال الرخصة المخولة لها بنص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، وتحدد اليوم التالي لنشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية تاريخًا لسريانه، وذلك دون إخلال بحق المدعي في الإفادة من الحكم الصادر بعدم دستورية النص المطعون عليه".

وانظر أيضًا حكمها بتاريخ ٢ يناير ٢٠١١ في القضية رقم ٣٦ لسنة ٣١ق.د، والذي قضت فيه بعدم دستورية صدر الفقرة الثانية من المادة (١٠٥) من قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ قبل تعديلها بالقانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٠، فيما نصت عليه من=

وتؤكد المحكمة الموقرة على ما سبق في حكم آخر، جاء فيه أن مقتضى حكم المادة (٤٩) من قانونها – بعد تعديله بقرار رئيس الجمهورية رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ هو عدم تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته على الوقائع اللاحقة لليوم التالي لتاريخ نشر الحكم الصادر بذلك، وكذلك على الوقائع السابقة على هذا النشر، إلا إذا حدد الحكم الصادر بعدم الدستورية تاريخًا آخر لسريانه، ولما كان ذلك، وكان إعمال الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية قرار وزير الصحة رقم ٤١ لسنة ١٩٨٩ وسقوط قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة القومية للرقابة والبحوث الدوائية رقم ٤٨ لسنة ١٩٨٩، مؤداه: "رد المبالغ السابق تحصيلها من طالبي تسجيل المستحضرات الدوائية والبيطرية والتجميلية الجديدة أو التي يعاد تسجيلها منذ تاريخ العمل بالقرار الأخير في ١٩٨٩/٣/٦ بعد أن آلت هذه المبالغ إلى صندوق تحسين

=أنه "يشترط بالنسبة للأرملة أن يكون عقد الزواج أو التصادق على الزواج قد تم قبل بلوغ المؤمن عليه أو صاحب المعاش سن الستين"، وبسقوط باقي هذه الفقرة.

"لما كان ذلك، وكان صدر الفقرة الثانية من المادة (١٠٥) من قانون التأمين الاجتماعي قد اشترط لاستحقاق المعاش بالنسبة للأرملة أن يكون عقد الزواج قد تم قبل بلوغ المؤمن عليه أو صاحب المعاش من الستين، فإنه يكون قد حرم الأرملة التي تزوج بها المؤمن عليه أو صاحب المعاش بعد بلوغه سن الستين من خدمات التأمين الاجتماعي دون سبب منطقي أو ضرورة جوهرية تبرر هذا الحرمان، وبغير أن يكفل لها عيشًا كريمًا، وهو ما ينافي أحكام الدستور الواردة بالمواد (٧، ١٧، ١٢٢) منه... ومن حيث إن إعمال أثر هذا الحكم بأثر رجعي يؤدي إلى تحميل خزانة الدولة بأعباء مالية إضافية في ظل ظروف اقتصادية تستلزم تجنيبها حمل هذا العبء، لذا فإن المحكمة، ودون إخلال بحق المدعية في الاستفادة من هذا الحكم، تعمل الرخصة المقررة في الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانونها، وتحدد اليوم التالي لنشر هذا الحكم بالجريدة الرسمية تاريخًا لإعمال آثاره".

وانظر أيضًا حكم المحكمة في ٧ مارس ٢٠١٠ في القضية رقم ١٦٥ لسنة ٢٥ ق.د.

الخدمة ودعم البحوث المشتركة وتم صرفها فعلاً في أغراض هذا الصندوق وهو ما يؤدي – حال إعمال الأثر الرجعي– إلى تحميل الدولة بأعباء مالية في ظل ظروف اقتصادية تقتضي تجنيبها حمل هذا العبء، إذا كان ذلك، فإن هذه المحكمة ترى إعمال الرخصة المخولة لها بنص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانونها وتحدد لسريان هذا الحكم تاريخًا آخر هو اليوم التالي لنشره [١].

ويتبين لي من الأحكام السابقة، أن المحكمة الدستورية العليا أعملت سلطتها الممنوحة لها بموجب التعديل في عدم رجعية الأحكام المذكورة، تفاديًا للأثار المالية التي ستترتب على الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية النصوص المذكورة، وأنها حددت تاريخًا آخر يخالف القاعدة العامة، وهو اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية، وذلك دون إخلال باستفادة المدعية من الحكم الصادر بعدم الدستورية.

وهذا القضاء السابق – بعيدًا عن دستورية النص المانح لذلك – يكاد يكون مقبولاً إلى حد ما. ولكن الأمر الذي لم يكن مرحبًا به، وكنا نود أن تنأى عنه محكمتنا الموقرة، هو ما ذهبت إليه في أحكام تالية استخدمت فيها رخصة التقدير في تحديد تاريخ نفاذ حكمها بعدم الدستورية ذاهبة بعيدًا، وذلك بتقريرها أثرًا مستقبليًا، ومن قبيل ذلك حكمها الشهير الذي صدر في ٥ مايو ٢٠١٨، والذي خلصت فيه إلى عدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر "فيما تضمنه من

---

(١) الدعوى رقم ١٥٤ لسنة ٢٠ق دستورية في ٢٠٠٣/٣/١٦ ج١ ص٩٥١.

إطلاق عبارة (لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان)، ولو انتهت المدة المتفق عليها في غير غرض السكنى..." [1].

وخلصت المحكمة الدستورية العليا في هذا الحكم المطول إلى عدم دستورية صدر الفقرة الأولى من المادة (١٨) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، فيما تضمنه من إطلاق عبارة .... وتحديد اليوم التالي لانتهاء دور الانعقاد التشريعي العادي لمجلس النواب اللاحق لنشر الحكم تاريخًا لإعمال أثره.

وبشأن رخصة التقدير الممنوحة للمحكمة، ذكرت في هذا الحكم" وحيث أن هذه المحكمة تقديرًا منها لاتصال النص المطعون فيه بنشاط الأشخاص الاعتبارية وتأثيره على أداء هذه الأشخاص لدورها في خدمة المجتمع والاقتصاد الوطني، فإن المحكمة تعمل الرخصة المخولة لها بنص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانونها، وتحدد لإعمال أثر هذا الحكم اليوم التالي لانتهاء دور الانعقاد التشريعي العادي السنوي لمجلس النواب، التالي لتاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية طبقًا لنص المادة (١٩٥) من الدستور والمادة (٤٩) من قانون المحكمة الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، وهو الدور الذي سيعقد خلال عام (٢٠١٨-٢٠١٩) طبقًا لنص المادة (١١٥) من الدستور، وذلك دون إخلال باستفادة المدعي – في الدعوى المعروضة – من هذا الحكم".

---

(١) المحكمة الدستورية العليا ٢٠١٨/٥/٨ – منشور في الجريدة الرسمية، العدد ١٩ مكرر (ب).

واللافت في هذا الحكم أمرين: الأول: أن المحكمة أعملت سلطتها في التقدير بتقرير أثر مستقبلي لحكمها، وهو اليوم التالي لانقضاء دور الانعقاد التشريعي العادي لمجلس النواب، التالي لتاريخ نشر حكمها في الجريدة الرسمية، مستندة في ذلك إلى نص المادة (١٩٥) من دستور ٢٠١٤، والمادة (٤٩) من قانونها رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، وهي مسألة محل تحفظ شديد، بل وغريبة في مضمونها، فالمحكمة تقر بعدم الدستورية وتعطي زمنًا متراخيًا لتنفيذ حكمها وإعمال أثره، وهي مسألة لنا عودة إليها.

والثانية: أنها استثنت من عدم سريان حكمها بأثر رجعي المدعي في الدعوى، وأقل ما يمكن أن يقال في هذا أنه يخالف مبدأ المساواة.

والمشكلة الأكبر في حالة الأثر المستقبلي أو المتراخي عندما تحدد المحكمة تاريخًا مستقبليًا يبدأ من بعده سريان أو تنفيذ حكمها، تتجسد في الإجابة على السؤال الماثل "في هذه الحالة، هل ينطبق الحكم على الوقائع والعلاقات التي تنشأ في الفترة ما بين الحكم، وبين انتهاء المهلة المحددة؛ بحيث يترتب على ذلك عدم الاعتراف بصحة التصرفات التي تمت في هذه الفترة استنادًا إلى القانون الذي قضى ببعدم دستوريته؟". "أم أن بدء سريان الحكم من وقت انتهاء المهلة أو التاريخ المحدد في المستقبل لسريان أثر الحكم، مما يعني الاعتراف بصحة التصرفات التي تتم في هذه الفترة".

وصعوبة الإجابة على هذا السؤال، تعود في الأساس إلى عدم منطقية الإجابة المستنتجة من المذكرة الإيضاحية للتعديل. فلو قلنا أن الأمر يترتب عليه عدم الاعتراف بصحة التصرفات التي تمت في هذه الفترة استنادًا إلى القانون الذي قضى بعدم دستوريته، فالإجابة منطقية لأنه من

غير المعقول أن نعتد بأحكام رتبها تشريع قضى بعدم دستوريته، لما في ذلك من تحدٍ سافر لأحكام الدستور. وفوق ذلك قد يدفع ذلك أصحاب المصالح المستفيدين من هذا التشريع إلى تكثيف حالات استعماله قبل حلول الأجل المحدد في حكم المحكمة الدستورية العليا لنفاذ حكمها. ولكن للأسف قراءة المذكرة الإيضاحية للتعديل تقول غير ذلك؛ إذ تقرر "أن المقصود هو تخويل المحكمة سلطة تقرير أثر غير رجعي لا يمتد إلى الماضي بحكمها على ضوء الظروف الخاصة التي تتصل ببعض الدعاوى الدستورية التي تنظرها بمراعاة العناصر المحيطة بها وقدر الخطورة التي تلازمها، وهكذا يمكن للمحكمة مراعاة الظروف التي تتصل بتنفيذ الحكم والخطورة الناجمة عنه".

ومن هنا، فإني أناشد المحكمة الموقرة، عندما تستخدم هذه الرخصة، وتحدد تاريخًا مستقبليًا يبدأ من بعده سريان أو تنفيذ حكمها، أن يتبين بوضوح ما إذا كان الحكم ينطبق على الوقائع والعلاقات التي تنشأ في الفترة ما بين الحكم، وبين انتهاء المهلة المحددة، بحيث يترتب على ذلك عدم الاعتراف بالتصرفات التي تمت في هذه الفترة استنادًا إلى القانون الذي قضى بعدم دستوريته؛ فالقضاء بغير ذلك يضعنا أمام أمر يصعب قبوله.

المطلب الثالث

الأثر المباشر للحكم بعدم دستورية نص ضريبي

من نتائج تعديل المادة (٣/٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا، بموجب القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، هو سريان الحكم بعدم دستورية نص ضريبي بأثر فوري كأصل عام، وذلك دون إخلال باستفادة المدعي في الدعوى من الحكم بأثر رجعي.

وقد بررت المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون المذكور هذا الاستثناء من الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية بقولها أن من بين أغراض التعديل "ثانيًا: تقرير أثر مباشر للحكم بنص القانون إذا كان متعلقًا بعدم دستورية نص ضريبي، ذلك أن إبطال المحكمة لضريبة بأثر رجعي مؤداه إعادة حصيلتها التي أنفقتها – في مجال تغطية أعبائها – إلى الذين دفعوها من قبل – بما يعجزها من مواصلة تنفيذ خططها في مجال التنمية، ويعوقها عن تطوير أوضاع مجتمعها، ويحملها على فرض ضرائب جديدة لسد العجز في موازنتها، وتلك جميعها آثار خطيرة تهدم من خلال حدتها الأوضاع القائمة، وتضطرب بها موازنة الدولة فلا تستقر مواردها على حال".

وتناول هذه المسألة، يطرح علينا الإجابة على عدة تساؤلات تتمثل في الآتي:

١- ما هو مفهوم النص الضريبي؟

٢- هل يسري ذلك التعديل على النصوص الضريبة التي تقرر عقوبة؟

٣- هل يمتد هذا الحكم إلى الرسوم؟

٤- ما هو نطاق هذا التعديل من حيث الأصل والاستثناء الوارد عليه؟

الفرع الأول

مفهوم النص الضريبي

الضريبة في مفهومها العام هي اقتطاع مالي جبري نهائي يتحمله الممول، ويقوم بدفعه بلا مقابل وفقًا لمقدرته المالية مساهمة منه في الأعباء العامة[١].

وللضريبة عدة خصائص من أهمها أنها فريضة مالية ذات طابع إجباري غير عقابي؛ إذ لا يجوز التنصل من دفعها، حتى ولو كان غير مقتنع بها، كما يتعرض للعقاب من تهرب منها بالحجز على أمواله، أو البيع الجبري لسداد قيمة الضريبة. كما تتسم الضريبة بأن مؤديها لا يعود على شخصه نفع خاص مباشر، وإنما يعود نفعها على المرافق العامة للمجتمع بأسره[٢].

ويرى جانب من الفقه الدستوري أن سعر الضريبة يتم تحديده على هدي من المقدرة التكليفية للممول بحسبانها العامل المؤثر الفارق في تحديد

---

(١) د. حسين صادق المرصفاوي، التجريم في تشريعات الضرائب، دار المعارف، القاهرة، ط ١٩٦٣، ص١٦.

بينما يرى آخرون أنها "تحصيل الدولة لجزء من مال الفرد جبرًا عنه – إذا اقتضى الحال – لمواجهة الأعباء العامة". د. عبد الحميد محمد القاضي، د. حسين خلاف، مبادئ النظرية العامة للضريبة، ١٩٧٥، ص١١٨. وهي كذلك مبلغ من المال تفرضه الدولة على المكلفين باعتبارهم أعضاء متضامنين في منظمة سياسية مشتركة هي الدولة بهدف تأمين الخدمات العامة والإصلاح الاجتماعي والاقتصادي. د. عاطف صدقي، المالية العامة، دار النهضة العربية، ١٩٧٠، ص٢٨٤.

(٢) راجع في ذلك تفصيلاً: د. أحمد سيد أحمد السيد علي، الجوانب الموضوعية والإجرائية للضريبة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠١٣، ص٤٧ وما بعدها.

السعر العادل لها، كما لا يجوز فرضها إلا بقانون حيث يتم فرض الضريبة، وربطها، والاعتراض عليها، وتحصيلها، وإلغائها، والإعفاء منها بموجب قوانين يجب أن تتبع في إصدارها الأصول الدستورية السائدة عند فرض الضريبة في بلد معين، الأمر الذي يحفظ حقوق المكلفين بدفع الضريبة، لأن للمحاكم حق النظر فيما إذا كانت القوانين المتعلقة بفرض الضرائب قد صدرت حسب الأصول الدستورية المقررة وفقًا للوضع القانوني السائد. ولعل مبدأ عدم فرض الضريبة إلا بقانون إنما يأتي ترجمة لمفهوم المشروعية بمعناها الواسع والتي تعني خضوع الدولة بمؤسساتها وأفرادها لحكم القانون(١).

ولعل تلك الخصائص التي تتمايز بها الضريبة على النحو المتقدم إنما تدور في فلك ما نصت عليه المادة (٣٨) من دستور ٢٠١٤، والتي جاء نصها كالتالي:

"يهدف النظام الضريبي وغيره من التكاليف العامة إلى تنمية موارد الدولة، وتحقيق العدالة الاجتماعية، والتنمية الاقتصادية.

ولا يكون إنشاء الضرائب العامة، أو تعديلها، أو إلغاؤها، إلا بقانون، ولا يجوز الإعفاء منها إلا في الأحوال المبينة في القانون، ولا يجوز تكليف أحد أداء غير ذلك من الضرائب، أو الرسوم، إلا في حدود القانون.

---

(١) د. سعد عصفور: النظام الدستوري المصري، دستور ١٩٧١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠، ص٣٤٩.

ويراعى في فرض الضرائب أن تكون متعددة المصادر، وتكون الضرائب على دخول الأفراد تصاعدية متعددة الشرائح وفقًا لقدراتهم التكليفية، ويكفل النظام الضريبي تشجيع الأنشطة الاقتصادية كثيفة العمالة، وتحفيز دورها في التنمية الاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية.

تلتزم الدولة بالارتقاء بالنظام الضريبي، وتبنى النظم الحديثة التي تحقق الكفاءة واليسر والإحكام في تحصيل الضرائب، ويحدد القانون طرق وأدوات تحصيل الضرائب، والرسوم، وأي متحصلات سيادية أخرى، وما يودع منها في الخزانة العامة للدولة، وأداء الضرائب واجب، والتهرب الضريبي جريمة"[1].

ولم تكن المحكمة الدستورية العليا في مصر بعيدة عن التعرض لمفهوم الضريبة، ومن قبيل ذلك – وعلى تواتر – تذكر المحكمة في أحد أحكامها.

"..... إن من المقرر – وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة – أن الضريبة فريضة مالية تقتضيها الدولة جبرًا من المكلفين بأدائها إسهامًا من جهتهم في أعبائها وتكاليفها العامة، وهم يدفعونها لها بصفة نهائية ودون أن يعود عليهم نفع خاص من وراء التحصل بها فلا تقابلها خدمة محددة بذاتها يكون الشخص العام قد بذلها من أجلهم وعاد عليهم مردودها ومن ثم كان فرضها مرتبطًا بمقدرتهم التكليفية ولا شأن لها بما آل إليهم فائدة بمناسبتها، وإلا كان ذلك خلطًا بينها وبين الرسم؛ إذ يستحق مقابلاً لنشاط

(١) راجع نص المادة (٣٨) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤.

خاص أتاه الشخص العام – وعوضًا عن تكلفته – وإن لم يكن بمقدارها... ولا يقتصر نطاق تطبيق الضريبة على رقعة إقليمية معينة تمتد إليها دون سواها، ويتحدد المخاطبون بها في إطار هذه الدائرة وحدها بل يعتبر تحقق الواقعة المنشئة لها على امتداد النطاق الإقليمي للدولة – وبغض النظر عن تقسيماتها الإدارية – مرتبًا لدينها في ذمة الممول، مما مؤداه تكافؤ الممولين في الخضوع لها دون تمييز وسريانها بالتالي – وبالقوة ذاتها – كلما توافر مناطها في أية جهة داخل الحدود الإقليمية للدولة، وهو ما يعني أنها ضريبة عامة يقوم التماثل فيما بين الممولين بصددها على وحدة تطبيقها من الناحية الجغرافية، وليس بالنظر إلى مقدار الضريبة التي يؤدونها ذلك أن التعادل بينهم في نطاقها ليس فعليًا بل جزافيًا[1].

وتتمايز الضريبة عن غيرها من الفرائض المالية من عدة أوجه رصدتها عديد من النصوص الدستورية، ومن قيل ذلك ما نصت عليه المادة (١١٩) من دستور سنة ١٩٧١، المقابلة لنص المادة (٣٨) من دستور سنة ٢٠١٤، والتي يستفاد منها أن الضريبة لا يجوز فرضها، أو تعديلها، أو إلغاؤها إلا بقانون، بيد أن الرسم يجوز إنشاؤه في الحدود التي بينها القانون، مما مؤداه أن السلطة التشريعية هي التي تقبض بيدها على زمام الضريبة العامة؛ إذ تتولى بنفسها تنظيم أوضاعها بقانون يصدر عنها متضمنًا تحديد نطاقها، وعلى الأخص من خلال تحديد وعائها، وأسس تقديره، وبيان مبلغها والملتزمين أصلاً بأدائها، والمسئولين عنها، وقواعد ربطها وتحصيلها

(١) راجع في ذلك: حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعويين رقم (١١٤) لسنة ٢٢ قضائية دستورية، جلسة ٢٠٠٢/٥/٦، ١٢٨ لسنة ٢٢ق دستورية جلسة ٢٠٠٤/٦/٦ منشور في الجريدة الرسمية العدد تابع (ب) بتاريخ ٢٠٠٤/٦/٢٤.

وتوريدها، وكيفية أدائها، وغير ذلك مما يتصل ببنيان هذه الضريبة، عدا الإعفاء منها، إذ يجوز أن يتقرر في الأحوال التي يبينها القانون[١].

والبين لنا في هذا الصدد أن مفهوم الضريبة، لا تختلف في بنيانه الكلي عما استقر عليه الفقه؛ إذ يدور هذا المفهوم فقهًا وقضاءً على أنها مبلغ من المال، يسدد جبرًا عن الممول بصفة نهائية، فليس له خيار في ذلك، وأنها تفرض لمصلحة المجتمع، حيث لا يعود على الممول نفع خاص لشخصه من وراء أدائها، وتحكمها قواعد خاصة؛ إذ إن العلاقة القانونية بين الممول والدولة، لا تعتبر من علاقات القانون الخاص، كما أنها تفترق عن علاقات القانون العام من بعض النواحي، فهي تستمد أصولها من قواعد مالية ثابتة، ومستقرة، ومعترف بها من ناحية الفن التشريعي المالي، وهي جزء من موازنة الدولة. وهي تطبق بحسب الأصل على النطاق الإقليمي للدولة بأسرها فلا منطق لتطبيقها على بقعة جغرافية بعينها دون غيرها[٢].

---

(١) راجع في ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم (٩) لسنة ١٧ القضائية، جلسة ١٩٩٦/٩/٧، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، المكتب الفني ٨، الجزء الأول، صفحة رقم ٨٧.

كانت المادة ١١٩ من الدستور المصري لعام ١٩٧١ تنص على أن: "إنشاء الضرائب العامة وتعديلها أو إلغاؤها لا يكون إلا بقانون ولا يعفى أحد من أدائها إلا في الأحوال المبينة في القانون، ولا يجوز تكليف أحد أداء غير ذلك من الضرائب أو الرسوم إلا في حدود القانون".

وتنص المادة ٣٨ من الدستور الحالي لعام ٢٠١٤ تنص على أنه: "يهدف النظام الضريبي وغيره من التكاليف العامة إلى تنمية موارد الدولة، وتحقيق العدالة الاجتماعية، والتنمية الاقتصادية، ولا يكون إنشاء الضرائب العامة، أو تعديلها، أو إلغاؤها، إلا بقانون، ولا يجوز الإعفاء منها إلا في الأحوال المبينة في القانون، ولا يجوز تكليف أحد أداء غير ذلك من الضرائب أو الرسوم إلا في حدود القانون".

(٢) انظر: د. شعبان أحمد رمضان، الجزاء الضريبي كأحد آليات مبدأ عدالة الضريبة في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، ٢٠١٧، ص١٣.

الفرع الثاني

النصوص الضريبية التي تقرر عقوبة

ثار نقاش بين الفقه عقب صدور تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بموجب القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، والذي نص صراحة في الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من هذا القانون، أن النص بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له إلا أثر مباشر، ودار النقاش حول مفهوم النص الضريبي، ومدى خضوع النصوص الضريبية التي تقرر عقوبة لهذا الاستثناء؛ إذ قد تصدر المحكمة الدستورية العليا حكمًا بعدم دستورية نص ضريبي، وفي ذات الوقت يكون هذا النص نصًا تجريميًا يقرر عقوبة لفعل معين، فهل يسري هذا الحكم بأثر رجعي مطلق باعتباره نصًا جنائيًا يخضع للفقرة الرابعة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة والتي تقرر سريان الأحكام الصادرة في المواد الجنائية بأثر رجعي يرتد إلى تاريخ صدور النص واعتبار الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادًا لهذا النص كأن لم تكن، حتى ولو كانت هذه الأحكام باتة – على نحو ما سلف – أم أن هذه النصوص باعتبارها نصوصًا ضريبية تخضع للقاعدة المتعلقة بالنصوص الضريبية، ولا يكون لها أي أثر رجعي باستثناء استفادة المدعي من الأثر الرجعي للحكم؟

وهنا ذهب رأي فقهي[١] – لا نخالفه – أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي يتضمن تجريمًا لفعل معين مثل جريمة التهرب الضريبي على سبيل المثال، أو يقرر عقوبة جنائية لمن يتأخر عن تقديم الإقرار الضريبي، فإن

---

(١) انظر: د. فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص٣٣٣.

الحكم بعدم دستورية مثل هذه النصوص يخضع للأصل العام للأحكام الصادرة في المسائل الجنائية، ويكون له أثر رجعي مطلق، فالنصوص تدرك بمعانيها لا مبانيها، والمعاني هي التي تحدد مدلول القاعدة القانونية داخل النص القانوني.

ويرجع اتفاقنا مع هذا الرأي في الأساس من قراءة نص التعديل ومذكرته الإيضاحية، هذه القراءة التي تظهر أن الغرض من التعديل هو الحفاظ على موارد الخزانة العامة والتي تشكل الضرائب الجزء الأكبر منها والحيلولة بين رد الضرائب التي سبق دفعها من جانب الممولين بما يحمل الدولة بأعباء مالية تنوء بها خزانتها. وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون المذكور بقولها "وقد أدى الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي لأحكام المحكمة – في غير المسائل الجنائية – إلى صعوبات متعددة في مجال التطبيق يندرج تحتها الإخلال بمراكز قانونية امتد زمن استقرارها وتحميل الدولة بأعباء مالية تنوء بها خزانتها بما يضعفها في مجال تحقيق مهامها التنموية والنهوض بالخدمات والمرافق العامة التي تمس مصالح المواطنين في مجموعهم".

وواضح مما سبق، أن تقرير أثر مباشر للحكم بنص القانون إذا كان متعلقًا بعدم دستورية نص ضريبي مرده تعلق هذا النص برد حصيلة الضريبة التي أنفقتها الدولة في مجال تغطية أعبائها إلى الذين دفعوها من قبل، وهو الأمر الذي يحظر النص سريانه بأثر رجعي، أما النصوص الضريبية المتعلقة بأمر جنائي، فهي خارج هذا السياق، ومن ثم فلا معنى لأن يأت التعديل – على خلاف الأحكام العامة للدستور – بما لم يهدف

إليه، فهو لم يهدف إلى المساس بآثار الأحكام الدستورية في المجال الجنائي يستوي في ذلك أن تكون هذه الأحكام الصادرة بعدم الدستورية لنص جنائي، صادرة في مادة ضريبية أم غير ضريبية.

وترتيبًا على ما سبق، وبالاستناد عليه – أرى أن النصوص الضريبية الجنائية لا يسري عليها حكم القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨م، المتعلق بالشأن الضريبي، بل تخضع للأحكام العامة الواردة في الفقرة الرابعة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة والتي لم يلحقها التعديل، وذلك على نحو ما ذُكر سلفًا.

الفرع الثالث

نطاق الاستثناء من الناحية الموضوعية

ثار تساؤل عقب هذا التعديل لقانون المحكمة الدستورية العليا، مفاده: هل عدم سريان الحكم بأثر رجعي، دون الإخلال باستفادة المدعى في الدعوى الدستورية في حالة الحكم بعدم دستورية نص ضريبي، يشمل الضرائب والرسوم أم أنه يقتصر على النصوص الضريبية فقط؟

وللإجابة على التساؤل، نقول أن المحكمة الدستورية العليا، قد فرقت بين الضرائب والرسوم في العديد من أحكامها، مقررة في العديد من أحكامها، أن الضريبة لا يجوز فرضها، أو تعديلها، أو إلغاؤها إلا بقانون، في حين أن الرسم يكتفي بصدده أن يكون إنشاؤه في الحدود التي يبينها القانون، واستنادًا إليه، ويجوز للسلطة التشريعية تفويض السلطة التنفيذية في تنظيم أوضاع فرض الرسم. كما أن عنصر الإجبار في الضريبة يظهر عند

فرضها، في حين أنه في الرسم لا يظهر عند فرضه، وإنما لدى طلب الخدمة.

وما سبق سطرته المحكمة الدستورية العليا، في العديد من أحكامها نذكر منها، ما يلي:

قضت المحكمة الدستورية العليا، أن "الأصل في الضريبة أنها فريضة مالية تقتضيها الدولة بما لها من سيادة، وقد ارتبط فرض الضرائب من الناحية التاريخية بوجود المجالس التشريعية لما ينطوي عليه تقريرها من تحميل المكلفين بها أعباء مالية تقتطع من ثرواتهم لذلك نص الدستور – دستور ١٩٧١ – في المادة ١١٩، على أن إنشاء الضرائب العامة وتعديلها أو إلغاءها لا يكون إلا بقانون، ولا يعفى أحد من أدائها إلا في الأحوال المبينة في القانون. ويقع فرض الضريبة مخالفًا للدستور كلما كان معدلاً وأحوال فرضها وتحديد وعائها مناقضًا للأسس الموضوعية التي ينبغي أن تقوم عليها، مجاوزًا للأغراض المقصودة منها"(١).

وفي حكم آخر، فرقت المحكمة بين الضريبة والرسم بقولها: "إن من المقرر – وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة – أن الضريبة فريضة مالية تقتضيها الدولة جبرًا من المكلفين بأدائها إسهامًا من جهتهم في أعبائها وتكاليفها العامة. وهم يدفعونها لها بصفة نهائية ودون أن يعود عليهم نفع خاص من وراء التحميل بها فلا تقابلها خدمة محددة بذاتها، ويكون الشخص العام قد بذلها من أجلهم وعاد عليهم مردودها. ومن ثم كان فرضها مرتبطًا

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٩٩٣/٦/١٩ في القضية رقم (٥) لسنة ١٠ق دستورية، المجموعة، الجزء الخامس، المجلد الثاني، ص٣٣١.

بمقدرتهم التكليفية ولا شأن لها بما آل إليهم من فائدة بمناسبتها وإلا كان ذلك خلطًا بينها وبين الرسم؛ إذ يستحق مقابلاً لنشاط خاص أتاه الشخص العام – وعوضًا عن تكلفته وإن لم يكن بمقدارها"[1].

والرأي عندي – وبحسب ظاهر النصوص – أن التعديل الخاص بحتمية سريان الأثر المباشر لا يمتد نطاقه إلى الرسم كفريضة مالية، بل ينحصر في الحكم بعدم دستورية نص ضريبي، ذلك أنه فرق كبير بين الرسم والضريبة، وأن مسألة الرسوم لا إشكالية بصددها؛ لأن الرسم مقابل خدمة والرسم دفع والخدمة قدمت. وإن إثارة مدى خضوع الرسوم لمبدأ الأثر الفوري في حالة الحكم بعدم الدستورية مرده بعض الصياغات التشريعية التي استخدمت هذين المصطلحين كمترادفين، فمثلاً يطلق على ضريبة التركات لفظ رسم الأيلولة، وعلى الضرائب الجمركية لفظ الرسوم الجمركية، كما أن كثيرًا من الدول تخضع فرض الضرائب والرسوم لذات الإجراءات التشريعية.

كما أن الرسم قد يكون مبالغًا فيه في بعض الأحيان بحيث يرتفع عن ثمن الخدمة مما قد يقربه من ضريبة مقنعة، ولكن واقع الحال هنا، يختلف فنص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا بعد تعديلها، ومذكرته الإيضاحية، بهما من الوضوح ما يجزم بأن الحكم يتعلق بالنصوص الضريبية دون غيرها من الفرائض المالية ومن بينها الرسوم.

ولما كان الامر كذلك، فإن كل ما جاء على خلاف الأصل يجب أن يفسر في أضيق نطاق لاسيما إذا كان التفسير الواسع لا يحقق الصالح العام للأفراد بل يضر به.

---

(١) المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ق دستورية، بجلسة ١٩٩٦/٢/٢، المجموعة، الجزء السابع، ص٣٩٣.

وطالما أن نص التعديل ومذكرته الإيضاحية قد أوردا بصريح نصهما، أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر. دون إشارة من قريب أو بعيد إلى النصوص التي تفرض رسومًا أو تعدلها أو تلغيها، ولا يجوز تفسير هذا النص الضريبي تفسيرًا واسعًا فلا تقاس عليه أية نصوص أخرى حتى ولو كانت تضر بالخزانة العامة أو بموارد الدولة، فلا يمتد إعمال هذا النص إلى الرسوم مثلاً[1].

الفرع الرابع

نطاق الأثر المباشر للحكم بعدم دستورية نص ضريبي

بعد أن أكد القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ من خلال مذكرته الإيضاحية على أن الأصل في الأحكام الصادرة بعدم الدستورية هو سريانها بأثر رجعي وبعد أن استحدث للمحكمة الدستورية العليا سلطة جديدة لم تكن تتمتع بها من قبل وهي سلطة تحديد تاريخ آخر لسريان حكمها. عاد مرة أخرى ليخرج عن إطار الأثر الرجعي ومن السلطة الجديدة الممنوحة للمحكمة في الأحكام الصادرة بعدم دستورية نص ضريبي حيث قرر صراحة في عجز الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا "... على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع

(١) راجع في شأن تفسير النصوص الضريبية تفصيلاً: د. رمضان صديق محمد، منهج المحكمة الدستورية العليا في الرقابة على التشريعات الضريبية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق، جامعة حلوان، ص١٢ وما بعدها.

الأحوال إلا أثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة رافع الدعوى من الحكم بعدم دستورية هذا النص".

والملاحظ هنا، أن القرار بقانون قد اوجد استثناءً صريحًا على سريان أثر الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي، وفرض الأثر المباشر للأحكام الصادرة بعدم دستورية النصوص الضريبية، ولم يكتف بذلك بل أورد استثناء على الاستثناء هو استفادة رافع الدعوى من الحكم بعدم دستورية النص الضريبي، ولبيان ما سبق، تتناول القاعدة العامة، ثم الاستثناء الوارد عليها:

أولاً: القاعدة العامة للحكم بعدم دستورية نص ضريبي: القاعدة العامة هنا – وبصريح نص التعديل – أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له إلا أثر مباشر، فأي حكم صادر من المحكمة بعدم دستورية نص ضريبي اعتبارًا من اليوم التالي لتاريخ نشر هذا القرار، أي اعتبارًا من ١٢ يوليو ١٩٩٨ لا يكون له أي أثر رجعي، إنما ينصرف عدم الدستورية إلى إبطال النص ووقف نفاذه في المستقبل فقط دون مساس بما رتبه قبل نشر الحكم من حقوق أو مراكز أو أوضاع مما يعني عدم المساس بما رتبه النص المقضي بعدم دستوريته من آثار قبل نشر الحكم، وعلى ذلك فإذا كانت الدولة قد قامت بتحصيل ضرائب بناء على نص، ثم حكم بعدم دستوريته، فلا ترد الدولة للممولين ما تكون قد حصلته قبل نشر الحكم، إلا للمدعي ذاته، على نحو ما سنرى بعد قيليل، كما يكون من حق الدولة تحصيل الضريبة التي لم تسدد، حتى تاريخ نشر الحكم[١].

---

(١) راجع في ذلك: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية "طلبات أعضاء" ٥ فبراير ٢٠٠٠، مجموعة أحكام م. د. ع، الجزء التاسع، ص١٣٤٨ وما بعدها.

وقد لاقى هذا الاستثناء انتقادات كثيرة من جانب الفقه، حيث أن هذا الاستثناء يعطي تصريح للدولة بأن تصدر تشريعات ضريبية على خلاف الشرعية الدستورية غير مبالية في ذلك، لأنها على علم مسبق بأن هذه التشريعات عند الحكم بعدم دستوريتها لا يترتب عليها أي إرهاق لخزانتها(١).

كما أن منع الأثر الرجعي في مجال الضرائب يقيم تمييزًا غير مقبول بين الفرد والدولة، "فهو يعطي للدولة مركزًا متميزًا على مركز الأفراد في الحقوق المالية، فلو أن الفرد، كان مدينًا للدولة بالضريبة، فإن الدولة تقتضيها منه منذ تحقق الواقعة المنشئة للضريبة. أما إذا كان الفرد قد أدى مبلغًا غير مستحق ثم قضى بعدم دستورية النص الذي تم الأداء على أساسه فإنه يستحيل عليه أن يسترد ما دفعه بغير وجه حق.

---

(١) راجع في نقد هذا الاستثناء:

- د. فتحي فكري، المبادئ الدستورية، المرجع السابق، ص٤٢٠-٤٢١.
- د.عبد الله ناصف، حجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية العليا، المرجع السابق، ص١٠٧.
- د. عاطف البنا، المشروعية الدستورية وأساس سلطة الحكم، المرجع السابق.
- د. أحمد عبد الحسيب السنتريسي، الأثر الرجعي في القضاءين الإداري والدستوري، المرجع السابق، ص١٠١٤.

كما يذهب رأي فقهي في شأن التحفظ على الأثر المباشر للحكم بعدم دستورية نص ضريبي إلى أنه كان من الأفضل أن يقتصر التعديل الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا على منح المحكمة الدستورية العليا سلطة تنظيم سريان آثار حكمها بعدم دستورية النصوص التشريعية المخالفة للدستور، ودون تقرير أصل عام في شأن النصوص الضريبية يقضي بالأثر المباشر للأحكام الصادرة بعدم دستوريتها دون أثر رجعي إلا للمدعي؛ إذ كان يمكن علاج أي آثار ضارة بالصالح العام في كل حالة على هذه الحالات القليلة على حدة بتشريع ينظمها.

المستشار/حمدان حسن فهمي، اختصاصات القضاء الدستوري في مصر، المرجع السابق، ص٥٨١.

وفي هذا تمييز بين المدينين، فالفرد المدين بالضريبة يتحملها بكامل مبلغها، أما الدولة المدينة فلا تتحمل برد ما سبق أن حصلته من مبلغ الضريبة بدون وجه حق"[1].

وإذا كان ما سبق يمثل القاعدة العامة فيما يتعلق بأثر الحكم بعدم دستورية نص ضريبي، فإن القرار بقانون قد أوجد استثناء على هذه القاعدة، فيما يتعلق بالأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية نص ضريبي، وهذا ما أتناوله في النقطة التالية:

ثانيًا: استفادة المدعي في الدعوى الدستورية:

إذا كان التعديل الذي أدخله القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، على الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة قد استثنى من عدم سريان الحكم بعدم دستورية نص ضريبي من الأثر الرجعي، وجعله أثر مباشر، إلا أنه عاد بعد ذلك واستثنى من هذا الاستثناء المدعى في الدعوى الدستورية، حيث قرر استفادته وحده دون غيره من الممولين دافعي الضرائب في استرداد المبالغ التي سبق له دفعها كضرائب قبل الحكم بعدم دستورية النص الضريبي، أي أن أثر الحكم بالنسبة له يرتد بأثر رجعي إعمالاً للقاعدة العامة. مع تقيد ذلك الاستثناء بالقيود الواردة على الأثر الرجعي والمتمثلة في الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدور الحكم بعدم الدستورية، إما بحكم حاز قوة الأمر المقضي، ذلك الأمر الذي وصفته المحكمة الدستورية في أحكامها بالحكم البات، أو بانقضاء مدة تقادم[2].

---

(١) د. عبد الله ناصف، حجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية العليا، المرجع السابق، ص١٧.

(٢) انظر في ذلك تفصيلاً: د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، ص٣٤٩؛ د. محمد صلاح عبد البديع، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر الفوري، المرجع السابق، ص٨٥.

وتجنبًا للخلاف عند تطبيق النص حول المستفيدين من حكم عدم الدستورية، حدد المشرع في المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون محل البحث المستفيد بأنه المدعى في الدعوى الدستورية فقط سواء أكان هذا المدعي هو الطاعن بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع أو كان من ذوي المصلحة في حالتي الإحالة والتصدي، وذلك إعمالاً لغاية نهائية لكل خصومة قضائية، وهي الترضية القضائية(١).

وقد أكدت المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون هذا المعنى بقولها "... وحسمًا لأي خلاف في شأن ما إذا كان الأثر المباشر للأحكام الصادرة ببطلان نص ضريبي ينسحب إلى ذي المصلحة في الخصومة الدستورية أم ينحسر عنه، فقد نص المشروع على أنه سواء أثيرت المسألة الدستورية عن طريق الدفع أو عن طريق الإحالة أو التصدي فإن الفائدة العملية للخصومة الدستورية يتعين أن يجنيها كل ذي شأن فيها من أطرافها ضمانًا لفعالية حق التقاضي ولأن الترضية القضائية هي الغاية النهائية لكل خصومة قضائية على ما جرى به قضاء هذه المحكمة".

ومفاد ما سبق أنه لن يستفيد ولن يجني ثمار عدم دستورية النص الضريبي سوى رافع الدعوى بالمعنى والوصف المتقدم. أما غير ذلك فلا أثر للحكم بالنسبة لهم، سواء في ذلك من طعن بعدم الدستورية على ذات النص أو كان من الأصل لم يطعن بعدم الدستورية، وهو الأمر الذي انتقده الكثير

---

(١) د. عبد العزيز محمد سالمان، الآثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية العليا، المرجع السابق، ص٥٠١.

من الفقه، باعتبار أن ذلك الأمر نتيجة يأباها المنطق وتستعصى على الفهم القانوني السليم، على نحو ما سنذكر لاحقًا.

ويقصد بالمدعى الذي يستفيد من هذا الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، المدعي في الدعوى الدستورية التي ترفع نتيجة لدفع فرعي أمام محكمة الموضوع الذي يصدر الحكم بعدم الدستورية لصالحه. كما يقصد بالمدعي في الدعاوى المحالة إلى المحكمة عن طريق محكمة الموضوع مباشرة، الشخص الذي يستفيد من الحكم الصادر بعدم الدستورية سواء أكان مدعيًا أو مدعيًا عليه في الدعوى الموضوعية(١).

وإذا قبلنا هنا بعدم استفادة من لم يطعن على النص الضريبي من الحكم الصادر بعدم الدستورية؛ فإن الأمر الغريب هو عدم استفادة من طعن على النص، وثبت جدية طعنه، وأصبحت دعواه في حوزة المحكمة الدستورية العليا؛ إذ من المتصور عملاً أن يتم تحضير أحد الطعون قبل الباقين، ويعرض على المحكمة وتفصل فيه، وتبقى الطعون الأخرى دون أن يستفيد الطاعنون فيها من الحكم الصادر بعدم دستورية ذات النص المطعون فيه من جانبهم؛ إذ أن التعديل الجديد قصر الاستفادة على رافع الدعوى فقط، والآخرين وإن كانوا طاعنين إلا أن مآل صعوبتهم هو عدم القبول استنادًا إلى أنه قد سبق الفصل في دستورية ذات النص المطعون عليه، طبقًا لما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا. ولا يخفى ما يحمله هذا الحكم من إهدار لمبدأ المساواة وكفالة حق التقاضي(٢).

---

(١) د. رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، ٢٠٠٣، ص٤٣٢.

(٢) وهذا الوضع جعل بعض الفقه يطرح حلاً عمليًا لتوسيع دائرة المستفيدين من الحكم الصادر بعدم الدستورية، مفاده أن تحاول المحكمة الدستورية العليا قدر الإمكان، حتى ولو أدى إلى تأخير=

وخلاصة ما سبق بشأن أثر التعديل على النطاق الزمني لتنفيذ الحكم الصادر بعدم الدستورية في ضوء التعديل الذي أتى به القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، يمكننا القول أن الأمر هنا كان على عدة أوجه:

المسألة الأولى: سريان الحكم بأثر رجعي كأصل عام، مع التقيد بذات القيود الواردة في الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا قبل تعديلها، وذلك على مذهب الرأي الراجح في الفقه وما استقرت عليه المحكمة الدستورية العليا في أحكامها، وهو ذات الأمر الذي أكدته أحكام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا على نحو ما ذكرنا سلفًا.

المسألة الثانية: هو منح المحكمة الدستورية العليا سلطة التقدير في بعض القضايا، وذلك للحد من رجعية أحكامها في غير المسائل الجنائية والضريبية، وذلك بتحديد تاريخ آخر لإعمال أثر الحكم بعدم الدستورية، غالبًا ما يكون من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية، مع استفادة رافع الدعوى من رجعية الحكم بالنسبة له فقط، وأن المحكمة الدستورية العليا ذهبت في هذا الشأن بعيدًا؛ إذ قررت في بعض أحكامها أثرًا مستقبليًا لإعمال مقتضى حكمها يكون بعد فترة من نشر الحكم في الجريدة الرسمية.

المسألة الثالثة: الإبقاء على نص الفقرة الرابعة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا، وبالتالي بقاء حكمها كما كان قبل التعديل،

=الفصل في بعض الدعاوى لمدة شهر أو شهرين، هو أن تضم المحكمة الطعون على النص الواحد وتصدر فيها جميعها حكم واحد حتى يستفيد من كل من طعن على النص.

د. عبد العزيز محمد سالمان، الآثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية، المرجع السابق، ص٥١٢.

بما يترتب على ذلك من أنه في حالة الحكم بعدم دستورية نص جنائي، فإن الأحكام التي صدرت استنادًا إلى النص المقضي بعدم دستوريته يعتبر كأن لم يكن من يوم صدوره ولو كانت أحكامًا باتة.

المسألة الرابعة: أن الحكم الصادر بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له إلا اثر مباشر، مع عدم الإخلال باستفادة رافع الدعوى من الأثر الرجعي للحكم، مع عدم سريان ذلك الأمر على النصوص الضريبية العقابية، واقتصاره على النص الضريبي دون غيره من الفرائض المالية، وبخاصة الرسوم.

وهذا التباين في الأثر الزمني للحكم بعدم الدستورية بعد صدور القرار بقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٩، جعل هذا القرار محلاً للاختلاف بين الفقه فمنهم من ناصره، ومنهم من عارضه بشدة، ونظرًا لأهمية موقف الفقه من هذا التعديل، فإني أخصص المبحث التالي، لبيان موقف الفقه.

المبحث الثالث

موقف الفقه من التعديل

جاء القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، ليضاعف المسائل الخلافية بين الفقه في عدة مسائل، حتى أن أكثر من رأي فقهي يذهب إلى أن "التعديل في حاجة إلى تعديل"[١]. فإذا كان الخلاف قبل هذا التعديل – وعلى نحو ما ذكرنا سلفاً – ينحصر بصفة أساسية في الوقوف على مدلول صدر الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا: "ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم...". وقد رأينا كيف تناول الفقه هذا النص بالتحليل، فذهب فريق إلى الأخذ بظاهر النص واعتبار الأحكام الصادرة بعدم الدستورية ذات أثر فوري ومباشر، ولا رجعة فيها اعتمادًا على ظاهر هذا النص، في حين ذهبت الغالبية العظمى غير ذلك، مقررة أن للحكم بعدم الدستورية أثر كاشف يرتد إلى لحظة صدور القانون أو النص المقضي بعدم دستوريته.

وكنا نود أن يأتي التعديل بموجب القرار بقانون محل الرأي ليضع حدًا فاصلاً في هذا الخلاف، ولكنه جاء ليعمق الخلاف بين الفقه، ما بين مؤيد ومعارض لهذا التعديل، وأحاول في هذا المبحث أن أبين موقف كل فريق سواء المناصر أو الناقد لهذا التعديل، مع بيان وجهة نظري.

---

(١) د. فتحي فكري، المبادئ الدستورية العامة، المرجع السابق، ص٤٢٥.

المطلب الأول

الاتجاه الفقهي المؤيد للتعديل

اتجه قلة من الفقه عقب صدور التعديل إلى الترحيب بهذا التعديل، وتدعيم دستوريته، حيث يرون أن هذا التعديل خطوة على الطريق الصحيح، وأنه يعيد إلى المحكمة الدستورية العليا اختصاصها التقديري الأصلي في أن تقرر ما إذا كان لحكمها أثر رجعي أم لا، وهو النهج المتبع في المحاكم الدستورية ذات التاريخ العريق، كما أن هذا التعديل يحقق مبدأ الاستقرار القانوني والحفاظ على الكيان الاقتصادي للدولة[1]. ومن الواضح في الحجج التي استند إليها هذا الفريق المناصر للتأييد، جاءت انطلاقًا من قناعتهم بأن الأصل في الأحكام الصادرة بعدم الدستورية سواء قبل التعديل أو بعده هو سريانها بأثر فوري ومباشر، ورفض ما ذهب إليه أغلب الفقه، وما تواتر عليه قضاء الدستورية ذاتها من أن للحكم بعدم الدستورية – كأصل عام– أثر رجعي يرتد إلى تاريخ صدور النص المقضي بعدم دستوريته. وقد استند هذا الفقه الداعم للتعديل إلى عدة حجج نوجزها فيما يلي:

أولاً: التعديل خطوة على الطريق الصحيح:

بحسبان أنه يتفق وصحيح الدستور والقانون، لأنه يحقق الاستقرار القانوني في المجتمع والحفاظ على الكيان الاقتصادي للدولة، فالمشرع بهذا

---

(١) من الفقه المؤيد لدستورية التعديل، راجع: د. عبد العظيم عبد السلام، تطور الأنظمة الدستورية، الكتاب الثاني، المرجع السابق ص٦١٩. د. محمد بدران، أحكام المحكمة الدستورية العليا بين الأثر الرجعي والأثر المباشر، المرجع السابق، د. فوزية عبد الستار حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا، مقال منشور بجريدة الأهرام، في ٣ أغسطس ١٩٩٨.

التعديل قد آثر ترجيح دواعي استقرار المراكز القانونية والحقوق المكتسبة على دواعي المبادئ النظرية المجردة. فالاستقرار القانوني يعد مبدأ أساسيًا من مبادئ الحكم في الدولة، وكل دولة متحضرة تحرص على سيادة هذا المبدأ مراعاة للاستقرار الاجتماعي بين المواطنين لضمان حريتهم وأمنهم وبث الطمأنينة في نفوسهم، وتمشيًا مع هذا المبدأ فقد حرص الدستور المصري – دستور ١٩٧١– في المادة (١٨٧) منه على النص على سريان القوانين بأثر فوري حتى يرتب الناس أمورهم وشئونهم على مقتضاها. كما يتجلى مبدأ الاستقرار القانوني كذلك في حجية الحكم البات، ولو كان هذا الحكم يختلف مع الواقع الذي صدر فيه أو القانون الذي يحكمه بحيث لا يجوز مراجعة ما ورد فيه باعتبار أن الحكم البات هو عنوان الحقيقة، وما اعتد القانون بالحكم البات رغم ما فيه من مخالفة للواقع والقانون إلا النزول على مبدأ أساسي هو الاستقرار القانوني للمجتمع.

ولما كان قضاء المحكمة الدستورية العليا قد استقر على تقرير الأثر الرجعي لأحكامها الصادرة بعدم الدستورية، وكان هذا الوضع ينال من الاستقرار القانوني في المجتمع فقد بات من المحتم والضروري إعادة صياغة المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا تمكينًا للاستقرار القانوني الذي هزته المحكمة بالعديد من أحكامها، وهو ما استجاب له المشرع بصدور القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بشأن نفي الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية بما يحقق الاستقرار القانوني في المجتمع، غايتي العدالة والمصلحة وقد تتفق الغايتان أو تفترقان، فإن لم تستطع المحكمة تحقيق الاقتران بين العدالة والمصلحة، فإنها تغلب إحداهما

على الأخرى بحسب ما تتبناه المحكمة من مذاهب في التفسير السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي للدستور [1].

ويضيف أصحاب الاتجاه المناصر للتعديل أن المحكمة الدستورية العليا المصرية قد غلبت دائمًا اعتبارات العدالة بتقريرها للأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية واعتباره كأن لم يكن من لحظة إصداره حتى ولو كان القانون قد صدر منذ أكثر من عشرين عامًا كما هو الحال في حكمها بعدم دستورية بعض نصوص قانون إيجار الأماكن، وأنه على الرغم من القواعد والضوابط المخففة للأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية إلا أن تلك القواعد والضوابط ما كان يمكنها أن تخفف من حدة النتائج السلبية للأثر الرجعي للأحكام خصوصًا في نوعين من العلاقات القانونية وهما:

١- الحقوق التي لا تكتسب بالتقادم كالإيجار.

٢- القوانين الضريبية؛ إذ يترتب على الحكم بعدم دستوريتها تمكين المدعي من أن يطالب الدولة برد أموال تكون قد أنفقتها بالفعل على المرافق العامة.

ويستطرد صاحب هذا الرأي قائلاً أن هذا التعديل بلا شك خطوة على الطريق الصحيح فلقد كان هذا التعديل مطلبًا ملحًا منذ صدور أول حكم للمحكمة الدستورية العليا يقرر الأثر الرجعي لأحكامها، كما أنه يعيد للمحكمة اختصاصها التقديري الأصيل في أن تقر ما إذا كان لحكمها أثر

---

(١) د. محمد محمد بدران: أحكام المحكمة الدستورية العليا في الضرائب بين الأثر الرجعي والمباشر، المرجع السابق.

رجعي أم لا، على نحو ما هو متبع في بعض النظم المقارنة[1]. "فقانون المحكمة الدستورية العليا كان قبل تعديله – وفقًا لما يراه أنصار هذا الرأي – يرتب على الحكم بعدم الدستورية أثرًا مباشرًا وليس أثرًا رجعيًا، ولذلك فإن القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ والذي نص على الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية لم يفعل أكثر من تأكيد ذلك لما يترتب عليه من حماية للمصلحة العامة المتمثلة في تحقيق الاستقرار التشريعي والحفاظ على الكيان الاقتصادي للدولة. ومع ذلك فقد أجاز القانون المذكور للمحكمة الدستورية العليا أن تقرر الأثر الرجعي للحكم إذ رأت وجهًا لذلك في غير الأحكام المتعلقة بنصوص ضريبية ولا شك – من وجهة نظرهم – أن منع تنفيذ الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي يعتبر أمرًا مقبولاً بل هو أمرًا ضروريًا لاسيما إذا لاحظنا أن الحكم بعدم الدستورية يشبه القانون من حيث موضوعيته؛ إذ يسري على أطراف النزاع وغيرهم ومن حيث عموميته إذ يلتزم به جميع سلطات الدولة والكافة وكذلك فإن هذا الحكم وإن لم يعتبر إلغاء للنص لأن الإلغاء من اختصاص السلطة التشريعية إلا أنه يشبه الإلغاء من حيث أن أثره لا يمتد إلى الآثار التي ترتبت على القانون القديم، وإنما يمتنع تطبيق النص في المستقبل. فضلاً عن أن المشرع في تحديده لآثار الحكم بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، إنما كان يعمل في إطار المادة ١٧٨ من الدستور – دستور ١٩٧١– والتي تنص على أن "ينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار"[2].

---

(١) د/ محمد بدران، مقاله السابق بجريدة الأهرام، بتاريخ ١٩٩٨/٧/٢٧م.

(٢) د. مجدي مرجان، مقال بعنوان "سلطات المحكمة الدستورية العليا بين التوسيع والتضييق"، منشور بجريدة الأهرام، بتاريخ ١٩٩٨/٧/٢٩م.

ثالثًا: عدم صحة الاستناد إلى المذكرة الإيضاحية للنص قبل تعديله للقول بالأثر الرجعي:

يرى أنصار الاتجاه المؤيد للتعديل، أن نص المادة ٣/٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا لا يتضمن ما يفيد أو يشير إلى سريان الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي، ولا يصح الاستناد إلى ما ورد في المذكرة الإيضاحية لتغليب نص قانوني واضح حسبما تشير قواعد التفسير المستقرة. خاصة وأن المذكرة الإيضاحية استندت إلى آراء الفقه وأحكام القضاء في معرض تدليلها على أن للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي يرتد كأصل عام إلى تاريخ صدور القانون المقضي بعدم دستوريته، وليس إلى قصد المشرع، والمعلوم أنه لا يشار إلى المذكرة الإيضاحية لأي قانون إلا لمعرفة قصد المشرع وليس للبحث عن آراء الفقهاء. كما أن المذكرة الإيضاحية ذاتها وبعيدًا عما سبق، قد شابها التناقض عندما أقرت الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، ثم استثنت منه الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره إما بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادم. ومظهر التناقض أنها اعتبرت النص غير دستوري منذ صدوره، ومع ذلك فإن ما ترتب عليه من حقوق ومراكز يكون صحيحًا، ومن غير المفهوم أن يكون صحيحًا ما ترتب على نص باطل[١].

يضاف إلى ما سبق أن المذكرة الإيضاحية قبل التعديل قد اعتراها القصور، حيث قصرت الاستثناء من الأثر الرجعي في غير المسائل الجنائية على المراكز والحقوق التي استقرت بحكم حاز قوة الأمر المقضي، أو بانقضاء مدة تقادم، وهذا غير كافٍ ولا يسعف المحكمة في تقدير أثر

(١) د. فوزية عبد الستار، المرجع السابق.

الحكم، وقد تضطر دون نص إلى الخروج عن هذا الحيز الضيق استجابة للضرورات العملية على غرار ما قضت سنة ١٩٩٠ بأن ما صدر عن مجلس الشعب صحيحًا رغم القضاء بعدم دستورية النص الخاص بطريقة الانتخاب، وكل ذلك يبرهن على أهمية التعديل، وأنه جاء لمعالجة هذا القصور، موسعًا من صلاحية المحكمة بمنحها سلطة التقدير للحد من الأثر الرجعي لأحكامها.

رابعًا: المشرع لم يترك تحديد آثار الحكم الدستوري للقواعد العامة:

وذلك ردًا على ما اتخذه الاتجاه الفقهي المناصر لمبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية كأصل عام، وذلك في ظل النص قبل تعديله – بل وبعد تعديله – إعمالاً للقواعد العامة للأحكام القضائية باعتبار أن الحكم القضائي – أي حكم قضائي– له أثر كاشف وليس منشئ، ومن ثم يكون أثرها رجعيًا، بما في ذلك الأحكام الصادرة بعدم الدستورية، فهم يرون أن هذه حقيقة، ولو أراد المشرع التسليم بها فيما يتعلق بالحكم بعدم الدستورية لترك الأمر للقواعد العامة في تحديد آثار الأحكام القضائية. ولكن المشرع لاحظ أن الحكم بعدم دستورية نص من النصوص له طبيعة خاصة تختلف عن طبيعة باقي الأحكام، فهو ذو طبيعة موضوعية عينية ينتج أثره ليس في مواجهة طرفي النزاع فحسب، وإنما بالنسبة لجميع الخاضعين للنص، كما أنه يتصف بالعمومية؛ إذ هو ملزم لجميع سلطات الدولة وللكافة.

يضاف إلى ما سبق أن الحكم بعدم دستورية قد يتراخى عن صدور القانون المطعون فيه بعشرات السنين، فهل يتصور القول بأن الحكم بعدم دستورية هذا النص ينفذ بأثر رجعي فيعتبر النص باطلاً منذ صدوره، وتنهار

كل الأوضاع والحقوق والمراكز التي نشأت عنه أو بنيت عليه عشرات السنين[١].

خامسًا: إلزام الدولة برد ما حصلته من ضرائب استنادًا للأثر الرجعي غير مقبول:

كان من أهم أسباب الترحيب بتعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بموجب القرار بقانون ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، هو أن إلزام الدولة برد كل ما تم دفعه في حالة الحكم بعدم دستورية نص ضريبي وسريانه بأثر رجعي، نتيجة غير مقبولة، بل هي في الغالب الأعم، غير ممكنة التحقق، ولا يتصور أن يكون المشرع في سبيل حماية الشرعية قد قبل إهدار الاستقرار التشريعي وما يترتب على ذلك من انعكاسات خطيرة على الكيان الاجتماعي والاقتصادي للدولة.

فضلاً عن ذلك، فإن منع الأثر الرجعي لحكم المحكمة الدستورية بعدم الدستورية يتفق مع كون مهمتها هي الرقابة على دستورية القوانين، أي تحديد ما إذا كانت متفقة مع الدستور أو متعارضة معه، وليس مهمتها أن تحكم بتوقيع جزاء عن إهدار هذا النص، فإذا قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص ضريبي، فإن مقتضى ذلك ألا تحصل الضريبة وفقًا لهذا النص في المستقبل. أما إلزام الدولة برد ما دفع من هذه الضرائب قبل الحكم، فهو نوع من الجزاء المدني لا يجيز القانون للمحكمة الدستورية توقيعه[٢].

---

(١) د. فوزية عبد الستار، المقال السابق.

(٢) د. مجدي مرجان المقال السابق.

سادسًا: أن التعديل المذكور يقوم على فلسفة سياسية ومنطقية وهو تفادي وقوع فوضى مالية وانهيار للميزانيات والخطط الخمسية الصادرة بتشريعات سابقة، فالموازنة العامة تصدر بقانون وكذلك الحساب الختامي لميزانية الدولة، والخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، فإذا كان لأحكام المحكمة الدستورية العليا أثر رجعي على الضرائب، فإن مفاد ذلك هو إلغاء جميع الموازنات والحسابات الختامية والخطة العامة.

والخطط الخمسية الصادرة بعشرات التشريعات وقد يكون هذا على مدار سنوات عديدة(١).

والبين من مطالعة رأي الاتجاه المناصر، والمرحب بالتعديل، أن هذا الرأي انطلق من قناعته – التي ربما تكون سابقة على التعديل – بأن الحكم بعدم الدستورية ليس له أثر رجعي، وأنه حكم منشئ يطبق بأثر فوري من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية في غير النصوص الجنائية، كما أنهم لا يعيروا اهتمام لما جاء في المذكرة الإيضاحية التي أقرت صراحة الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية كأصل عام مع التقيد بالحفاظ على المراكز القانونية التي استقرت بحكم حاز قوة الأمر المقضي، أو بانقضاء مدة تقادم. وذلك للأسباب السالف ذكرها في معرض تناول حججهم، ويأتي على رأس ذلك – من وجهة نظرهم – أن المذكرة الإيضاحية ترتكز في تبنيها للأثر الرجعي على ما استقر عليه الفقه وما طبقه القضاء الدستوري

---

(١) المستشار/ عماد النجار، الاستقرار القانوني ودور المحكمة الدستورية، مقال منشور بجريدة الأهرام بتاريخ ١٩٩٨/٧/٢٩م، د. محمد مجدي مرجان، المقال السابق، المستشار/ فتحي رجب، التعديل وأبعاده المادية والدستورية، مقال منشور بجريدة الأهرام، بتاريخ ١٩٩٨/٨/٣م.

في الدول ذات القضاء الدستوري المستقر على ذلك. وكذلك التناقض بين أحكام المذكرة الإيضاحية. ولذلك ذهبوا إلى الترحيب بالتعديل الذي صدر للفقرة المشار إليها بموجب القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، على سندٍ من القول أن هذا التعديل قد جاء ليحسم الجدل حول طبيعة الحكم الصادر بعدم الدستورية من حيث نطاق السريان الزمني، وأن هذا التعديل قد تبنى الأثر المنشئ للحكم بعدم الدستورية، كأصل عام في غير المسائل الضريبية – والجنائية بالطبع – مع منح المحكمة الدستورية سلطة التقدير لتحديد تاريخ آخر لتعطيل العمل بالنص المقضي بعدم دستوريته في حكمها، ومن وجهة نظرهم أن هذا التاريخ لا يكون إلا سابقًا على اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية، أي أن الأصل العام هو عدم الرجعية والاستثناء الرجعي باستعمال سلطة التقدير الممنوحة للمحكمة بموجب التعديل.

والملاحظ أن هذا الرأي قد تم الإعلان عنه من جانب أصحابه في أعقاب صدور التعديل، ودون الانتظار حتى تحدد المحكمة الدستورية العليا موقفها من التطبيق العملي للتعديل، وهو الأمر الأكثر أهمية، باعتبار أن ما يصدر عن المحكمة من أحكام وقرارات بمناسبة ممارسة اختصاصها، وخاصة الأحكام الصادرة بعدم الدستورية هو التطبيق العملي والواقعي، والذي جاء على نقيض ما تم تفسير نص التعديل من قبل أصحاب الرأي المؤيد للتعديل؛ إذ أن المحكمة – وكما سبق أن بينا – افصحت غير مرة أن الأصل هو سريان أحكامها بأثر رجعي، وأن الاستثناء هو تحديد تاريخ آخر لإعمال أثر النص، بما يحد من الرجعية المطلقة لإعمال سلطتها التقديرية في هذا الشأن، والممنوحة لها بموجب التعديل، على نحو ما بينا سلفًا بالتفصيل.

ومن هنا، كان رأي أغلبية الفقه التحفظ على هذا التعديل، بل ورافضين له، وغير مقتنعين بدستوريته من الأساس، مستندين في ذلك إلى العديد من الحجج والأسانيد وهذا ما أتناوله في المطلب التالي.

المطلب الثاني

الاتجاه المعارض للتعديل

ما إن صدر القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، بتعديل الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا، إلا وعارضه فريق كبير من الفقه المصري، سواء من حيث الشكل أو الموضوع، وكانت أغلب هذه الانتقادات تنصب بصفة أساسية على اصطدام هذا التعديل بنصوص الدستور القائم آنذاك – دستور ١٩٧١ – بداية من الأداة التي تم بها هذا التعديل، مرورًا بالأحكام الموضوعية الحاكمة له، وذلك إلى حد القول بأنه غير دستوري. خاصة وأن هذه التعديل قد سبقه تنبؤات بتعديل قادم لقانون المحكمة، وذلك عقب صدور بعض الأحكام بعدم دستورية نصوص أثارت جدلاً واسعًا بشأنها وخاصة في التشريعات الضريبية. ولم يكن أحد يتوقع أن يتم التعديل بموجب قرار بقانون في غيبة البرلمان، نظرًا لتعلق الأمر بالمحكمة الدستورية، والتي يعد قانونها من القوانين المكملة للدستور[١].

(١) كانت المادة (١٩٤) من دستور ١٩٧١، تحدد القوانين المكملة للدستور في المواد... ومنها المواد ١٧٤، ١٧٥، ١٧٦، ١٧٧، ١٧٨، المتعلقة بالمحكمة الدستورية العليا. =

واستند هذا الاتجاه المعارض للقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، إلى العديد والعديد من الأسانيد والأدلة، نوجزها فيما يلي:

أولاً: سلطة التعديل: صدر هذا التعديل بموجب قرار بقانون من رئيس الجمهورية في غيبة مجلس الشعب استنادًا إلى المادة ١٤٧ من دستور ١٩٧١، والتي تنص على أنه "إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات لها قوة القانون...." (١).

وصدور التعديل بهذه الأداة "القرار بقانون" جعله عرضة للنقد والاعتراض من جانب قطاع عريض من الفقه، وذلك أن مناط استعمال رئيس الجمهورية لهذه السلطة، هو أن يحدث في غيبة البرلمان ظروف قانونية أو واقعية، تتطلب اتخاذ تدابير عاجلة، وهذه التدابير العاجلة تحتاج إلى تشريع لمواجهتها، على اعتبار أن أمرها وما يترتب عليها لا يحتمل التأخير لحين عودة البرلمان من عطلته البرلمانية إذا كان قائمًا، أو بمجلسه الجديد في حالة الحل أو انتهاء الفصل التشريعي، وهذا ما يعرف بالضرورة الداعية إلى صدور القرارات بقوانين من رئيس الجمهورية في حالة غياب

= كما اعتبرت المادة (١٢١) من دستور ٢٠١٤، القوانين المنظمة للانتخابات الرئاسية، والنيابية، والمحلية، والأحزاب السياسية، والسلطة القضائية والمتعلقة بالجهات والهيئات القضائية، والمنظمة للحقوق والحريات الواردة في الدستور، مكملة للدستور.

(١) يقابل نص هذه المادة المادة (١٥٦) من دستور ٢٠١٤، والتي تنص على أنه "إذا حدث في غيبة مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئ لعرض الأمر عليه، وإذا كان مجلس النواب غير قائم، يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين...".

البرلمان. وحالة الضرورة لا يمكن التسليم بحصرها فيما يذهب إليه جانب من الفقه[١] في التدابير العاجلة التقليدية كحالة الحرب أو الفيضان، أو الاضطرابات الشديدة، أو وباء أو حالة عصيان. وفي تقديري أن حالات الضرورة يصعب تقديرها وحصرها مسبقًا على وجه القطع فما يستدعي ذلك يكون راجعًا إلى ظروف مادية أو واقعية، وقد يكون مرجعه في آن آخر إلى تداعيات قانونية عاجلة، المهم في الأمر ألا يساء استخدام هذه الرخصة الاستثنائية[٢].

ومتى انتفت إساءة استعمال هذه الرخصة فلا سبب معقول لاختزال الحق في إصدارها على حالات بعينها، وإنما يكفي أن تكون التشريعات القائمة في هذا التوقيت – غيبة البرلمان – غير كافية لمواجهة ما يستجد من أمور توجب اتخاذ تدابير عاجلة لا تحتمل التأخير. وتقدير ذلك متروك للسلطة التنفيذية تحت رقابة البرلمان الذي يكون بمقدوره وزن تلك الملائمات وتقدير علة وجودها[٣].

---

(١) راجع في مناقشة آراء الفقه في هذا الصدد: د. مصطفى أبو زيد، الوجيز في القانون الدستوري (دون دار نشر)، طبعة ١٩٩٥، ص٥٨٩ وما بعدها.

(٢) راجع في ذلك تفصيلاً: د. علي عبد الفتاح محمد، مراسيم الضرورة في الدستور البحريني، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠١٢، ص٩ وما بعدها.

(٣) وفي هذا الشأن يذكر د. إبراهيم شيحا، الواقع أنه لا يوجد مقياس مادي يقاس به جسامة الخطر المؤدي إلى تحقيق حالة الضرورة التي تقرر منح السلطة التنفيذية حق إصدار مراسيم بقوانين في غيبة البرلمان، إن هذه الضرورة قد تتمثل في حد أقصى كما لو كان هناك خطر حقيقي يمس كيان الدولة كحالة حرب أو شروع في غزو أو تهديد بحرب وشيكة الوقوع، كما أن الضرورة التي تبرر إصدار المراسيم نتصورها في حدها الأدنى، وهي وجود حالة ملحة عاجلة=

ولما كانت حالة الضرورة من الناحية الواقعية والقانونية على هذا النحو، فإن الفقه المعارض للتعديل استدعى النظر في مدى توافر التدابير العاجلة المبررة لإصدار التعديل بموجب قرار بقانون من رئيس الجمهورية استنادًا إلى سلطته المخولة له بموجب المادة (١٤٧) من الدستور – دستور ١٩٧١– ورفض التسليم بتوافر حالة ضرورة تبرر استخدام هذه الأداة؛ إذ لم نكن في حاجة إلى تشريع عاجل لتعديل قانون المحكمة[١]، فدور الانعقاد قد تم فضه من أيام[٢]، والبرلمان في عطلته المعتادة والمحكمة الدستورية لها

=والبرلمان في حالة غيبة، تستدعي إصدار تشريع عاجل يؤدي إلى التأخير أو الإبطاء في إصداره إلى فوات مصالح جوهرية تمس السلام الاجتماعي أو تتصل بكيان الدولة.

د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، تشريعات الضرورة في دستور البحرين ودستور المملكة الأردنية الهاشمية، معهد البحرين للتنمية السياسية"، ٢٠٠٨، ص٢٣.

(١) وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أنه "ولما كان الأصل أن تقوم السلطة التشريعية بممارسة مهام التشريع بحسبانها صاحبة الاختصاص الأصيل في ذلك، فإنه لا يشار إلى المادة ١٤٧ من الدستور إلا إذا توافرت حالة الضرورة التي تقتضي الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، بحيث لا يجوز دفعها بالطرق العادية مما يبرر اللجوء إلى المادة ١٤٧، بيد أنه لا يكفي مجرد القول بتوافر حالة الضرورة كمبرر للجوء للمادة ١٤٧، وإنما ينبغي توافر شروطها وموجباتها الداعية إليها، وهو ما يبسط القضاء الدستوري رقابته عليه والتحقق من توافر شروطها وضوابطها في العديد من أحكامها"، ومن ذلك حكمها في القضية الدستورية رقم ٢٨ لسنة ٢ق بجلسة ٤ مايو ١٩٨٥، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثالث ص١٩٥، وحكمها في القضية رقم ١٥ لسنة ٨ق بجلسة ٧ ديسمبر ١٩٩١، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الخامس، المجلد الأول، ص٣٥، وحكمها في القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ق، بجلسة ٣ يوليو ١٩٩٥، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء السابع، ص٤٥.

(٢) فض دور الانعقاد العادي لمجلس الشعب في ١٣ يونيو ١٩٩٨ وصدر القرار بقانون في ١٠ يونيو ١٩٩٨.

قانونها المنظم لعملها منذ عام ١٩٧٩، ولم يحدث من تاريخ إنهاء اجتماعات البرلمان إلى صدور القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ ما يوصف بأنه حالة ضرورة تتطلب اتخاذ تدابير عاجلة.

ولا يصح تبرير توافر حالة الضرورة الداعية إلى اتخاذ تدابير عاجلة بما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقرار بقانون السالف ذكره، من أن كثير من الدعاوى المعروضة الآن على المحكمة تتعلق بنصوص ضريبية من مقتضى إبطال المحكمة لها بأثر رجعي أن ترد حصيلتها إلى دافعيها، وأن بعض الدعاوى الأخرى المطروحة عليها تثير خطورة إذا ما أبطلت بأثر رجعي، وأن المحكمة تعقد جلساتها في أشهر الصيف بينما لن ينعقد مجلس الشعب إلا في شهر نوفمبر؛ إذ أنه لا يجدي هذا القول لتبرير استخدام أداة القرار بقانون في هذا التعديل، وتلك التبريرات المدعاة في المذكرة الإيضاحية كانت قائمة ومعلومة قبل فض دور الانعقاد. فلماذا لم يتم التقدم بمشروع قانون لمعالجتها، فهي ليست بالأمر العاجل، والتأخير فيها لم يكن بعيدًا؛ إذ أن العطلة البرلمانية ليست طويلة إلى هذا الحد [١]. ولماذا لم يتم دعوة مجلس الشعب إلى دور انعقاد غير عادي وعرض الأمر عليه في صورة مشروع قانون[٢].

---

(١) تنص المادة (١٠١) من دستور ١٩٧١، على أن "يدعو رئيس الجمهورية مجلس الشعب للانعقاد للدور السنوي العادي قبل يوم الخميس الثاني من شهر نوفمبر، فإذا لم يدع يجتمع بحكم الدستور في اليوم المذكور، ويدوم دور الانعقاد العادي سبعة أشهر على الأقل. ويفض رئيس الجمهورية دورته العادية، ولا يجوز فضها قبل اعتماد الموازنة العامة للدولة".

(٢) تنص المادة (١٠٢) من دستور ١٩٧١، تدعو رئيس الجمهورية مجلس الشعب لاجتماع غير عادي، وذلك في حالة الضرورة أو بناء على طلب موقع من أغلبية أعضاء مجلس الشعب ويعلن رئيس الجمهورية فض الاجتماع غير العادي.

وفوق ذلك كله فإن الدلالة السياسية لصدور التعديل بقرار بقانون بعد فض الدورة البرلمانية بفترة وجيزة – لغير ضرورة – دلالة تفتح الباب للشك في الهدف الحقيقي من إصداره في غيبة المجلس التشريعي خصوصًا وقد كان من الممكن عمليًا تعجيل عرضه على المجلس قبل فض دورته، أو الانتظار حتى يعود المجلس للانعقاد في شهر نوفمبر من هذا العام، ويفتح لمزيد من الشك كما أن الأخذ بالاثر الرجعي ظل معمولاً به نحو عشرين سنة منذ صدور قانون المحكمة عام ١٩٧٩... مما يثير التساؤل عن الاستعجال المفاجئ الذي جعل إصدار التعديل التشريعي إجراء لا يحتمل التأخير على ما تشترطه المادة ١٤٧ التي تنظم ممارسة رئيس الجمهورية لسلطة التشريع "بقرار بقانون" في غيبة المجلس التشريعي [١].

وسيكون لنا عودة في موضع لاحق من البحث للحديث عن مسألة الشبهات الدستورية التي تحوم حول القرار بقانون محل التعيدل. ولكن قبل الحديث في نقطة أخرى، أود أن أشير إلى أن ما أثير حول توافر حالة ضرورة تبرر إصدار التعديل بموجب قرار بقانون له ما يبرره، أمر محل تحفظ، بل أن ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية يبين أن الأمر يحتاج إلى آناة وروية لوضع تعديل يعالج ما تم طرحه؛ إذ أن أثر الحكم بعدم الدستورية مسألة لا توصف بالعجلة، أو التي يتم معالجتها بتدابير لا تحتمل التأخير، حتى وإن كانت الموافقة على القرار أو رفضه مرجعه بعد ذلك إلى تقدير السلطة التشريعية ممثلة في مجلس الشعب آنذاك.

---

(١) د. أحمد كمال أبو المجد: مستقبل القضاء الدستوري في مصر، مقال بجريدة الأهرام، بتاريخ ١٩٩٨/٨/١٩.

ولم يقف الفقه عند حد مناقشة مدى توافر حالة الضرورة الداعية إلى صدور التعديل بأداة القرار بقانون، بل ذهبوا إلى مناقشة التعديل والاعتراض عليه من زاوية شكلية أخرى، وهي عدم أخذ رأي مجلس الشورى بصدده[١]، باعتبار أن التعديل يتعلق بموضوع من الموضوعات التي اعتبرها دستور ١٩٧١ من القوانين المكملة للدستور، وذلك بموجب صريح نص المادة ١٩٤، التي نصت على ضرورة الحصول على موافقة مجلس الشورى على مشروعات القوانين المكملة للدستور، وتضمنت هذه المادة في بندها رقم ٢، والذي عدد مشروعات القوانين المكملة للدستور، ومنها المواد من ١٧٥ إلى ١٧٨، المتعلقة بالمحكمة الدستورية العليا[٢].

وبما أن محل التعديل يتعلق بالمحكمة الدستورية العليا، فذهب رأي فقهي معارض للتعديل إلى أنه كان يلزم الحصول على رأي مجلس الشورى بصدده، وهو ما لم يحدث.

والرأي عندي في موضوع العرض على مجلس الشورى، محل تحفظ، لأن المادة الدستورية التي تحدثت عن اختصاصات مجلس الشورى في ظل دستور ١٩٧١، تتحدث عن مشروعات القوانين المكملة للدستور، وفرق

---

(١) عصام الإسلامبولي في مقال بعنوان "هل التعديل الأخير لقانون المحكمة الدستورية العليا دستوري"، منشور بجريدة الأهرام في ١٩٩٨/٨/٢١.

(٢) اعتبر دستور ٢٠١٤، أن القوانين المتعلقة بالسلطة القضائية، بما في ذلك المحكمة الدستورية العليا، قوانين مكملة للدستور؛ إذ تنص المادة ١٢٢ منه في فقرتها الرابعة والأخيرة "كما تصدر القوانين المكملة للدستور بموافقة ثلثي أعضاء المجلس، وتعد القوانين المنظمة للانتخابات الرئاسية، والنيابية، والمحلية، والأحزاب السياسية، والسلطة القضائية، والمتعلقة بالجهات والهيئات القضائية، والمنظمة للحقوق والحريات الواردة في الدستور مكملة له".

شاسع بين إجراءات إصدار القوانين العادية والقوانين المكملة للدستور، وبين القرارات بقوانين التي تصدر استناداً للمادة (١٤٧)؛ إذ أن العرض الملزم لهذه القرارات بقوانين، هو العرض على مجلس الشعب، وبالتالي ليس من بين إجراءات إصدارها الحصول على رأي مجلس الشورى، حتى ولو تعلقت بموضوع من الموضوعات التي نص الدستور على ضرورة أخذ رأي مجلس الشورى أو موافقتها بصددها، كما أن عرضها على مجلس الشورى – كأصل عام– يتنافى مع العجلة في إصدارها.

وفي صدد مسِألة الدستورية آثار الفقه المعارض للتعديل أن هذا التعديل الذي تم بموجب أداة القرار بقانون يتعارض ويصطدم بمبدأ الفصل بين السلطات، فالدستور – دستور ١٩٧١– نص على استقلال القضاء كسلطة من السلطات العامة، وأوكل إلى المشرع تنظيم الهيئات القضائية وتحديد اختصاصاتها[١]، كما نص على استقلالية المحكمة الدستورية العليا كجهة قضائية مستقلة قائمة بذاتها. وفوض المشرع العادي في تنظيم ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار، وهذه النصوص الدستورية – من وجهة نظر هذا الاتجاه الفقهي– واضحة الدلالة في أن أمر تنظيم القضاء وتحديد اختصاصاته، أمر خص المشرع الدستوري تنظيمه للقانون الصادر عن البرلمان، مما يجعل ممارسته من قِبل السلطة التنفيذية بأداة القرار بقانون يوقعه في حومة عدم الدستورية.

---

(١) تنص المواد (١٦٥ ، ١٦٧، ١٧٤، ١٧٨) من دستور ١٩٧١، على أن "السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف درجاتها، وتصدر أحكامها وفق القانون م١٦٥"،
ويحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها وتنظيم طريقة تشكيلها... م ١٦٧".
"المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها... م ١٧٤".
"... وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار م١٧٨".

ثانيًا: الأسباب الموضوعية لمعارضة التعديل:

وجه الفقه العديد من الانتقادات للقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، من حيث موضوعه، نوجزها فيما يلي:

١- التعديل يفرغ الرقابة على دستورية القوانين من مضمونها:

ذلك أن الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية أمر يفرضه المنطق القانوني، وتفرضه اعتبارات العدالة، فالنص غير الدستوري وُلد مخالفًا للدستور، فيكون باطلاً منذ صدوره، وفعالية الرقابة على دستورية القانون تحتم أن يكون للحكم أثر رجعي. والتعديل جاء ليهدم هذه الفعالية بتقريره أثر مباشر وفوري للحكم بعدم الدستورية في المسائل الضريبية، وبمنحه المحكمة سلطة تقرير أثر غير رجعي في غير المسائل الضريبية، مما يعصف بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية ويفرغ الرقابة على دستورية القوانين من مضمونها[١].

فقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا – قبل التعديل – على أن للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي يمتد إلى الروابط السابقة على صدوره كنتيجة حتمية له – على ما أقرت به المذكرة الإيضاحية للتعديل – لطبيعته الكاشفة عن العوار الدستوري الذي أصاب النص التشريعي منذ صدوره. ورغم ذلك ثار الهجوم على المحكمة بمقولة أن إطلاق هذا الأثر الرجعي من شأنه الإخلال باستقرار المراكز القانونية وتحميل الدولة بأعباء مالية كبيرة، وهي مقولة فيها الكثير من المغالطة والمبالغة. أما المغالطة فلأنها

---

(١) د. عاطف البنا، المقال السابق بجريدة الوفد بتاريخ ١٩٩٨/٧/١٦م.

تغفل، عمدًا أو جهلاً، أن كل خصومة قضائية لها طرفان، وكذلك المسألة الدستورية التي يتمسك فيها طرف بحق أو مركز مستمد من أحكام الدستور في مواجهة مراكز لطرف آخر يستند إلى قانون غير دستوري. والتعديل الأخير يريد تحصين واستقرار مراكز غير مشروعة (فهي مخالفة للدستور) ومستندة إلى أداة أدنى (أي القانون) وضرب عرض الحائط بمراكز مشروعة ومستمدة من مصدر أعلى وهو الدستور، مما يفضي لانهيار مبدأ تدرج القواعد القانونية – الدستور، فالقانون، فاللائحة – وهي قاعدة الأساس في مبدأ سيادة، أساس الحكم في الدولة، وإذا انهار الأساس فماذا تبقى[1].

وأما المبالغة الشديدة فلأنه ليس صحيحًا الزعم بإطلاق تطبيق قاعدة الأثر الرجعي في غير المسائل الجنائية، فالصحيح والمعروف أن المحكمة الدستورية العليا قد جرى قضاؤها على أن يستثنى من الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي استقرت بأحكام قضائية باتة أو بمرور مدة التقادم، ولا شك أن ما وضعته المحكمة الدستورية العليا من ضوابط للحد من الأثر الرجعي هي ضوابط معقولة ولها سند قانوني، وفيها الكفاية لتحقيق الموازنة بين متطلبات الشرعية الدستورية واعتبار استقرار المراكز القانونية، خاصة أن مدة التقادم في كثير من الأمور هي سنة أو ثلاث سنوات.

وحقيقة الامر أن القرار بقانون – هكذا يقول أصحاب هذا الاتجاه الرافض للتعديل – لم يكن إلا محاولة لتقليص دور المحكمة الدستورية العليا والحد من آثار أحكامها وذلك على أثر السياسة الإيجابية التي انتهجتها المحكمة، ونشاطها المتزايد في السنوات العشر السابقة على صدور هذا

---

(١) د. عاطف البنا، المقال السابق بجريدة الوفد، بتاريخ ١٩٩٨/٧/١٦.

القرار بقانون، جسدته المحكمة في مجموعة متواصلة من الأحكام شملت مختلف المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وتميزت بالجرأة البالغة في تحقيق حماية غير مسبوقة لحقوق الأفراد وحرياتهم في مواجهة نشاط تشريعي متزايد لا يتاح له القدر الضروري من التأمل والتأني والاحتياط لحقوق الأفراد الذين يمسهم ذلك النشاط وهو الأمر الذي لم تقبله الحكومة ومن خلفها السلطة التشريعية بعين الارتياح وارتأت فيه أنه يمثل تجاوزًا من المحكمة لحدود وظيفتها، فعمدت إلى الحد من نشاط المحكمة وتقليص دورها، وذلك من خلال القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨[١].

٢- التعديل يعتبر تدخلاً في القضايا وشئون العدالة:

ينص الدستور على أنه ".... لا يجوز لأي سلطة التدخل في القضايا أو في شؤون العدالة". ومن هنا، فإذا كان للمشرع أن ينظم القضاء ويبين اختصاصاته، إلا أنه ممنوع دستوريًا من التدخل في القضايا المعروضة للتأثير في أحكام القضاء والالتفاف حول أحكامه، وهذا التدخل والالتفاف هو ما فعله التعديل، واعترفت به مذكرته الإيضاحية وذلك عندما بررت التعديل "... بوجود دعاوى معروضة الآن بالفعل على المحكمة ويخشى من الحكم فيها بعدم الدستورية لأهمية أثرها على مالية الدولة ولخطورتها الأخرى...".

٣- الإخلال بمبدأ المساواة:

أن استثناء النصوص الضريبية التي يحكم بعدم دستوريتها دون سائر القوانين، وذلك – بأعمال الأثر المباشر – دون سريانها على الماضي، إنما

---

(١) د. أحمد كمال أبو المجد، المقال السابق بجريدة الأهرام في ١٩٩٨/٨/١٨.

هي تفرقة لا مبرر لها، وتتنافى مع الدستور، الذي يقرر قيام النظام الضريبي على العدالة الاجتماعية، وليس من العدالة استثناء الأحكام التي تصدر بعدم دستورية نص ضريبي من أي أثر بالنسبة للماضي، وهو ما يعني حرمان الممول الذي قام بسداد مبالغ ضريبة دون وجه حق – أي بناء على نص قانوني معدوم – من استرداد تلك المبالغ. بل إن استثناء المدعي في الدعوى من الأثر الفوري والمباشر للحكم بعدم دستورية نص ضريبي دون غيره من الممولين الذين طعنوا على النص بعدم الدستورية ولم تنظر دعواهم، أو من لم يطعنوا من الأساس، وذلك بسريان أثر الحكم بالنسبة لهم بأثر رجعي أمر يتعارض مع مبدأ المساواة، فليس من العدالة أن تكون هناك مفارقة بين الممول الثري الذي في استطاعته المبادرة بالاستعانة بكبار المحامين للدفع بعدم الدستورية على النص الضريبي الذي فرضت الضريبة بناء عليه، فيستفيد من الحكم بعدم الدستورية ويسترد أمواله التي سبق أن سددا، بينما يحرم من هذا الحق باقي الأفراد[١].

٤- التعديل يشكل اعتداء على الملكية الخاصة ومصادرة لها:

حيث ينص الدستور على حظر المصادرة العامة للأموال، وأن المصادرة الجزئية لا تكون إلا بحكم قضائي[٢]، ولا تنتزع الملكية إلا للمنفعة

---

(١) راجع في عرض أسانيد الاتجاه المعارض للتعيدل تفصيلاً: د. أحمد عبد الفتاح عبد الحسيب السنتريسي، الأثر الرجعي في القضاءين الإداري والدستوري، المرجع السابق، ص٩٨٨ وما بعدها.

(٢) كانت المادة (٣٤) من دستور ١٩٧١، الذي صدر التعديل في ظله تنص على أن "الملكية الخاصة مصونة، ولا يجوز فرض الحرابسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقًا للقانون وحق الإرث مكفول". =

العامة ومقابل تعويض عادل، ولما كان ذلك، وكان التعديل بنصه على أن "الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر؛ فإن مفاد هذا النص هو عدم رد المبالغ التي يكون قد دفعوها في الماضي بناء على النص الضريبي الذي قضى بعدم دستوريته، مما يشكل عدوانًا على الملكية الخاصة ومصادرة لها بالمخالفة لأحكام الدستور، وإخلالاً بالثقة الواجبة، ثقة الممولين والمستثمرين مصريين وأجانب[1]. إذ تتمكن الدولة من فرض جبايات بالمخالفة للدستور، وتثبت المخالفة بحكم من المحكمة الدستورية العليا دون أن يتمكنوا من استرداد أموالهم[2].

كما أن استثناء المدعي من الأثر الفوري للحكم الصادر بعدم دستورية نص ضريبي معناه معاقبة المواطنين الملتزمين الذيين سارعوا إلى دفع الضريبة ووضعهم في مركز أسوأ ممن تقاعسوا في سدادها، إذ مؤداه أن من دفعوا الضريبة طوعًا قبل صدور الحكم يحرمون من حقهم في استردادها لأنهم آثروا الطاعة وزهدوا في مقاضاة المشرع والالتجاء إلى المحكمة الدستورية العليا، بينما المدعي الذي لجأ لمقاضاة المشرع يستفيد من الحكم ويسترد أمواله التي يكون قد دفعها، كما أن من شأن هذه التفرقة

=وتنص المادة (٣٥) من دستور ٢٠١٤، على أن "الملكية الخاصة مصونة، وحق الإرث فيها مكفول، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون، وبحكم قضائي، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل يدفع مقدمًا وفقًا للقانون".

(١) انظر: د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠٠٠، ص٦٦٠-٦٦١.

(٢) د. علي فاضل حسن: مقال بعنوان "الأثر الرجعي"، منشور بجريدة الأهرام بتاريخ ١٩٩٨/٨/١٠م.

أن تغري دافعي الضريبة بالالتجاء إلى القضاء طعنًا في القانون المنشئ لتلك الضريبة حتى يستفيدوا من الحكم الصادر بعدم الدستورية[1].

٥- التعديل يذهب إلى تسييس دور المحكمة:

استهدف التعديل – حسبما أشارت المذكرة الإيضاحية له – تخويل المحكمة الدستورية العليا سلطة تقدير تاريخ آخر خروجًا على القاعدة العامة لإعمال أثر حكمها أي تحديد تاريخ إعمال أثر الحكم بعدم الدستورية، وذلك في ضوء الظروف الخاصة التي تتصل ببعض الدعاوى بمراعاة العناصر المحيطة بها وقدر الخطورة التي تلازمها، وهو ما يعني تسييس دور المحكمة، بحيث لا تقتصر مهمتها على إجراء محاكمة قانونية للنص فترده إلى نصوص الدستور لمعرفة مدى اتفاقه مع الدستور من عدمه، وإنما مطلوب منها – حسب التعديل – ممارسة عمل أقرب إلى الأعمال التشريعية أو السياسية منه إلى الأحكام القضائية، بوزن وتقدير الملاءمات والظروف ومدى الخطورة التي تحيط بكل قضية على حدة، وهو الأمر الذي قد يؤدي إلى فقدان الثقة في أحكامها، لعدم وجود معايير موضوعية منضبطة تحكم على أساسها في كل حالة على حدة، مع الأخذ في الاعتبار احتمال تعرضها لضغوطات من السلطتين التنفيذية والتشريعية أثناء ممارسة سلطة التقدير الممنوحة لها بموجب التعديل[2].

---

(١) د. أحمد كمال أبو المجد، مستقبل القضاء الدستوري في مصر، المقال السابق بجريدة الأهرام، بتاريخ ١٩٩٨/٨/١١م وقريب منه: المستشار جميل قلدس، تعديل المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا يحتاج مناقشة، مقال منشور بجريدة الأهرام بتاريخ ١٩٩٨/٨/١٤م.

(٢) راجع في ذلك تفصيلاً: د. أشرف تامر محمد علي، الدور السياسي للقضاء لدستوري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠١١، ص٢٣٤. =

٦- التعديل يخالف مبدأ المشروعية وخضوع الدولة للقانون:

فالدستور المصري – دستور ١٩٧١-، ينص في المادة ٦٤ منه، على أن ".... سيادة القانون أساس الحكم في الدولة" وتنص المادة ٦٥ منه، على أن "تخضع الدولة للقانون"(١).

وخضوع الدولة للقانون مؤداه – طبقًا لما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا – ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدولة الديمقراطية مفترضًا أوليًا لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة(٢).

والتعديل الحالي بنصه على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر بالنسبة للكافة – باستثناء المدعي – معناه الإبقاء على ما استولت عليه الدولة من ضرائب – من الممولين – بدون وجه حق على الرغم من تحصيل هذه الضرائب استنادًا لتشريع ضريبي مخالف للدستور بما يخالف مبدأ خضوع الدولة للقانون المتمثل في عدم إخلال تشريعاتها بحقوق المواطنين وحرياتهم. فالدولة القانونية لا يصح

= – د. جميل قلدس، المقال السابق المنشور في جريدة الأهرام بتاريخ ١٩٩٨/٨/١٤م.

(١) تنص المادة (٩٤) من دستور ٢٠١٤ على أن "سيادة القانون أساس الحكم في الدولة، وتخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء وحصانته، وحيدته ضمانات أساسية لحماية الحقوق والحريات".

(٢) راجع في هذا الصدد أحكام المحكمة الدستورية العليا: حكمها في القضية رقم (٨) لسنة ١٦ق بجلسة ٥ من أغسطس ١٩٩٥، مجموعة الأحكام، الجزء السابع، ص١٣٩، وحكمها في القضية الدستورية رقم ١٥ لسنة ١٧ق، بجلسة ٣ ديسمبر ١٩٩٥، مجموعة الأحكام – الجزء السابع، ص٣١٦، وحكمها في القضية الدستورية رقم ٤٩ لسنة ١٧ق، بجلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦، مجموعة الأحكام – الجزء السابع، ص٧٣٩.

أن تمتنع عن رد ما أخذ من الأفراد استنادًا إلى تشريع مخالف للدستور، وسلامة هذه الدولة تتحقق في رد هذه الأموال لا في عدم ردها. وإذا كان نزع الملكية "المشروع" للمنفعة العامة لا يجوز أن يتم طبقًا للمادة ٣٤ من الدستور – دستور ١٩٧١–[١]، وطبقًا للقانون إلا بمقابل تعويض، بل لا يجوز الاستيلاء المؤقت والمشروع على المال الخاص للمنفعة العامة إلا مقابل تعويض أيضًا، فكيف يسوغ القول بعدم جواز رد الأموال المنزوعة ملكيتها من الأفراد على وجه غير مشروع نتيجة صدور تشريعات ضريبية مخالفة للدستور بما يخالف مبدأ خضوع الدولة للقانون[٢].

والبين من العرض السابق لرأي الفقه المعارض – والمتحفظ أحيانًا – على تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا، أن أوجه هذا الاعتراض انصبت بصفة أساسية على شبهات دستورية شكلية وموضوعية، إضافة إلى حجج عملية انصبت بصفة أساسية على أن نص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) قبل تعديله كان أكثر وضوحًا وواقعية، ولم يكن يقف ضد استقرار الحقوق والمراكز القانونية المكتسبة، فقد قام قضاء المحكمة قبل التعديل على محاور واضحة تمثلت في سريان الحكم بأثر رجعي كقاعدة عامة، باستثناء الحقوق والمراكز التي استقرت بموجب حكم قضائي حاز قوة الأمر المقضي – وصفته المحكمة بعد ذلك بالحكم البات – أو تلك التي استقرت

---

(١) تنص المادة (٣٥) من دستور ٢٠١٤، على أن "الملكية الخاصة مصونة، وحق الإرث فيها مكفول، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون، وبحكم قضائي، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل يدفع مقدمًا وفقًا للقانون".

(٢) د. أحمد كمال أبو المجد، مستقبل القضاء الدستوري في مصر، المقال السابق بجريدة الأهرام بتاريخ ١٩٩٨/٨/١٩.

بموجب انقضاء مدة تقادم، مع خضوع الأحكام الصادرة في المسائل الجنائية لحكم خاص مفاده أن الحكم بعدم دستورية نص جنائي يترتب عليه اعتبار الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادًا لهذا النص كأن لم تكن ولو كانت أحكام باتة... وهذا الاستنتاج تم التعرض له بالتفصيل فيما سبق،

ويبقى هنا أمر بالغ الأهمية في موقف الفقه المعارض للتعديل، وهو الشبهات الدستورية التي أثارها الفقه عقب صدور هذا التعديل بموجب القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، وهي شبهات شكلية وموضوعية، والتي تمثلت بصفة أساسية في الآتي:

- الأداة التي صدر بها التعديل (قرار بقانون).
- مدى توافر حالة الضرورة لاستعمال هذه السلطة الاستثنائية من جانب رئيس الجمهورية استنادًا للمادة ١٤٧ من دستور ١٩٧١.
- عدم عرض التعديل على مجلس الشورى عملاً بأحكام المادة ٩٥ من دستور ١٩٧١.
- إخلال التعديل بمبدأ المساواة.
- اعتداء التعديل على حق الملكية، ومصادرة الأموال الخاصة بالمخالفة لأحكام الدستور.
- عدم جواز تفويض المشرع اختصاصه للمحكمة الدستورية العليا.

وقد أتيحت الفرصة للمحكمة الدستورية العليا، في أن تقول كلمتها في هذه الشبهات، وذلك بموجب حكمها الصادر في ٧ يوليو ٢٠٠٢، الموافق ٢٩ من ربيع الآخر سنة ١٤١٣هـ[١].

ولأهمية الوقوف على الجوانب الدستورية للقرار بقانون محل الرأي، أخصص له المبحث التالي.

(١) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في ٢٠٠٢/٧/٧، الجريدة الرسمية ٢٠٠٢/٧/١٨، العدد ٢٢ (تابع ب).

المبحث الرابع

مدى دستورية القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨

للوقوف على مدى دستورية القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، فإني أبدأ بحثي في هذه النقطة بالتسليم التام بحجية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا، التزامًا بما سطره قانون المحكمة في الفقرة الأولى من المادة (٤٩) منه، من أن "أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة"، ما مفاده أنه مع صدور حكم للمحكمة بعدم الدستورية أو بالرفض وإقرار قرينة الدستورية للنص المطعون فيه، فإن الكافة تلتزم بهذا الحكم ولم يعد القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨م محل طعن بعدم دستوريته بعدما أعلنت المحكمة الدستورية العليا كلمتها المؤيدة لدستورية هذا القرار بقانون، وأي دفع بعدم الدستورية عليه سيكون مآله إلى عدم القبول لسبق الفصل في مسألة الدستورية خاصة إذا ما استند الطعن إلى دستور ١٩٧١، الذي صدر القرار في ظله، ولما كان الأمر كذلك، فإن تناولي لمسألة مدى دستورية القرار بقانون، هي مسألة فقهية اجتهادية أحاول من خلالها، بحث الجوانب الدستورية المتعلقة بالقرارات بقوانين التي تصدر استنادًا للمادة (١٤٧) من دستور ١٩٧١، وكذلك مدى دستوريتها في ظل العمل بالدستور الحالي الصادر في ٢٠١٤، انطلاقًا من أن النص القانوني الذي صدر في ظل دستور ما يجب أن يكون متوافقًا مع أحكام هذا الدستور، ومع أحكام أي تعديل دستوري يطرأ بعد ذلك، أو دستور جديد، وذلك من الناحية الموضوعية، طالما استمر العمل بهذا النص في ظل الدستور الجديد. أما الجانب الشكلي فمن المعلوم، وعلى

نحو ما ذهب الفقه، واستقرت عليه أحكام المحكمة الدستورية العليا، فإن التشريع يخضع من الناحية الشكلية لأحكام الدستور الذي صدر في ظله[1].

والوقوف على مدى دستورية قرار التعديل لقانون المحكمة الدستورية العليا، نقسم هذا المبحث إلى عدة مطالب:

المطلب الأول: المناعي المتعلقة بعدم توافر شروط إعمال المادة ١٤٧ من دستور ١٩٧١.

المطلب الثاني: المناعي المتعلقة بعدم العرض على مجلس الشورى.

المطلب الثالث: الإخلال بمبدأ المساواة والعدالة الاجتماعية.

(١) راجع في ذلك تفصيلاً: د. عبد العظيم عبد السلام، الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دون سنة أو دار نشر، ص٢٩٨.

المطلب الأول

المناعي المتعلقة بعدم توافر شروط إعمال المادة ١٤٧ من دستور ١٩٧١[١]

جاءت المادة ١٤٧ من دستور ١٩٧١، لتعالج حالة الفراغ التشريعي في حالة غياب البرلمان، إذا حدث ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير وهذه التدابير العاجلة تتطلب تدخل تشريعي لعدم كفاية التشريعات السارية لمواجهتها وذلك لأنه إذا كان الأصل أن سلطة التشريع بيد السلطة التشريعية الممثلة في مجلس الشعب في ظل دستور ١٩٧١[٢]، ومجلس النواب في ظل الدستور الحالي الصادر في ٢٠١٤[٣]، وذلك عملاً بمبدأ الفصل بين السلطات، إلا أن هذا الفصل يتعين أن يوازن بضرورة المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام العام في إقليمها إزاء ما قد تتعرض إليه من مخاطر أثناء فترات غياب البرلمان، فلزم من ثم وجود الأداة التي يمكن بها مواجهة تلك المخاطر والتي يمكن للسلطة التنفيذية أن

---

(١) تنص المادة (١٤٧) من دستور ١٩٧١، على أنه "إذا حدث في غيبة البرلمان ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون. ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائمًا، وتعرض في أول اجتماع في حال الحل أو وفق جلساته، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما يترتب على آثارها بوجه آخر".

(٢) تنص المادة (٨٦) من دستور ١٩٧١، على أن "يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع....".

(٣) تنص المادة (١٠١) من دستور ٢٠١٤، على أن "يتولى مجلس النواب سلطة التشريع وإقرار السياسة العامة للدولة... وذلك كله على النحو المبين بالدستور".

تستخدمها[1]، وتمثلت هذه الأداة طبقًا لأحكام المادة ١٤٧ من دستور ١٩٧١، في تصدي رئيس الجمهورية لها من خلال إصدار قرار بقانون لمواجهة التدابير العاجلة التي لا تحتمل التأخير لحين عودة البرلمان صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع من غيبته البرلمانية، وهو ما اصطلح على تسميتها بلوائح الضرورة[2].

وقد صدر القرار بقانون محل البحث استنادًا إلى المادة ١٤٧ من الدستور – دستور ١٩٧١– وقد نعى جمع كبير من الفقه على هذا القرار بأنه يفتقد شروط إعمال هذه المادة[3]. وذلك من أكثر من جانب، وأول هذه

---

(١) في هذا المعنى، راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية دستورية، جلسة ١٩٩٥/٤/١٨، ج٥/١ دستورية، ص٢٨.

(٢) اختلفت الدساتير في توصيف هذه الحالة بأكثر من مصطلح أو عبارة تدل عليها، فنجد مثلاً دساتير كثيرة تستخدم عبارة "ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير" كالدساتير المصرية الصادرة سنة ١٩٢٣، سنة ١٩٥٦، ١٩٧١، سنة ٢٠١٤، والدستور الكويتي، والدستور البحريني، والدستور الأردني سنة ١٩٥٢ بموجب تعديل عام ١٩٥٨ على أثر الوحدة مع العراق، أو وصفها "بأمر عاجل" كما نُص عليها البند (١) من المادة ١٠٩ من دستور جمهورية السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥.

وهناك من الدساتير ما يعبر عنها بمصطلح "الضرورة القصوى" كالدستور السوري لعام ٢٠١٢، أو الاكتفاء بلفظة "الضرورة" كما في دستور مصر الصادر بعد قيام الوحدة مع سوريا سنة ١٩٥٨ في المادة (٥٣) منه.

راجع في ذلك تفصيلاً: المستشار محمد بن أحمد آل بن علي، المراسيم بقوانين (لوائح الضرورة)، مؤسسة الأيام للنشر، المنامة، مملكة البحرين، ٢٠٠٤، ص٦٣ وما بعدها.

(٣) لقد تم إدخال تعديل على هذه الصلاحية الدستورية لرئيس الجمهورية بموجب إضافة فقرة ثابتة للمادة (٣٨) من الدستور المذكور، بموجب التعديل الذي أجرى عام ٢٠٠٧، إذ استلزمت الفقرة المضافة موافقة مجلس الوزراء على استعمال سلطته المقررة في المادة (١٤٧) من الدستور،=

المناعي، أن محل القرار غير جائز تنظيمه بقرار بقانون، وثانيها: عدم توافر حالة الضرورة المبررة لاستعمال هذه السلطة الاستثنائية، إضافة إلى عدم عرض القرار بقانون على مجلس الشعب في الموعد المحدد دستوريًا.

ولما كان ما سبق، فقد ارتأيت أن أناقش هذه المناعي في ضوء النصوص الحاكمة، وآراء الفقه، وما انتهجته المحكمة الدستورية العليا ذاتها في قضائها، وذلك في ثلاثة فروع، أتناول في الأول: الأداة التي صدر بها التعديل. وفي الثاني: افتقاد القرار بقانون لشرط الضرورة، وفي الثالث: توقيت العرض على مجلس الشعب، وذلك على نحو ما يلي:

=وتنص الفقرة الثانية من المادة (٣٨) المضافة "ويمارس رئيس الجمهورية الاختصاصات المنصوص عليها في المواد (١٤٤، ١٤٥، ١٤٦، ١٤٧) بعد موافقة مجلس الوزراء....".

ويرى بعض الفقه أن "استلزام موافقة مجلس الوزراء قد يجد مبرره بأن ممارسة رئيس الجمهورة لوظيفة التشريع لمواجهة حالة جانب كبير من الأهمية والخطورة يتحمله رئيس الجمهورية أمام السلطة التشريعية وأمام الرأي العام"، وبالتالي فإن الموافقة تعد بمثابة ضمانة تحول دون إساءة استعمال المادة (١٤٧) من الدستور.

راجع في ذلك: د. عاصم رمضان مرسي، الحريات العامة في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص٣٦٣.

ومن الجدير بالذكر أن القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ قد صدر قبل هذا التعديل، وبالتالي فإن مسألة الحصول على موافقة مجلس الوزراء بشأنه غير واردة، باعتبار أن تلك الموافقة إجراء لم يكن متطلبًا وقت صدور القرار، وبالتالي يخضع للمادة ١٤٧ من الدستور قبل هذا التعديل الذي أجري في عام ٢٠٠٧ –

الفرع الأول

الأداة التي صدر بها التعديل

صوب بعض الفقه سهام النقد حول هذا التعديل، لقانون المحكمة الدستورية العليا، ذلك أن قانون المحكمة الدستورية من الموضوعات التي أوكل المشرع الدستوري أمر تنظيمه إلى المشرع العادي مما كان يجب أن يكون إجراء أي تعديل لهذا القانون، يتم من جانب السلطة التشريعية، وأي تدخل من جانب السلطة التنفيذية في أمور تتعلق بشئون القضاء؛ يعد تدخلاً في شئون العدالة، فالمشرع الدستوري حرص كل الحرص على التأكيد على مبدأ استقلال القضاء وعدم التدخل في شؤون العدالة أو القضايا، فتنص المادة ١٦٦ من الدستور – دستور ١٩٧١– على أن "القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأي سلطة التدخل في شؤون القضايا أو في شؤون العدالة"[(١)]، وتنص المادة ١٦٧ من ذات الدستور، على أن "يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها..."، ونصت المادة ١٧٨ على أن ".... وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار"[(٢)]. وهذه المسائل يطلق عليها النطاق المحجوز للمشرع دستوريًا والمشرع من وجهة نظر الرأي المعارض للتعديل

---

(١) اعتبر دستوري ٢٠١٤، التدخل في شؤون العدالة أو القضايا، جريمة لا تسقط بالتقادم، وذلك عندما نصت هذه المادة، على أن "السلطة القضائية مستقلة، تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقًا للقانون، وبين القانون صلاحيتها والتدخل في شؤون العدالة أو القضايا، جريمة لا تسقط بالتقادم".

(٢) يقابل هذا النص، نص المادة (١٩٥) من دستور ٢٠١٤، والتي نصت في عجزها، على "... وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار".

هو البرلمان – مجلس الشعب آنذاك– وليس لغيره أن يتدخل في هذا النطاق، وينظم ما خصه المشرع الدستوري للمشرع العادي بقرارات لها قوة القانون استنادًا إلى نص المادة (١٤٧) من الدستور. وهذه مسألة شائكة اختلف فيها الفقه، كما كان للقضاء الدستوري اتجاه واضح في هذا الشأن، أما الفقه فقد انقسم على رأيين:

الرأي الأول: ويذهب أصحاب هذا الرأي – وهم الغالبية من الفقه[١]– إلى أن تشريعات الضرورة تمتلك القدرة على التدخل في كل المجالات سواء تلك التي يجوز تنظيمها بتشريعات لائحية، أو تلك التي نص المشرع الدستوري على أن يكون تنظيمها بقانون؛ فتقوم بتنظيم كل ما يمكن أن ينظمه القانون الصادر عن السلطة التشريعية، غير أنها لا تملك أن تتجاوز هذا المجال بتناول مسائل بالتنظيم لا يمكن أن يتناولها التشريع البرلماني ذاته، وذلك للأسباب الآتية:

(أ) أن نص المادة (١٤٧) من الدستور – دستور ١٩٧١–، قد جاء عامًا فيما تضمنه من النص على أنه "إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير..."، والتدابير التي لا تحتمل التأخير لا يمكن قصرها على غير الموضوعات المحجوزة للمشرع بموجب الدستور، خصوصًا وأن البرلمان غير منعقد حتى يكون هناك مجال للحديث عن النطاق المحجوز له دستوريًا.

---

(١) راجع في شرح ذلك: د. سليمان الطماوي – رحمه الله – النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، ١٩٧٨، ص٥٠١، د. بدرية جاسر صالح، التشريع الحكومي في الكويت، حالاته – قيوده، خضوعه لرقابة المحكمة الدستورية، مجلة الحقوق – جامعة الكويت، السنة التاسعة عشر، العدد الثاني، يونيو ١٩٩٥، ص٤١.

(ب) إن إقرار المشرع الدستوري لتشريعات الضرورة أتى من منطلق مواجهة الظروف الطارئة التي تحدث في غيبة البرلمان، ومن غير المنطقي أن تقف السلطة التنفيذية عاجزة عن مواجهة ما يستجد من تداعيات تتطلب إجراءات سريعة لمواجهتها، على سند من القول أن مضمون هذه التداعيات يدخل في النطاق المحجوز للمشرع، وبالتالي لا يجوز مواجهتها بتشريعات الضرورة التي تصدر استنادًا إلى نص المادة ١٤٧ من الدستور.

(ج) إن المشرع حينما يتطلب ضرورة معالجة موضوعات معينة بمقتضى قانون، يفترض الوضع العادي للأمور، وحيث يكون البرلمان قائمًا يباشر وظيفته التشريعية، وباعتباره صاحب الولاية العامة في أمور التشريع، فالدستور يكون قد قدر في هذه الحالة – نظرًا لأهمية الموضوعات – أن يقوم البرلمان بنفسه بالتشريع فيها، ومنعه وفي نفس الوقت، من تفويض غيره في الموضوعات المحجوزة له[١].

(د) إن من قواعد تفسير النصوص – وخاصة الدستورية– ألا يتم تفسير نص بمعزل عن النصوص الأخرى، فالنصوص الدستورية تمثل وحدة متكاملة، والمفترض أن تتكامل تلك النصوص ولا تتعارض، وهذا الأمر يدعونا إلى الربط بين نص المادة (١٤٧) من الدستور – دستور ١٩٧١– المنظمة للقرارات بقوانين التي تصدر في فترة غياب البرلمان استنادا لحالة الضرورة، ونصوص المواد الدستورية التي أشارت إلى الموضوعات التي يكون تنظيمها بقانون، فهذه النصوص تحذر المشرع من أن يتنازل عن اختصاصه بالتشريع في هذه المجالات، وإلا عد تنازله عن ذلك خرقا منه

(١) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، المرجع السابق، ص٤٥.

لنصوص الدستور، وفي نفس الوقت يحظر على السلطة التنفيذية التدخل في تنظيم هذه المجالات بتشريعات لائحية، وإلا عد تصرفها مناقضا للدستور، وتعديا على اختصاص سلطة أخرى ، وما سبق يلزم السلطتين التشريعية والتنفيذية التقيد به احتراما لمبدأ الفصل بين السلطات الذي أكده الدستور.

وهذا التقييد كما أرى – يكون حال وجود السلطتين فعليا، وعدم وجود عارض قانوني يحول بين أي منهما وبين ممارسة اختصاصه، وهذا ما لا يتحقق توافره في فترة غياب السلطة التشريعية ، مما يعطي للسلطة التنفيذية الحق، في حالة الضرورة التي تتطلب اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، بأن تتدخل وتصدر قرارات بقوانين لمواجهة هذه التدابير، حتى ولو كان مجال إصدارها يتناول بالتنظيم الموضوعات المحجوزة للمشرع دستورياً، والقول بغير ذلك يفرغ سلطة إصدار تشريعات الضرورة من مضمونها، ويتنافي مع الغاية من إقرارها دستوريا، والمتمثلة بالدرجة الأولى في الحفاظ على الدولة، ومواجهة التدابير العاجلة.

وقد انتصرت المحكمة الدستورية العليا لهذا الاتجاه الفقهي، وفي ذلك تذكر "إن الدستور – دستور ١٩٧١ – بعد أن نص في المادة (١٦٥) على أن السلطة القضائية مستقلة تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، قرنها بالمادة (١٦٧) التي تفوض المشرع في تحديد الشروط التي يعين أو ينقل على ضوئها من يباشرون الوظيفة القضائية ويتولون شؤونها ؛ وكان من المقرر أن كل ما يتصل بشروط خدمتهم ، بما في ذلك مرتباتهم ومعاشاتهم وسن تقاعدهم وعدم قابليتهم للعزل ، ضمانة أساسية لا يستقيم

عملهم بدونها ، ويكفلها الدستور أو القانون أو هما معا. متى كان ذلك، وكان قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جري على أن القرارات بقوانين التي تصدر عن رئيس الجمهورية، إعمالا لسلطته الدستورية المنصوص عليها في المادتين (١٤٧) ، (١٠٨) من الدستور. لها بصريح لفظها قوة القانون، وإنها بذلك يجوز أن تتناول بالتنظيم كل المسائل التي عهد الدستور إلى المشرع بتنظيمها بقانون ، فإن القواعد التي عدل بها القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ – آنف البيان – سن التقاعد للقضاة – ومن في حكمهم – من خلال زيادتها لأربع وستين عاما لا تنال من استقلال السلطة القضائية ولا تمثل تدخلا في شئونها، بالقدر وفي الحدود – التي تقوم فيها هذه القواعد على أسس موضوعية لها معينها [١].

وتذكر ذات المحكمة في حكم آخر أن "... القرارات بقوانين التي تصدر عن رئيس الجمهورية إعمالاً لسلطته المعمول بها في المادتين ١٠٨، ١٤٧ من دستور ١٩٧١. لها بصريح نصها قوة القانون ، ومن ثم فإنها تتناول بالتنظيم كل ما يتناوله القانون بما في ذلك المسائل التي نص الدستور على أن يكون تنظيمها بقانون أو وفقاً لأحكام القانون[٢].

الرأي الثاني: ويذهب بعض الفقهاء إلى أن تشريعات الضرورة التي تصدر في غيبة البرلمان، وإن كان لها قوة القانون، فإنها لا تمتد إلى

---

(١) المحكمة الدستورية العليا القضية رقم ١٤ لسنة ١٧ قضائية "دستورية"، بجلسة ١٩٩٥/٩/٢، ج٧ "دستورية".

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ في القضية رقم ٣٧ لسنة ١١ قضائية (دستورية) مجموعة أحكام المحكمة الدستورية، الجزء الخامس، المجلد الثاني، ص١٨٣.

الموضوعات المحتجزة للمشرع والتي يتطلب الدستور تنظيمها بقانون ذهب إلى هذا العلامة عبد الرازق السنهوري –رحمه الله– في معرض تعرضه لنص المادة (٤١) من دستور ١٩٣٠ المصري – المقابلة للمادة ١٤٧ محل الرأي– حيث ذهب سيادته إلى أنه إذا أوجب الدستور على المشرع أن ينظم أمراً ما بموجب قانون، فلا يجوز، والحالة هكذا أن يتم تناول أو تنظيم هذا الموضوع بموجب مرسوم بقانون، وإلا كان هذا التصرف مخالفا للدستور مشوبا بعيب في الاختصاص، ويكون منطويا على انحراف في استعمال السلطة التشريعية[١].

ويقول أنصار هذا الرأي: أن امتداد سلطة إصدار قرارات لها قوة القانون إلى المجال المحتجز للقانون ينفى كل معنى لتخصيص الدستور للقانون مجالا معينا يضم مجموعة من المسائل لا يصح تنظيمها إلا بواسطة البرلمان ووفقا للإجراءات التشريعية العادية وصدور هذا النوع من اللوائح بشأن هذه المسائل يعني صدورها بالمخالفة لأحكام الدستور[٢].

كما أنه لا يجوز للوائح الضرورة شأنها في ذلك شأن اللوائح التفويضية ، التدخل في المسائل المحجوزة للقانون بمقتضي الدستور، وذلك لأن هذه المسائل يصعب أن يقوم بشأنها عذر الظروف الاستثنائية ، إذا كيف يمكن مثلا التذرع بهذه الظروف لتنظيم مباشرة الحقوق السياسية ، أو

---

(١) د. عبد الرازق أحمد السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة المصري في ثلاثين عام، ١٩٥٠–١٩٨٠، ص٤٥.

(٢) راجع في هذا الشأن: د. محمود سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص١٠٠، د. حسن راشد جرانة، الأوامر التنظيمية، وسلطة إصدارها في مصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٤٥، ص١١٥ (مشار إليه لدى: د. محمود سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص١٠٠–١٠١).

تنظيم مرفق القضاء ، وعموما لا يمكن للوائح الضرورة أن تخالف الدستور ذاته لأن هذا الأخير هو الذي ينظم إصدار هذه اللوائح ويضع الضوابط الخاصة بها، وبالتالي فإن صدورها بالمخالفة لهذه الضوابط يجعلها قواهد غير دستورية يجب استبعادها من التطبيق، والقول بغير ذلك معناه أن تصبح لوائح الضرورة سلطة تعسفية ومطلقة في يد رئيس الدولة[١].

وعندي أن الرأي الأول هو الأقرب إلى العلة من تشريعات الضرورة التي تعالجها المادة (١٤٧) من دستور ١٩٧١ – وهذا ما أكده القضاء الدستوري السالف الإشارة إليه – ولا أتفق مع ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني من أن القول بغير ذلك يعني أنه ليس هناك من مبرر او حكمه في أن يتضمن الدستور هذه المواد العديدة التي تنص على احتجاز تلك الموضوعات للقانون .... [٢]. فالعلة من احتجاز مسائل بعينها ليتم تنظيمها بقوانين صادرة عن البرلمان تظل موجودة ، رغم تنظيم لوائح الضرورة بواسطة الدستور، لأن البرلمان يمارس اختصاصه التشريعي في الأوقات العادية وفقا للإجراءات التشريعية الاعتيادية بالنسبة للمسائل التي احتجزها له الدستور، أما في الأوقات التي تتطلب اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير – في غيبة –البرلمان فلا يمكن قبول ابتعاد لوائح الضرورة عن تناول المسائل الداخلة في نطاق المجال المحتجز للقانون والتي لا يمكن مواجهة الظرف الاستثنائي الا من خلال لوائح ضرورة تصدر في شأنها[٣].

---

(١) د. محمود أبو السعود، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في الظروف الاستثنائية، دار الثقافة العربية، ١٩٩٠، ص١٠١٠.

(٢) د. محمود سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص١٠١.

(٣) د. عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٢٦٤.

على أن مصير هذه اللوائح في يد البرلمان نفسه، حيث يتطلب الدستور وجوب عرض هذه اللوائح على البرلمان في خلال مدة محددة، فقد يري البرلمان أن هذه اللوائح جاءت متفقة وأحكام الدستور وبهدف المصلحة العامة فيصدق عليها وتأخذ شكل القوانين وتتحصن من الطعن فيها أمام القضاء الإداري، أو يتبين أنها خالفت ذلك فيرفضها ويزيل عنها ما كان لها من قوة القانون(١).

كما أن لوائح الضرورة إذ تملك قوة القانون تستطيع تنظيم أي مسألة أو موضوع من المسائل والموضوعات التي تتناولها القوانين ، وهذا حتى تلك التي نص الدستور على ضرورة صدور قانون بشأنها(٢).

وخلاصة ما سبق أن تشريعات الضرورة (القرارات بقوانين) التي تصدر في غيبة البرلمان يمتد نطاق تطبيقها للمجالات التي نص الدستور على صدور قانون فيها ، ولا يستثني من ذلك حسبما ذهب اتجاه في الفقه التي تطلب الدستور أغلبية خاصة لإصدارها كما هو الحال في القوانين ذات الأثر الرجعي(٣).

---

(١) للمزيد حول هذا الاتجاه، راجع: د. أحمد سلامة بدر، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص٤٢٤.

(٢) د. محمود حافظ، القرار الإداري، ١٩٧٥ ص٢٦٠ (مشار إليه لدى د. فتحي فكري الوجيز في القانون البرلماني)، ٢٠٠٦، ص٤٥٣.

(٣) راجع في ذلك: د. فتحي فكري، المرجع السابق ص٤٥٣، د. مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري فقهًا وقضاء، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٩٦، ص٤٥٣، د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص٦٧٢-٦٧٣.

ولما كان ما سبق، فما أراه هنا، أنه لا حجة للنعي على القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، بشبهة عدم الدستورية، على سندٍ من القول أنه تناول بالتنظيم اختصاص محجوز للمشرع العادي، وذلك للأسباب والأسانيد السابق الإشارة إليها.

الفرع الثاني

عدم توافر حالة الضرورة

نُعي القرار بقانون محل البحث، بأنه صدر عقب فض دور الانعقاد بأيام ولم يحدث من تاريخ إنهاء اجتماعات البرلمان إلى صدوره ما يوفر شرط الضرورة المتطلب لاستعمال رئيس الجمهورية سلطته المقررة بموجب المادة ١٤٧ من الدستور الساري آنذاك – دستور ١٩٧١– المستند القرار في وجوده إليها.

وما ورد في المذكرة الإيضاحية[١] للقرار بقانون من إشارة إلى كثرة المنازعات الضريبية المعروضة على المحكمة الدستورية والخشية من إصدار أحكام فيها خلال فترة العطلة البرلمانية، غير مقنع ومردود عليه، فقد أشار جانب فقهي إلى أنه "لم يحدث بعد فض دورة المجلس منذ أيام ما يوجب الإسراع إلى اتخاذ هذا التدبير ولا يجدي التذرع بالمذكرة الإيضاحية بأن كثيرًا من الدعاوى المعروضة الآن على المحكمة تتعلق بنصوص ضريبية من مقتضى إبطال المحكمة لها بأثر رجعي أن ترد حصيلتها إلى

(١) نشرت المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون المذكور في الجريدة الرسمية العدد ٢٨ مكرر (ب) في ١٢ يوليو ١٩٩٨.

دافعيها، وأن بعض الدعاوى الأخرى المطروحة عليها تثير خطورة إذا ما أبطلت بأثر رجعي... ولا يجدي هذا القول فدورة المجلس كانت قائمة حتى أيام وكان يمكن تقديم مشروع قانون إليه، والظروف التي أشارت إليها المذكرة الإيضاحية لم تستجد بعد فض الدورة، فهي معروفة ناهيك عن إمكان دعوة المجلس لدور انعقاد غير عادي، فالضرورة إذن غير قائمة[1].

وقد أتيح للمحكمة الدستورية العليا، أن ترد على هذه المناعي المتعلقة بعدم توافر حالة ضرورة تبرر إصدار هذا التعديل استنادًا للمادة ١٤٧ من دستور ١٩٧١ – وذلك في حكمها الصادر في ٧ يوليو ٢٠٠٢، المتعلق بالطعن بعدم دستورية القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨[2].

وكان من المناعي التي سطرها الطاعن في طعنه، هو عدم توافر حالة ضرورة تبرر إصدار هذا القرار بقانون، وهو الأمر الذي رفضته

---

(١) د. عاطف البنا، المشروعية الدستورية وأساس سلطة الحكم، المقال السابق بجريدة الوفد، عدد ١٩٩٨/٧/١٦.

وفي تأييد انتفاء الضرورة، انظر على سبيل المثال: د. شوقي السيد، حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا، شكلاً ومضمونًا، جريدة الأهرام، عدد ١٠ أغسطس ١٩٩٨.

د. عبد الله ناصف، حجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية العليا، المرجع السابق، ص٩٤ وما بعدها.

د. جابر جاد نصار، الأداء التشريعي لمجلس الشعب والرقابة على دستورية القوانين، ١٩٩٩، ص١٥٥-١٥٦.

د. محمود محمد حافظ، الوجيز في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص٩٩ وما بعدها.

(٢) بتاريخ الخامس عشر من شهر أبريل سنة ٢٠٠٠ أودع المدعي قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا صحيفة دعواه، طالبًا الحكم بعدم دستورية القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ المتضمن تعديل الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، وذلك في القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٧٦ لسنة ٢٢ قضائية دستورية.

المحكمة الدستورية العليا؛ إذ قررت في هذا الصدد في حكمها المشار إليه "وحيث إن البين من المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون المطعون فيه، أن تعديل الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، تغيا مواجهة تداعيات إطلاق الأثر الرجعي لأحكام المحكمة الدستورية العليا في غير المسائل الجنائية، على ضوء ما تكشف من صعوبات متعددة في مجال التطبيق أبرزها الإخلال بمراكز قانونية طال استقرارها زمنًا، وحرصًا على تلافي هذه التداعيات وتحقيقًا للموازنة بين متطلبات الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المراكز القانونية في المجتمع، فقد رؤى المبادرة بالتدخل التشريعي المذكور لمواجهة أية آثار تمس الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية للبلاد، وتواكب هذا مع زيادة الحاجة إلى تخويل المحكمة الدستورية العليا سلطة تقرير الأثر غير الرجعي لبعض أحكامها تقديرًا لظروف خاصة تحيط بطائفة مما تنظره من دعاوى دستورية، وإذا كان تقدير قيام الضرورة لا يخضع لمعيار ثابت، وإنما يتغير بتغير الظروف، وكانت الظروف قد اقتضت الإسراع بإصدار القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ لضرورات ملحة قوامها تحقيق توازن بين مصالح اقتصادية جوهرية للمجتمع واعتبارات العدالة، ومن ثم يكون رئيس الجمهورية؛ إذ أصدر التشريع المذكور لم يجاوز سلطته في هذا الصدد".

والرأي عندي هنا، ومع احترامي الشديد لما انتهت إليه المحكمة الموقرة؛ إلا أني أنحاز إلى رأي الفقه الرافض لتوافر حالة ضرورة تبرر استعمال هذه السلطة التشريعية الاستثنائية من جانب رئيس الجمهورية استنادًا لأحكام المادة ١٤٧ من الدستور – دستور ١٩٧١–، وذلك لأن

تبرير الضرورة بالاستناد إلى أن كثرة الدعاوى التي تتعلق بنصوص ضريبية أو سواها أمام المحكمة الموقرة لم يكن أمرًا طارئًا بأي حال من الأحوال، كما أن تطبيق المحكمة للأثر الرجعي لم يكن أمر مستحدث يستدعي التدخل بتدبير لا يحتمل التأخير تطبيقًا للمادة (١٤٧) من الدستور، بل أنها تطبقه في أحكامها منذ صدور قانون إنشائها سنة ١٩٧٩م، فضلاً عن أن غيبة المجلس لم تكن لتشكل المبرر الذي يستدعي إصدار مثل هذا التدبير السريع الذي لا يحتمل التأخير[١]، فقد أصدره الرئيس بعد أيام قليلة من انتهاء دور الانعقاد العادي لمجلس الشعب، وطبيعة التعديل وأهميته كانت تتطلب – بل تلزم من وجهة نظري – الانتظار حتى بداية دور الانعقاد العادي التالي للمجلس التشريعي، ثم يعرض عليه مشروع التعديل المقترح ليأخذ نصيبًا من البحث الهادئ والدراسة المتأنية خاصة وأنه قانون مكمل للدستور، ويتعلق بآثار الحكم بعدم دستورية نص تشريعي، أو حتى على الأقل دعوة البرلمان لانعقاد غير عادي وعرض مشرع القانون عليه[٢].

---

(١) الملاحظ في ظل دستور ١٩٧١ دأب رؤساء الجمهورية إلى تطبيق أحكام تلك المادة (١٤٧) كلما تراءى لهم ذلك بحيث تحولت تشريعات الضرورة إلى فوضى دستورية تتمتع فيها السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية بحرية تامة في التشريع استنادًا لهذا النص. فما تكاد الدورة البرلمانية تنتهي، أو ينتهي الفصل التشريعي حتى تسارع الحكومة لإصدار عديد من القرارات بقوانين بحجة الضرورة في مسلك معتاد لا يخلو من الخطر لكونه يشكل اعتداءً على البرلمان صاحب الاختصاص الأصيل بالتشريع.

راجع في ذلك: د. محمود سامي جمال الدين، لوائح الضرورة، المرجع السابق، ص٦٧–٦٨.

د. فتحي فكري: وجيز القانون البرلماني في مصر، طبعة سنة ٢٠٠٦، ص٤٦٧.

(٢) تنص المادة (١٠٢) من دستور ١٩٧١، على أن "يدعو رئيس الجمهورية مجلس الشعب لانعقاد غير عادي، وذلك في حالة الضرورة، أو بناء على طلب بذلك موقع من أغلبية أعضاء مجلس الشعب، ويعلق رئيس الجمهورية فض الاجتماع غير العادي".

الفرع الثالث

تجاوز ميعاد العرض على البرلمان

مضى الفقه المعارض للتعديل إلى تفحص جوانبه الدستورية لبيان مدى توافقه مع أحكام المادة ١٤٧ من الدستور، ولم يقف عند حد الدفع بعدم توافر حالة الضرورة المبررة لإصداره، وعدم مشروعية الوسيلة من الأساس والمتمثلة في القرار بقانون على نحو ما ذكرنا؛ بل أنه دفع أيضًا بأن العرض على المجلس لم يكن مطابقًا لحكم المادة (١٤٧) التي صدر القرار استنادًا إليها؛ إذ تنص المادة المذكورة في فقرتها الثانية "ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ إصدارها إذا كان المجلس قائمًا، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك...."، وبما أن هذا القرار بقانون قد صدر فيما بين دوري انعقاد، فإن العرض يكون في خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ إصداره، والثابت أن القرار بقانون المذكور صدر بتاريخ ١٩٩٨/٧/١٠، وأودع بمجلس الشعب في ١٩٩٨/٧/١١، وأحيل إلى لجنة الشئون الدستورية والتشريعية بذات التاريخ الذي أودع به أمانة المجلس، وعرض على المجلس في جلسته الثامنة المعقودة يوم ١٩٩٨/١٢/٥، وهذا ثابت من مضبطة الجلسة المشار إليها.

ولما كان ذلك، فإن العرض هنا على المجلس أتى بعد فوات المدة الدستورية المحددة لهذه الحالة –حسب هذا الرأي– وهي خمسة عشر يومًا، مما يصم هذا العرض بالمخالفة لحكم الدستور مما يطعن في دستورية القرار

بقانون المذكور. فمن وجهة نظرهم أن العرض لا يتحقق إلا إذا كان ذلك أمام المجلس، أما الإحالة إلى اللجان فلا يتحقق بها العرض، لأن الغرض من العرض هو المناقشة الفعلية، وإنه كان يتعين دعوة المجلس لدور انعقاد غير عادي (طارئ) لتحقق العرض الفعلي المعني في المادة ١٤٧ من الدستور. وعلة هذه الدعوة هو تمكين مجلس الشعب – باعتباره صاحب الاختصاص الأصلي في ممارسة الوظيفة التشريعية – من مراجعة التشريعات التي تصدرها السلطة التنفيذية – في غيبة البرلمان في أسرع وقت ممكن للنظر في شأنها..." [١].

ولما كان ذلك، فإن "دعوة المجلس – في الفرض المثار – لدور انعقاد غير عادي مسألة يفرضها الدستور بصورة لا تحتمل الجدل أو اختلاف وجهات النظر.

ولا يدحض ذلك الزعم باستيفاء العرض بإيداع القرار بقانون أمانة المجلس وإحالته إلى لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية، فالالتزام الدستوري يقتضي عرض الأمر على المجلس الذي بيده ناصية القرار، لا إحدى لجانه التي يقف دورها عند التوصية"[٢].

وما سبق يتوافق مع ما قضت به المحكمة الدستورية العليا ذاتها، من أن صدور لوائح الضرورة إبان العطلة البرلمانية يفرض دعوة البرلمان لدور انعقاد غير عادي، وذكرت في ذلك أن "البين مما تنص عليه الفقرة الثانية

---

(١) المحكمة الدستورية العليا، ١٩٩٩/١/٢، المجموعة الرسمية، ج(٩)، ص١٣٣، وحكمها في ٢٠٠١/١/٦، المجموعة الرسمية، ج(٩)، ص٨٢٣.

(٢) د. فتحي فكري، الوجيز في القانون البرلماني، ٢٠٠٤، ص٤٣١.

من المادة (١٤٧) من الدستور – دستور ١٩٧١– أن مواعيد وإجراءات عرض القرارات المشار إليها على مجلس الشعب، تختلف باختلاف ما إذا كان المجلس منحلاً أو موقوفًا أو قائمًا، فإذا كان المجلس منحلاً أو موقوفًا، وجب عرض القرارات المشار إليها في أول اجتماع له، فور انعقاده، أما في غير هاتين الحالتين – الوقف والحل– فيتعين أن يدعى المجلس للانعقاد لعرض تلك القرارات عليه خلال فترة زمنية محددة هي خمسة عشر يومًا من تاريخ صدورها...." (١).

وعندما نُعي بعدم تحقق العرض بالنسبة للقرار بقانون الماثل على مجلس الشعب في الموعد الدستوري، وأن الإيداع أمانة المجلس لا يتحقق به العرض الفعلي المقصود، ولا حتى الإحالة إلى اللجان المختصة؛ جاء رد المحكمة الدستورية العليا على خلاف ما سبق – بل وعلى النقيض مما سبق وأن قضت على نحو ما أسلفنا.

وقد جاء في حكمها المتعلق بالطعن على القرار بقانون محل الرأي، مستخلصة في الحكم أن العرض قد تحقق بالإيداع أمانة المجلس، والإحالة إلى اللجنة المختصة – لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية، وكان مما جاء في الحكم المذكور "وحيث أن المدعي ينعى على القرار بقانون المطعون فيه، صدوره دون مراعاة الضوابط المحددة بالمادة (١٤٧) من الدستور، التي تجيز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات لها قوة القانون إذا حدث أثناء غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع باتخاذ تدابير عاجلة، على أن تعرض تلك القرارات بقوانين على المجلس خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٩٩١/١/٢، المشار إليه سلفًا، ص١٢٣.

صدورها في أول اجتماع له في حالة حله أو وفق جلساته، إلا أنه لم يتضح عرض القرار الطعين على مجلس الشعب في الموعد المحدد بما يصمه بمخالفة الدستور.

وحيث إن هذا النعي مردود – ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة – أن المستفاد من نص المادة (١٤٧) سالفة الذكر، أن الدستور وإن جعل لرئيس الجمهورية اختصاصًا في إصدار قرارات تكون لها قوة القانون في غيبة مجلس الشعب، إلا أنه رسم لهذا الاختصاص الاستثنائي حدودًا ضيقة تفرضها طبيعته، فأوجب لإعمال رخصة التشريع الاستثنائية أن يكون مجلس الشعب غائبًا، وأن تعرض خلال هذه الغيبة ظروف تتوافر بها حالة تسوغ لرئيس الجمهورية سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير. ... كما أوجبت الفقرة الثانية من المادة المذكورة عرض هذه القرارات بقوانين على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ صدورها إذا كان قائمًا أو في أول اجتماع له في حالة الحل أو وفق جلساته... ولما كانت الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) من الدستور – دستور ١٩٧١– تقضي بعرض هذه القرارات بقوانين على مجلس الشعب، فإن الأمر يختلف بين ما إذا كان المجلس في عطلته السنوية العادية التي تتخلل دوري انعقاد متتابعين بذات الفصل التشريعي، أو إذا كان المجلس غير قائم سواء بالحل أو بوقف جلساته، ففي الحالة الأولى يتعين العرض خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ صدور القرارات بقوانين، وفي الحالة الثانية يجب عرضها في أول اجتماع للمجلس. متى كان ما تقدم، وكان القرار المطعون فيه قد صدر أثناء العطلة السنوية لمجلس الشعب، بما يقتضي عرضه على المجلس أثناء

المدة المشار إليها، وهو العرض الذي يتم بإيداع القرارات بقوانين بالمجلس وإحالتها إلى اللجان المختصة لدراستها على أن تكون لها الأولوية على ما عداها من الأعمال وفقًا لنص المادة (١٧٣) من اللائحة الداخلية للمجلس، وإذا كان الثابت من مضبطة الجلسة الثامنة لمجلس الشعب في دور الانعقاد العادي الرابع المعقود يوم ١٩٩٨/١٢/٥ والتي تضمنت المناقشات الخاصة بالقرار بقانون الطعين، أن ذلك القرار بقانون قد صدر بتاريخ ١٩٩٨/٧/١٠ وأودع بمجلس الشعب في ١٩٩٨/٧/١١ وأحيل إلى لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية بذات التاريخ، وهو ما يتحقق به بدء العرض على المجلس، فإنه يكون قد استوفى أوضاعه التي يفرضها الدستور، ويكون النعي في غير محله حريًا بالرفض...".

والمستفاد مما سبق، أن المحكمة الدستورية العليا، رفضت النعي على القرار بقانون الماثل، بعدم صحة شرط العرض على المجلس، لفوات المدة الدستورية المحددة في المادة (١٤٧) من الدستور – دستور ١٩٧١– واعتبرت أن العرض قد تحقق بمجرد الإحالة إلى الأمانة العامة للمجلس، والتي أحالته بدورها إلى اللجنة المختصة (لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية) في نفس يوم وروده إلى المجلس على نحو ما هو مدون في مضابط الجلسات.

والبين من هذا الاتجاه للمحكمة أنها غلبت الاعتبارات العملية ونظرت إلى الموضوع من أكثر من زاوية لأنه إذا كان هناك نص دستوري يحدد ميعاد للعرض، فهناك لائحة داخلية للبرلمان لها أحكامها الواجبة الإتباع طالما لا تخالف حكم الدستور، وإذا كانت اللجان تضع توصيات

تعرض على المجلس للأخذ بها أو رفضها، إلا أن عمل اللجان البرلمانية مسألة لا يستهان بها، فهي المعدة للتقارير والصائغة للنصوص، والمدعومة بالمستشارين والخبراء، وهي التي تعمل بعيدًا عن أضواء الجلسات العامة للمجلس. ولما كان الأمر كذلك فقد اعتبرت المحكمة الدستورية العليا أن العرض قد تحقق بإحالة القرار بقانون إلى اللجنة المختصة، ذلك العرض الذي تم في يوم وروده إلى المجلس، وهو اليوم التالي لصدور القرار بقائل الماثل.

وإذا كان ما سبق يعبر عن اتجاه المحكمة الدستورية العليا، فإن الفقه، ونظرًا لعدم تحديد المقصود بالعرض، لا في الدستور، ولا في اللائحة الداخلية لمجلس الشعب آنذاك، قد انقسموا إلى اتجاهين، وذلك بشأن عرض القرارات بقوانين بصفة عامة:

الاتجاه الأول: يرى أن العرض لا يحقق أثره، ولا يستوفي شكله الدستوري إلا بمناقشتها فعليًا من المجلس وإبداء رأيه فيها. فلا يكفي أن تودع هذه القرارات بقوانين أمانة المجلس التشريعي أو حتى تحال إلى اللجان المختصة، بل يلزم أن تعرض على البرلمان فعليًا، ويبدأ في مناقشتها بالآلية المنصوص عليها في الدستور واللائحة الداخلية للمجلس التشريعي[1].

الاتجاه الثاني: ويذهب إلى ما سطرته المحكمة الدستورية العليا في حكمها المتعلق بالطعن بعدم الدستورية على القرار بقانون الماثل – ١٦٨ لسنة ١٩٩٨– والمتمثل في استيفاء شرط العرض بمجرد الإيداع أي إيداع

(١) من أصحاب هذا الاتجاه: د. محمود سامي جمال الدين، لوائح الضرورة، المرجع السابق، ص٥٠.

القرار بقانون الذي يصدر استنادًا للمادة ١٤٧ من دستور ١٩٧١، وما يقابله من نصوص في دساتير أخرى، مثل المادة ١٥٦ من دستور ٢٠١٤، أمانة المجلس التشريعي.

فسلامة العرض – حسب هذا الرأي– تتحقق بالإيداع في الميعاد المتطلب دستوريًا[١]، خاصة وأنه – حسب الواقع الفعلي – يتم إحالة هذه القرارات بقوانين إلى اللجان المختصة بمجرد ورودها إلى الأمانات العامة للمجالس التشريعية[٢]. وهذه مسألة يتم مراعاتها بدقة من جانب الأمانات العامة للمجالس التشريعية.

والإيداع الذي ينتج أثره القانوني هو الإيداع الفعلي للنصوص التي تتضمنها القرارات بقوانين، فلا يكفي مجرد قيام الحكومة بتقديم بيان، أو كشف بهذه القرارات، أو إرسال خطاب مشفوع بقائمة مشتملة على هذه القرارات لتلاوته من المجلس الذي ينظره، فهذا أو ذاك لا يعتبر عرضًا حقيقيًا أو فعليًا، للقرارات بقوانين بل يعد عرضًا شكليًا ناقصًا لا يرتب الآثار القانونية التي تترتب على العرض الصحيح لهذه القرارات بقوانين[٣].

---

(١) انتهى الرأي بمجلس النواب المصري في ظل دستور ١٩٢٣، بعد مناقشات بدأت في جلسة أول يوليو عام ١٩٣٤ حول معنى العرض الواردة بالمادة ١٩٦ من دستور ١٩٢٣، حيث أورد رئيس مجلس الوزراء آنذاك أن "كلمة تعرض يقابلها في النص الفرنسي كلمة تودع Depose، ولذلك فإن تلك المراسيم متى أودعت مجلس النواب حفظت قوتها لأنها لا تكون باطلة إلا إذا لم تودع....". راجع في ذلك: د. السيد صبري، اللوائح التشريعية، طبعة سنة ١٩٨٥، ص٨٣.

(٢) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا: مراسيم الضرورة في التشريع البحريني والأردني، المرجع السابق، ص٥٠. د. رأفت فودة: الموازنات الدستورية لسلطات رئيس الجمهورية الاستثنائية في دستور ١٩٧١– دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة سنة ٢٠٠٠، ص٣٣٤.

(٣) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا: مراسيم الضرورة في الدستور البحريني والأردني، المرجع السابق، ص٥٠، د. محسن خليل، النظام الدستوري في مصر والجمهورية العربية المتحدة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٩، ص١٥٤.

والرأي عندي صواب وجهة نظر أصحاب هذا الاتجاه، وذلك لأن المراحل الأخرى، بخلاف الإيداع، تقع على عاتق البرلمان ولا دخل للحكومة بها[١].

وفي ذلك يذكر أستاذنا د. فتحي فكري تأييدًا لهذا الاتجاه بصدد حديثه عن أحكام المادة (١٤٧) من دستور ١٩٧١ المصري، المقابلة "لو اتبعنا الرأي الأول لأوقعنا البرلمان في حرج شديد، فعند حل المجلس تعرض القرارات بقوانين في أول جلسة للبرلمان الجديد، ومناقشة المجلس لها والتصويت عليها ينبغي إتمامه في أول جلسة ولا شك أنه يصعب القيام بذلك عمليًا وحتى على فرض القيام به فإنه يجعل رقابة البرلمان في هذا الصدد صورية خالية تمامًا من الجديدة"[٢].

كما أن هذا الحرج لا ينتفي حال وجود المجلس في عطلته البرلمانية السنوية، فقد تتعمد السلطة التنفيذية تأخير عرض هذه المراسيم بقوانين حتى اليوم الأخير من الفترة المحددة للعرض لتضع البرلمان في مأزق، إذ يتعين عليه إبداء الرأي في تلك القرارات بقوانين في ذات اليوم.

---

(١) انظر في ذلك تفصيلاً: د. محمد ربيع مرسي، السلطة التشريعية لرئيس الدولة في النظم الحديثة، رسالة دكتوراه، مقدمة لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٦، ص٥٦٠.

(٢) د. فتحي فكري، الوجيز في القانون البرلماني رغم أن سيادته يرجح بخصوص القرار بقانون محل الرأي أن العرض الفعلي يكون على البرلمان وليس الإيداع والإحالة للجان.

المطلب الثاني

المناعي المتعلقة بعدم العرض على مجلس الشورى

ذهبت بعض الآراء الفقهية عقب صدور القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، إلا أنه تلاحقه شبهة عدم دستورية شكلية، تتمثل في عدم عرضه على مجلس الشورى، باعتبار أن محل التعديل من الموضوعات التي اعتبرها المشرع الدستوري قوانين مكملة للدستور، فالمادة ١٩٤ من دستور ١٩٧١ والمتعلقة باختصاصات مجلس الشورى، أوجبت الحصول على رأي مجلس الشورى في بعض الموضوعات، من بينها القوانين المكملة للدستور، وورد ذكر المواد المتعلقة بالمحكمة الدستورية العليا من ضمن مشروعات القوانين المكملة للدستور، والتي يجب الحصول على رأي مجلس الشورى بشأنها، وبما أن القرار بقانون تعرض لتعديل إحدى المواد الناظمة لموضوع يمثل قانون مكمل للدستور لتعلقه بالمحكمة الدستورية العليا، فإن رأى الشورى إلزامي بالنسبة له، وبما أن الموضوع لم يعرض على مجلس الشورى، فإن ذلك يصم القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بشبهة عدم الدستورية.

والرأي عندي – وعلى نحو ما ذكرت سلفًا – أن هذا النعي لا يصادف صحيح حكم الدستور والقانون، لأن الدستور يتحدث عن مشروعات القوانين التي تقدم بالطريق العادي والتي تصدر في النهاية عن البرلمان ابتداء وانتهاء. أما القرارات بقوانين التي تصدر استنادًا للمادة ١٤٧ من الدستور فقد رسم لها المشرع الدستوري طريقًا آخر مغاير لمشروعات القوانين في بعض إجراءاته، وليس من بين هذه الإجراءات العرض على

مجلس الشورى للحصول على رأيه، حتى أن التعديل الذي أجري في عام ٢٠٠٧ على دستور ١٩٧١، استلزم الحصول على موافقة الحكومة قبل إصدار القرارات بقوانين التي تصدر استنادًا للمادة ١٤٧ ولم يتطرق إلى رأي مجلس الشورى.

خلاصة القول هنا، أنه لا محل للنعي على القرار بقانون بعدم الدستورية لفقدانه شرط الحصول على موافقة مجلس الشورى بشأنه باعتباره قانونًا مكملاً للدستور، للأسباب السالف ذكرها.

المطلب الثالث

الإخلال بمبدأ المساواة والعدالة الاجتماعية

مبدأ المساواة من المبادئ الدستورية المستقر النص عليها في الدساتير المتعاقبة، وقد ورد النص عليها في المادة (٤٠) من دستور ١٩٧١ الذي صدر التعديل في ظله، والتي كانت تنص على أن المواطنون لدى القانون سواء وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة"[١].

(١) تنص المادة (٥٣) من دستور ٢٠١٤، على أن "المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والحريات والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب الدين، أو العقيدة أو الجنس، أو الأصل، أو العرق، أو اللون، أو اللغة، أو الإعاقة، أو المستوى الاجتماعي، أو الانتماء السياسي أو الجغرافي أو لأي سبب آخر... تلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للقضاء على كافة أشكال التمييز، وينظم القانون إنشاء مفوضية مستقلة لهذا الغرض.

وقد أوضحت المحكمة الدستورية العليا المقصود بمبدأ المساواة وأساسه ونتائجه في العديد من أحكامها، ومن ذلك حكمها الصادر بجلسة ١٩٩٤/١٢/٣ في القضية رقم ٣٠ لسنة ١٥ق. دستورية بقولها: "إن الدساتير المصرية جميعها بدءًا بدستور ١٩٢٣ وانتهاءً بالدستور القائم رددت جميعها مبدأ المساواة أمام القانون، وكفلت تطبيقه على المواطنين كافة باعتباره أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعي، وعلى تقدير أن الغاية التي يستهدفها تتمثل أصلاً في صون حقوق المواطنين وحرياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيد ممارستها، وأضحى هذا المبدأ – في جوهره – وسيلة لتقدير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر نطاق تطبيقها على الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور، بل يمتد مجال إعمالها كذلك إلى تلك التي كفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية، وعلى ضوء ما يرتأيه محققًا للمصلحة العامة. ولئن نص الدستور في المادة ٤٠ منه على حظر التمييز فيها على أساس الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة، إلا أن إيراد الدستور لصورة بذاتها يكون التمييز محظورًا فيها مرده أنها الأكثر شيوعًا في الحياة العملية ولا يدل البتة على انحصاره فيها؛ إذ لو صح ذلك لكان التمييز بين المواطنين يما عداها جائزًا دستوريًا، وهو ما يناقض المساواة التي كفلها الدستور، ويحول دون إرساء أسسها وبلوغ غاياتها. وآية ذلك أن من صور التمييز التي أغفلتها المادة ٤٠ من الدستور ما لا يقل عن غيرها خطرًا سواء من ناحية محتواها أو من جهة الآثار التي ترتبها كالتمييز بين المواطنين في نطاق الحقوق التي يتمتعون بها أو الحريات التي يمارسونها لاعتبار مرده إلى

مولـدهم أو مركـزهم الاجتمـاعي أو انتمـائهم الطبقـي أو ميـولهم الحزبيـة أو نزعـاتهم العرقيـة أو عصـبيتهم القبليـة أو إلـى موقفهن من السلطة العامـة أو إعراضـهن عـن تنظيماتهـا أو تبنـيهم لأعمـال بـذاتها وغيـر ذلـك مـن أشـكال التمييز التي لا تظاهرها أسس موضوعية تقيمها، وكان من المقرر أن صور التمييز المجافية للدستور وإن تعذر حصرها إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو استبعا ينال بصورة تحكمية من الحقوق أو الحريات التي كفلها الدسـتور أو القـانون، وذلـك بإنكـار أصـل وجودهـا أو تعطيـل أو انتقـاص آثارها، بما يحول دون مباشرتها على قدم من المساواة الكاملة بين المؤهلين للانتفـاع بهـا، وبوجـه خـاص علـى صـعيد الحيـاة السياسـية والاجتماعيـة والاقتصادية والثقافية"[1].

ولا شـك أن القـرار بقـانون رقـم ١٦٨ لسـنة ١٩٩٨، – مـن وجهـة نظـري– قـد أخـل إخـلالاً شـديدًا بمبـدأ المسـاواة، سـواء فـي نطـاق دسـتور ١٩٧١، الصادر في ظله القرار، أو في الدستور الصادر عام ٢٠١٤، وذلك حين حصر نطاق المستفيدين من الحكم الصادر بعدم دستورية نص ضريبي في حدود شخص الطاعن، وإقرار سريان الحكم لـه بأثر رجعي، فـي الدعوى الدستورية التي صدر فيها دون غيره من دافعي الضريبة، وهم متساوون فـي ذات المركـز القـانوني، وليـت الأمـر وقـف عنـد هـذا الحكـم رغـم شـبهات الدستورية التـي تلاحقه، فقد ذهب نص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) محل التعديل إلـى مـا هو أبعد من ذلك؛ إذ أنـه حرم الطـاعن بعدم دستورية ذات

(١) المجموعة: الجزء السادس، ص٣٨٦. ويراع بذات المعنى الحكم في القضية رقم ٩ لسنة ١٦ق جلسة ١٩٩٥/٩/٥، المجموعة، الجزء السابع، ص١٠٦.

النص، ولم ينظر طلبه بعدم الدستورية من الاستفادة من الحكم الصادر بعدم الدستورية، وهذه مفارقة غريبة – على حد قول أحد الفقهاء–[1] فالأصل أن الممولين جميعهم قد فرضت عليهم الضريبة بطريق التساوي، وقد طعنوا في دستورية هذه الضريبة، والنتيجة الطبيعية أن تكون آثار الحكم بالنسبة لهم واحدة دون تمييز، حتى ولو كان طعنهم لم ينظر أمام المحكمة الدستورية العليا؛ إذ أن ذلك مسألة لا يد لهم فيها، وتخضع لأسباب وإجراءات، من غير المنطقي أن تكون هذه الإجراءات، وتلك الأسباب، سببًا لحرمانهم من الاستفادة من الحكم الصادر بعدم الدستورية، فهذا الحكم – وعلى ما سبق أن بينا في موضع سابق – صادر في دعوى ذات طبيعة عينية.

وفوق ما سبق – وكما يقول رأي فقهي[2] – فإن قصر الاستفادة من الأثر الرجعي في المنازعات الضريبية على المدعي في الدعوى الدستورية يفضي إلى فقدان التناسق بين الفقرتين الأولى والثالثة من المادة (٤٩) "فالنص على عدم الإخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم الدستورية في المجال الضريبي يعني أن للحكم حجية نسبية – في الماضي– بالنسبة للمدعي فقط دون غيره من المخاطبين بنفس أحكام النص التشريعي، وهو ما يتهاتر مع نص الفقرة الأولى من هذه المادة التي تقرر الحجية المطلقة للأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية، ومرد ذلك للطبيعة العينية للدعاوى الدستورية التي توجه الخصومة فيها إلى النصوص

---

(١) د. عبد العزيز محمد سالمان: الآثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية العليا، المرجع السابق، ص٤٨٧.

(٢) د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، الرسالة السابق الإشارة إليها، ص٦٦٧.

التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري، وبالتالي تكون الأحكام الصادرة فيها ذات حجية مطلقة لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت فيها، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وتلتزم بها جميع سلطات الدولة".

ولما كان ما سبق؛ فإن هذا التمييز بين رافع الدعوى وبين غيره من الممولين لا يستند إلى مصلحة مشروعة، ويفتقر إلى الأسس الموضوعية البعيدة عن التحكم ويغدو بالتالي مخالفًا للدستور ومهددًا لمبدأي المساواة والعدالة الاجتماعية التي يقوم عليها النظام الضريبي.

وعلى نقيض ما سبق، كان لأستاذنا الدكتور فتحي سرور، رأي مغاير لما ذهب إليه غالبية الفقه؛ إذ ذكر سيادته "... وليس في ترتيب الأثر المباشر في القضايا الضريبية بقوة القانون أي مساس بمبدأ المساواة، نظرًا لاختلاف هذا النوع من القضايا عن غيرها في طبيعتها وآثارها، ولأن هذا الاستثناء تحكمه قواعد موضوعية تتفق مع الهدف من قانون المحكمة الدستورية، وهو تأكيد سيادة الدستور الذي يحمي الحقوق والحريات بالتوازن مع حماية المصلحة العامة"[1].

اتجاه المحكمة الدستورية العليا بشأن إخلال النص المعدل بمبدأ المساواة:

جاء قضاء المحكمة الدستورية العليا في معرض نظرها الطعن بعدم دستورية القرار بقانون الماثل، فيما يتعلق بإهداره لمبدأي المساواة والعدالة الاجتماعية، مؤكدًا خلو التعديل من هذا الإخلال، ومن ثم توافقه مع أحكام

(١) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المرجع السابق، ص٣٣٢.

الدستور؛ إذ قضت "وحيث أن المدعي ينعي على القرار المطعون فيه إخلاله بمبدأ المساواة بعد أن استبعد من دائرة تطبيق الحكم الصادر بعدم دستورية أي نص ضريبي، جميع من أضيروا في الماضي، ورتب للحكم أثرًا شخصيًا يمتد إلى من طعن بعدم الدستورية دون سواء ممن يسري عليهم ذات النص، والذين يظلهم مركز قانوني واحد، فضلاً عن مخالفة العدالة الاجتماعية وهي أساس النظام الضريبي بما يناهض المواد (٣٨، ٤٠، ٦١، ١١٩) من الدستور.

وحيث إن هذا النعي مردود، ذلك أن مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون المنصوص عليه في المادة (٤٠) من الدستور – وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة – ليس مبدأ تلقينيًا جامدًا منافيًا للضرورة العملية، ولا هو بقاعدة صماء تتأبى على صور التمييز المبرر، وإذ جاز للدولة أن تتخذ بنفسها ما تراه ملائمًا من تدابير لتنظيم موضوع محدد أو توقيًا لخطر تقدر ضرورة رده، كان دفعها للضرر الأكبر بالضرر الأقل لازمًا، إلا أن ذلك لا ينبغي أن يكون مبررًا لمسلك ينطوي على تمايز تعسفي بين المواطنين، ومن ثم يمكن أن تغاير السلطة التشريعية – وفقًا لمقاييس منطقية مبررة – بين مراكز لا تتحدد معطياتها، أو تتباين فيما بينها في الأسس التي تقوم عليها. لما كان ذلك، وكان نص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا بعد تعديلها، جاء قاطعًا في أن الحكم بعدم دستورية أي نص ضريبي يرتب أثرًا مباشرًا فقط، إلا أن النص المذكور قرن ذلك بعدم الإخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بهذا الشأن، بما مؤداه: إطلاق صفة المدعي لتشمل كل من اتصلت دعواه

مستوفية أوضاعها القانونية بالمحكمة الدستورية العليا وقت صدور الحكم بعدم دستورية ذلك النص، وهو الإطلاق الذي يعصم النص من عدم الدستورية، وبذلك يكون المشرع قد مارس حقه في المغايرة بين مراكز اختلفت أسس قيامها، واتخذ ما يراه كفيلاً بدرء أخطار تهدد مقومات المجتمع الاقتصادية، وإذا كان الدستور يؤسس النظام الضريبي على العدالة الاجتماعية وفقًا للمادة (٣٨)، إلا أن هذه العدالة تتوخى بمضمونها التعبير عن القيم والمصالح الاجتماعية السائدة في مجتمع معين خلال فترة زمنية محددة، ومن ثم تتباين معانيها ومراميها تبعًا لتغير الظروف والأوضاع، ويتعين بالتالي أن تتوازن علائق الأفراد ومصالحهم، بمصالح المجتمع في مجموعه، توصلاً إلى عدالة حقيقية تتفاعل مع الواقع وتتجلى قوة دافعة لتقدمه، وإذا كان العدل مهيمنًا على الضريبة التي توافرت لها قوالبها الشكلية وأسسها الموضوعية، فإن ذلك يشكل ضمانة توافر الحماية القانونية التي كفلها الدستور للمواطنين جميعًا، وينبني على ما تقدم، أن ما اتخذه المشرع من تعديل للفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا كان سبيلاً للحفاظ على مصالح الجماعة ومن ثم تنتفي عنه قالة مخالفة الدستور"[١].

والرأي عندي، أن ما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا من أن تعديل الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانونها، كان سبيلاً للحفاظ على مصالح الجماعة ومن ثم تنتفي عنه – أي التعديل – قالة مخالفة الدستور، أمر محل تحفظ؛ إذ كيف نسلم بأن قصر الاستفادة من الأثر الرجعي للحكم

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا، الصادر في ٧ يوليو ٢٠٠٢ السالف الإشارة إليه.

على المدعي في الدعوى الدستورية التي صدر بشأنها حكم بعدم الدستورية في نص ضريبي، لا يخالف مبدأ المساواة، فالمساواة لم تتحقق – بل إنها أهدرت– حتى مع التسليم بما ذهبت إليه المحكمة الموقرة، من أن المشرع بموجب التعديل قد مارس حقه في المغايرة بين مراكز اختلفت أسسها، فهذا القول يترتب عليه حسب التفسير المنطقي أن يكون كل الممولين الذين انطبق عليهم النص المقضي بعدم دستوريته في مركز قانوني واحد، لا فرق في ذلك بين من رفع الدعوى وطعن بعدم الدستورية وبين من قاموا بسدادها، ولا فرق كذلك – على الأقل– بين المدعي في الدعوى التي صدر فيها حكم بعدم الدستورية، وبين من طعنوا على النص ولم تعرض دعواهم على المحكمة الموقرة.

وما سبق يمثل مفارقة غريبة، فالأصل أن الممولين جميعهم قد فرضت عليهم الضريبة بطريق التساوي، ومن ثم فلابد عندما تلغى هذه الضريبة – عن طريق الحكم بعدم دستوريتها – أن يكون هذا الإلغاء بالنسبة لجميع هؤلاء الممولين وأن يكون إعمال أثر هذا الإلغاء بالنسبة للجميع، لاسيما أن هذا هو الإعمال الصحيح لحكم المحكمة الدستورية، وكونه صادر في دعوى ذات طبيعة عينية.

فهذا التمييز بين رافع الدعوى وبين غيره من الممولين لا يستند إلى مصلحة مشروعة، ويفتقر إلى الأسس الموضوعية البعيدة عن التحكم ويغدو بالتالي مخالفًا للدستور ومهدرًا لمبدأي المساواة والعدالة الاجتماعية التي يقوم عليها النظام الضريبي.

وما سبق، يتفق مع وجهة النظر السالف الإشارة إليها من أن نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا، قبل تعديله بموجب القرار بقانون محل النظر، كان يقيم توازنًا دقيقًا بين المشروعية وإعلاء كلمتها وبين الحفاظ على الاستقرار في المجتمع، فالمادة قبل تعديلها بهذا القرار بقانون أطلقت الرجعية للحكم الصادر في مسألة جنائية واعتبرت الأحكام التي تصدر استنادًا إلى النص المقضي بعدم دستوريته كأن لم تكن حتى ولو كانت أحكامًا باتة، كما أن لأحكام المحكمة – في الأصل – أثر رجعي يمتد إلى تاريخ صدور النص المقضي بعدم دستوريته، وذلك في غير المسائل الجنائية، إلا أن هذا الأثر الرجعي في غير المواد الجنائية قيد بقيدين كافيين للحفاظ على الاستقرار، هما:

١-الحفاظ على المراكز القانونية المستقرة بحكم قضائي بات.

٢-الحفاظ وعدم المساس بالمراكز القانونية المستقرة بفوات مدة التقادم.

في حين أن القرار بقانون محل النظر قد أجهض مبدأ المشروعية وأهدره، وذلك بتحصين مراكز غير مشروعة لمخالفتها للدستور، ومستندة إلى أداة أدنى، وضرب عرض الحائط بمراكز قانونية مشروعة ومستمدة من مصدر أعلى وهو الدستور.

وفوق ما سبق، فإن النص بقصر الاستفادة من الحكم بعدم دستورية نص ضريبي على المدعي في هذه الدعوى، دون غيره يمثل مصادرة محظورة للأموال، بالمخالفة لنص المادة ٣٦ من دستور ١٩٧١، النافذ وقت صدور القرار بقانون محل النظر، التي تنص على أن "المصادرة العامة للأموال محظورة، ولا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي".

وكـذلك المـادة (٤٠) مـن دسـتور ٢٠١٤، التـي تـنص علـى أن "المصادرة العامة للأموال محظورة، ولا تجوز المصادرة الخاصة، إلا بحكم قضائي".

ولما كان ما سبق، فإنه إذا كان الأصل في الضريبة أنها فريضة مالية تقتضيها الدولة جبرًا. وإذا كان الالتزام بالضريبة ليس التزامًا تعاقديًا ناشئًا عن التعبير المتبادل عن إرادتين متطابقتين بل مرد هذا الالتزام إلى نص القانون وحده فهو مصدره المباشر تفرضه الدولة رغمًا عن مواطنيها، وإذا كان التعديل الماثل لقانون المحكمة الدستورية العليا يجعل رد الأموال المحصلة كضريبة بغير الطريق الدستوري حق لرافع دعوى الدستورية فقط، فإن الأثر الحتمي لذلك هو مصادرة أموال دافعي الضريبة والذين لم يتيسر لهم الطعن بعدم الدستورية، ويؤدي إلى الإخلال بالثقة الواجبة سواء ثقة المصريين أو المستثمرين، إذ تتمكن الدولة من فرض ضرائب مخالفة للدستور وتثبت المخالفة بحكم من المحكمة الدستورية العليا، ومع ذلك، واستنادًا لهذا التعديل، فإن هذا الحكم لن يجدي في شيء لأنه لن يمس المبالغ التي سبق أن دفعها الممول في الماضي قبل صدور الحكم.

خاتمة

تعرضت هذه الدراسة لموضوع النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في مصر، وذلك بداية من نشأة المحكمة بعد أن عهد إليها دستور ١٩٧١، وما تبعه من تعديلات ودساتير وإعلانات دستورية بمهمة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، ونظرًا لأن المشرع الدستوري لم يحدد صراحة النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية وإعمال أثره، مكتفيًا بتفويض المشرع العادي في ترتيب أثر هذا الحكم. وامتثالاً لهذا التفويض التشريعي صدر قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٩، وجاءت المادة (٤٩) منه محددة أثر الحكم بعدم الدستورية، مقررة في ذلك الشأن.. ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادًا إلى ذلك النص كأن لم تكن، ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه.

وما أن صدر القانون إلا وقد أثير بشأن أثر الحكم جدلاً واسعًا بين الفقه، بل والقضاء أحيانًا، بشأن النطاق الزمني لإعمال أثر الحكم بعدم الدستورية وخاصة مسألة طبيعة الحكم الدستوري، وهل هذا الحكم له أثر كاشف كغيره من الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء العادي والإداري، أم أن له خصوصية تختلف عن هذه الأحكام، وكان منبع هذا الجدل وقوامه أن قانون المحكمة أتى غير واضح في هذا الشأن، وهناك تناقض بين صراحة

النص وما ورد في المذكرة الإيضاحية له، بل وبين المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المقدم من الحكومة، وما ورد في تقرير لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية بمجلس الشعب آنذاك. وما أن استقر الأمر إلى حد بقبول أغلب الفقه لمسلك المحكمة الدستورية العليا التي أقرت في أحكامها أن الأصل في الحكم بعدم الدستورية هو سريانه بأثر رجعي في غير المسائل الجنائية، وما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون من استثناءات حصرت في المراكز القانونية التي استقرت بحكم قضائي حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادم؛ إلا قد فوجئ الجميع بتعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بموجب القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨. ذلك القرار الذي أثار – ومازال يثير – خلافًا بين الفقه حول مسألة النطاق الزماني للحكم بعدم الدستورية؛ إذ انطوى هذا التعديل على مسائل جدلية واسعة النطاق، فلم يفهم منه وقت صدوره كيفية معرفة النطاق الزماني لإعمال أثر الحكم بعدم الدستورية، وثار الجدل بين الفقه – وعلى نطاق أوسع مما كان قبل التعديل – حول الطبيعة القانونية للحكم بعدم الدستورية، هل أصبح له طبيعة منشئة على نحو ما ورد في صريح نص التعديل، أم أن له أثر رجعي – كأصل عام – على نحو ما أشارت المذكرة الإيضاحية له. ولم تكن هذه المسألة هي الوحيدة التي أثير بشأنها الجدل في هذا التعديل، بل أن ما أتى به التعديل من أحكام جديدة، هي التي أججت الخلاف بين الفقهاء؛ إذ منح التعديل المحكمة الدستورية العليا سلطة التقدير حسب

ظروف حكم في أن تحدد لإعمال أثر الحكم تاريخًا آخر تتفادى به سريان هذا الحكم بأثر رجعي.

وكذلك النص على حكم خاص بالمسائل الضريبية مفاده أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له إلا أثر مباشر في كل الأحوال، مع استفادة المدعي في هذه الدعوى من الأثر الرجعي للحكم. وظل الحكم المتعلق بالنصوص الجنائية على حاله لم يلحقه أي تعديل، وكذلك الاستثناء المتعلق بالحقوق والمراكز القانونية التي استقرت بأحكام قضائية وصفتها المحكمة الموقرة بالأحكام الباتة، أو تلك التي استقر أمرها بانقضاء مدة التقادم.

وعلى هدي ما سبق – تناولت هذه الإشكالية المتجددة – والمتعلقة بالنطاق الزمني لتنفيذ وإعمال أثر الحكم بعدم الدستورية مكتفيًا بقصر نطاق البحث على المرحلة التي بدأت فيها المحكمة الدستورية ممارسة مهامها بعد صدور دستور ١٩٧١ إلى الآن، وصدور قانونها رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩، وما لحقه من تعديلات، وذلك على فصلين خصصت الفصل الأول لبحث مسألة النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في ضوء المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا قبل تعديلها، أما الفصل الثاني فقد جاء تحت عنوان "النطاق الزمني لأثر الحكم بعدم الدستورية بعد التعديل".

وذلك من خلال تصفح نصوص الدساتير المصرية المتعاقبة والمقارنة، وقانون المحكمة الدستورية العليا، ومسلك المحكمة الدستورية قبل وبعد التعديل في كيفية إعمال أثر الحكم بعدم الدستورية من الناحية الزمنية

في ضوء قانونها، ومذكراته الإيضاحية، وكذلك النظر بعين الاعتبار لأحكام القضاء غير الدستوري، وخاصة محكمتي النقض والإدارية العليا. ولا أزعم هنا – أني لي السبق في هذا الأمر– فقد سبقني العديد والعديد من الدراسات والأبحاث في هذا الموضوع من أساتذة أجلاء وباحثين كثر، وما دراستي إلا جهد متواضع حاولت من خلالها أن أقف على عتبات هذا الموضوع، وفهمه على نحو يؤهلني لأن أكون ملمًا به من الناحيتين القانونية والعملية.

وقد التزمت جانبي الحيدة والموضوعية في تناول موضوع البحث، وكان لأحكام المحكمة الدستورية العليا ذاتها، أثر كبير في هذه الدراسة، ولما لا وهي في كل الأحوال تعبر عن واقع الحال، فهي صاحبة الاختصاص الأصيل في مسألة الدستورية من عدمه، وهي من تكتسي أحكامها بالحجية في مواجهة الكافة، ومن خلال هذه الدراسة البحثية توصلت إلى عدد من النتائج والتوصيات، أوجزها فيما يلي:

أولاً: النتائج:

١– أخذ دستور ١٩٧١، وما تلاه من دساتير مصرية بمركزية الرقابة على دستورية القوانين، وأسند للمحكمة الدستورية العليا – دون غيرها– هذا الاختصاص بصريح نصوص الدساتير المتعاقبة.

٢– أغفلت الدساتير المصرية منذ دستور ١٩٧١، النص على كيفية إعمال أثر الحكم بعدم الدستورية من الناحية الزمنية، حيث فُوض المشرع العادي في تحديد الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية.

٣- صدر قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧١م محددًا إعمال أثر الحكم بعدم الدستورية – كأصل عام- بعدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم، على أن يكون للحكم بعدم دستورية نص جنائي أثر رجعي في جميع الأحوال ويمتد أثر هذا الحكم على جميع القضايا المنظورة، والتي صدر بشأنها أحكامًا باتة، وذلك عندما قرر أنه "إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادًا إلى ذلك النص كأن لم تكن ولو كانت أحكامًا باتة...".

٤- تكفلت المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة في صورته الأولى، ببيان طبيعة الحكم بعدم الدستورية، مؤكدة أن لهذا الحكم أثر كاشف وأنه لا يطبق على الوقائع اللاحقة لصدوره، بل يمتد إلى العلاقات السابقة على صدوره منذ لحظة ميلاد النص المقضي بعدم دستوريته.

٥- استثنت المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة في صورته الأولى من سريان الحكم بعدم دستورية الحقوق والمراكز القانونية التي استقرت بحكم قضائي حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادم.

٦- سارت المحكمة الدستورية العليا على ما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون من أحكام بشأن إعمال أثر حكمها زمانيًا، متبنية الأصل العام، وهو سريان أثر الحكم بأثر رجعي يمتد إلى لحظة صدور القانون في غير المسائل الجنائية، وتطبيق القيدين الوارد النص عليهما في المذكرة الإيضاحية، وذلك في غير المسائل الجنائية.

٧- انصب منشأ الخلاف بين الفقه على طبيعة الحكم بعدم الدستورية على ما ورد من تناقض في المذكرة الإيضاحية للقانون، وما ورد في تقرير اللجنة المختصة بدراسة مشروع القانون بمجلس الشعب، فالأولى ذهبت إلى سريان أثر الحكم بأثر رجعي كأصل عام، في حين جاء تقرير اللجنة المختصة على النقيض مما سبق، واصفًا الحكم بعدم الدستورية بأنه منشئ وليس كاشفًا. ومما ساعد على هذا الخلاف عدم وضوح نص المادة (٤٩) في حد ذاته، إذ أن قراءته توحي ظاهريًا بأن للحكم أثر فوري ومباشر، وخاصة أن الفقرة المتعلقة بالنصوص الجنائية توحي بأن الحكم بعدم الدستورية لا يكون له أثر رجعي إلا إذا تعلق بمسألة جنائية.

٨- استقر الرأي الراجح في الفقه – وكذلك قضاء الدستورية- في هذه المرحلة السابقة على التعديل على أن القاعدة العامة، هي الأثر الرجعي الصادر بعدم الدستورية، وإنه يجب التمييز في هذا الصدد بين تاريخ العمل بالحكم وبين نطاق سريانه، فتاريخ العمل بالحكم هو من اليوم التالي لنشره. أما نطاق سريانه فيمتد إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم، والتي نشأت في ظل القانون القديم المحكوم بعدم دستوريته، وذلك إعمالاً للقاعدة الأصلية في الأحكام التي تعد كاشفة.

٩- ضعف الاستناد إلى ما جاء في الفقرة الرابعة للمادة (٤٩) قبل تعديلها، للذهاب إلى القول بأن الأصل في الحكم بعدم الدستورية أنه يسري بأثر فوري وأنه منشئ وليس كاشفًا؛ إذ أن تقرير الأثر الرجعي في هذه الفقرة للمسائل الجنائية – يعد من وجهة نظري- من باب التأكيد على الأثر

الكاشف للحكم بعدم الدستورية، لما للأحكام الجنائية من خطورة بالغة على الحريات الشخصية، ولكي يطول الأثر الرجعي في المسائل الجنائية القواعد الإجرائية فضلاً عن القواعد الموضوعية.

١٠- إن التعديل الذي أجري على نص المادة (٤٩) بموجب القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨م أحدث تغييرات جذرية في نص هذه المادة، وجعل من إعمال أثر الحكم زمانيًا مسألة بالغة التعقيد؛ إذ أوجد أحكامًا جديدة لإعمال أثر الحكم بعدم الدستورية، وهذه الأحكام الجديدة أثارت الجدل من جديد ووسعت من مساحة الاختلاف حول النطاق الزمني للحكم بعدم الدستورية ليس هذا فقط بل طرحت مسألة طبيعة الحكم بعدم الدستورية – كأصل عام– في ظل نص هذا التعديل، الأمر الذي انقسم وأدى إلى انقسام الفقه بشأن هذه المسألة على نحو ما سبق وأن بينا في ثنايا البحث تفصيلاً.

١١- صدور التعديل بموجب أداة القرار بقانون استنادًا للمادة (١٤٧) من دستور ١٩٧١، لم يكن أمرًا متوقعًا لتعلق التعديل بموضوع من الموضوعات المحجوزة للمشرع استنادًا إلى نص الدستور الساري وقت صدور التعديل، رغم أن نطاق القرارات بقوانين التي تصدر في غيبة البرلمان استنادًا للمادة (١٤٧) من دستور ١٩٧١م تتسع – من وجهة نظري – لتشمل كل ما يتطلب اتخاذ تدابير عاجلة لا تحتمل حتى ولو كانت هذه التدابير تدخل ضمن النطاق المحجوز للمشرع.

١٢- افتقد القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨م للضرورة الداعية لصدوره في غيبة البرلمان استنادًا لنص المادة (١٤٧) من دستور ١٩٧١م. وذلك لأن محل التعديل انصب على مسألة لا توصف بالعاجلة، والتأخير بشأنها ليس له من آثار خطيرة تبرر استعمال رئيس الجمهورية لسلطته المقررة بموجب المادة (١٤٧) من الدستور، وعدم توافر حالة ضرورة يطعن بلا شك في دستورية هذا التعديل، حتى وإن حكمت المحكمة الموقرة بتوافر هذه الحالة (الضرورة) لأن ما استندت إليه المحكمة الدستورية العليا، في هذا الشأن استند إلى ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، وهذه المبررات بوصفها الذي وردت به – كافية في حد ذاتها للاستناد إليها لنفي حالة الضرورة، وليس التأكيد على توافرها.

١٣- إن التعديل بموجب القرار بقانون سالف الذكر – وبعيداً عن عدم توافر حالة الضرورة بشأنه – يثير شبهات دستورية، يأتي في مقدمتها، عدم دستورية منح المحكمة الدستورية سلطة التقدير في تحديد أجل لإعمال أثر حكمها، خروجًا على قاعدة سريان الحكم بأثر رجعي كأصل عام، وذلك للحد من الآثار التي تترتب على تنفيذ حكمها بأثر رجعي، والتي طبقتها المحكمة الدستورية العليا، بإعمال أثر الحكم من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة، وفي حالات أخرى بتحديد آجال متراخية لنشر الحكم في الجريدة الرسمية وهو ما أطلق عليه بعض الفقه – الأثر المستقبلي – للحكم بعدم الدستورية ومن أكثر الأمور التي تثير شبهة عدم دستورية منح المحكمة سلطة التقدير – فالمشرع هنا– ولو كان

المشرع الاستثنائي – تنازل عن اختصاصه المفوض فيه دستوريًا، بترتيب أثر الحكم بعدم الدستورية، ومنحه للمحكمة الدستورية العليا دون سند في الدستور، والقاعدة المستقرة أن الاختصاص لا يكون إلا بنص، والاختصاصات المفوضة لا تفوض.

١٤- لم يكن التعديل موفقاً أيضًا عندما قرر أن يكون للحكم بعدم دستورية نص ضريبي أثر مباشر في جميع الأحوال، مع استفادة رافع الدعوى من إعمال قاعدة الأثر الرجعي، وهذه مسألة أخرى تثير شبهة عدم دستورية لإخلالها بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة إذ لاشك أن جميع الممولين المكلفين بالضريبة في مركز قانوني متماثل، مما كان يوجب عدم التمييز بينهم في الاستفادة من الأثر الرجعي للحكم أو على الأقل سريان النص في حقهم بأثر فوري ومباشر من اليوم التالي لنشر الحكم وقد سبق وبينا هذه المسألة تفصيلاً في ثنايا البحث.

ثانياً: التوصيات:

ومن خلال النتائج المستخلصة، أورد بعض التوصيات لعلها يكون لها صدى لدى المشروعية (الدستوري والعادي).

١- من الأفضل أن يكون ترتيب أثر الحكم بعدم الدستورية منصوصاً عليه في الدستور بنص قاطع بيّن. إذ أن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا من جانب المشرع العادي يقوي الثقة في المحكمة الموقرة وقضائها باعتبار أن التعديل صادر من السلطة المختصة به دستوريًا، والممثلة للشعب.

٢- نظراً للانتقادات الشديدة التي وجهت للقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، فإن قانون المحكمة الدستورية العليا – وعلى وجه الخصوص نص المادة ٤٩ منه – في حاجة إلى تعديل يعيد الأمور إلى نصابها وينأى بالمحكمة الموقرة من الولوج إلى دائرة الانتقاد، وذلك عند ممارسة سلطتها في التقدير لتحديد تاريخ آخر لأعمال أثر حكمها في غير المواد الضريبية والجنائية، فسلطة التقدير الممنوحة للمحكمة هنا تثير بلا شك شبهة عدم الدستورية، إذ أن المشرع تنازل بموجب هذا التعديل عن اختصاص ممنوح له دستوريًا دون سند من المشرع الدستوري، والمعلوم أن الاختصاصات المفوضة لا تفوض.

٣- ضرورة منح المحكمة الدستورية العليا صلاحية الرقابة السابقة في بعض الأمور التي تثير جدلاً في التطبيق إذا ما قضى بعدم الدستورية مثل التشريعات المنظمة للانتخابات الرئاسية والبرلمانية، والتشريعات الضريبية حتى لا نكون بحاجة إلى الاختلاف حول إعمال أثر الحكم من حيث الزمان، ولاشك أن إقرار هذه الصلاحية يتطلب تعديلاً دستوريًا يعطي للمحكمة الدستورية العليا هذه الصلاحية، ومنح رئيس الجمهورية حق الإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا في هذه الحالات قبل التصديق على القوانين وإصدارها على أن تكون الإحالة وجوبية في حالات محددة على سبيل الحصر.

قائمة المراجع

أولاً: المؤلفات العامة والمتخصصة:

د. إبراهيم عبد العزيز شيحا:

– الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري – دراسة تحليلية للقانون الدستوري اللبناني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٥.

–تشريعات الضرورة في دستور البحرين ودستور المملكة الأردنية الهاشمية، معهد البحرين للتنمية السياسية"، ٢٠٠٨.

د. إبراهيم محمد حسنين

– الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.

د. إبراهيم محمد علي:

– القانون الدستوري، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر.

د. أحمد أبو الوفا:

نظرية الأحكام في قانون المافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة

د. أحمد سلامة بدر:

الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.

د. أحمد فتحي سرور:

– الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، الطبعة الأولى، ١٩٩٩.

- القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، الطبعة الثالثة، عام ٢٠٠٠.

د. السيد صبري:

اللوائح التشريعية، طبعة سنة ١٩٨٥.

د. جابر جاد نصار:

الأداء التشريعي لمجلس الشعب والرقابة على دستورية القوانين، ١٩٩٩.

د. حسين صادق المرصفاوي:

التجريم في تشريعات الضرائب، دار المعارف، القاهرة، ط ١٩٦٣.

د. رأفت فودة

الموازنات الدستورية لسلطات رئيس الجمهورية الاستثنائية في دستور ١٩٧١- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة سنة ٢٠٠٠.

د. رجب محمود طاجن:

ملامح الأثر الرجعي في القضاءين الإداري والدستوري، دار النهضة العربية، ٢٠١١.

د. رفعت عيد سيد:

الوجيز في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤.

د. رمزي الشاعر:

- القضاء الدستوري في مملكة البحرين، ٢٠٠٣.

- النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ١٩٨٣.

د. سعد عصفور:

النظام الدستوري المصري، دستور ١٩٧١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠.

د. سعيد السيد علي:

حقيقة الفصل بين السلطات في النظام السياسي والدستوري للولايات المتحدة الأمريكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

د. سليمان الطماوي:

النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، ١٩٧٨.

د. شعبان أحمد رمضان:

الجزاء الضريبي كأحد آليات مبدأ عدالة الضريبة في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، ٢٠١٧.

د. صبري محمد السنوسي محمد:

آثار الحكم بعدم الدستورية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

د. صلاح عبد البديع السيد

الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

د. طعيمة الجرف:

القانون الدستوري ومبادئ النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٦٤.

د. عاصم رمضان مرسي:

الحريات العامة في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.

د. عاطف صدقي:

المالية العامة، دار النهضة العربية، ١٩٧٠.

د. عبد الحميد محمد القاضي، د. حسين خلاف:

مبادئ النظرية العامة للضريبة، ١٩٧٥.

د. عبد الرزاق السنهوري:

الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، المجلد الثاني، طبعة نادي القضاة.

د. عبد العزيز بن سالمان:

– الحكم الدستوري، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ٢٠٢٤.

–الآثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية العليا والمشكلات العلمية التي تثيرها، الطبعة الثانية سنة ٢٠٠٠.

د. عبد العظيم عبد السلام:

– الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دون سنة أو دار نشر.

د. عبد العظيم عبد السلام:

تطور الأنظمة الدستورية، الكتاب الثاني، التطور الدستوري في مصر، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.

د. عبد الغني بسيوني عبد الله:

النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧.

د. عبد الله ناصف:

حجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.

د. عيد أحمد الغفلول:

فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

د. فتحي فكري:

- وجيز القانون البرلماني في مصر، طبعة سنة ٢٠٠٦.
- القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة وتطبيقاتها في مصر، دار الأهرام، ٢٠٢٠.

د. محسن خليل:

النظام الدستوري في مصر والجمهورية العربية المتحدة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٩.

د. محمد أنس جعفر:

الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة تطبيقية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.

د. محمد حسنين عبد العال:

القانون الدستوري، ١٩٩٢، بدون دار نشر.

د. محمد عبد اللطيف:

إجراءات القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.

د. محمد عبد المنعم بدر، د. عبد امنعم البدراوي:
مبادئ القانون الروماني، دار الكتب العربي، بمصر، ١٩٥٣.
د. محمد عبد الواحد الجميلي:
آثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا، ٢٠٠١.
د. محمد ماهر أبو العينين:
– الدفوع في نطاق القانون العام، الكتاب الرابع، الإشكالات والدفوع أمام القاضي الدستوري، دار أبو المجد للطباعة، ٢٠٠٤.
– وجيز مبادئ أحكام المحكمة الإدارية العليا في العام القضائي ٢٠٠٠–٢٠٠١.
د. محمود أبو السعود:
الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في الظروف الاستثنائية، دار الثقافة العربية، ١٩٩٠.
د. محمود أحمد زكي
الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، آثاره وحجيته وتنفيذه، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٥.
د. محمود حافظ
القرار الإداري، دون دار نشر، ١٩٧٥.
د. محمود سامي جمال الدين:
القانون الدستوري والشرعية الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، الطبعة الثانية.

د. محمود عاطف البنا:

الرقابة القضائية للوائح الإدارية، دون دار نشر، ١٩٩٧.

د. محمود محمد حافظ:

الوجيز في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

د. مصطفى أبو زيد فهمي:

الدستور المصري فقهًا وقضاء، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٩٦.

د. نبيلة عبد الحليم كامل:

الدعاوى الإدارية والدستورية، ٢٠٠٠.

الرقابة على دستورية القوانين (القضاء الدستوري)، دار النهضة العربية.

د. يحيى الجمل:

القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

المستشار/ محمد بن أحمد آل بن علي:

المراسيم بقوانين (لوائح الضرورة)، مؤسسة الأيام للنشر، المنامة، مملكة البحرين، ٢٠٠٤.

المستشار/ حمدان حسن فهمي:

القضاء الدستوري في مصر وحجية أحكامه وتنفيذها وآثارها، ٢٠٠٩.

ثانياً: الرسائل العلمية

د. شعبان أحمد رمضان:

ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، ٢٠٠٠.

د. عبد العزيز محمد سالمان:

رقابة دستورية القوانين "رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩٥.

د. عادل عمر شريف:

قضاء الدستورية "القضاء الدستوري في مصر"، رسالة دكتوراه، طبعة مطابع دار الشعب، القاهرة، ١٩٨٨.

د. عادل بلال إبراهيم البلال:

الحكم الصادر في الدعوى الدستورية في النظامين المصري والبحريني، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، ٢٠٢٣.

د. أحمد سيد أحمد السيد علي:

الجوانب الموضوعية والإجرائية للضريبة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠١٣.

د. شعبان أحمد رمضان:

ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠٠٠.

د. أشرف تامر محمد علي:

الدور السياسي للقضاء لدستوري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠١١.

د. حسن راشد جرانة:

الأوامر التنظيمية، وسلطة إصدارها في مصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٤٥.

د. محمد ربيع مرسي:

السلطة التشريعية لرئيس الدولة في النظم الحديثة، رسالة دكتوراه، مقدمة لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٦،.

ثالثاً: الأبحاث والمقالات

- المستشار سعيد الجمل:

دراسة قامت بها جريدة الوفد بتاريخ ١٩٩٨/٧/١٧ بتاريخ ١٩٩٨/٧/١٣م.

د. أحمد فتحي سرور:

مقال بعنوان "مطلوب تغيير قانون المحكمة الدستورية العليا وليست هناك نية مبيتة ضدها"، منشور بجريدة المصور، العدد ٣٧٢٧، بتاريخ ١٩٩٦/٣/١٥م.

د. أحمد كمال أبو المجد:

- مستقبل القضاء الدستوري في مصر، مقال بجريدة الأهرام، بتاريخ ١٩٩٨/٨/١٩.

- مستقبل القضاء الدستوري في مصر، المقال السابق بجريدة الأهرام، بتاريخ ١٩٩٨/٨/١١م

د. بدرية جاسر صالح:

التشريع الحكومي في الكويت، حالاته – قيوده، خضوعه لرقابة المحكمة الدستورية، مجلة الحقوق – جامعة الكويت، السنة التاسعة عشر، العدد الثاني، يونيو ١٩٩٥.

د. رمضان صديق محمد:

منهج المحكمة الدستورية العليا في الرقابة على التشريعات الضريبية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق، جامعة حلوان.

د. طارق عبد القادر:

- أثر القضاء بعدم دستورية نص جنائي على الأحكام القضائية الباتة، مجلة الدستورية، العدد (٢٩)، السنة (٢٩) أكتوبر ٢٠٢١.
- أثر القضاء بعدم دستورية نص جنائي على الأحكام القضائية الباتة، بحث منشور في المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، المجلد ٣، العدد ٣، ٢٠٢٢.

د. عامر زعير محيسن:

الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية، مجلة مركز الكوفة للدراسات، العدد الثامن عشر، ٢٠١٠.

د. عبد الرازق أحمد السنهوري:

مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة المصري في ثلاثين عام، ١٩٥٠-١٩٨٠.

د. علي عبد الفتاح محمد:

مراسيم الضرورة في الدستور البحريني، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠١٢.

د. علي فاضل حسن:

مقال بعنوان "الأثر الرجعي"، منشور بجريدة الأهرام بتاريخ ١٩٩٨/٨/١٠م.

د. فوزية عبد الستار:
حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا، مقال منشور بجريدة الأهرام، في ٣ أغسطس ١٩٩٨.
د. مجدي مرجان:
مقال بعنوان "سلطات المحكمة الدستورية العليا بين التوسيع والتضييق"، منشور بجريدة الأهرام، بتاريخ ١٩٩٨/٧/٢٩م.
المستشار/ فتحي رجب:
التعديل وأبعاده المادية والدستورية، مقال منشور بجريدة الأهرام، بتاريخ ١٩٩٨/٨/٣م.
د. محمد محمد بدران:
أحكام المحكمة الدستورية العليا في الضرائب بين الأثر الرجعي والأثر المباشر، في تعليقه المنشور بجريدة الأهرام على تعديل الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٩٩٨/٧/٢٧م.
د. محمد مرغني خيري:
خيوط المؤامرة الحكومية على المحكمة الدستورية، مقال بجريدة الغرب، بتاريخ ١٦ يوليو ١٩٩٨.
د. محمود صالح العدلي:
حقوق الإنسان بين الفكر القانوني الوضعي والشريعة الإسلامية، بحث منشور بمجلة المحاماة، العددان الثالث والرابع مارس ١٩٩٠، السنة السبعون.

د. محمود عاطف البنا:
المشروعية الدستورية وأساس سلطة الحكم، المقال السابق بجريدة الوفد بتاريخ ١٦ يوليو ١٩٩٨.
د. مصطفى أبو زيد فهمي:
نحو نقد علمي لقضاء المحكمة الدستورية العليا، مقال منشور بجريدة الأهرام بتاريخ ١٩٩٦/٦/١٧م.
د. نبيل لوقا بباوي:
الأثر الرجعي للأحكام الدستورية باطل، مقال منشور بجريدة الأهرام بتاريخ ١٩٩٨/٨/٥م.
د. هشام محمد فوزي:
اقتراحات لتدعيم دور المحكمة الدستورية العليا في الرقابة الدستورية في مصر، بحث مقدم إلى المؤتمر الذي أقامه المركز العربي لاستقلال القضاء والمحاماة، من ٣٠ يونيو إلى ١ يوليو ١٩٩٨.
د. وجدي ثابت غبريال:
حماية الحرية في مواجهة التشريع، بحث منشور بمجلة المحاماة، العددان الثالث والرابع، مارس ١٩٩٠، السنة السبعون.
د. يسري محمد العصار:
الحماية الدستورية للأمن القانوني، مجلة الدستورية، القاهرة، عدد ٣، س١، يوليو ٢٠٠٣.

عصام الإسلامبولي:

مقال بعنوان "هل التعديل الأخير لقانون المحكمة الدستورية العليا دستوري"، منشور بجريدة الأهرام في ١٩٩٨/٨/٢١.

المستشار جميل قلدس:

تعديل المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا يحتاج مناقشة، مقال منشور بجريدة الأهرام بتاريخ ١٩٩٨/٨/١٤م.

المستشار/ عماد النجار:

الاستقرار القانوني ودور المحكمة الدستورية، مقال منشور بجريدة الأهرام بتاريخ ١٩٩٨/٧/٢٩م.

المستشار/ محمد السيد زهران:

الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا، مجلة إدارة قضايا الدولة (الحكومة سابقًا)، السنة الرابعة، العدد الأول.