

بحث

دور محاكم مجلس الدولة في الرقابة الدستورية

إعداد المستشار الدكتور

محمد صلاح جبر

القاضي بمجلس الدولة

الملخص

إعمالاً لمبدأ سمو الدستور فإنه يتعين أن تأتي جميع التشريعات التي تدنو الدستور في المرتبة متفقة معه ومتسقة مع أحكامه وإلا كانت مشوبة بالمخالفة الدستورية ، ومن هنا يتبين ضرورة إقرار الوسائل الدستورية لمجابهة أية مخالفة لأحكام الدستور ، وتمثل الرقابة الدستورية ضماناً عظيمة في مضمار حماية الدستور والذود عن حرمة ، وفي إطار الرقابة الدستورية فإن محاكم مجلس الدولة تمارس دوراً عظيماً في مضمار حماية النصوص الدستورية وصونها ، وقد تجلّى هذا الدور العظيم في مرحلتين ، الأولى : مرحلة ما قبل إنشاء القضاء الدستوري ممثلاً في المحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا ، وفي تلك المرحلة أرست محاكم مجلس الدولة دعائم الرقابة الدستورية ، وأكدت بحروف من نور حق المحاكم في إجراء تلك الرقابة التي تهدف إلى صون الدستور وحمايته ونفاذ أحكامه ، والثانية : مرحلة ما بعد إنشاء القضاء الدستوري ، حيث تمارس محاكم مجلس الدولة دوراً عظيماً فيما يخص المسألة الدستورية الأولية ، فضلاً عن رقابة تلك المحاكم لدستورية القرار الإداري الفردي .

Abstract

In application of the principle of constitution's supremacy, all lower-ranking legislation shall be in agreement and consistent with its provisions. Otherwise, it would be flawed with constitutional violation. This necessitates establishing constitutional means to confront any violation of the constitutional provisions. Constitutional oversight represents a significant safeguard in protecting the constitution and defending its sanctity. Within the framework of constitutional oversight,

the courts of the State Council play a significant role in protecting and preserving constitutional texts. This vital role has been manifested in two phases: First, the phase preceding the establishment of the constitutional judiciary represented by the Supreme Court and later the Supreme Constitutional Court. During this phase, the State Council courts laid the foundations of constitutional oversight and affirmed unequivocally the right of courts to exercise such oversight aimed at preserving, protecting, and enforcing the constitution and its provisions. Second, the phase following the establishment of the constitutional judiciary, where the State Council courts play a significant role regarding priority question of constitutionality, in addition to these courts' oversight of the constitutionality of individual administrative decisions

.

مقدمة

يعد مبدأ سمو الدستور من أهم المبادئ التي تراضت عليها النظم الدستورية ، ونتيجة لهذا المبدأ فإنه يتعين أن تأتي جميع التشريعات الأخرى التي تدنو الدستور في المرتبة متفقة معه ومتسقة مع أحكامه وإلا كانت مشوبة بالمخالفة الدستورية ، ومن هنا تتجلى أهمية الرقابة الدستورية التي يراد منها التحقق من مدى مطابقة التشريعات لأحكام الدستور ، إذ تضمن هذه الرقابة احترام الدستور ونفاذ أحكامه .

وتمارس محاكم مجلس الدولة المصري منذ نشأتها دورا عظيما في الحفاظ على الحقوق والحريات وصون مبدأ المشروعية والذود عن حرمة القوانين ، وفى هذا الإطار لم تقف محاكم مجلس الدولة عند حد المحافظة على نصوص القوانين ، سواء القوانين الأساسية أو العادية أو القرارات بقوانين الصادرة عن السلطة التنفيذية ، وإنما هداها اجتهادها وطبيعتها كقضاء إنشائي إلى الذود عن حرمة النصوص الدستورية بحسبانها تمثل المصدر الأعلى منزلة في مدارج الهرم التشريعي .

وبإمعان النظر يبين أن دور محاكم مجلس الدولة في حماية النصوص الدستورية يختلف حسب حقبتين ، الأولى مرحلة ما قبل إنشاء القضاء الدستوري ، والثانية مرحلة ما بعد إنشاء القضاء الدستوري .

فقبل إنشاء قضاء دستوري متخصص ممثلا في المحكمة العليا أدت محاكم مجلس الدولة دورا رائدا في مضمار الرقابة الدستورية على نحو أجمع معه الفقه على أن مجلس الدولة هو من أرسى دعائم هذه الرقابة التي امتنعت المحاكم عن إجرائها قبل أن يأخذ مجلس الدولة زمام المبادرة في هذا الشأن .

وبعد إنشاء المحكمة العليا ظلت محاكم مجلس الدولة على عهدا تمارس دورا محمودا في حفظ النصوص الدستورية وضمان سيادتها في إطار وظيفتها الدستورية ، وتجسد هذا الدور في أمرين الأول : المسألة الدستورية الأولية والتي تثار أمام محاكم مجلس الدولة بمناسبة الفصل

د/ محمد صلاح جبر — دور محاكم مجلس الدولة فى الرقابة الدستورية

فى دعوى منظورة ، والثانى : رقابة محاكم مجلس الدولة لدستورية القرار الإدارى الفردى ،
ونظرا لأهمية هذا الدور فى صون النصوص الدستورية فإننا نتناوله فى مبحثين على النحو
التالى :

المبحث الأول : مرحلة ما قبل إنشاء القضاء الدستورى .

المطلب الأول : ماهية الرقابة الدستورية وتقديرها .

المطلب الثانى : دور محاكم مجلس الدولة فى حماية الدستور .

المبحث الثانى : مرحلة ما بعد إنشاء القضاء الدستورى .

المطلب الأول : المسألة الدستورية الأولية .

المطلب الثانى : رقابة دستورية القرار الإدارى الفردى .

الخاتمة .

المبحث الأول

مرحلة ما قبل إنشاء القضاء الدستوري

لم يلج التنظيم القضائي في مصر طور التخصص إلا مع إنشاء مجلس الدولة عام ١٩٤٦ م ، ومنذ ذلك الحين باتت مصر تعتنق النظام القضائي المزدوج الذى يقوم على وجود جهتي قضاء ، أحدهما عادي يطلع بالفصل في المنازعات المدنية والجنائية ودعاوى الأحوال الشخصية ، والآخر إداري يطلع بالفصل في المنازعات الإدارية والتأديبية ، ونتيجة لتعاظم مبدأ التخصص فقد اتجه المشرع المصري صوب إنشاء قضاء دستوري متخصص يعهد إليه بمهمة الفصل في دستورية القوانين ، وعلى أثر ذلك أنشأت المحكمة العليا وأنيط بها مهمة الفصل في دستورية القوانين بموجب قانون المحكمة العليا الصادر بالقرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ م .

ومن هنا تأتي المغيرة في الدور الذى مارسته محاكم مجلس الدولة فيما يخص حماية النصوص الدستورية والذود عن حرمتها ، فلا ريب أن وجود قضاء دستوري وظيفته تقرير دستورية أو عدم دستورية النصوص التشريعية المتهمه بالمخالفة الدستورية من شأنه أن يقلص الدور الذى يمكن أن تمارسه جهات القضاء في تمحيص أوجه اللادستورية .

وقد مارست محاكم مجلس الدولة دورا رائدا في صيانة الدستور والذود عن حرمة في تلك الحقبة ، الأمر الذى يدعونا إلى بيان دور محاكم مجلس الدولة في هذا المضمار ، وذلك في مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول : ماهية الرقابة الدستورية وتقديرها .

المطلب الثاني : دور محاكم مجلس الدولة في حماية الدستور .

المطلب الأول

ماهية الرقابة الدستورية وتقديرها

لا يثور الحديث عن الرقابة الدستورية إلا إذا كنا بصدد دستور جامد يتطلب لتعديله إجراءات أشد تعقيداً من تلك المطلوبة لتعديل القوانين العادية .

وتعرف الرقابة الدستورية بأنها : التحقق من مطابقة القوانين واللوائح للنصوص الدستورية . وبناء على ذلك فإن الغاية من إجراء تلك الرقابة هو ضمان اتساق القوانين واللوائح مع أحكام الدستور نصاً وروحاً ، وهو أمر لازم يقتضيه مبدأ سمو الدستور .

وتتنوع الرقابة الدستورية بحسب طبيعة الهيئة القائمة عليها إلى نوعين رئيسيين ، فإن كانت الجهة التي تمارسها مشكلة من شخصيات سياسية كانت رقابة سياسية ، وإن كانت مشكلة من شخصيات قضائية كنا بصدد رقابة قضائية .

فمناطق تحديد ما إذا كانت الرقابة الممارسة قضائية أو سياسية هي طبيعة الجهة القائمة على تلك الرقابة ، فإذا ما عهد إلى المحاكم بصفة عامة أو إلى محكمة خاصة مهمة الرقابة بحيث يغلب على تشكيلها العنصر القضائي ، كانت تلك الرقابة بلا شك قضائية . أما إذا تولت الرقابة إحدى الهيئات أو اللجان التي يندر التمثيل القضائي في تشكيلها ، كانت الرقابة الممارسة من نوع الرقابة السياسية^(١).

والرقابة السياسية هي تلك الرقابة التي تناط بهيئة سياسية يحددها الدستور لبيان مدى موافقة أو مخالفة القوانين لأحكامه ، ويتم تشكيل هذه الهيئة إما عن طريق التعيين سواءً من قبل السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية ، أو كليهما ، أو عن طريق الانتخاب ، وقد يتم اختيار أعضائها من قبل هيئة الرقابة ذاتها .

وبدأت فكرة الرقابة السياسية على دستورية القوانين تأخذ مجالها في التطبيق العملي بفرنسا على يد الفقيه الفرنسي سيبس Sieyes لأنه كان أول من نادى بهذه الفكرة في فرنسا غداة نجاح الثورة الفرنسية^(٢).

والرقابة السياسية على دستورية القوانين هي رقابة وقائية . غالباً . تسبق صدور القوانين ، ومن ثم الحيلولة دون مخالفتها للدستور ، ويترتب على ذلك تفادي الآثار الضارة التي قد تنشأ إذا ما

(١) محمد عبدالعال ، القضاء الدستوري المقارن صور الرقابة القضائية . مناهج التفسير الدستوري . آثار الحكم

بعدم الدستورية . رقابة التعديلات الدستورية ، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٧م ، ص ١٧ . ١٨ .

(٢) محمد أنس قاسم جعفر ، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة تطبيقية ، دار النهضة العربية الطبعة الثانية ١٩٩٩م ، ص ٣١ .

تم تطبيق القانون المخالف للدستور ثم قضى بعدم دستوريته^(١) فتعمل . تلك الرقابة . على منع المخالفة الدستورية قبل وقوعها ، مما يجعلها أفضل من الرقابة اللاحقة العلاجية ، وهذا يستدعيه المنطق القانوني المجرد^(٢).

فالجهة المختصة بممارسة هذا النوع من الرقابة تخضع القانون إلى معايير الرقابة بمجرد إقراره من السلطة التشريعية وقبل نفاذه بتمام عملية إصداره من رئيس الدولة ، وبذلك تتميز الرقابة السياسية بكونها رقابة سابقة على صدور القانون ، تهدف إلى تلافي فرضية صدور قانون معيب بعيب عدم الدستورية^(٣).

ورغم أن الرقابة السياسية تحول دون المخالفة الدستورية إلا أن جانباً من الفقه قد أخذ عليها أن تحريكها يعود في الأعم الأغلب من الحالات إلى القابضين على السلطة ويكون رهناً بإرادتهم^(٤).

فضلاً عن أنه إذا أسندت الرقابة إلى هيئة سياسية فإنها يمكن أن تتأثر بالميل والأهواء السياسية وتتأثر بمجريات الحياة السياسية والتيارات الحزبية بما يجعلها تنجح أحياناً لصالح الحكومة أو أحد الأحزاب دون النظر للمخالفة الدستورية ذاتها ، علاوة على أن فاعليتها

(١) أنظر في مزايا الرقابة السياسية ، رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة ١٩٨٣م ، ص ٤٦٨ ، رمضان بطيخ ، النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر ، دار النهضة العربية الطبعة الأولى ١٩٩٥ . ١٩٩٦م ص ٣٤٢ وما بعدها .

(٢) أنظر في ذلك محمد أنس قاسم جعفر ، مرجع سابق ، ص ٤٥ ، ويقرر سيادته أنه " إلا أن المنطق القانوني المجرد ليس هو كل شيء بالنسبة لتنظيم أحد الموضوعات الهامة في القانون ، فهناك اعتبارات الملاءمة والاعتبارات العملية يتحكمان في التنظيم القانوني ، من جانب آخر فإن الانتقادات العديدة التي وجهت للرقابة السياسية سواء في فرنسا ، أو بصفة عامة يصعب تلافيها الأمر الذى يجعلنا لا نؤيد الرقابة السياسية على دستورية القوانين " .

(٣) محمد عبدالعال ، مرجع سابق ، ص ١٨ . ١٩ .

(٤) عبدالعزيز محمد سالم ، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية ، دار الفكر العربي طبعة ٢٠١١م ، ص ٣٦ .

محدودة للغاية ولا تؤدي الهدف المنشود منها وهو المحافظة على مبدأ دستورية القوانين وحماية الدستور من الخرج على أحكامه ، وقد يكون أعضاء الهيئة التي تمارس الرقابة السياسية على غير علم وخبرة قانونية ودستورية تؤهلهم للقيام بهذه المهمة الخطيرة^(١).

وتأخذ الدول الماركسية بهذا الأسلوب فى الرقابة ، حيث تركز ذلك فى هيئة ذات طبيعة سياسية مثل الحال فى ألمانيا الديمقراطية وألبانيا والاتحاد السوفيتي وبلغاريا ، وأساس ذلك ما تقوم عليه هذه الأنظمة من سيادة الأيديولوجية الماركسية المادية اقتصاديا وسياسيا التي تعبر عنها بالشرعية الاشتراكية على الشرعية الدستورية القانونية^(٢).

ونظراً لما شاب الرقابة السياسية على الدستورية من عيوب فقد اتجهت معظم الدول صوب الأخذ بأسلوب الرقابة القضائية ، والتي تتمثل فى قيام هيئة قضائية ببحث القوانين للتحقق من مدى موافقتها أو مخالفتها لأحكام الدستور تمهيداً للامتناع عن تطبيقها أو إلغائها بالكلية فى حالة ثبوت مخالفتها^(٣).

(١) محمد أنس قاسم جعفر ، مرجع سابق ، ص ٤٤ . ٤٥ .

(٢) عبد الحميد الشواربي ، ومحمد محمود المصري ، دستورية القوانين فى ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا ١٩٧٩ م . ١٩٨٥ م ، منشأة دار المعارف الإسكندرية ١٩٨٦ م .

(٣) تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية هى مهد هذا النظام حيث أخذت بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين رغم خلو الدستور الاتحادي من النص على ذلك ، فقد منح القضاء الأمريكي لنفسه الحق فى الرقابة الدستورية لأول مرة فى الحكم الشهير الصادر فى القضية التي عرفت بعد باسم "ماربري وماديسون" الصادر عن المحكمة الاتحادية العليا عام ١٨٠٣م بعد قيام الاتحاد الفيدرالي بأربعة عشر عاماً فقط ، وقبل إنشاء الاتحاد الفيدرالي كانت المحاكم الاتحادية تنهيب من أعمال هذه الرقابة لأسباب عدة من أهمها المعارضة الشديدة من جانب المجالس التشريعية فى بعض الولايات ضد المحاكم التي باشرت هذه الرقابة مثل ولاية نيو جيرسى وولاية رود أيلاند وكاليفورنيا الشمالية فقد تم استدعاء قضاة هذه المحاكم أمام تلك المجالس لاستجوابهم ومؤخذتهم على ما أصدره من أحكام تقرر حقهم فى أعمال تلك الرقابة ، فضلاً عن أن تخوف أهالي تلك الولايات من أعمال تلك الرقابة دفعهم إلى عدم تجديد انتخاب القضاة الذين عملوا تلك الرقابة ، وبعد أن أقرت المحكمة الاتحادية العليا هذا الحق مارست جميع المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجتها حقها فى

رقابة دستورية القوانين ، واستند رئيس المحكمة الاتحادية العليا آنذاك (القاضي جون مارشال) في منح المحكمة هذا الحق أن مهمة القاضي دائماً حالماً يعرض عليه نزاع تعارضه نصان أن يرجح بينهما ويعمل صحيح النص الأعلى وأن يستبعد النص الأدنى ، فإذا تعارض نص في القانون مع نص دستوري وجب عليه ترجيح النص الدستوري باعتباره الأعلى في سلم التدرج القانوني دون أن يعد ذلك اعتداءً من المحكمة على أعمال السلطة التشريعية لأن المحكمة حالئذ لا تقوم بإلغاء النص التشريعي وإنما تقوم فقط بالامتناع عن تطبيقه ، ونظراً للأهمية التي تمخضت عن هذا الحكم في إرسائه لرقابة دستورية القوانين والذي أصدره القاضي جون مارشال فقد استحق هذا الأخير ما أطلقه عليه رجال الفقه القانوني الأمريكي آنذاك حيث أطلق عليه المؤسس الثاني لدستور الولايات المتحدة الأمريكية ، نظراً لجهوده خلال الأعوام الأربعة والثلاثون من عام ١٨٠١م حتى عام ١٨٣٥م في إرساء الرقابة على دستورية القوانين ، وقد أسرفت بعض المحاكم الأمريكية في أعمال رقابتها لدستورية القوانين وقد شاركتهم هذا الإشراف المحكمة الاتحادية العليا وبدأ هذا جلياً حين اعترضت على القوانين الاقتصادية التي أصدرها الرئيس الأمريكي روزفلت بغرض التغلب على الأزمة الاقتصادية التي اجتاحت العالم عام ١٩٣٠م ، حيث قضت المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية تلك القوانين وأصرت على هذا الموقف إصراراً أثار سخط كل من السلطة التشريعية والتنفيذية ، وقد عبر الرئيس الأمريكي عن هذا السخط بقوله : يجب أن تكون حكومة الولايات المتحدة الأمريكية حكومة قوانين لا حكومة قضاة ، وعلى أثر ذلك سعى روزفلت بعد نجاحه الساحق في انتخابات نوفمبر سنة ١٩٣٦م نحو تعديل نظام المحكمة حتى يسمح بتقييد سلطاتها في هذا الشأن ، وشاءت الظروف أن يتوفى أحد القضاة الخمسة المعارضين للقوانين الاقتصادية وأن يطلب اثنان منهم إحالتهم للتقاعد بعد أن جاوزوا سن السبعين ، وبتعيين ثلاثة قضاة آخرين مكانهم تغير الوضع في المحكمة وأصبح فيها سبعة أعضاء يؤيدون الاتجاه الجديد ، ولذا فقد أصدرت المحكمة الاتحادية حكمها بدستورية تلك القوانين ، ثم عاودت المحاكم سيرتها الأولى في رقابة دستورية القوانين مع الاعتدال في مباشرة تلك الرقابة سيما بعد إصدار المحكمة العليا الاتحادية في عام ١٩٣٦م حكماً أرست فيه ضوابط تلك الرقابة والتي تتمثل في : ١ - لا يسوغ للقاضي أن يبحث عن عيوب القانون ومدى مخالفته للدستور إلا بمناسبة تطبيقه لأحكام هذا القانون على نزاع معين معروض عليه . ٢ - لا يسوغ لقاض أن يتعرض لعيب مخالفة القانون لأحكام الدستور إلا إذا اقتضى الفصل في النزاع ذلك . ٣ - عدم جواز القضاء بدستورية أو عدم دستورية القانون من تلقاء نفس القاضي بل لا بد أن يطلبه الخصوم وفى المجال وبالقدر اللازم للفصل في الدعوى . ٤ - أن يكون القانون المطعون في دستوريته قد أضر بحق الطاعن . ٥ - عدم جواز استبعاد القانون من نطاق التطبيق على النزاع إلا إذا ثبت على وجه اليقين أنه مخالف للدستور . ٦ - لا يسوغ للمحكمة أن تقضى بإلغاء القانون المخالف للدستور بل تقتصر فقط على الامتناع عن تطبيقه ، وعليه يظل القانون قائماً ، ويغدو من

ورغم مزايا هذا النوع من الرقابة إلا أن بعض الفقه قد عارضها مستنداً إلى عدة حجج على النحو التالي :

١- امتهان مبدأ سيادة الأمة : فالرقابة القضائية تعتبر وفقاً لهذا الجانب من الفقه اعتداءً على البرلمان الذى ينوب عن الأمة فى قيامه بوظيفته التشريعية ، وحينما تقوم هيئة قضائية ما بإلغاء أو تعطيل ما يصدره البرلمان من تشريعات معبرة عن إرادة الأمة فإنها بذلك تكون قد تعدت على هذه الإرادة وامتهنت مبدأ سيادة الأمة .

ويجاب عن ذلك : بأن البرلمان حالما يقوم بممارسة مهامه فى سن التشريعات لا يسوغ له أن يخالف الدستور الذى يمثل الإرادة العليا للأمة ، وما رقابة دستورية القوانين سوى إعلاء لإرادة الأمة وسيادتها .

٢- إهدار مبدأ الفصل بين السلطات : فالسلطة القضائية التى ترأب مدى دستورية القوانين تتدخل بذلك فى أعمال السلطة التشريعية ، ومن ثم تعتدي على مبدأ الفصل بين السلطات الذى يقتضى ألا تتدخل سلطة فى عمل سلطة أخرى .

ويجاب عن ذلك : بأن مبدأ الفصل بين السلطات لا يعنى الفصل التام أو المطلق بينها ، فهناك دائماً تعاون ورقابة متبادلة حتى فى الدول ذات الأنظمة الرئاسية ، ومن ثم فإن قيام القضاء برقابة دستورية القوانين التى يسنها البرلمان لا يمثل اعتداءً على مبدأ الفصل بين السلطات ، وإنما يعكس نوعاً من التنسيق بين أعمال مختلف السلطات العامة فى الدولة ، بل أكثر من ذلك فإن أعمال هذه الرقابة يعتبر تدعيماً وتأكيداً لمبدأ الفصل بين السلطات ، ذلك أنه لا يسوغ للسلطة التشريعية أن تجبر السلطة القضائية على تطبيق قانون مخالف للدستور .

حق أى محكمة أخرى تطبيقه إذا رأت دستوريته مالم يكن الحكم بعدم الدستورية صادراً من المحكمة الاتحادية العليا .

٣- مجافاة الوظيفة القضائية : حيث قيل بأن هذه الرقابة تتنافى مع وظيفة القاضي الأساسية والتي يجب أن تبقى قاصرة على مجرد تطبيق القانون على ما يعرض له من منازعات وما يفصل فيه من أفضية دون الحكم على هذا القانون بكونه موافقاً أو مخالفاً لأحكام الدستور .

ويجاب عن ذلك : بأن رقابة دستورية القوانين لا تتطوي إلا على تغليب للقاعدة القانونية الأعلى وهى الدستور على القاعدة القانونية أدنى وهى القوانين العادية ، فالواجب على القاضي دائماً أن يحمى الدستور ويؤد عنه وهذا أمر بديهي إذ إن القوانين العادية لا تستمد مشروعيتها إلا من الدستور أعلى التشريعات داخل النظام القانوني .

مزايا الرقابة القضائية : تتميز الرقابة القضائية على دستورية القوانين بالعديد من المزايا التي جعلت لها مركز الريادة في معظم النظم القانونية ومن هذه المزايا :

١- توافر النزاهة وضمانات التقاضي : يتوافر للقضاة بحكم تكوينهم وطبيعة عملهم من الحيطة والنزاهة والخبرة اللازمة للفصل في المنازعات ما لا يتوافر في غيرهم ، فضلاً عن كون الإجراءات المتبعة أمام المحاكم دائماً ما تبعث الثقة في نفوس المتقاضين ، وتحقق العدالة ، مما يجعل من حكمهم أكثر قبولاً عما لو صدر من أعضاء غير قضائيين .

٢- كفالة حق التقاضي : من الحقوق التي دأبت الدساتير على تسطيرها حق التقاضي والذي بموجبه لا يسوغ الحيلولة بين الأفراد وبين حقهم في اللجوء للقضاء فيما يعن من منازعات ، ومتى كان أمر الفصل في دستورية القوانين بيد هيئة قضائية فإنه يغدو في مكنة الأفراد اللجوء إليها دون حائل ، بينما في ظل الرقابة عن طريق هيئة سياسية فإن أمر تحريك الدعوى الدستورية يبقى رهينا بيد السلطات العامة التي نص عليها الدستور .

٣- الدستورية مسألة قانونية : لا ريب في كون مشكلة دستورية أو عدم دستورية قانون من القوانين تعد من المسائل القانونية والتي ينبغي أن يطلع بها رجال القانون ، فهؤلاء أقدر من غيرهم على النهوض بهذه المهمة ، فالحكم على قانون ما بموافقته أو مخالفته لأحكام الدستور

يتطلب بحثاً وإماماً بالأحكام والمبادئ الدستورية أياً كان مصدرها التشريع أو العرف ، فضلاً عن أن تطبيق القانون في الواقع العملي ثم عرض أمر مدى دستوريته على القضاء يمكن الأخير من الحكم عليه حكماً صائباً إما بدستوريته أو عدم دستوريته .
ولهذه الأسباب وغيرها اتجه أغلب الفقه إلى تأييد الأخذ بنظام الرقابة القضائية على الدستورية .

الثاني

دور محاكم مجلس الدولة في حماية الدستور

قبل عام ١٩٦٩م خلت التشريعات من النص صراحةً على منح القضاء الحق في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين ونتيجةً لذلك احتدم الجدل والخلاف بين رجال الفقه حول مدى تقرير هذا الحق ، فذهب جانب منهم إلى منع القضاء من ممارسة هذا الحق استناداً إلى ذات الأسانيد التي تزرع بها الفقه الفرنسي لمنع الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، ومنها تعارض الرقابة القضائية على الدستورية مع مبدأ الفصل بين السلطات ، فضلاً عن إهدارها لمبدأ سيادة الأمة ، وكونها تشكل خروجاً عن وظيفة القاضي التي تتمثل في الفصل في المنازعات المطروحة عليه من خلال القوانين وليس الحكم على هذه القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية .

وأضافوا إلى هذه الحجج حججاً أخرى تمثلت في كون المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٣٤م قد ورد بها أن بحث دستورية القوانين لا تملكه أية هيئة قضائية في البلاد ، واستناداً إلى نص المادة (١٥) من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية والتي كانت تنص على منع المحاكم من تأويل الأوامر الإدارية أو وقف تنفيذها ، فقياساً على هذا النص يتمتع على المحاكم بحث دستورية القوانين من باب أولى.

ورغم ما قيل في نقد الرقابة القضائية على الدستورية فقد ذهب السواد الأعظم من الفقه المصري إلى تقرير هذا الحق للقضاء ، وتولى الرد على الحجج التي استند إليها الفقه المانع

مقررين أنه ليس فى إعمال القضاء للرقابة الدستورية ثمة تعدى على مبدأ الفصل بين السلطات ، بحسبان أن المراد من هذا الفصل ليس الفصل الجامد والمطلق بل المرن الذى يقوم على التعاون بين السلطات ، وما رقابة الدستورية إلا من قبيل هذا التعاون والتنسيق ورداً للأمور إلى نصابها ، والقول بمنع القضاء من إجراء هذه الرقابة هو عين الاعتداء على هذا المبدأ ، لأنه ليس للسلطة التشريعية أن تجبر السلطة القضائية على الحكم بقانون مخالف للدستور ، فضلاً عن أن تقرير هذه الرقابة لا يشكل إهداراً لمبدأ سيادة الأمة ، وإنما يؤدى إلى احترام هذا المبدأ وصونه ، بحسبان أنه لا يجب أن يخالف الدستور الذى يعد الممثل للإرادة العليا للأمة ، يضاف إلى ذلك أنه ليس فى إعمال تلك الرقابة خروجاً عن وظيفة القاضي ، بحسبان أنه من ضمن واجبات القاضي الترجيح بين القوانين المتعارضة ، وتطبيق الأعلى على حساب الأدنى سيما إذا كان التعارض مع نص دستوري .

وفى معرض الرد على ما أورده المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٣٤م ذهب الفقه المجيز للرقابة القضائية إلى أن ما ورد بها لا يخرج عن كونه محض اجتهاد شخصي لا يعبر إلا عن رأي واضعيها ، وما قيل من أن نص المادة (١٥) من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية والتي كانت تنص على منع المحاكم من تأويل الأوامر الإدارية أو وقف تنفيذها فقياساً على هذا النص يمتنع على المحاكم بحث دستورية القوانين من باب أولى فإنه إن صح هذا القول فيجب منع المحاكم من بحث قانونية اللوائح من باب أولى لكون اللائحة أسمى من الأمر الإداري ، ولكن الفقه والقضاء قد أجمعا على حق المحاكم فى بحث قانونية اللوائح ، ومن ثم لا تصلح هذه المادة سنداً لغل يد القضاء عن إعمال هذه الرقابة .

وقد تردد القضاء المصري بدوره فى حسم هذه المسألة فصلاً من الزمان ، فقبل عام ١٩٤٨م أثيرت مسألة دستورية القوانين غير مرة فى مناسبات عدة أمام القضاء إلا أنه لا يمكن أن يستخلص منها اتجاه القضاء نحو تقرير هذا الحق أو منعه .

. ومن ذلك حكم محكمة جنايات الإسكندرية الصادر سنة ١٩٢٤م حيث طعن أمامها بعدم دستورية القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٢٣م والذي أضاف فقرتين إلى المادة رقم ١٥١ من قانون العقوبات ، وقضت تلك المحكمة بأن القانون المذكور لا يتعارض مع الدستور ، وقد تأكد هذا الحكم من محكمة النقض ، ولقد انقسم الفقه آنذاك في تحليله لهذا الحكم حول مدى تقريره لرقابة الدستورية من عدمه .

. وكذلك حكم محكمة مصر الأهلية سنة ١٩٤١م والذي أقرت فيه المحكمة صراحة حق المحاكم في نظر دستورية القوانين إذ لم يغير هذا الحكم من الأمر شيئاً حيث ألغته محكمة استئناف مصر الأهلية .

وظل الوضع هكذا حتى صدر حكم محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة بتاريخ ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨م والذي أقر حق المحاكم في رقابة دستورية القوانين ، واعتبر هذا الحكم بمثابة الماء الذى أطفأ به النظام القانوني ظمأه واستند هذا الحكم في تقريره لهذه الرقابة إلى أنه ليس في القوانين ما يمنع إعمال المحاكم لهذه الرقابة ، فضلاً عن أن هذه الرقابة لا تمثل اعتداءً على مبدأ الفصل بين السلطات بل تعد إعمالاً لهذا المبدأ ووضعاً للأمور في نصابها ، وأكد الحكم أن الدستور قد قرن مبدأ الفصل بين السلطات بمبدأ آخر وجعله متلازماً معه وهو أن استعمال السلطات يكون على الوجه المبين بالدستور ، والمبدأان متلازمان يسيران جنباً إلى جنب ويكمل أحدهما الآخر وبدون أحدهما لا تنتظم الحياة الدستورية ، كما أن الدستور المصري قرر أن السلطة القضائية تتولاها المحاكم وقد ناط بها تفسير القوانين وتطبيقها فيما يعرض عليها من منازعات ، ويتفرع عن ذلك أنها تملك الفصل في تعارض القوانين أيهما الواجب التطبيق ، إذ لا يعدو أن يكون هذا التعارض بمثابة صعوبة قانونية مما يتولد عن المنازعة قد تشملها سلطة المحكمة في التقدير وفى الفصل ، لأن قاضى الأصل هو قاضى الفرع ، فضلاً عن أن الدستور هو أحد القوانين التي يجب على المحاكم تطبيقها ولكنه يتميز

بعلوه وسموه على سائر القوانين ، ولذا وجب على المحكمة أن ترجح كفته متى تعارض مع أي قانون آخر وليس في ذلك اعتداءً على السلطة التشريعية بحسبان أن المحكمة لا تلغى القانون متى ثبت عدم دستوريته بل تمتنع فقط عن تطبيقه .

ومنذ ذلك الحين مارست المحاكم حقها في إعمال هذه الرقابة دون وجود نص صريح في الدستور أو القانون حتى صدر القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩م بإصدار قانون المحكمة العليا ونيط بها الفصل في دستورية القوانين ، ومع صدور دستور ١٩٧١م تضمنت المادة رقم ١٧٤ منه النص على المحكمة الدستورية العليا^(١) ، وقررت المادة ١٧٥ من ذات الدستور اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في دستورية القوانين واللوائح^(٢) ، وصدر بناء على ذلك القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا^(٣).

وأيا ما كان الأمر فإن مجلس الدولة قد أرسى دعائم الرقابة الدستورية ، ونهضت المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها اعتبارا من الحكم الصادر بتاريخ ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨م تعمل

(١) نصت المادة ١٧٤ من دستور ١٩٧١م على أنه " المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها، في جمهورية مصر العربية، مقرها مدينة القاهرة " .

(٢) نصت المادة ١٧٥ من دستور ١٩٧١م على أنه " تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وتتولى تفسير النصوص التشريعية، وذلك كله على الوجه المبين في القانون . ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها" .

(٣) راجع بشأن رقابة دستورية القوانين في النظام الدستوري المصري عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية رقابة الدستورية في مصر ، دار الشعب ١٩٨٨م ، ص ٦٥ وما بعدها ، مصطفى أبوزيد فهمي ، الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين ، بدون ناشر وبدون تاريخ ، ص ٤٨٨ وما بعدها ، السيد على السيد ، رقابة دستورية القوانين ، بحث منشور بمجلة مجلس الدولة السنة الأولى الصادرة ١٩٥٠م ، عبدالسلام ذهني ، مجلس الدولة ودستورية القوانين ، بحث منشور بمجلة مجلس الدولة السنة الأولى الصادرة ١٩٥٠م ، محمد حسنين عبدالعال ، القانون الدستوري ، دار النهضة العربية طبعة ١٩٨٢م ، ص ١٦١ وما بعدها ، رمضان بطيخ ، مرجع سابق ، ص ٣٧٠ وما بعدها .

سلطتها فى الذود عن حرمة النصوص الدستورية ، متى تبين لها ثمة مخالفة لحكم ورد فى الدستور ، فتمتع إذ ذاك عن تطبيقه ، ودخل النظام القضائي فى مصر إبان هذا الحكم طوراً جديداً يسطر فيه سيادة القانون بحروف من نور .

وقد أكدت محكمة القضاء الإداري على حق القضاء فى إجراء هذه الرقابة التي تبتغى إعلاء الدستور ، وإخضاع ما يدنو من قواعد قانونية لأحكامه السامية ، فقضت بأنه " قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه ليس فى القانون المصري ما يمنع المحاكم المصرية من التصدي لبحث دستورية القوانين من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع على السواء ، ولا ترى المحكمة فيما استندت إليه الحكومة من حجج ما يجعلها تعدل عن قضائها السابق فى هذه المسألة ، يؤكد صحة هذا القضاء ما انعقد عليه الإجماع من أن الدولة إذا كان لها دستور مكتوب وجب عليها التزامه فى تشريعها وفى قضائها وفيما تمارسه من سلطات إدارية ، وتعين اعتبار الدستور فيما يشتمل عليه من نصوص ، وفيما ينطوي عليه من مبادئ ، هو القانون الأعلى الذي يسمو على جميع القوانين ، والدولة فى ذلك إنما تلتزمه أصلاً من أصول الحكم الديمقراطي، هو الخضوع لمبدأ سيادة الدستور".

وأبانت المحكمة فى الحكم المشار إليه سلفاً سندها فى إجراء هذه الرقابة مؤكدة التزامها بتطبيق القانون أياً كان نوعه دستورياً أو تشريعياً عادياً أو فرعياً ، وأنه عند تعارض النصوص ينبغي ترجيح الأعلى على الأدنى ، فضلاً عن أنها لا تملك مخالفة النصوص الدستورية إلا برخصة من الدستور ذاته ، فقضت بأنه " وأنه من الأصول الدستورية أن يطبق القضاء القانون فيما يعرض له من الأقضية ، والقانون هنا هو كل قاعدة عامة مجردة أياً كان مصدرها، سواء أكان هذا المصدر نصاً دستورياً أو تشريعياً يقرره البرلمان، أو قراراً إدارياً تنظيمياً، وسواء أكان القرار الإداري التنظيمي مرسوماً أو قراراً من مجلس الوزراء أو قراراً وزارياً أو أي قرار إداري آخر - يطبق القضاء كل هذه التشريعات على اختلاف ما بينها فى المصدر وعلى تفاوت ما بينها فى

المرتبة، وأنه إذا تعذر على القضاء تطبيق هذه التشريعات جميعاً لما قد يوجد بينها من تعارض وجب عليه أن يطبق القانون الأعلى في المرتبة وأن يستبعد من دائرة التطبيق القانون الأدنى إذا تعارض مع القانون الأعلى ، فإذا تعارض قرار وزاري مع قرار مجلس الوزراء وجب تطبيق قرار مجلس الوزراء دون القرار الوزاري، وإذا تعارض مرسوم مع قانون وجب تطبيق القانون دون المرسوم، وإذا تعارض قانون مع الدستور، وجب تطبيق الدستور دون القانون. وأن تطبيق الدستور دون القانون عند التعارض ليس معناه الحكم بإلغاء القانون، فهذا ما لا تملكه المحكمة إلا بنص صريح في الدستور. ولا تستطيع المحكمة من جهة أخرى أن تطبق القانون عند تعارضه مع الدستور فهذا ما لا تملكه إلا برخصة دستورية صريحة، وكل ما تملكه المحكمة عند سكوت الدستور هو أن تمتنع عن تطبيق القانون غير الدستوري في القضية المعروضة عليها، وقضاؤها في هذا مقصور على هذه القضية بالذات، دون أن تنقيد محكمة أخرى بهذا القضاء، بل دون أن تنقيد هي نفسها به في قضية أخرى تنظرها بعد ذلك، وهذا النظر هو المستفاد من مبدأ فصل السلطات، مفهوماً على وجهه الصحيح، فالسلطان التشريعية والقضائية كل منهما مستقلة عن الأخرى، وكلتاهما تخضع للدستور، فلا يجوز للسلطة القضائية أن تحكم بإلغاء قانون باطل في دعوى أصلية ترفع أمامها وإلا بسطت سيطرتها على السلطة التشريعية، ولا يجوز للسلطة التشريعية أن تفرض على السلطة القضائية تطبيق تشريع يتعارض مع النصوص والمبادئ الدستورية، فترغمها بذلك على مخالفة الدستور، ومن ثم تفقد السلطة القضائية استقلالها وينقلب خضوعها للدستور خضوعاً للسلطة التشريعية وهذا وذاك يتعارضان بداهة مع مبدأ فصل السلطات^(١).

وفى مضمار التأكيد على حق القضاء في الرقابة الدستورية وبمناسبة تطبيق نصوص المرسوم بقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٥٢م أكدت محكمة القضاء الإداري أن الدستور هو الذى يضع الحدود

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٥٦٨ لسنة ٣ قضائية الصادر بجلسته ١٩٥٢/٦/٣٠ .

المعلومات لكل سلطة من السلطات ، فقضت بأنه " من حيث إنه للفصل في هذا الدفع يتعين بادئ الأمر النظر في صحة المرسوم بقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٥٢ ، وهل هو تشريع دستوري أو هو يتعارض مع الدستور ويتعين قبل ذلك، مجارة للحكومة فيما ذهبت إليه من أن المرسوم بقانون يعدل من ناحية الرقابة القضائية قانونا أصيلا يقرره البرلمان. البت فيما إذا كان القضاء يملك النظر في دستورية القوانين . ومن حيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه ليس في القانون المصري ما يمنع المحاكم المصرية من التصدي لبحث دستورية القوانين من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع على السواء، ولا ترى المحكمة فيما استندت إليه الحكومة من حجج للقول بعدم جواز النظر في دستورية القوانين ما يجعلها تعدل عن قضائها السابق في هذه المسألة. ومن حيث إنه مما يؤكد هذا القضاء. ما انعقد عليه الإجماع من أن الدولة إذا كان لها دستور مكتوب، وجب عليها التزامه في تشريعها وفي قضائها وفي ممارسه من سلطات إدارية، وتعين اعتبار الدستور، فيما يشتمل عليه من نصوص وفيما ينطوي عليه من مبادئ، هو القانون الأعلى الذي يسمو على جميع القوانين، والدولة في ذلك إنما تلتزم أصلا من أصول الحكم الديمقراطي هو الخضوع لمبدأ سيادة الدستور . ومن حيث إن الدستور وحده هو الذي يملك أن يقرر مدى ما لكل سلطة من السلطات الثلاث: التشريعية والتنفيذية والقضائية، من الرقابة على كل من السلطتين الأخريين ومدى ما ينبسط عليها هي ذاتها من الرقابة . ومن حيث إنه ينبني على ذلك أن الدستور إذا أراد إخضاع دستورية القوانين لرقابة القضاء فنص صراحة على قيام هذه الرقابة، كان للجهة القضائية التي عينها الدستور أن تنظر في صحة القوانين إذا طعن أمامها في دعوى أصلية بعدم دستوريته، وأن تقضي بإلغائها إذا كانت باطلة، وإذا أراد الدستور منع القضاء من التعرض لبحث الدستورية فنص صراحة على هذا المنع، لم يجز للقضاء أن يتصدى لبحث دستورية أي تشريع يقرره البرلمان - ولو كان ذلك للاقتصار على عدم تطبيق هذا التشريع في قضية بالذات دون القضاء بإلغائه " .

وأكدت المحكمة في الحكم سالف الذكر على أنه مع سكوت الدستور عن التصريح للقضاء بإعمال الرقابة الدستورية يتعين الرجوع إلى الأصول الدستورية المعتبرة في هذا الشأن ، فقضت بأنه " ومن حيث إنه عند سكوت الدستور عن النص صراحة على إطلاق الرقابة القضائية أو على منعها - وهذا هو موقف الدستور المصري - يتعين الرجوع إلى الأصول الدستورية للنظر فيما يملك القضاء عمله إزاء قانون يطلب إليه تطبيقه ويكون هذا القانون متعارضا مع الدستور . ومن حيث إن أصلا من الأصول الدستورية هو أن يطبق القضاء القانون فيما يعرض له من الأفضية، والقانون هنا هو كل قاعدة عامة مجردة أيا كان مصدرها سواء كان هذا المصدر نصا دستوريا أو تشريعا يقره البرلمان أو قرارا إداريا تنظيميا وسواء كان القرار الإداري التنظيمي مرسوما أو قرارا من مجلس الوزراء أو قرارا وزاريا، أو أي قرار إداري آخر، يطبق القضاء كل هذه التشريعات على اختلاف ما بينها في المصدر، وعلى تفاوت ما بينها في المرتبة . ومن حيث إنه إذا تعذر على القضاء تطبيق هذه التشريعات جميعا لما قد يوجد بينها من تعارض، وجب عليه أن يطبق القانون الأعلى في المرتبة، وأن يستبعد عن دائرة التطبيق القانون الأدنى إذا تعارض مع القانون الأعلى. فإذا تعارض قرار وزاري مع قرار من مجلس الوزراء، وجب تطبيق قرار مجلس الوزراء دون القرار الوزاري، وإذا تعارض مرسوم مع قانون، وجب تطبيق القانون دون المرسوم وإذا تعارض قانون مع الدستور وجب تطبيق الدستور دون القانون " .

وأوضحت المحكمة فيما يخص دفع الحكومة بعدم جواز رقابة القضاء لدستورية القوانين أنه " ومن حيث إن ما تحتج به الحكومة لمنع رقابة القضاء لدستورية القوانين، من إجماع القضاء الفرنسي وأقوال بعض الفقهاء في فرنسا ونصوص الدستور الفرنسي الأخير، لا حجة فيه، فإن الفرنسيين نزلوا في هذه المسألة عند نصوص دستورية قديمة وحديثة وجدت عندهم ولا يوجد نظير لها في الدستور المصري. على أن أعلام الفقه الدستوري والقانون العام في فرنسا

مجمعون على أن للقضاء حق الرقابة على دستورية القوانين، وأقوالهم في هذا الشأن كثيرة مستفيضة. أما ما تحتج به الحكومة من حكم لمحكمة النقض المصرية أشارت إليه في مذكرتها فهو لا ينهض حجة لها، بل هو على النقيض من ذلك حجة عليها، فالحكم المشار إليه يبحث مشروعة المرسوم بقانون رقم ١٦ لسنة ١٩٢٩، ويخلص من البحث إلى أن هذا المرسوم قد صدر في حدود أمر ملكي وضع قاعدة مؤقتة لنظام التشريع في البلاد، فيكون واجب الاحترام والتفويض. وواضح أن محكمة النقض قد أجازت لنفسها بهذا البحث أن تتنظر في دستورية القوانين، وقد نظرت فعلا دستورية المرسوم بقانون سالف الذكر، وقررت أنه تشريع دستوري . ومن حيث إن ما تذهب إليه الحكومة من أن القضاء يفسر الدستور عادة تفسيرا رجعيا بحكم طبيعته المحافظة، ومن أنه يخشى على التشريع التقليل والزعزعة إذا ما تولت المحاكم النظر في دستوريته فاختلفت وتفاوتت تقديرها، ومن أن الكلمة العليا هي للبرلمان بحكم تمثيله للأمة - ما تذهب إليه الحكومة من ذلك لا مقنع فيه، فإن القائلين برجعية القضاء أقل عددا وشأنا إذا قيسوا بالمحذرين من الخروج عن أحكام الدستور. أما تقلل التشريع وزعزعت فيعصم منهما أن الكلمة الأخيرة في دستورية التشريع ستكون حتما لإحدى محكمتين هما على رأس النظام القضائي وفي الصدارة منه. وإذا كان البرلمان هو الممثل للأمة، فأولى به ألا ينحرف عن أحكام الدستور ومبادئه، فالدستور وحده هو الذي له الكلمة العليا، وعند أحكامه تنزل السلطات جميعا. ومن حيث إنه يلاحظ فوق كل ما تقدم أن القانون الذي تتمسك الحكومة بعدم جواز النظر في دستوريته إنما هو مرسوم له قوة القانون صدر من السلطة التنفيذية بمقتضى المادة ٤١ من الدستور. ولا شك في أن هذا المرسوم يعتبر من ناحية مصدره - وهي الناحية التي يعتد بها وحدها في تحديد مدى رقابة القضاء - قرارا إداريا يخضع لرقابة هذه المحكمة خضوع سائر القرارات الإدارية، التنظيمية منها والفردية. فإذا ما كان باطلا، كان على المحكمة أن تقضي بإلغائه عند رفع الدعوى الأصلية، وأن تمتنع عن تطبيقه عند الدفع بالبطلان. ومن

حيث إنه لا حجية فيما تقوله الحكومة بأن الرقابة على المرسوم بقانون إنما هي رقابة سياسية أو برلمانية، فلا محل لرقابة القضاء ما دام المرسوم بقانون واجب العرض على البرلمان. ذلك أن الرقابة البرلمانية لا تمنع من الرقابة القضائية، ولكل رقابة من هاتين الرقابتين طبيعتها ومجالها وجزاؤها، فالرقابة البرلمانية رقابة تنبسط على ملاءمة التشريع من حيث موضوعه، فينظر كل من مجلسي البرلمان هل هذا التشريع صالح فيبقى، أو غير صالح فيسقط من الوقت الذي لا يقره فيه. أما الرقابة القضائية فتنبسط على مشروعية التشريع واستيفائه لشروطه الدستورية، فينظر القضاء هل استوفى هذا التشريع الشروط التي تتطلبها المادة ٤١ من الدستور في المراسيم التي تكون لها قوة القانون فيحكم بصحته، أو لم يستوفها فيقضى بإلغائه ويعتبر التشريع باطلا منذ صدوره. فالرقابة البرلمانية رقابة ملاءمة - *controle d" opportunité* وترد على السلطة التقديرية للمشرع *pouvoir discretionnaire* وجزاؤها سقوط التشريع من وقت عدم إقراره، أما الرقابة القضائية فرقابة مشروعية *controle de legalité* وترد على السلطة المحددة للمشرع *pouvoir lie* وجزاؤها زوال التشريع بأثر رجعي ".

كما أكدت المحكمة على أن قضاءها بعدم الدستورية في مسألة مستعجلة لا يقيد محكمة الموضوع فقضت بأنه " ومن حيث إنه لا يجوز الاعتراض بأن النظر في طلب وقف التنفيذ يقتضي الاستعجال، وبأن طبيعة الاستعجال تتعارض مع النظر في صحة المرسوم بقانون الذي يتمسك المدعي بعدم دستوريته - ذلك أن هذا المرسوم بقانون يمنع من سماع طلب وقف التنفيذ ذاته، ومن ثم يكون الفصل في دستوريته أمرا لا مناص منه للفصل في طلب وقف التنفيذ، ويصبح لزاما على المحكمة قبل أن تنتظر هذا الطلب أن تثبت في هذه المسألة الأولية، وحكمها في ذلك لا يقيد بطبيعة الحال محكمة الموضوع عندما تنتظر هذه دعوى الإلغاء "(١).

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ١٠٩٠ لسنة ٦ قضائية الصادر بجلسة ٢١/٧/١٩٥٢ م.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " إن القانون لا يكون غير دستوري إلا إذا خالف نصا دستوريا قائما أو خروج على روحه و مقتضاه ، ومرد ذلك إلى أن الدستور - و هو القانون الأعلى فيما يقرره - لا يجوز أن تهدره أية أداة أدنى ، وأن وظيفة القضاء هي تطبيق القانون فيما يعرض له من الأقضية . والمراد بالقانون هنا هو بمفهومه العام ، أي كل قاعدة عامة مجردة أيا كان مصدرها ، سواء أكان هذا المصدر نصا دستوريا أم تشريعا تقرره السلطة التشريعية المختصة بذلك ، أم قرارا إداريا تنظيميا ، وسواء أكان القرار الإداري التنظيمي صدر في شكل قرار جمهوري أو قرار وزاري ممن يملكه ، أو كان قد صدر فيما سبق بمرسوم أو بقرار من مجلس الوزراء أو بقرار وزاري - يطبق القضاء كل هذه القواعد التنظيمية العامة المجردة على اختلاف ما بينها في المصدر وعلى تفاوت ما بينها في المرتبة ، ولكن بمراعاة أن القانون يشوبه عدم الدستورية إذا خالف نصا دستوريا قائما أو خرج على روحه ومقتضاه كما سلف القول ، بينما يشوب القرار الإداري العام عيب عدم المشروعية إذا خالف قاعدة تنظيمية صدرت بأداة أعلى مرتبة ، فإذا تزامنت في التطبيق هذه التشريعات أو التنظيمات جميعا وقام بينها التعارض وجب على القضاء أن يطبق القاعدة الأعلى في المرتبة ، فيغلب الدستور على القانون ويغلب القانون على القرار الإداري أيا كانت مرتبته ، ويغلب القرار الإداري العام الأعلى مرتبة على ما هو أدنى منه ، ذلك لأن المناط في الفصل عند التعارض هو أن الأعلى يسود الأدنى " (١).

ولم تأل محاكم مجلس الدولة جهدا في هذا المضمار ، فصدرت على أثر ذلك العديد من الأحكام التي راقبت المحاكم من خلالها مدى اتساق مسلك الجهة الإدارية مع نصوص الدستور ، فضلا عن القانون .

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٩٢٩ لسنة ٣ قضائية عليا الصادر بجلسة ١٢/٧/١٩٥٨ م .

ففى إطار أعمال هذه الرقابة أكدت المحكمة الإدارية العليا على أن المرسوم بقانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٢ غير مخالف لأحكام الدستور وأنه قانون دستوري فى جميع ما اشتمل عليه لأنه صادر من سلطة تملك التشريع فى البلاد، وقد دعت إلى إصداره حكمة تتصل بمصلحة عليا هي ضرورة تطهير الأداة الحكومية مما شابها من أدران رعاية للصالح العام، ومتى قامت تلك الحكمة فإن ما يصدر على هديها من تشريعات يتسم بالشرعية، ما دامت الغاية منها هي حماية المجتمع وصون مصالحه، فقضت بأنه " من حيث إنه فضلاً عن أن الدفع بعدم دستورية النص المشار إليه قد أصبح غير ذي موضوع بعد صدور دستور جمهورية مصر والعمل به من تاريخ إعلان موافقة الشعب عليه فى الاستفتاء؛ إذ أضفت المادتان ١٩٠ و ١٩١ حصانة دستورية على حركة التشريع السابقة عليه التي تمت فى عهد الثورة - فضلاً عن ذلك فإن القانون لا يكون غير دستوري إلا إذا خالف نصاً دستورياً قائماً أو خرج على روحه ومقتضاه. والرسوم بقانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٢ الخاص بفصل الموظفين بغير الطريق التأديبي - كما سبق أن قضت هذه المحكمة بذلك - هو قانون دستوري فى جميع ما اشتمل عليه، لأنه صادر من سلطة تملك التشريع فى البلاد، وقد دعت إلى إصداره حكمة تتصل بمصلحة عليا هي ضرورة تطهير الأداة الحكومية مما شابها من أدران رعاية للصالح العام، ومتى قامت تلك الحكمة فإن ما يصدر على هديها من تشريعات يتسم بالشرعية، ما دامت الغاية منها هي حماية المجتمع وصون مصالحه. وقد اعتنق الدستور المصري نظرية الضرورة فى عدة مواطن، ولم تتخلف التشريعات المدنية والجنائية بل وأحكام القضاء عن تقدير ما للضرورة من مقتضيات. وإذا كانت الحكمة التي تدعو إلى إصدار تشريع كتشريع التطهير هي حكمة عادية تبرر فى ظروف طبيعية، فإنها تكون كذلك من باب أولى فى ظروف إصلاح شامل. وليس شك فى أن حق مجلس الوزراء فى فصل الموظفين بغير الطريق التأديبي هو حق أصيل يستند فى أساسه إلى الأوامر العالية والقوانين المتتابعة التي تناولت النص عليه. وقد

رددته المادة ١٠٧ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ بشأن نظام موظفي الدولة بالنص على أن من أسباب انتهاء خدمة الموظف العزل أو الإحالة إلى المعاش بقرار تأديبي، وكذلك الفصل بمرسوم أو أمر جمهوري أو بقرار خاص من مجلس الوزراء. وثبوت هذا الحق لمجلس الوزراء معناه تفرد الحكومة، وهي التي عينت الموظف، بتقدير صلاحيته للنهوض بأعباء الوظيفة العامة والاستمرار في تولي عملها؛ ذلك أن الوظيفة ليست حقاً للموظف، بل نص الدستور على أنها تكليف، وهي مجموعة من الاختصاصات يتولاها الموظف لصالح المرفق العام، وعلاقة الموظف بالحكومة هي علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح. فمركزه من هذه الناحية هو مركز قانوني عام يجوز تغييره في أي وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، وليس بقاء الموظف بالوظيفة - التي هي ملك الدولة وحدها، والمنوط هذا البقاء بصلاحيته لها - حقاً له ينهض مرتبة الحقوق الدستورية كحق الملكية مثلاً، فلا ينزع عن صاحبه إلا مقابل تعويض عادل بنص الدستور، بل مركز الموظف في هذا الخصوص هو وضع شرطي رهين بصلاحيته للنهوض بأعباء الوظيفة العامة، وهذا أمر يخضع لتقدير الحكومة، فتفصل من تراه أصبح غير صالح لذلك، ما دام الفصل قد تم بالشروط والأوضاع التي قررها القانون وبغير إساءة استعمال السلطة، فلا يكون استعمال حق الفصل مشروعاً إلا إذا وقع الفصل لاعتبارات أساسها المصلحة العامة، وعلى الوجه الذي تغياه القانون. ومن هذا يبين أن المشرع لم يستحدث في المرسوم بقانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٢ حقاً لم يكن قائماً من قبل، وكل ما فعله أنه قرر للموظف ضمانات لم تكن ثابتة له من قبل من حيث عرض أمره على لجان التطهير، كما رتب له حقوقاً مالية من حيث تسوية معاشه " (١).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٧٦٨ لسنة ٢ قضائية عليا الصادر بجلسته ١٩٥٧/١٢/١٤م

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا على أنه إذا تعارض قانون عادى مع الدستور في أية منازعة من المنازعات التي تطرح على المحاكم ، فقامت بذلك لديها صعوبة مثارها أي القانونين هو الأجدر بالتطبيق وجب عند قيام هذا التعارض أن تطرح القانون العادي وتهمله وتغلب عليه الدستور وتطبقه بحسبانه القانون الأعلى الأجدر بالاتباع ، وإذا كان القانون العادي يهمل عندئذ فمرد ذلك في الحقيقة إلى سيادة الدستور العليا على سائر القوانين ، فقضت بأنه " ويخلص مما تقدم أن المادة ٨٥ من قانون الموظفين الأساسي رقم ١٣٥ لسنة ١٩٤٥ معدلة بالمرسوم التشريعي رقم ٦٥ لسنة ١٩٥٢ فيما قضت به في فقرتها الثالثة من أن " يسرح الموظف المقرر صرفه من الخدمة بمرسوم غير تابع لأى طريق من طرق المراجعة " تعتبر من الناحية الدستورية غير نافذة بالنسبة إلى المحكمة العليا ما دامت تتعارض في تقييدها لاختصاص هذه المحكمة مع المادة ١٢٢ من دستور سنة ١٩٥٠ التي أطلقت الاختصاص لتلك المحكمة ، ذلك الاختصاص الذى أكدته الدستور الصادر في سنة ١٩٥٣ على الوجه المفصل آنفا ، لما يتميز به الدستور من طبيعة خاصة تضى على صفة القانون الأعلى و تسمه بالسيادة ، فهو بهذه المثابة سيد القوانين جميعها بحسبانه كفيل الحريات وموئله ، و مناط الحياة الدستورية و نظام عقدها . و يستتبع ذلك أنه إذا تعارض قانون عادى مع الدستور في أية منازعة من المنازعات التي تطرح على المحاكم ، فقامت بذلك لديها صعوبة مثارها أي القانونين هو الأجدر بالتطبيق وجب عند قيام هذا التعارض أن تطرح القانون العادي وتهمله وتغلب عليه الدستور وتطبقه بحسبانه القانون الأعلى الأجدر بالاتباع . وإذا كان القانون العادي يهمل عندئذ فمرد ذلك فى الحقيقة إلى سيادة الدستور العليا على سائر القوانين ، تلك السيادة التي يجب أن يلتزمها كل من الشارع عند اصداره القوانين والقاضي عند تطبيقه إياها على حد سواء " (١).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣ لسنة ١ قضائية عليا الصادر بجلسة ٢٦/٤/١٩٦٠ م .

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن إلغاء الصحف بالطريق الإداري لا يجوز دستورياً قبل أن يصدر التشريع الذي ينظم هذا الإجراء ، فقضت بأنه " ومن حيث إنه فيما يتعلق ببركني الخطأ فإن المادة ١٥ من دستور سنة ١٩٢٣ - الذي صدر في ظله قرار مجلس الوزراء بإلغاء جريدة مصر الفتاة في ٢٨ من يناير سنة ١٩٥١ ، والتي استند إليها ذلك القرار الإداري الذي كان المدعي قد طعن فيه بالإلغاء في الدعوى رقم ٥٨٧ لسنة ٥ القضائية - تنص على أن "الصحافة حرة في حدود القانون والرقابة على الصحف محظورة وإنذار الصحف أو وقفها أو إلغاؤها بالطريق الإداري محظور كذلك إلا إذا كان ذلك ضرورياً لوقاية النظام الاجتماعي". وقد انعقد الرأي على أن هذه المادة ليست نافذة لذاتها، ولا تمنح الإدارة رأساً سلطة في مصادرة الصحف وإنما اقتصر على منح المشرع رخصة في إجازة المصادرة الإدارية للصحف مع تنظيم هذه المصادرة. وقد أفرد الدستور الملغى باباً خاصاً يقرر فيه حقوق المصريين العامة وواجباتهم، وقصد به أن يكون وضعاً قانونياً له حكم الدستور وعلوه على القوانين العادية، وحتى يكون قيماً للشارع لا يتعده فيما يسنه من الأحكام. والذي يستخلص من النصوص الواردة في هذا الباب أن هذه النصوص التي تقرر الحقوق العامة للمصريين - وقد ردد مضمونها دستور جمهورية مصر الصادر في ١٦ من يناير سنة ١٩٥٦ في الباب الثالث المتعلق بالحقوق والواجبات العامة - إنما هي خطاب من الدستور للمشرع يقيد فيه من حرية المشرع ذاته، وحرية الصحافة هي إحدى الحريات العامة التي كفلها الدستور. وكذلك نصت المادة ٤٥ من دستور الجمهورية المصرية على أن "حرية الصحافة والطباعة والنشر مكفولة وفقاً لمصالح الشعب وفي حدود القانون". ولما كانت هذه الحرية لا يقتصر أثرها على الفرد الذي يتمتع بها، بل يترد إلى غيره من الأفراد وإلى المجتمع ذاته؛ لذلك لم يطلق الدستور هذه الحرية، بل جعل جانب التنظيم فيها أمراً مباحاً على أن يكون هذا التنظيم بقانون؛ لأن الحريات العامة لا يجوز تقييدها أو تنظيمها إلا عن طريق القانون. ثم إن الدستور منح المشرع رخصة في تنظيم إنذار

الصحف ووقفها وإلغائها بالطريق الإداري في حدود ما تقتضيه الضرورة لوقاية النظام الاجتماعي، وهي رخصة للمشرع أن يمارسها إذا قدر أن الضرورة تقضي عليه بممارستها فوراً، وله أن يستمهل الفرصة فيها، فلا يسبق الحوادث حتى تقوم في نظره الضرورة إلى ممارستها، فيعتمد عندئذ إلى إصدار التشريع الذي ينظم هذا الطريق الإداري، فيبين ما هو المقصود بالنظام الاجتماعي، وما هي السلطة الإدارية المختصة بالإصدار أو الوقف أو الإلغاء، وما هي الإجراءات التي يجب على هذه السلطة المختصة اتباعها في ممارستها لاختصاصها، وما هي الضمانات القضائية التي تكفل للصحافة أن الإدارة لا تتعسف بها عند استعمال هذه السلطة؛ ومن ثم يكون إلغاء الصحف بالطريق الإداري لا يجوز دستورياً قبل أن يصدر التشريع الذي ينظم هذا الإجراء، وأن الاستثناء الوارد في آخر المادة ١٥ من الدستور الملغى، وهو عبارة "إلا إذا كان ذلك ضرورياً لوقاية النظام الاجتماعي"، هو خطاب من الدستور إلى المشرع لا إلى جهة الإدارة، وقد قصد به إلى تمكين المشرع من أن يصدر في الوقت المناسب التشريع المناسب لمناهضة الدعايات التي تهاجم أسس النظام الاجتماعي. والواقع من الأمر أن التشريعات المختلفة التي تعاقبت لتنظيم حرية الصحافة تتساند جميعاً للدلالة على هذا المعنى في تفسير المادة ١٥ من دستور سنة ١٩٢٣. كما أنه لا يمكن القول بأن الحكومة قد استندت في تعطيل جريدة مصر الفتاة إلى نظرية الضرورة؛ إذ فضلاً عن عدم توافر أركانها هنا، فإن الحكومة نفسها لا تتمسك في دفاعها بهذه النظرية، بل تستند إلى العبارة الأخيرة من المادة ١٥ من الدستور. وقد ذكرت وزارة الداخلية ذلك صراحة في المذكرة التي رفعتها إلى مجلس الوزراء لاستصدار قرار تعطيل الجريدة. وجاء في المذكرة ما يأتي: "ونظراً إلى أن الدستور في المادة ١٥ قد رخص في وقف وإلغاء الصحف بالطريق الإداري إذا كان ذلك ضرورياً لوقاية النظام الاجتماعي؛ لذلك نتشرف وزارة الداخلية برفع الأمر إلى مجلس الوزراء للتفضل بالنظر في الموافقة على إلغاء جريدة مصر الفتاة". وقد وافق مجلس الوزراء بجلسته المنعقدة في ٢٨ من

يناير سنة ١٩٥١ على طلب وزارة الداخلية المبين في مذكرتها، فيكون المجلس قد أصدر قراره بإلغاء الجريدة لا تمسكا من جانب الحكومة بحق الضرورة، لانعدام توافر أركانها في مثل هذه الحالة، بل استنادا إلى نص المادة ١٥ من الدستور القديم. وغني عن البيان، بعد الذي تقدم، أن المادة المذكورة لا تجيز للإدارة مصادرة الصحف قبل صدور تشريع ينظم هذه المصادرة الإدارية على النحو المتقدم؛ ومن ثم يكون القرار الإداري الصادر من مجلس الوزراء بإلغاء صحيفة المطعون لصالحه قد وقع باطلا وجاء مخالفا لأحكام الدستور الذي كان قائما وقت صدور القرار" (١).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " إن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن القانون لا يكون غير دستوري إلا إذا خالف نصاً دستورياً قائماً أو خرج على روحه و مقتضاه ، و مرد ذلك إلى أن الدستور وهو القانون الأعلى فيما يقرره لا يجوز أن تهدره أية أداة أدنى وأن وظيفة القضاء هي تطبيق القانون فيما يعرض له من أفضية و قد جاءت المادة الرابعة من القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٩ بضم قسم قضايا وزارة الأوقاف إلى إدارة قضايا الحكومة فيما قضت به من أن تكون القرارات الصادرة بالتعيين أو تحديد الأقدمية وفقاً لأحكام المادة الثالثة نهائية غير قابلة لأي طعن أو مطالبة أمام أية جهة قضائية مضيقه لاختصاص القضاء مانعة إياه من نظر المنازعات المشار إليها بالطريق المباشر أو بالطريق غير المباشر أي سواء بالإلغاء أو بالتعويض و من ثم فلا وجه للنعي بعدم الدستورية بدعوى مصادرة حق التقاضي إذ تجب التفرقة بين المصادرة المطلقة لحق التقاضي و بين تحديد دائرة اختصاص القضاء و الحد منها و إذا كان لا يجوز من الناحية الدستورية حرمان الناس كافة من اللجوء إلى القضاء لأن في ذلك مصادرة لحق التقاضي وهو حق كفل الدستور أصله ، أن تكون مثل هذه المصادرة بمثابة تعطيل لوظيفة السلطة القضائية ؟ وهى سلطة أنشأها الدستور لتؤدي وظيفتها في أداء العدالة

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٩٧ لسنة ٣ قضائية عليا الصادر بجلسة ١٢/٧/١٩٥٨ م .

مستقلة عن السلطات الأخرى لئن كان ذلك ما تقدم إلا أنه لا يجوز الخلط بين هذا الأمر و بين تحديد دائرة اختصاص القضاء بالتوسيع أو التضييق فكل ما يخرج القانون من اختصاص القضاء يصبح معزولاً عن نظره.^(١)

ومن حيث إن الحكم الدستوري المجرد الذى يقضى بالمساواة في الحقوق العامة شيء وتقرير المشرع أو سلطة التعيين لمدى صلاحية المرأة للاضطلاع بمهام بعض الوظائف العامة شيء آخر إذ لعوامل البيئة وأحكام التقاليد وطبيعة الوظيفة ومسئولياتها شأن كبير في توجيه المشرع أو السلطة الادارية الوجهة التي يراها كلاهما محققة للمصلحة العامة ومتفقة مع حسن انتظام المرفق العام، وليس فيما تترخص فيه الجهة الادارية في هذا الصدد في ضوء هذه الاعتبارات إخلال بمبدأ المساواة المقررة دستوريا ولا غمط لكفاية المرأة أو خطارة شأنها لأن تقدير هذا الاستحسان أو تلك الملاءمة وما إلى ذلك من الوجوه والاعتبارات الباعثة على ترخص الإدارة في هذه الملاءمة واتجاهها إلى تقليد بعض الوظائف لأحد الجنسين دون الآخر بحسب ظروف الحال وملابساته هو من الأمور الداخلة في سلطتها التقديرية التي لا معقب لهذه المحكمة عليها ما دام هذا التقرير قد خلا من الانحراف بالسلطة وهو ما لم تقدم المدعية عليه دليلا^(٢).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " ينبغي في نطاق تطبيق أحكام القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٦١ المشار إليه، استبعاد إدراج مصانع سوهاج الكبرى في الجدول المرافق لعدم دستورية هذا الإدراج ومن ثم يصح تكييف المدعي لقرار وزير التموين سالف الذكر بأنه قرار إداري، ويقوم بالتالي اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بنظر المنازعة الراهنة وإلا فإنه إذا ثبت دستورية هذا الإدراج، كان المركز القانوني الذي يتضرر منه المدعي له ناشئا مباشرة من القانون، وكان قرار وزير التموين المذكور مجرد إجراء اتخذ للتنبيه إلى تنفيذ حكم القانون، مما

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١١١٦ لسنة ٧ قضائية عليا الصادر بجلسة ١٩٦٤/٦/٢١ م .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٩٨ لسنة ٧ قضائية عليا الصادر بجلسة ١٩٦٥/٢/٢٨ م .

يخرج طلب إلغائه أو وقف تنفيذه عن ولاية مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري لأن اختصاصه رهين بطلب إلغاء أو وقف تنفيذ القرارات الإدارية دون غيرها. وغني عن البيان أنه ليس في القانون المصري ما يمنع القضاء من التصدي لبحث دستورية القوانين مادامت رقابته لهذه الدستورية تجد حدها في نطاق تطبيق أو استبعاد تطبيق القانون دون الحكم بإلغائه أو وقف تنفيذه.^(١)

المبحث الثاني

مرحلة ما بعد إنشاء القضاء الدستوري

دخل النظام القضائي المصري طورا جديدا مع إنشاء قضاء دستوري عهد له بمهمة الفصل في دستورية القوانين ، ومنذ ذلك الحين منعت المحاكم من تقرير عدم الدستورية ، بحسبان أن نهوضها بأداء هذا الدور ينطوي على توغل على اختصاص المحكمة التي خصها المشرع بهذا الدور العظيم وهى المحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا .

وإذا كان تقرير عدم الدستورية هو من اختصاص القضاء الدستوري وحده ممثلا في المحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا ، فإن هذا لا يعنى أن محاكم مجلس الدولة لم يعد لها دور في صون الدستور أو في المسألة الدستورية ، إذ اطلعت محاكم مجلس الدولة وعلى مدار عقود بمهمة حماية الدستور بحسبانه القانون الأعلى الذى يتعين أن تأتي التشريعات متسقة مع أحكامه .

فدرجت محاكم مجلس الدولة على تمحيص المسألة الدستورية الأولية والتي تثار بمناسبة الدعاوى المنظورة أمامها ، بمعنى أنه متى دفع أمام إحدى محاكم مجلس الدولة بدفع مخالفة الدستور فإنها ترن هذا الدفع بميزان الدستور ، فإن قررت عدم جديته أو أنه لا يقوم على أساس سليم ، وأنه ليست ثمة مخالفة لأحكام الدستور ، التفتت عن الدفع المبدى أمامها وقررت عدم

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١١٩٨ لسنة ٩ قضائية عليا الصادر بجلسة ١١/٤/١٩٦٤م .

قبوله ، وهذا فى ذاته يقوم على قضاء ضمني بدستورية النص المتهم بالمخالفة الدستورية ، وإن قدرت المحكمة جدية الدفع المبدى أمامها بعدم الدستورية أجلت نظر الدعوى ومنحت صاحب الدفع أجلاً لرفع الدعوى الدستورية^(١).

فضلاً عن دور محاكم مجلس الدولة فى استخدام رخصة الإحالة للمحكمة الدستورية العليا حال وجود شبهة المخالفة الدستورية ، والتي قد تحقيق بالنصوص الحاكمة للنزاع الموضوعي المعروف على تلك المحاكم ، فمتى ترائى لإحدى المحاكم أثناء نظر دعوى أمامها وجود شبهة مخالفة الدستور ، رخص لها المشرع إحالة الدعوى للمحكمة الدستورية العليا للفصل فى مدى دستورية النص المتهم بالدستورية .

(١) نصت المادة رقم (٤) من قانون المحكمة العليا الصادر بالقرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩م على أنه " تختص المحكمة العليا بما يأتي: (١) الفصل دون غيرها فى دستورية القوانين إذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم. وتحدد المحكمة التي أثير أمامها الدفع ميعاداً للخصوم لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا ويوقف الفصل فى الدعوى الأصلية حتى تفصل المحكمة العليا فى الدفع. فإذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن " . ونصت المادة رقم (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م على أنه " تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي :

(أ) إذا تراءى لأحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم للفصل فى النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية .

(ب) إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن ."

علاوة على دور محاكم مجلس الدولة فى رقابة مدى موافقة القرار الإداري الفردي لأحكام الدستور ، إذ لها أن تراقب مدى توافر تلك الموافقة فى إطار مبدأ المشروعية بمعناه الواسع ، لهذا كله فإننا نتناول هذا الدور فى مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول : المسألة الدستورية الأولى .

المطلب الثانى : رقابة دستورية القرار الإداري الفردي .

المطلب الأول

المسألة الدستورية الأولى

عهد الدستور للمحكمة الدستورية العليا بمهمة الفصل فى دستورية القوانين واللوائح ، وهو ما أكدته المادة رقم (٢٥) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م ، حيث نصت على أنه " تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي : أولاً :

الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح.".

وقد حدد القانون طرق اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا وهى التصدي من المحكمة الدستورية العليا ، والإحالة من محكمة الموضوع ، والدفع الفرعي أمام محكمة الموضوع ، وقد نصت المادة رقم (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا المشار إليه على أنه " يجوز للمحكمة فى جميع الحالات أن تقضى بعدم دستورية أي نص فى قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعوى الدستورية " .

ونصت المادة رقم (٢٩) من ذات القانون على أنه " تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي :

(أ) إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية .

(ب) إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن .

ونصت المادة رقم (٣٠) من ذات القانون على أنه " يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها وفقا لحكم المادة السابقة بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة " .

ونصت المادة رقم (٤٩) من ذات القانون والمعدلة بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ على أن " أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة ولكافة. وتنتشر الأحكام والقرارات المشار إليها في الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها. ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر، 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. فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن. ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه " .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه " وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن مؤدى نص المادة (٢٩) من قانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، أن المشرع حدد بموجبها طريقاً لرفع الدعوى الدستورية أمام هذه المحكمة ، وذلك إما بإحالة الأوراق إليها مباشرة من إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي ، إذا قامت لديها شبهة قوية في مخالفة أي نص في قانون أو لائحة - لازم للفصل في النزاع المعروض عليها - لأحكام الدستور ، وإما برفعها من أحد الخصوم بمناسبة دعوى موضوعية ، دفع فيها الخصم بعدم دستورية نص تشريعي ، وقدرت تلك المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي جدية دفعه ، وصرحت له بإقامة الدعوى الدستورية . وتلك الإجراءات ، تتعلق بالنظام العام ، باعتبارها شكلاً جوهرياً في التقاضي ، تغيا به المشرع مصلحة عامة ، حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها . وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى . كذلك . على أن التمييز بين الأعمال القضائية ، وبين غيرها من الأعمال التي تلتبس بها ، إنما يقوم على مجموعة من العناصر ، قد لا تتحدد بها ضوابط هذا التمييز على وجه قطعي ، ولكنها تعين على إبراز الخصائص الرئيسية للعمل القضائي ولما يُعد جهة قضاء ، ومن بينها : أن إسباغ الصفة القضائية على أعمال أية جهة عهد إليها المشرع بالفصل في نزاع معين ، يفترض أن يكون اختصاص هذه الجهة محدداً بقانون ، وليس بأداة تشريعية أدنى ، وأن يغلب على تشكيلها العنصر القضائي الذى يلزم أن تتوفر في أعضائه ضمانات الكفاية والحيدة والاستقلال ، وأن يُعهد إليها بسلطة الفصل في خصومة ، بقرارات حاسمة ، لا تخضع لمراجعة أية سلطة غير قضائية ، دون إخلال بالضمانات القضائية الرئيسية التي لا يجوز النزول عنها ، والتي تقوم في جوهرها على إتاحة الفرص المتكافئة لتحقيق دفاع أطرافها وتمحيص ادعاءاتهم، على

ضوء قاعدة قانونية نص عليها المشرع سلفاً ، ليكون القرار الصادر فى النزاع مؤكداً للحقيقة القانونية ، مبلوراً لمضمونها فى مجال الحقوق المدعى بها أو المتنازع عليها^(١).

وعلى هذا فتمت تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم للفصل فى النزاع ، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية ، وقد نصت المادة (١٢٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه " فى غير الأحوال التى نص فيها القانون على وقف الدعوى وجوباً أو جوازاً يكون للمحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها فى موضوعها على الفصل فى مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم

وقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أن " الرقابة القضائية على دستورية القوانين و اللوائح - المنوطة بالمحكمة الدستورية العليا - تستهدف أصلاً صون الدستور القائم وتأكيد احترامه وحمايته من الخروج على أحكامه ، وسبيل هذه الرقابة التحقق من التزام سلطة التشريع بما يورده الدستور فى مختلف نصوصه من ضوابط وقيود ومن ثم فإنه يتعين . عند الفصل فيما يثار فى شأن هذه التشريعات من مطاعن تستهدف نقض قرينة الدستورية . استظهار هذه الضوابط والقيود وتحديدها وذلك للتعرف على مدى مخالفة تلك التشريعات لها "^(٢).

كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه "وحيث إن المقرر فى قضاء المحكمة الدستورية العليا أن النص فى المادة (٣٠) من قانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أنه "يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، والنص الدستوري المدعي بمخالفته وأوجه

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٥٧ لسنة ٣٤ قضائية دستورية الصادر بجلسة ٢٠١٢/٦/١٤ م .

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٢٠ لسنة ١ قضائية دستورية الصادر بجلسة ١٩٨٥/٥/٤ م .

المخالفة" ؛ مؤداه أن المشرع أوجب لقبول الدعاوى الدستورية أن يتضمن قرار الإحالة أو صحيفة الدعوى ما نصت عليه المادة (٣٠) السالفة الذكر من بيانات جوهرية تنبئ عن جدية هذه الدعاوى ، ويتحدد بها موضوعها ، وذلك مراعاة لقرينة الدستورية لمصلحة القوانين^(١). والقاضي في هذا الشأن وقبل الإحالة للمحكمة الدستورية العليا لتقرير مدى دستورية نص ما لازم للفصل في مسألة معروضة عليه ، يتوجب عليه أن يملئ في النص يستجلي فيه شبهة عدم الدستورية ، وهو في هذا يقوم بدور كبير يساهم من خلاله في صون الدستور والذود عن حرمة ، فمتى تجلت أمامه شبهة اللادستورية ، قضى بوقف الدعوى تعليقاً لحين الفصل في مدى دستورية النص المشوب بشبهة عدم الدستورية واللازم للفصل في النزاع الموضوعي ، وأحال أوراق الدعوى للمحكمة الدستورية العليا لإعمال ولايتها الدستورية ، فتقرر دستورية النص أو عدم دستوريته .

ورقابة القاضي الإداري في هذا الشأن هي رقابة أولية تطرح أمامه أوجه شبهة المخالفة للدستور ، فيشرع في حصرها ، مقلبا لها على كافة أوجهها ، متحصصا مراميها ، معددا شبهة المخالفة فيما بين يديه من نصوص لازمة للفصل في النزاع الموضوعي ، فمتى وقر في يقينه أن النص تختلجه شبهة عدم الدستورية أوقف نظر الدعوى ، ورفع الأمر للمحكمة الدستورية العليا لتقرر ما ترى بشأنه .

وفى جميع الأحوال فإنه يلزم أن يصدر القرار بوقف الدعوى تعليقاً من لدن هيئة المحكمة ، حيث قضى بأنه " ومن حيث إنه لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن وقف الدعوى والإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا صدر بقرار من رئيس المحكمة منفرداً وليس من هيئة المحكمة ، الأمر الذى يكون معه القرار الصادر من المحكمة بالوقف والإحالة باطلاً لعدم

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣١ لسنة ٣٢ قضائية دستورية الصادر بجلسة ٢٠١٨/٦/٢ م .

صدوره من هيئة المحكمة ، الأمر الذى يتعين معه إلغاؤه ، وذلك وفقا لما جرى عليه قضاء هذه المحكمة من أن الطعن أمامها يطرح المنازعة في الحكم برمتها على المحكمة لتزن الحكم وزناً مناطه استظهار ما إذا كان قد قامت به حالة أو أكثر من الأحوال التي تعيينه وفقا للمادة (١٥) من قانون مجلس الدولة^(١).

وفي حالة إثارة المسألة الأولية بطريق الدفع المبدى من أحد الخصوم فإن القاضي يقوم بتقدير جدية الدفع عن طريق عرض النص المتهم بالمخالفة الدستورية على نصوص الدستور فإن تجلت أمامه شبهة المخالفة الدستورية أجل نظر الدعوى وحدد لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا ، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن .

وفى الحالة المشار إليها . إثارة المسألة الأولية بطريق الدفع . فإنه يلزم أن يكون الدفع جديا^(٢) فضلا عن توافر المصلحة لصاحب الدفع .

وتعمل المحكمة كما سلف بيانه على تقدير جدية هذا الدفع ، فإن خلصت في تقديرها هذا إلى عدم جديته وأنه لا وجود لشبهة عدم الدستورية فإنها ترفض هذا الدفع ، وهى لا تنتهى لذلك إلا بعد رد النص المطعون فيه إلى الدستور وعرضه على النصوص الدستورية لبيان مدى توافقه أو تنافره معها ، فإن تجلّى لها التوافق رفضت الدفع وهذا يقوم على قضاء ضمني منها بدستورية النص المتهم بالمخالفة الدستورية ، واتساقا مع قرينة الدستورية^(٣) ، ولا يغل ذلك يد

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٩٢٧٤ لسنة ٤٧ قضائية عليا الصادر بجلسة ٢٩/١٢/٢٠٠١ م .

(٢) هشام محمد فوزي ، رقابة دستورية القوانين : دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر ، تقديم : محمد مرغني خيري ، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان بدون تاريخ نشر ، ص ١٢ .

(٣) تعنى قرينة الدستورية أن المحكمة عندما تنزل رقابتها على قانون معين تبدأ بافتراض أن القانون موافق للدستور حتى يثبت لها العكس ومقتضى هذا ولازمه أن المحكمة لا تتصدى لموضوع الدستورية إلا إذا كان

المحاكم الأخرى فى التقرير بكون النص مشوباً بشبهة المخالفة الدستورية ، فلا تثريب عليها فى هذا الشأن .

وينسحب على الدفع صفة الجدية إذا استقام لدى قاضي الموضوع أن الدفع ليس وسيلة لإطالة أمد النزاع أو لتعطيل الفصل فيه أو اتخاذه مطية للإضرار بالخصم ^(١) وتتولى محكمة الموضوع تقدير جدية الدفع من خلال أمرين : الأول أن يكون الدفع بعدم الدستورية منتجا للفصل فى الدعوى ، والأمر الثانى رجحان الحكم بعدم دستوريته من جانب المحكمة الدستورية العليا ^(٢) فتمت تجلى للمحكمة شبهة عدم الدستورية وأن النص المطعون فيه يجافى نصوص الدستور فإنها تؤجل نظر الدعوى وتعطي صاحب الدفع المهلة القانونية لرفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا ، وما تنتهى إليه المحكمة الدستورية العليا فى هذا الشأن يكون نهائياً وغير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن وملزم كذلك لكافة سلطات الدولة .

ويلاحظ أن محكمة أول درجة لا تمارس سلطتها فى وقف الدعوى تعليقياً وإحالة أوراقها إلى المحكمة الدستورية العليا بمنأى عن رقابة محكمة الطعن ، إذ استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن " ومن حيث إنه عما قضى به الحكم الطعين من وقف الدعوى وإحالة أوراقها إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى دستورية نص المادة ٣٠ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٥٥ بشأن مزاوله مهنة الصيدلة : فإن المادة ٧٩ فقرة (أ) من قانون المحكمة الدستورية

لازماً حتمياً للفصل فى الخصومة الأصلية . وليد سليم النمر ، القانون الدستوري المبادئ الدستورية العامة ، دار الفكر الجامعي ٢٠١٤م ، ص ٦٠٥ .

(١) فتحي فكري ، القانون الدستوري الكتاب الأول : المبادئ الدستورية العامة ، بدون ناشر ٢٠٠١م ، ص ٢٣٠ .

(٢) شريف حلمي خاطر ، المسألة الدستورية الأولية فى فرنسا دراسة مقارنة بالوضع فى مصر ، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة المنصورة العدد الخامس والخمسون أبريل ٢٠١٤م ، ص ٢٣٩ .

العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ قد نصت على أنه " إذا تراءى لإحدى المحاكم الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع ، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية للفصل في المسألة الدستورية " ومفاد ذلك أن محكمة الموضوع تتمتع بسلطة تقديرية في إحالة أي من النصوص القانونية إلى المحكمة الدستورية للنظر في مدى دستورتها وذلك عندما يقوم لديها شك أو شبهة في عدم دستورتها ، وفى هذه الحالة يتعين عليها وجوباً وقف الفصل في الدعوى تعليقاً لحين الفصل في مسألة الدستورية ، بيد أن المحكمة لا تمارس سلطتها في الإحالة بمنأى عن رقابة المحكمة الأعلى (محكمة الطعن) بل تمارسها تحت رقابة هذه المحكمة للتحقق مما إذا كانت الإحالة قد تمت طبقاً للإجراءات وفى نطاق الحدود المرسومة قانوناً أم لا ، إذ يشترط لصحة الإحالة أن يكون النص المشكوك في دستوريته لازماً للفصل في النزاع ، وإلا كانت الإحالة باطلة وغير منتجة ومن شأنها تعطيل الفصل في الدعوى دون مبرر ^(١).

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه "ولما كان نظام الوقف التعليقي أحد صور تدخل المشرع في التنظيم الإجرائي للخصومة القضائية مستهدفاً بذلك تمكين القاضي من بحث كافة جوانب تلك الخصومة والمسائل المرتبطة بها التي تخرج من اختصاصه ويتوقف علي حسمها الفصل في الخصومة الأصلية ، وهو ما دعا المشرع إلي إطلاق مدة الوقف لحين صدور قضاء يحسم تلك المسألة الأولية ، ذلك أن تأقيت تلك المدة والفصل في الدعوى الأصلية قبل صدور حكم في المسألة الأولية قد يؤدي إلي التضارب بين الحكمين وعدم التوصل إلي وضع

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٧٥٤٢ لسنة ٤٨ قضائية عليا الصادر بجلسة ٢٠٠٥/١٢/٢٤ م .

منصف للخصومة القضائية والذي يمثل الترضية القضائية التي يسعى إليها المتقاضى لمواجهة الإخلال بالحقوق التي يدعيها^(١).

ومن حيث إنه من جهة أخرى ، فإن اتصال المحكمة الدستورية العليا بالخصومة فى المسألة الأولية المنوه بها سلفاً من خلال رفعها إليها وفقاً للإجراءات المقررة فى المادة ٢٩ من قانون إنشائها رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، فإنها تدخل فى حوزتها لتهيمن عليها وحدها إلا أن نطاق الخصومة الدستورية يقتصر على النصوص القانونية المثارة بشأنها شبهة عدم دستوريته وتسرى على هذه الخصومة الإجراءات المقررة فى قانون المحكمة الدستورية العليا سالف الذكر وفيما لم يرد فيه نص تطبق الأحكام المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية عملاً بنص المادة ٢٨ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ سالف الذكر ، ويترتب على انعقاد الدعوى الدستورية على هذا النحو أن تصير الدعوى موقوفة وفى حالة ركود أمام محكمة الموضوع بحيث يتمتع عليها أن تقبل تعجيل السير فى الدعوى ونظرها أو أن تتخذ أي إجراء أو تصدر حكماً يحول دون الفصل فى المسائل الدستورية التي تثيرها وإلا اعتبر ذلك عدواناً من محكمة أدنى على الولاية التي أثبتتها الدستور والقانون للمحكمة الدستورية العليا وهو ما يفيد لزوماً تعليق الفصل فى الدعوى الموضوعية إلى أن تقول المحكمة الدستورية العليا كلمتها الحاسمة فى الدعوى الدستورية ، إلا أنه لا يترتب على ذلك اختلاط الدعويين وإنما يكون هناك استقلال بين الدعويين ، فيكون لكل من الدعويين : الدستورية والموضوعية ذاتيتها ومقوماتها وأسس الفصل فيها ، فلا يختلطان ببعضهما ، ومن ثم تظل الدعوى الموضوعية ، وما صدر فيها من أحكام أثناء سيرها مخاطبة بأحكام قانون المرافعات ، فضلاً عن ذلك فقد خلت نصوص قانون

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٢٤٢ لسنة ٢٣ قضائية دستورية الصادر بجلسة ٢٠٠٤/٤/٤ م .

المحكمة الدستورية العليا من أي نص يحظر الطعن في الأحكام الصادرة بوقف الدعوى المحالة إليها^(١).

ومن حيث إنه إذا كان ذلك ، وكان القضاء بالوقف التعليقي حتى يتم حسم مسألة أخرى طبقاً لما تقدم ينطوي على قضاء ضمني برفض الشق العاجل من الدعوى وهو طلب وقف التنفيذ ، هذا القضاء الضمني يعتبر نتيجة حتمية ومنطقية لقرار المحكمة الصريح والإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا ، ويجوز الطعن عليه من ذوى الشأن ، ولا يعتبر ذلك إغفالاً من المحكمة لهذا الطلب - في الحالة المعروضة - يستوجب إعادة عرضه عليها ، لأن حكم الوقف والإحالة - دون التعرض صراحة للشق العاجل بوقف التنفيذ ، وإن كان يحمل مظنة هذا المعنى وهو ما فهمه الطاعنون من الحكم الصادر في الدعويين رقمي ، لسنة ٥٥ ق . عن ذات الموضوع ، والذي قضى فيه بذات الحكم بجلسة ٢٠٠١/٦/١٢ (بالوقف والإحالة للمحكمة الدستورية) وإنه بسبب ذلك سارع الطاعنون بإقامة دعوى جديدة برقم لسنة ٥٥ ق ، موضوع هذا الطعن ، بطلب الفصل في الشق العاجل من الدعوى - إلا أن المحكمة أصدرت حكمها المطعون فيه مؤكدة حكمها السابق - بالوقف والإحالة للمحكمة الدستورية ، بما يتيقن معه أن حكمها لا ينطوي على إغفال للطلب وإنما ينطوي على قضاء ضمني برفض الطلب العاجل بوقف تنفيذ القرار ، كما أنه من جهة أخرى يتضمن تغلغلاً وتعمقاً في أصل طلب الإلغاء ، وهو ما تأباه طبيعة النزاع العاجل والحاجة إلى سرعة الفصل فيه والذي لا يناسبه الانتظار حتى يفصل القضاء المختص في المسألة الأولية ثم يعرض موضوع النزاع على قضاء الموضوع ومن ثم لا يجوز الوقف التعليقي في مجال القضاء الإداري

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٩٢٧٤ لسنة ٤٧ قضائية عليا الصادر بجلسة ٢٠٠١/١٢/٢٩ م .

المستعجل لما ينطوي عليه ذلك من إغفال لطبيعة الطلب المستعجل وتقويت لأغراضه ، وإهدار لطابع الاستعجال الذى يتسم به ويقوم عليه . ومن حيث إنه - بالبناء على ما تقدم - فإنه مع قيام النزاع المستعجل مقترباً بالنزاع الموضوعي أمام محاكم مجلس الدولة في وقت واحد ، فإن الفصل في الشق العاجل لا يتعارض مع وقف السير في الدعوى حتى يفصل في مسألة أولية ، إذ إن لكل من القضاءين مجال عمله المستقل فالقضاء في الطلب المستعجل يبنى على ركني الجدية والاستعجال أي يقف عند إصدار حكم وقتي مبناه ظاهر الأوراق ولا يمس أصل طلب الإلغاء ، ولا يقيد المحكمة التي أصدرته عند نظر الشق الموضوعي ، وإنه يزول أثره من تاريخ صدور الحكم الأخير باعتباره حكماً فاصلاً في موضوع المنازعة ، واجب النفاذ ويسقط بالتالي الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ . ومن حيث إن قضاء هذه المحكمة استقر على أنه لا تعارض بين القضاء بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه ، ووقف الدعوى وإحالة أوراقها إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في مدى دستورية النصوص القانونية التي يستند إليها القرار المطعون فيه لأن الفصل في دستورية النصوص التي حددتها المحكمة ، وإن كان لازماً للفصل في طلب إلغاء القرار المطعون فيه ، وهو موضوع الدعوى ، فإنه ليس لازماً للفصل في الطلب المستعجل ، وهو طلب وقف تنفيذ ذلك القرار ، لذا يكفي لوقف التنفيذ أن يتوافر ركن الجدية والاستعجال ويكفي لتوافر ركن الجدية أن تكون النصوص القانونية التي استند إليها القرار المطعون فيه ، بحسب الظاهر ودون تغلغل في الموضوع ، مشكوكاً في دستورتيتها ، أو يرجح في نظر المحكمة أنها غير دستورية مما يرجح معه الحكم بعدم دستورتيتها ومن ثم بإلغاء القرار المطعون فيه عند نظر الموضوع^(١).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٩٢٧٤ لسنة ٤٧ قضائية عليا الصادر بجلصة ٢٩/١٢/٢٠٠١ م .

ويلزم ألا يكون النص الذي أثيرت بصدده المسألة الأولية قد قضى من قبل بدستوريته من لدن المحكمة الدستورية العليا ، وفى هذا يقرر البعض أنه لا يجوز الدفع بعدم دستورية نص قانوني أو لائحي سبق وأن قضت المحكمة الدستورية العليا بدستوريته لما تتمتع به الأحكام الدستورية من حجية مطلقة وقوة الشيء المقضي به التي تحول دون الطعن عليها بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية^(١).

ويستثنى من عدم جواز قبول الدفع بعدم الدستورية لسبق الفصل فيه تغير الظروف التي صدر بشأنها الحكم السابق أو تغير التشريعات المقاس عليها النص المطعون فيه بعدم الدستورية ، وبالتالي يكون مبررا لإعادة الفصل فيه مرة أخرى رغم سبق الفصل في دستوريته^(٢).

(١) شريف حلمي خاطر ، المسألة الدستورية الأولية في فرنسا دراسة مقارنة بالوضع في مصر ، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة المنصورة العدد الخامس والخمسون أبريل ٢٠١٤ م ، ص ٢٢٨.

(٢) أحمد عبد الحسيب السنتريسى ، إشكاليات الرقابة علي دستورية القوانين في ظل تعاقب الدساتير ، بحث منشور في المؤتمر الدولي الرابع عشر لكلية الحقوق جامعة المنصورة بعنوان مستقبل النظام الدستوري للبلاد المنعقد بكلية الحقوق جامعة المنصورة ابريل ٢٠١٢ م .

المطلب الثاني

رقابة دستورية القرار الإداري الفردي

يعرف القرار الإداري والذي هو محل دعوى الإلغاء^(١) بأنه عمل قانوني يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة^(٢)، فمتى توافرت في القرار كافة عناصره من كونه صادرا بالأداة القانونية السليمة عن إحدى الجهات الإدارية وبإرادتها المنفردة وبمناسبة النشاط الإداري، رتب القرار أثرا قانونيا معيناً، فإن التساؤل يثور عن يملك سلطة رقابته حال كونه مشوباً بعيب مخالفة الدستور. إن القراءة السديدة لنص المادة (١٩٢) من الدستور والتي تنص على أنه "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية، والفصل في المنازعات المتعلقة بشئون أعضائها، وفي تنازع الاختصاص بين جهات القضاء، والهيئات ذات الاختصاص القضائي، والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء، أو هيئة ذات اختصاص قضائي، والآخر من جهة أخرى منها، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها، والقرارات الصادرة منها. ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة، وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها." يبين منها أن رقابة المحكمة الدستورية العليا للدستورية تقتصر على القوانين واللوائح، ولا تمتد لتشمل القرارات الفردية.

فالقرار الصادر بنقل موظف أو برفض إصدار ترخيص سيارة أو غيرها من القرارات الفردية التي تمس شأنًا فردياً خاصاً لا تندرج ضمن ولاية المحكمة الدستورية العليا بالرقابة.

(١) تعرف دعوى الإلغاء بأنها تلك الدعوى التي يرفعها أحد الأفراد أو إحدى الهيئات إلى القضاء الإداري يطلب فيها إعدام قرار إداري مخالف للقانون، ويمكن أن توجه دعوى الإلغاء إلى أي قرار إداري دون حاجة إلى نص صريح، بمعنى أن قضاء الإلغاء هو القاعدة العامة بالنسبة للقرارات الإدارية، أو بعبارة أخرى أن دعوى الإلغاء هي دعوى القانون العام فيما يتعلق بالقرارات الإدارية. سعاد الشرقاوي، قضاء الإلغاء وقضاء التعويض، دار النهضة العربية بدون تاريخ، ص ١٢.

(٢) محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٢م، ص ٢٣.

وإذا كانت المحكمة الدستورية العليا على هذا النحو لا يندرج ضمن ولايتها رقابة دستورية القرار الفردي ، فإن التساؤل يثور عن المحكمة التي تختص بإجراء هذه الرقابة ، وقد أجابت المحكمة الإدارية العليا عن هذا التساؤل بقولها أنه " إذا كان الدستور هو القانون الأعلى أو القانون الأساسي في دولة ما ، فإنه ينبغي أن تخضع له القوانين الأقل منه مرتبة ، كالتشريع العادي والتشريع الفرعي ، كما تخضع له كذلك القرارات الفردية . نفى صفة القانون عن الدستور بقصد الوصول إلى نتيجة هي عدم جواز النظر في مشروعية القرار الإداري الفردي في ضوء أحكام الدستور باعتباره ليس قانونا ، ومحاكمة هذا القرار في ضوء القوانين واللوائح فقط دون الدستور ، فيه خروج غير مقبول على القانون وعلى الموضوعية الذين يجب الالتزام بهما . من حق المحكمة عندما ترافق مدى مشروعية قرار إداري فردي أن تنزل عليه حكم القانون ، سواء تمثل هذا القانون في تشريع عادي أو فرعي أو أساسي (الدستور) ، ذلك أنه ينبغي أن ينظر إلى القرار الإداري الفردي ليس فقط في إطار التشريع العادي أو التشريع الفرعي ، وإنما كذلك إذا احتاج الأمر في إطار المبادئ الحاكمة والأصول الهادية التي يتضمنها الدستور ، فبذلك وحدة تتحقق لسيادة الدستور صحيح مكانتها وحقيق قدرها ، إذ ليس من القانون أو المنطق ترك القرارات الفردية التي لا تستند إلى تشريع عادي أو فرعي تصدر في بعض الأحيان مخالفة للدستور دون إمكانية إدانتها ، لا لشيء إلا لأنها بذاتها غير قابلة للطعن فيها بعدم الدستورية ، فتكون القرارات الفردية بذلك عصية على الرقابة القضائية من جهة ، وأكثر حصانة من التشريع العادي والتشريع الفرعي من جهة أخرى"^(١).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعون أرقام ٥٣٢٩ و ٥٣٤٤ لسنة ٤٧ قضائية عليا الصادر بجلسة ٢٧/٨/٢٠٠١ م .

وعلى ذلك فإن مجلس الدولة وفى إطار رقابته للمشروعية يناط به رقابة دستورية القرار الإداري الفردي ، والحكمة في ذلك غير خافية ، إذ القول بغير ذلك يؤدي إلى إفلات القرار الإداري الفردي من كل رقابة.

فضلا عن ذلك فإن مبدأ المشروعية يعنى خضوع كافة لأحكام القانون ، ولا ريب أن الدستور هو قانون القوانين ، فإذا قلنا بخضوع كافة للتشريع العادي الصادر عن البرلمان أو التشريع اللائحي الصادر عن السلطة التنفيذية ، فمن باب أولى خضوعهم للدستور الذى يعلو القانون في مدارج السلم القانوني .

وعلى ذلك فإنه يلزم أن يكون محل القرار الإداري متفقا ومتسقا مع القواعد القانونية التي يصدر القرار مستندا إليها ، وتلك القواعد هي الدستور والتشريعات العادية (القانونية) ، واللوائح التنظيمية ، والعرف ، وأحكام القضاء ، والمبادئ العامة للقانون^(١).

فمخالفة القرار الإداري للقانون إما أن تكون إيجابية أو سلبية ، والمخالفة الإيجابية وفقا لما ذهب إليه الفقه تقع حينما يخالف قرارا إداريا نصا تشريعا دستوريا كان أو عاديا ، لما يمثله ذلك من خروج على مبدأ تدرج القواعد القانونية ، حيث خالف القرار الإداري وهو أداة تشريعية أدنى التشريع وهو أداة تشريعية أعلى الأمر الذى يجعله مشوبا بعيب المحل^(٢).

ويفرق البعض بين مبدأ سيادة حكم القانون ومبدأ المشروعية ، إذ يرى بعض الفقهاء أن مبدأ سيادة حكم القانون هو المبدأ الأعلى وأن " مبدأ المشروعية " ما هو إلا تفرع عليه^(٣) ويقرر

(١) طارق فتح الله خضر ، دعوى الإلغاء بدون ناشر ١٩٩٧م ، ص ١٨٨.

(٢) عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، منشأة المعارف الإسكندرية ٢٠٠٧م ، ص ١٥٣.

(٣) طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون ، دار النهضة العربية ١٩٧٦م ، ص ٣.

البعض أن هذه تفرقة غير سائدة وأصبح المتعارف عليه الآن أن اصطلاح " مبدأ المشروعية " مرادف لاصطلاح " مبدأ سيادة القانون"^(١).

والخضوع للقانون لا يعنى القانون بمعناه الضيق ، أي القانون الصادر من السلطة التشريعية وحدها ، بل يقصد به القانون في معناه الواسع الذى يشمل كل قواعد القانون الوضعي القائم في المجتمع (بدءً بالدستور ونزولا حتى اللائحة أو القرار الفردي الذى يصدر في إطارها)^(٢).

علاوة على أن المحكمة الإدارية العليا قد بينت وبجلاء أن تطبيق أحكام الدستور ليس قصرا فقط على المحكمة الدستورية العليا ، وإنما يتعين على كل محكمة أن تعمل بنصوص الدستور وأن تعليها على ما عداها من التشريعات الوضعية ، بحسبانها تحتل مكان الصدارة في النظام القانوني قاطبة ، ومن ذلك قضاؤها بأن " ومن حيث إن القواعد الدستورية وإن سمت على قواعد التشريع وعلت عنها على مدارج القانون، وتلتزم بها كل سلطات الدولة بحسبانها الصادرة عن الإرادة الشعبية التي ارتأت تنظيم الدولة على النحو الذي أودعته تلك القواعد الدستورية. إلا أن تطبيق القواعد الدستورية ليس منوطا فقط بالمحكمة الدستورية، وإنما بوصفها قواعد قانونية بحسب الأصل فأمر تطبيقها مرده إلى القاضي المختص يُعمل أحكامها فيما يعرض عليه من أفضية فيراعى في حكمه ما حوته من قيم العدل والمساواة وتكافؤ الفرص وكفالة الحريات العامة ورعاية الحرمات، وليس للمحكمة الدستورية العليا من بعد من اختصاص إلا إذا قام لدى القاضي من شبهة ارتأى أنها علقت بقاعدة قانونية واجبة التطبيق على قضية مطروحة على

(١) محمد الشافعي أبو راس ، القضاء الإداري ، بدون ناشر وبدون تاريخ ، ص ٢١.

(٢) عبدالمنعم محفوظ ، قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر دراسة مقارنة ، بدون ناشر وبدون تاريخ ، ص ٧٢.

قضائه فيصل الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا للنظر في أمر هذه الشبهة فترفعها إذا تأكدت من توافرها وتطهر القاعدة القانونية من خبثها، أو تزيل ما دار بفكر القاضي وجال بخاطره من ريب وشكوك. الأمر الذي لا يحتاج به ولا يسوغ معه القول بأن تفسير القاضي، سيما قاضي المشروعية، لقاعدة قانونية وردت في الدستور أمر يقتضي دوما الرجوع إلى المحكمة الدستورية العليا لاستجلائه، إذ أن اختصاص تفسيرها للنصوص الدستورية تولاه قانونها بالتنظيم على نحو يخرج به عن إطار الدعوى الدستورية. ومن ثم كان تفسير القاعدة الدستورية لإعمال حكمها على الواقعة المطروحة أمام القاضي هو فرع من تطبيقه لها وهو أمر لازم لإصدار حكمه^(١). وبذلك فإن مجلس الدولة يمسك بطرف من السهر على حماية الدستور والمبادئ التي يقوم عليها من الاعتداء عليها ، متى جاء هذا الاعتداء بقرارات فردية من تلك التي تنطبق على أشخاص بذواتهم^(٢).

ومخالفة القرار الإداري للدستور إما أن تكون مخالفة مباشرة وتتحقق حالما تصدر جهة الإدارة قرارا إداريا عاما أو فرديا يخالف أحكام الدستور ، وإما أن تكون غير مباشرة وتتحقق حالما يصدر القرار الإداري تطبيقا لقانون صدر مخالفا لأحكام الدستور . ولا تثير المخالفة المباشرة خلافا أو إشكالا ، إذ استقر الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر ، على أن يخضع ذلك لرقابة القضاء ، فيقضى القضاء بعدم مشروعية تصرف الإدارة ، لعدم موافقته لحكم الدستور^(٣).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٣٨٤٦ لسنة ٥٩ قضائية عليا الصادر بجلسة ٢٠١٣/٣/٢١ .

(٢) عليوة مصطفى فتح الباب ، القرار الإداري الباطل والقرار المعدوم ، دار النهضة العربية الطبعة الأولى ١٩٩٧م ، ص ٨٠ .

(٣) محمد الشافعي أبوراس ، مرجع سابق ص ٢٩ .

وقد ذهب جانب من الفقه^(١) إلى أن القرار متى صدر استنادا لقانون مخالف لأحكام الدستور فإنه يكون غير مشروع للأسباب الآتية :

١. من الثابت عقلا ومنطقا أنه إذا كان الأساس الصادر بناء عليه العمل غير مشروع ، فإن العمل بدوره يكون غير مشروع ، وبناء عليه ، إذا ما كان القانون الصادر بناء عليه أو تنفيذا له القرار الإداري قد تردى في حومة المخالفة الدستورية ، فإن القرار الإداري بدوره يكون قد تردى هو الآخر في حومة المخالفة ، لأن ما بنى على غير مشروع يكون غير مشروع ، وما صدر تنفيذا لغير المشروع يكون غير مشروع .

٢. إن المبدأ عندنا أنه لا طاعة للقانون في معصية الدستور . فإذا ما صدر القرار الإداري تنفيذا لحكم القانون ، إلا أنه انطوى على مخالفة للدستور بسبب مخالفة هذا القانون ذاته للدستور ، فإنه لا يمكن القول بمشروعية القرار بزعم أنه صدر تنفيذا لحكم القانون ، لأن قواعد وأحكام الدستور أولى بالطاعة والاحترام من قواعد القانون ، نزولا على قاعدة التدرج في القوة والإلزام .

٣. أن الجهة الإدارية مخاطبة باحترام كل القواعد الدستورية والقانونية وبمراعاة التدرج فيما بينها . ومن مؤدى ذلك تغليب احترام وإلزام قواعد الدستور وعدم الاعتداء عليها ، حتى ولو كان ذلك بتقيض من القانون أو تنفيذا لحكمه .

٤. وأخيرا فإن القول بغير ذلك ، مؤداه القول بمشروعية القرار الصادر تنفيذا أو تطبيقا للائحة مخالفة للقانون ، وهو ما لا يمكن القول به .

وقد تولت محاكم مجلس الدولة الذود عن حرمة النصوص الدستورية ، ومن ذلك قضاء المحكمة الإدارية العليا بأنه " وحيث إن المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التمويل تنص على أنه "يجوز لوزير التمويل لضمان تمويل البلاد بالمواد

(١) عليوة مصطفى فتح الباب ، مرجع سابق ص ٨٦ .

الغذائية وغيرها من مواد الحاجيات الأولية وخدمات الصناعة والبناء ولتحقيق العدالة في توزيعها أن يتخذ بقرارات يصدرها بموافقة لجنة التموين العليا كل أو بعض التدابير الآتية: ١ - ٢ - ٣ - ٤ - ٥ - الاستيلاء على أية واسطة من وسائل النقل أو أية مصلحة عامة أو خاصة أو أي معمل أو مصنع أو محل صناعي أو عقار أو أي منقول أو أي شيء من المواد الغذائية أو المستحضرات الصيدلانية والكيمائية وأدوات الجراحة والمعامل وكذلك تكليف أي فرد بتأدية أي عمل من الأعمال، ومفاد هذا النص في ضوء ما حتمته أحكام الدستور وحسبما جرى عليه قضاء هذه المحكمة أن القانون قد أناط بوزير التموين اتخاذ التدابير التي يراها لازمة وكفيلة بضمان تموين البلاد وتحقيق العدالة في توزيعها، وأنه إذا كان اتخاذ هذه التدابير مما يدخل في السلطة التقديرية لوزير التموين بعد موافقة لجنة التموين العليا تحقيقاً لحسن سير وانتظام مرفق التموين، إلا أن سلطته في هذا الشأن تجد حدها الطبيعي في استهداف الأغراض التي شرع من أجلها اتخاذ هذه التدابير والتي عنى المشرع بتأكيداها بالنص على أن تكون هذه التدابير لازمة مباشرة لضمان تموين البلاد بالمواد الغذائية وغيرها وتحقيق العدالة في توزيعها ولا يجوز في هذا المجال الذى تنقيد فيه الملكية الخاصة ابتغاء تحقيق الصالح العام مثلاً في ضمان تموين البلاد التوسع في التفسير أو قياس حالات أو غايات أخرى على ذلك لم يرد النص عليها صراحة في القانون لما في ذلك من مساس بالملكية الخاصة وتقييد لها لا سند له من الدستور أو القانون، ومن ثم فإن جاوزت الإدارة الأهداف المحددة في المرسوم بقانون الخاص بالتموين والتي أباح المشرع على أساسها اعلاء للمصالح القومي على الصالح الخاص الاستيلاء على الممتلكات الخاصة وقامت الإدارة باستيلاء على هذه الممتلكات ابتغاء تحقيق هدف آخر وقع تصرفها مخالفاً للدستور والقانون " (١).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٢٩١ لسنة ٣٢ قضائية عليا الصادر بجلسة

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " ومن حيث إنه متى كان ذلك ، فإن قرار محافظ الإسكندرية المطعون فيه يكون قد جاء مخالفا لما نصت عليه المادة (٣٤) من الدستور من أن الملكية الخاصة مصنونة ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي و لا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقا للقانون ، وكذلك مناهضا لما تواتر عليه قضاء هذه المحكمة من أن صيانة الملكية الخاصة وعدم التعرض لها إلا في أضيق نطاق بهدف تحقيق نفع عام هو من المقومات الأساسية للمجتمع التي حرص عليها الدستور وأن المساس بالملكية الخاصة في غير الأحوال المقررة قانونا ينطوي على تنكب للغاية التي قامت عليها فكرة التضحية بالمصالح الشخصية لحساب الصالح العام ، وفيه اجتراء على أحكام الدستور يجعل القرار المنطوي على هذه المخالفة عديم الأثر قانونا وغير قابل للتحصن أو الاستقرار مهما مضى عليه من زمن ، بحسبان أن إعلاء الشرعية وسيادة القانون كأساس للحكم في الدولة تسمو على دواعي المصلحة العامة الأقل أهمية ، ومن ثم وإذ خلص الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة وقضى بإلغاء القرار المطعون فيه فيما تضمنه من فتح شارع أبو كامل الشجاع من ناحية شارع الجلاء بميدان فيكتوريا للمرور العام رغم مروره بأرض مملوكة ملكية خاصة للمطعون ضده ودون إتباع إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة طبقا لأحكام قانون نزع الملكية ، فإنه بذلك يكون قد أصاب وجه الحق والقانون فيما قضى به ، مما يضحى معه طلب إلغائه على غير سند من القانون جديرا بالرفض"^(١).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " ومن حيث إنه عن الركن الأول، وهو ركن الخطأ فإنه ثابت بحق الهيئة العامة للإصلاح الزراعي المطعون ضدها بموجب حكم قضائي نهائي وهو

١٠/١١/١٩٩٠ م .

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٢٢٤ لسنة ٤٠ قضائية عليا الصادر بجلسة ٣٠/٣/٢٠٠٢م

الحكم الصادر فى الدعوى رقم ١١٠٢ لسنة ٢٨ق. إداري بجلسة ١٩٨٠/٣/٢٥ - والحائز لقوة الأمر المقضي بفوات ميعاد الطعن عليه أمام المحكمة الإدارية العليا والقاضي بإلغاء قرار تلك الهيئة بالاستيلاء على أطيان الطاعن تأسيساً على أن المدعى (الطاعن المذكور) ليس من بين الأشخاص الذين شملتهم الحراسة المفروضة بالأمر العسكري رقم ٢٠٩٤ لسنة ١٩٦٤ - كما ادعت تلك الهيئة - طبقاً لما سلف بيانه ومن ثم يكون قرار الاستيلاء غير قائم على أساس وغير مستند إلى سند صحيح من القانون، وإنه تضمن اعتداء على الملكية الخاصة بالمدعى وهى مصنونة طبقاً للمادة ١٦ من دستور ١٩٦٤ - الذى كان نافذاً وقتئذ، فإنه يكون مخالفاً للدستور والقانون وهى مخالفة جسيمة تتحدر به إلى درجة الانعدام الأمر الذى يتوافر معه ركن الخطأ بالنسبة لهذا القرار^(١).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " ومن حيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن لائحة العاملين بالجهاز قد أوجبت إدراج مدد الاجازة الخاصة التي تمنح للعامل ضمن المدد اللازمة للترقية ولا ينال من ذلك ما جاء بقرار رئيس الجهاز رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٦ من أنه يشترط في المدة الكلية والبينية اللازمة لشغل الوظيفة أن تكون مدة خبرة فعلية ذلك لأن أعمال هذا الشرط إنما يعني مدد الخدمة القانونية التي قضاها العامل تابعا للجهاز وعلى ذلك تستعيد مدة الخدمة الاعتبارية كمدة التجنيد ومدة الخدمة العامة التي قضيت بجهة أخرى قبل التعيين في الجهاز بحسبان أن عبارة مدة الخدمة الفعلية المقصودة بقرار رئيس الجهاز إنما تقابل مدة الخدمة الحكمية التي تضاف إلى خدمة العامل دون أن يكون قد قضاها بالعمل في خدمة الجهاز أما المدد التي قضاها العامل تابعا للجهاز بغير انقطاع خاضعا لأحكامه وملتزمًا بقراراته فهي مدد خدمة فعلية بالمعنى الذي عناه القرار المشار إليه وما ينبغي أن يعني غير

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣١١٥ لسنة ٤٠ قضائية عليا الصادر بجلسة ٢٠٠٣/٨/٢٣م

ذلك وإلا كان مخالفا للدستور عديم الأثر قانونا الأمر الذي يتعين معه تأكيد حق جميع العاملين في حساب جميع أنواع الاجازات التي يحصلون عليها أيا كان نوعها ضمن مدد الخدمة الفعلية باعتبارها مدد خدمة قضيت أثناء قيام العلاقة الوظيفية بالجهاز وبترخيص منه ما لم يقض القانون صراحة بغير ذلك وإلا وجب خصم مدد الاجازات المرضية والاعتيادية والرسمية وهي اجازات لا يقضيها العامل في عمله بطريقة فعلية تكسبه الخبرة اللازمة التي يدعيها الجهاز^(١). كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " ومن حيث إن المادة ٩٧ من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة تنص علي أن "للعامل أن يقدم استقالته من وظيفته وتكون الاستقالة مكتوبة . ولا تنتهي خدمة العامل إلا بالقرار الصادر بقبول الاستقالة ، ويجب البت في طلب الاستقالة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه وإلا اعتبرت الاستقالة مقبولة بحكم القانون ، ويجوز خلال هذه المدة إرجاء قبول الاستقالة لأسباب تتعلق بمصلحة العمل مع إخطار العامل بذلك علي ألا تزيد مدة الإرجاء علي أسبوعين بالإضافة إلي مدة الثلاثين يوماً الواردة بالفقرة السابقة.....". ومفاد هذا النص أن الاستقالة الصريحة المقدمة من العامل تعتبر مقبولة بحكم القانون إذا لم تبت فيها الجهة الإدارية بالقبول أو الإرجاء خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمها ، وقد أجاز النص لجهة الإدارة إرجاء قبول الاستقالة لأسباب تتعلق بمصلحة العمل شريطة ألا تزيد مدة الإرجاء علي أسبوعين بالإضافة إلي الثلاثين يوماً المشار إليها ، وبذلك لا تملك الجهة الإدارية رفض الاستقالة لما ينطوي عليه الرفض من مخالفة لما قرره الدستور من عدم جواز فرض عمل بعينة علي العامل أو إجباره علي الاستمرار فيه^(٢).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٤٧٥٥ لسنة ٤٧ قضائية عليا الصادر بجلسة ٢٠٠٦/١٢/١٠ م .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٢٩٨٣ لسنة ٤٨ قضائية عليا الصادر بجلسة ٢٠٠٩/٣/٢٨ م .

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " وحيث إن الثابت بالأوراق أن المطعون ضده كان قد استصدر ترخيصاً لبناء بديوم وأرضى وخمسة أدوار متكررة ثم استصدر ترخيصاً آخر لتعليق دورين هما السادس والسابع حيث قام بسداد كافة المبالغ والرسوم المقررة عن الترخيص الأول والترخيص الثاني وفقاً لأحكام القانون إلا أن الجهة الإدارية قد ألزمت به سداد مبالغ زائدة عن المقرر قانوناً وهى بصدد منحه الترخيص الثاني حيث اشترطت وجوب سداد مبالغ (٩٠,١٢٦١٧٥٥) جنيهاً حتى يتسنى منحه تراخيص التعليق للدورين السادس والسابع حال كون القانون لم يفرض مثل هذا الرسم ومن ثم فإن تصرف الجهة الإدارية والحال هكذا يعد غصباً لاختصاص السلطة التشريعية بفرض رسوم بغير الطريق الذى رسمه الدستور والقانون الأمر الذى يتعين معه وجوب استرداد المطعون ضده للمبالغ التى تم تحصيلها منه دون سند قانوني ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تلك النتيجة فإنه يكون قد أصاب وجه الحق والصواب ويكون الطعن المائلين غير قائمين على سند صحيح الأمر الذى يتعين معه القضاء برفضهما^(١).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " ومن حيث إنه مما لا ريب فيه أن من شأن الاستمرار في تنفيذ القرار المطعون فيه ترتب نتائج قد يتعذر تداركها مستقبلاً لمسأسته بمستقبل الطالب العلمي ، والحيولة دونه وحقه في الالتحاق بالتعليم العالي ، وتمتعه بحقه الدستوري في الانتفاع بمرافق التعليم ، فمن يتوافر ركن الاستعجال المقرر قانوناً لوقف تنفيذه ، ويكون طلب وقف التنفيذ - والحال هذه - قد استوي علي سوجه ، مما لا مندوحة معه من القضاء بوقف تنفيذ هذا القرار مع ما يترتب علي ذلك من آثار أخصها - قبول أوراق المذكور بمكتب تنسيق القبول بالجامعات والمعاهد الحكومية المصرية ، وتنسيق قبوله في العام الجامعي محل النزاع وفق

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٢٢٤٠٩ لسنة ٥١ قضائية عليا الصادر بجلسة ٢٤/١٢/٢٠١٧ م .

مجموع الدرجات الحاصل عليه ، وترتيب رغباته ، وبمراعاة سائر الشروط الأخرى المقررة قانونا ، وطبقا لقاعدة النسبة المرنة ، المقررة بالقرارات الوزارية الصادرة بدءا من عام ٢٠٠٧ وانتهاء بعام ٢٠١٦ - سالفه الذكر - والتي تنص علي تحديد عدد الأماكن المخصصة للطلاب المصريين الحاصلين علي شهادة الثانوية العامة العربية المعادلة علي أساس النسبة المرنة وهي { نسبة عدد الطلاب المتقدمين للقبول من حملة كل شهادة ثانوية عامة معادلة عربية إلي إجمالي أعداد الطلاب المقرر قبولهم كطلاب نظاميين بالجامعات الحكومية المصرية من حملة الثانوية العامة المصرية في نفس العام } ومن ثم وجب إعمال النسبة المرنة دون النسبة الجامدة التي ليس لها سند قانوني . ومن حيث إن الحكم الطعين قضي بغير هذا المذهب ، فإن المحكمة تقضى بإلغائه ، والقضاء : مجددا بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه ، وما يترتب علي ذلك من آثار ، وتنفيذ الحكم بمسودته دون إعلان عملا بالمادة (٢٨٦) مرافعات ^(١).

وقضت محكمة القضاء الإداري بأنه " ومن حيث إن الثابت من الأوراق أن المدعى قد سلم النيابة العامة مبلغ ثمانية وعشرين مليون ومائتين وستة وسبعين ألفا وثمانية جنيهاً وقد أقر بأنه مدين للجهات الإدارية بمبلغ مليون وأربعمائة وثلاثة وأربعين ألفا وتسعة وثلاثين جنيهاً وطلب إلى النيابة العامة خصمها من مبلغ الوديعة ، فإنه يكون مستحقاً له طرف النيابة العامة مبلغ مقداره (ستة وعشرون مليوناً وثمانمائة واثنان وثلاثون ألفاً وثمانمائة وتسعة وستون جنيهاً) ، وإذ امتنعت النيابة العامة عن إعادة هذه الأموال إلى المدعى ، فإن امتناعها - وعلى

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤١٨٨٥ لسنة ٦٣ قضائية عليا الصادر بجلسة ٢٠١٨/٤/٢٠ م .

التفصيل المتقدم - يضحى مخالفا للدستور والقانون الأمر الذى تقضى معه المحكمة بإلغائه مع ما يترتب على ذلك من آثار أخصها إلزام النائب العام بدفع هذا المبلغ^(١).

كما قضت محكمة القضاء الإداري بأنه " الدستور الحالي قد استحدث تعديلا في طبيعة نظام الحكم في مصر وأخذ بالنظام البرلماني الرئاسي إذ الأصل وفقا لحكم المادة (١٤١) من الدستور أن يتولى رئيس الجمهورية سلطاته بواسطة رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء. أما اختصاصات رئيس الجمهورية التي يباشرها منفردا فهي استثناء على هذا الأصل وهي الواردة في المواد (١٣٩) و(١٤٥) و(١٤٦) و(١٤٧) و(١٤٨) و(١٤٩). ومن ثم فالاختصاصات المسندة إلى رئيس الجمهورية بمفرده تصدر في شكل قرار جمهوري يوقعه رئيس الجمهورية منفردا، أما الاختصاصات التي يمارسها رئيس الجمهورية بواسطة رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء فيتعين أن تصدر في شكل قرار منه مهور بتوقيع رئيس مجلس الوزراء ومن الوزير المختص ثم من رئيس الجمهورية، إذ أن توقيع رئيس مجلس الوزراء والوزير المختص هو الدليل على أن مجلس الوزراء باعتباره المسئول سياسيا قد باشر اختصاصه بالفعل في شأن الأعمال محل ذلك القرار وبأنها تمت في الشكل القانوني. أما إذا انفرد رئيس الجمهورية بإصدار القرار يكون باطلا لمخالفته المبدأ الدستوري المتعلق بممارسة رئيس الدولة سلطاته بواسطة رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء المنصوص عليه في المادة (١٤١) من الدستور ويشكل عدوانا على الاختصاصات الدستورية المقررة لمجلس الوزراء. ولما كان ذلك وكان الاختصاص المسند إلى رئيس الجمهورية بتعيين ميعاد الانتخابات العامة بقرار منه طبقا لنص المادة (٢٢) من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية قد أصبح بعد نفاذ الدستور الحالي من الاختصاصات التي يجب على رئيس الجمهورية أن يباشرها

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ١٣٠٣٨ لسنة ٥٥ قضائية عليا الصادر بجلسة ٢٠٠٤/٤/١٣ م.

بواسطة مجلس الوزراء وكان يتعين عليه أن يعرض أمر الدعوة للانتخابات على مجلس الوزراء لمناقشته والموافقة عليه، وكان البادي من ظاهر الأوراق أن رئيس الجمهورية أصدر القرارين رقمي ١٣٤ و ١٤٨ لسنة ٢٠١٣ بدعوة الناخبين لانتخاب أعضاء مجلس النواب على أربع مراحل في المواعيد المعدلة بالقرار الأخير، وقد أشار في ديباجتيهما إلى الدستور وإلى القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية وإلى القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس النواب ولم يتضمنا أية إشارة إلى العرض على مجلس الوزراء أو موافقته، كما لم يتضمنا توقيع مجلس الوزراء أو الوزير المختص إلى جانب توقيع رئيس الجمهورية الأمر الذي يكون معه رئيس الجمهورية قد انفرد دون مجلس الوزراء بإصدار القرارين المطعون فيهما ولم يباشر اختصاصه المشار إليه بواسطة مجلس الوزراء وهو ما يشكل مجاوزة لاختصاصه في هذا الشأن وعدوانا على اختصاصات مجلس الوزراء بالمخالفة لحكم المادة (١٤١) من الدستور^(١).

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٢٨٥٦٠ لسنة ٦٧ قضائية الصادر بجلسته ٦/٣/٢٠١٣ م .

خاتمة

عرضنا في هذه الدراسة لدور محاكم مجلس الدولة في الرقابة الدستورية ، والذي تجلى في مرحلتين الأولى : مرحلة ما قبل إنشاء القضاء الدستوري ممثلا في المحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا ، ورأينا كيف اطلعت محاكم مجلس الدولة في تلك الحقبة بدور رائد في صون الدستور وحمايته وذلك من خلال تقريرها لحق القضاء في الرقابة الدستورية رائدها في ذلك أن الدستور هو التشريع الأساسي الذي يجب تقديمه على ما عداه من تشريعات أخرى عادية أو فرعية ، وأنه ليس في إعمال هذه الرقابة من قبل القضاء أي تغول على مبدأ الفصل بين السلطات أو تعد على اختصاص السلطة التشريعية بحسبان أن جميع السلطات داخل الدولة يتعين عليها أن تمارس اختصاصاتها في إطار النصوص الدستورية ووفقا للحدود التي رسمها الدستور .

أما المرحلة الثانية فهي مرحلة ما بعد إنشاء القضاء الدستوري ، فرغم إنشاء القضاء الدستوري المتخصص ممثلا في المحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا إلا أن ذلك لم يمنع محاكم مجلس الدولة من الذود عن حرمة الدستور وصيانة أحكامه ، وذلك من خلال فحصها للمسألة الدستورية الأولية ، فمتى تراءى لإحدى محاكم مجلس الدولة أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية ، كما أنه إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى محاكم مجلس الدولة بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن .

يضاف إلى ما سلف ما تقوم به محاكم مجلس الدولة من رقابة اتساق القرار الإداري الفردي مع أحكام الدستور ، إذ يناط بها إجراء تلك الرقابة في إطار رقابة المشروعية بمعناها الواسع ،

د/ محمد صلاح جبر — دور محاكم مجلس الدولة فى الرقابة الدستورية

والقول بغير ذلك مؤداه أن يفلت القرار الإداري الفردي من كل رقابة ، إذ تختص المحكمة الدستورية العليا برقابة دستورية القوانين واللوائح ، ومن ثم فإنه وتأكيدا لمبدأ سمو الدستور يعهد إلى محاكم مجلس الدولة برقابة دستورية القرار الإداري الفردي .
والله سبحانه وتعالى الهادي إلى سواء السبيل .

المصادر والمراجع

١. أحمد عبد الحسيب السنتريسى ، إشكاليات الرقابة علي دستورية القوانين في ظل تعاقب الدساتير ، بحث منشور في المؤتمر الدولي الرابع عشر لكلية الحقوق جامعة المنصورة بعنوان مستقبل النظام الدستوري للبلاد المنعقد بكلية الحقوق جامعة المنصورة ابريل ٢٠١٢ م .
٢. رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة ١٩٨٣ م .
٣. رمضان بطيخ ، النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر ، دار النهضة العربية الطبعة الأولى ١٩٩٥ . ١٩٩٦ م .
٤. سعاد الشراوي ، قضاء الإلغاء وقضاء التعويض ، دار النهضة العربية بدون تاريخ .
٥. السيد على السيد ، رقابة دستورية القوانين ، بحث منشور بمجلة مجلس الدولة السنة الأولى الصادرة ١٩٥٠ م .
٦. شريف حلمي خاطر ، المسألة الدستورية الأولية في فرنسا دراسة مقارنة بالوضع في مصر ، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة المنصورة العدد الخامس والخمسون أبريل ٢٠١٤ م .
٧. طارق فتح الله خضر ، دعوى الإلغاء بدون ناشر ١٩٩٧ م .
٨. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون ، دار النهضة العربية ١٩٧٦ م .
٩. عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية رقابة الدستورية في مصر ، دار الشعب ١٩٨٨ م .
١٠. عبد الحميد الشواربي ، ومحمد محمود المصري ، دستورية القوانين في ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا ١٩٧٩ م . ١٩٨٥ م ، منشأة دار المعارف الإسكندرية ١٩٨٦ م ،

د/ محمد صلاح جبر — دور محاكم مجلس الدولة فى الرقابة الدستورية

١١. عبدالسلام ذهني ، مجلس الدولة ودستورية القوانين ، بحث منشور بمجلة مجلس الدولة السنة الأولى الصادرة ١٩٥٠م .
١٢. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، منشأة المعارف الإسكندرية ٢٠٠٧م .
١٣. عبدالعزيز محمد سالمان ، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية ، دار الفكر العربي طبعة ٢٠١١م
١٤. عبدالمنعم محفوظ ، قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر دراسة مقارنة ، بدون ناشر وبدون تاريخ .
١٥. عليوة مصطفى فتح الباب ، القرار الإداري الباطل والقرار المعدوم ، دار النهضة العربية الطبعة الأولى ١٩٩٧م .
١٦. فتحي فكري ، القانون الدستوري الكتاب الأول : المبادئ الدستورية العامة ، بدون ناشر ٢٠٠١م .
١٧. محمد الشافعي أبو راس ، القضاء الإداري ، بدون ناشر وبدون تاريخ .
١٨. محمد أنس قاسم جعفر ، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة تطبيقية ، دار النهضة العربية الطبعة الثانية ١٩٩٩م .
١٩. محمد حسنين عبدالعال ، القانون الدستوري ، دار النهضة العربية طبعة ١٩٨٢م .
٢٠. محمد رفعت عبدالوهاب ، أصول القضاء الإداري ، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٢م .
٢١. محمد عبدالعال ، القضاء الدستوري المقارن صور الرقابة القضائية . مناهج التفسير الدستوري . آثار الحكم بعدم الدستورية . رقابة التعديلات الدستورية ، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٧م .
٢٢. مصطفى أبوزيد فهمي ، الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين ، بدون ناشر وبدون تاريخ .

د/ محمد صلاح جبر — دور محاكم مجلس الدولة فى الرقابة الدستورية

٢٣. هشام محمد فوزي ، رقابة دستورية القوانين : دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر ، تقديم : محمد

مرغني خيرى ، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان بدون تاريخ نشر .

٢٤. وليد سليم النمر ، القانون الدستوري المبادئ الدستورية العامة ، دار الفكر الجامعي

٢٠١٤م .