



فروض تقدير دستورية القوانين واللوائح

شكلياً وموضوعياً

وفقاً لدستور ملغى

كلية الحقوق

دكتور فتحى فكرى

أستاذ القانون العام

جامعة القاهرة

كلية الحقوق - جامعة القاهرة



كلية الحقوق
جامعة القاهرة

تستهدف رقابة الدستورية فرض احترام الدستور النافذ على السلطتين التشريعية والتنفيذية، أولهما بمناسبة إصدارها للقوانين، وثانيهما حال سنها للقرارات التنظيمية أو اللاحية.

وتمشياً مع هذه البديهة قضى بأن " الرقابة التي تباشرها هذه المحكمة (المحكمة الدستورية العليا) غايتها أن ترد إلى قواعد الدستور كافة النصوص التشريعية المطعون فيها - سواء أقرتها السلطة التشريعية أو أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحيتها التي ناطها الدستور بها - وسبيلها إلى ذلك أن تفصل بأحكامها النهائية في الطعون الموجهة إليها شكلياً كانت أو موضوعية.."(1).

وفي سابقة أخرى أعلنت المحكمة الدستورية العليا إنه " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن رقابتها على دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، غايتها أن تردها جميعاً إلى أحكام الدستور، تغليباً لها على ما دونها، وتوكيداً لسموها، لتظل لها الكلمة العليا على ما عداها.. " (2).

بيد أن ثمة حالات يتطلب فيها المنطق إعمال أحكام دستور ملغى على وقائع الخصومة الدستورية. وهذا الإعمال قد يقف عند الجوانب الشكلية (أولاً)، وربما جاوزه وتخطاه إل الجوانب الموضوعية (ثانياً).

أولاً

إعمال الأحكام الشكلية في دستور ملغى

تستند المنازعات الدستورية إلى إغفال مراعاة شكل فرضت السلطة التأسيسية إتباعه (المطاعن الشكلية)، أو إلى مبدأ دستوري جرى تجاوزه (المطاعن الموضوعية). والمطاعن الأخيرة تخضع - عدا استثناء سنعرض له في ثانياً - للدستور السارى وقت نظر الدعوى.

1) المحكمة الدستورية العليا - 2007/1/14 - مجموعة الأحكام - ج1/12 - ص 240.

2) المحكمة الدستورية العليا - 2010/12/5 - مجموعة الأحكام - ج1/13 - ص 499.

فمكانة القاعدة الدستورية فى قمة مدارج الشرعية يقتضى اتفاق كافة النصوص الأدنى مرتبة مع أحكامها، حتى تنجو من التردى فى هوة عدم الدستورية. " فالطبيعة الآمرة - حسب تعبير القاضى الدستورى - لقواعد الدستور، وعلوها على ما دونها من القواعد القانونية، وضبطها للقيم التى ينبغى أن تقوم عليها الجماعة تقتضى إخضاع القواعد القانونية جميعها، وأياً كان تاريخ العمل بها، لأحكام الدستور القائم، لضمان اتساقها والمفاهيم التى آتى بها، فلا تتفرق هذه القواعد فى مضامينها بين نظم مختلفة يناقض بعضها البعض بما يحول دون جريانها وفق المقاييس الموضوعية ذاتها التى تطلبها الدستور القائم كشرط لمشروعيتها الدستورية " (1).

وتزخر مجموعات الأحكام بتطبيقات عديدة ومتعددة فى هذا الشأن، بما يجعلنا نكتفى بتلك الإشارة، التزاماً بحدود الجزئية المطروحة للدرس والبحث.

على نقيض ما سلف يُقدر استيفاء النصوص المطعون عليها بعدم الدستورية للإجراءات الشكلية (2) بالنظر إلى الدستور المطبق حال سنها (3)، ولو كان هذا الدستور قد عدل أو الغى قبل الفصل فى النزاع.

وبتحليل الأحكام يبين أن إعمال المبدأ مر بحلقتين:

- الأولى ضمنية، حيث أستخلص المبدأ من إعمال القاضى الدستورى له، دون إعلان واضح من جانبه. وكان هذا هو الحال إبان المحكمة العليا وبدايات المحكمة الدستورية العليا.
- الثانية صريحة، حيث استظهرت الأحكام المبدأ كاشفة تبنيتها له قبل إنفاذه

1) المحكمة الدستورية العليا - 2016/6/4 - مجموعة الأحكام - 1/15 - ص 1573.
2) حاول فريق من الفقه استعارة التفرقة بين فئتي الأشكال والإجراءات الجوهرية وغير الجوهرية المعمول بها فى القضاء إدارى، حيث أن الأولى فقط هى التى تعيب العمل المطعون فيه (عبد الرزاق السنهورى - مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية - معاد نشره فى العدد الخاص (1) من مجلة القانون والاقتصاد - حقوق القاهرة - 1992 - ص 369، وخصوصاً ص 397 وما بعدها).

إلا أن الأحكام خلت من صدى لتلك التفرقة، وبالتالي ينظر للإجراءات المطلوبة دستورياً لسن القاعدة القانونية على أنها دوماً جوهرية، ينجم عن تخلف مراعاتها القضاء بعدم الدستورية.

3) سنورد لاحقاً تطبيقات شتى لتلك القاعدة.

على الخصومة المعروضة على ساحة القضاء .

وفيما يلي تحليل للتطبيقات القضائية للمرحلتين المنوه عنهما.

مرحلة التطبيق الضمني للمبدأ:

ارتبط صدور دستور 1971 بانفتاح فى المناخ السياسى واكبه رفع شعارات سيادة القانون وكفالة الحق فى التقاضى.. الخ، ومثل ذلك حافزاً على طرح العديد من المنازعات الدستورية نعيماً على الكثير من النصوص التشريعية، لاسيما تلك الصادرة من السلطة التنفيذية بصورة استثنائية. ومثل الدستور السارى وقت سن تلك النصوص المرجعية فى استيفاء الإجراءات والأشكال اللازمة لاصدارها، وللحكم لها أو عليها بمخالفة الدستور أو التوافق معه.

ومن باكورة الأحكام التى يُشار إليها فى هذا الصدد الحكم الصادر عام 1972 بخصوص النزاع الذى دار حول دستورية القرار بقانون رقم 20 لسنة 1969 الحارم لبعض العاملين بإحدى شركات القطاع العام من الحصول على بدل طبيعة العمل، وبأثر رجعى.

وكان مرد الطعن على القانون إجرائياً تخلف الضرورة الداعية لاستخدام رئيس الجمهورية للرخصة الاستثنائية باصدار قرارات بقوانين فى غياب السلطة التشريعية.

وتفنيداً لهذا المثلث أوضحت المحكمة العليا: " ومن حيث إنه عن السبب الأول من الأسباب التى أقيمت عليها الدعوى فإنه يبين من ديباجة القرار بالقانون رقم 20 لسنة 1969 أنه صدر إستناداً إلى المادة 119 من دستور سنة 1964 التى تنص على أنه " إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد مجلس الأمة أو فترة حله ما يوجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون. ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الأمة فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ اصدارها إذا كان المجلس قائماً وفى أول اجتماع له فى حالة الحل فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ماكان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى اصدار قرار بذلك أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال ما كان لها من قوة القانون من تاريخ الاعتراض ". ويبين من هذا النص أن المشرع الدستورى

خول رئيس الجمهورية بصفته رئيساً للسلطة التنفيذية سلطة اصدار قرارات لها قوة القانون لمواجهة حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير والتي تطرأ بين أدوار انعقاد مجلس الأمة أو فترة حله وترك له تقدير هذه الحالات ومن ثم تقدير ملاءمة أو عدم ملاءمة استعمال تلك الرخصة التشريعية الاستثنائية المخولة له على أن يكون استعمالها تحت رقابة مجلس الشعب على النحو الوارد بالنص المشار إليه.

" ومن حيث أنه يبين من المستندات التي قدمتها الحكومة أن القرار بقانون المطعون فيه قد عُرض على مجلس الأمة في أول اجتماع له من دور الانعقاد الأول من الفصل التشريعي الثاني المنعقد في 28 يناير سنة 1969 فأقره ومن ثم تكون السلطة التشريعية قد أقرت رئيس الجمهورية على قيام حالة الضرورة (1) التي اقتضت اصداره " (2).

وفي ظل سريان دستور 1971 كذلك لجأت المحكمة العليا إلى دستور 1964 للفصل في الطعن على قرار بقانون صدر استناداً إلى قانون التفويض رقم 15 لسنة 1967، معلنة أن " دستور 1964 الذي صدر في ظله القرار بقانون المطعون فيه ينص في المادة 120 منه على أن " لرئيس الجمهورية في الأحوال الإستثنائية بناء على تفويض مجلس الأمة أن يصدر قرارات لها قوة القانون. ويجب أن يكون التفويض لمدة محددة. وأن يعين موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها " وظاهر من هذا النص أن المشرع الدستوري أجاز لمجلس الأمة تفويض رئيس الجمهورية في اصدار قرارات لها قوة القانون (3) بالشروط الواردة فيه، وبصدور هذا التفويض ينتقل الاختصاص التشريعي لمجلس الأمة كاملاً إلى رئيس الجمهورية في الموضوعات التي فوض فيها ويكون له حق

1) كان القضاء في تلك الفترة يوكل تقدير الضرورة لرئيس الجمهورية تحت رقابة البرلمان، بما مفاده أنه لا محل لمراجعة القضاء لتوافر ضابط الضرورة في فرض مسايرة البرلمان لتقدير رئيس الجمهورية. بيد أن هذا الفهم اصابه التحول لاحقاً، حيث اصبح ينظر للضرورة على أنها أحد شروط مباشرة هذا الاختصاص، وبالتالي حق للقاضي التأكد من توافره.

انظر في التفاصيل مؤلفنا: القانون البرلماني - 2006 - ص 441 وما بعدها.

2) المحكمة العليا - 1 / 4 / 1972 - مجموعة الاحكام - ج1- الفترة من انشاء المحكمة: نوفمبر 1976 - ص 73.

3) جرى بالتسجيل أن الدستور الحالي الغى اللوائح التفويضية.

ممارسة صلاحيات مجلس الأمة فيما فوض فيه، ولما كان الثابت من مضبطة مجلس الأمة التاسعة والعشرين المنعقدة في 29 من مايو سنة 1967 أن القانون رقم 15 لسنة 1967 المشار إليه قدم في الأصل في صورة إقتراح بقانون من بعض أعضاء مجلس الأمة يوم 29 من مايو سنة 1967 ثم ووفق عليه باجماع الحاضرين الذين كان يربو عددهم على أغلبية أعضاء مجلس الأمة التي تنص المادة 163 من الدستور المذكور وجوب توافرها لسريان القانون بأثر رجعي فإن ما يثيره المدعون من جدل حول حق رئيس الجمهورية في اصدار قانون يتضمن الأثر الرجعي يكون غير سديد " (1).

واقترنت المحكمة الدستورية العليا، في سنواتها الأولى، خطى المحكمة العليا في التطبيق الضمني للمبدأ محل البحث. فقد طُعن أمام تلك المحكمة على القرار بقانون رقم 15 لسنة 1963 بحظر تملك الأجانب الأراضي الزراعية وما في حكمها، وكان من بين مناحي الطعن عدم عرض القرار بقانون على مجلس الرياسة عملاً بأحكام الإعلان الدستوري الصادر عام 1962، وهو ما يُشكل نقيصة شكلية، من شأنها أن تدمغ القرار بقانون بعدم الدستورية.

وفحصت المحكمة الدستورية العليا العيب الشكلي المدعى به وفقاً للدستور النافذ وقت اصدار النصوص الطعينة، وهو ما تُنبئنا به الحيثية التالية: " وحيث أن هذا النعي (عدم العرض على مجلس الرياسة) غير سديد، ذلك أن القانون صدر في ظل العمل بالإعلان الدستوري الصادر في 27 / 9 / 1962 بشأن التنظيم السياسي لسلطات الدولة العليا والذي نص في مادته الثالثة على أن يتولى رئيس الجمهورية اصدار المعاهدات والقوانين والقرارات التي يوافق عليها مجلس الرياسة. ولما كان الثابت في ديباجة القانون انه صدر بعد موافقة مجلس الرياسة وقد وقعه رئيس الدولة ونشر في الجريدة الرسمية، فإنه يكون بذلك قد استوفى الشكل الدستوري للقوانين بحيث لا ينال من سلامته ما ينسبه المدعيان إلى مجلس

1) المحكمة العليا - 3 / 11 / 1973 - مجموعة الأحكام - ج1 - الفترة من انشاء المحكمة: نوفمبر 1976 - ص 122.

الرياسة من أقوال مرسله (1) لم يبق عليها دليل، الأمر الذى يتعين معه اطراح هذا النعى " (2).

مرحلة الإعلان الصريح للمبدأ:

تميزت تلك المرحلة باستهلال الأحكام بإعلان جلى يوضح أن المناعى الشكلية الموجهة للنصوص المطعون عليها تخضع فى تقديرها للدستور الجارى العمل به حين سنها، مهما تتابعت الدساتير اللاحقة على إصدارها.

ففى غضون سريان الإعلان الدستورى الصادر فى 30 مارس 2011، عرض على المحكمة الدستورية العليا منازعة حول عدم دستورية نص قانونى سرى بأثر رجعى، دون أن تتم موافقة البرلمان عليه بالأغلبية الخاصة الواردة فى دستور 1971 المطبق لحظة اصدار النص.

وفى بداية حكمها حرصت المحكمة على بيان أن " الأوضاع الشكلية للنصوص التشريعية المتصلة باقتراحها أو إقرارها أو إصدارها، إنما تتحدد على ضوء ما قرره فى شأنها أحكام الدستور المعمول به حين صدورها ".

وعلى هدى ما تقدم خلصت المحكمة إلى أن " نص المادة (44) من قانون الخدمة العسكرية والوطنية بعد استبدال حكمها بالقانون رقم 152 لسنة 2009 بإرجاعه أقدمية المجندين المؤهلين - بعد رفع قيد الزميل - إلى 1968/12/1 تكون قد تناولت مراكز قانونية اكتملت عناصرها قبل العمل بحكم المادة المذكورة، بما مؤداه: إنفاذها جبراً على اطرافها بأثر ينعطف على الماضى، ويرتد إلى تاريخ إجرائها، بما يكون معه النص الطعين قد انطوى على أثر رجعى، الأمر الذى كان يتعين معه والحال كذلك استيفاء الإجراءات المقررة وفقاً لنص المادة (178) ..، إلا

1) استند الإدعاء فى هذه الدعوى إلى أن بعض أعضاء مجلس الرياسة قرروا أن القوانين التى صدرت فى وقت معاصر لصدور القانون رقم 15 لسنة 1963 كانت تصدر من رئيس المجلس دون العرض على الأعضاء.

2) المحكمة الدستورية العليا - 7 / 2 / 1981 - مجموعة الأحكام - ج 1 - ص 160. وتجدر الإشارة إلى وجود حكم آخر للمحكمة اتبع ذات النهج وكان خاصاً بالقواعد الشكلية الواردة فى دستور 1958، وقد أثرتنا ذكر هذا الحكم مع الأحكام المتعلقة بهذا الدستور، نأياً عن التكرار وتجنباً له.

أن الثابت من مراجعة مضبطة الجلسة التاسعة عشر من مضابط مجلس الشعب فى 20/9/2009، أنه قد تمت الموافقة على نص المادة (44) من قانون الخدمة العسكرية والوطنية المطعون عليها بصيغتها النهائية بالأغلبية العادية لأعضاء المجلس دون أخذ التصويت على المادة المذكورة بالأغلبية المنصوص عليها فى المادة (187) من الدستور⁽¹⁾، ومن ثم فإن الإجراء الخاص الذى استلزمته هذه المادة لإقرار الأثر الرجعى للنص الطعن لا يكون قد تم على الوجه المقرر فى الدستور، الأمر الذى يتعين معه الحكم بعدم دستورتها.. " (2).

وفى مناسبة تالية جرى الطعن على القرارين بقانونين 192 لسنة 1958 فى شأن طرح النهر وأكله، 100 لسنة 1964 بتنظيم تأجير الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها.

وكان من دواعى الطعن إغفال عرضهما على المجلس النيابى.

وطرحت تلك المنازعة إبان سريان دستور 1971، وفصل فيها فى حقبة نفاذ دستور 2012. ولم تعمل المحكمة القواعد الشكلية سواء الواردة فى هذا الدستور أو ذاك، حيث استدعت الدستور القائم لحظة اصدار القرارين، وهو دستور 1958.

ونظراً لأن دستور 1958 لم يرتب أثراً على عدم عرض القرارات بقوانين على المجلس التشريعى، فقد انتهى القاضى الدستورى إلى أن هذا المثلب وحده لا يكفى للقضاء بعدم الدستورية.

وترجمة لذلك أعلن القاضى الدستورى: "وحيث إن الأوضاع الشكلية للنصوص التشريعية، سواء فى ذلك تلك المتعلقة بالشروط التى يفرضها الدستور لمباشرة الاختصاص بإصدارها فى غيبة السلطة التشريعية أو بتفويض منها أو ما كان متصلاً بإقتراحها أو إقرارها أو اصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية، إنما تتحدد

(1) وفقاً لنص المادة 187 من دستور 1971 " لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها. ومع ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية النص فى القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب ".

(2) المحكمة الدستورية العليا - 2011/7/31 - مجموعة الأحكام - ج 1/13 - ص 683.

على ضوء ما قرره فى شأنها أحكام الدستور المعمول به حين صدورها. لما كان ذلك، وكان البين من الاطلاع عل أحكام القرار بقانون رقم 192 لسنة 1958 فى شأن طرح النهر وأكله والقرار بقانون رقم 100 لسنة 1964 بشأن تنظيم تأجير الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصريف فيها، أن كليهما قد صدر فى ظل العمل بأحكام الدستور المؤقت الصادر سنة 1958، ومن ثم تكون أحكام هذا الدستور هى الفيصل فى تحديد الأوضاع الشكلية المتطلبية للنصوص التشريعية لكل من القانونين. ولما كان هذان القانونان قد صدرا استناداً إلى المادة (53) من دستور 1958 التى تنص على أنه " لرئيس الجمهورية أن يصدر أى تشريع أو قرار مما يدخل أصلاً فى اختصاص مجلس الأمة إذا دعت الضرورة إلى اتخاذه فى غياب المجلس، على أن يعرض عليه فور انعقاده، فإذا اعترض المجلس على ما أصدره رئيس الجمهورية بأغلبية ثلثى أعضائه سقط ما له من أثر من تاريخ الاعتراض"، فإن مؤدى ذلك أن الدستور وإن أسند اختصاص التشريع إلى مجلس الأمة، إلا أنه أجاز لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفى غياب المجلس أن يصدر أى تشريع أو قرار مما يدخل أصلاً فى اختصاص المجلس على أن يعرض عليه فور انعقاده. وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن نص المادة (53) من دستور سنة 1958 وإن أوجب عرض ما يصدره رئيس الجمهورية من تشريعات تطبيقاً له على مجلس الأمة فور انعقاده إلا أنه لم يرتب جزاء على عدم العرض، خلافاً لمسلك المشرع فى سائر الدساتير الأخرى سواء السابقة على هذا الدستور أو اللاحقة له، ورتبت المحكمة على هذه المغايرة أن الشارع فى هذا الدستور قصد ألا يرتب أثر على مجرد عدم عرض القرارات بقوانين على مجلس الأمة، بل رتبته فقط فى حالة اعتراض المجلس بالأغلبية التى نص عليها وهى أغلبية ثلثى أعضائه، ومن ثم فإنه وإذ كان الثابت من مطالعة الإفادة الواردة من الأمانة العامة لمجلس الشعب المؤرخة 25/11/2010 بشأن القرارين بقانونين رقمى 192 لسنة 1958 فى شأن طرح النهر وأكله و100 لسنة 1964 بتنظيم تأجير الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصريف فيها عدم عرضهما على مجلس الأمة، فإنه إزاء ثبوت عدم العرض على المجلس فلا محل لقالة اشتراط الأغلبية الخاصة المتطلبية للقوانين رجعية الأثر، ويكون النعى فى

هذا الشق غير قائم على سند ولا محل له " (1).

وحديثاً، وإبان سريان دستور 2014، أُستدعى دستور 1971 لفحص المطاعن الشكلية الموجهة إلى قرار الهيئة العامة للرقابة المالية الخاص ببعض الأحكام المتعلقة بتداول الأوراق المالية غير المقيدة بالبورصة " سوق الأوراق المالية غير المقيدة ".

وقد نُعى على هذا القرار اللاتحي عدم نشره، مما يجرده من العلانية المتطلبية دستورياً لنفاذه في حق المخاطبين بأحكامه.

وأقرت المحكمة الدستورية العليا المدعى فيما ذهب إليه. وبعد التذكرة بقضائها الثابت ببحث الجوانب الشكلية للقاعدة القانونية الطعينة في ضوء الدستور الذي تُسن في إطاره أوضحت المحكمة: " وحيث إن إخطار المخاطبين بالقاعدة القانونية، بضمونها، يعتبر شرطاً لإنباتهم بمحتواها، وكان نفاذها، تبعاً لذلك، يفترض إعلانها من خلال نشرها، وطول الموعود المحدد لبدء سريانها. وكان ذلك مؤداه أن دخول هذه القاعدة مرحلة التنفيذ مرتبط بواقعتين تجريان معاً وتتكاملان، وإن كان تحقق ثانيتهما معلقاً على وقوع أولاهما، هما نشرها وإنقضاء المدة التي حددها المشرع لبدء العمل بها، وكان من المقرر أن كل قاعدة قانونية، سواء تضمنها قانون أو لائحة، لا يجوز إعتبارها كذلك، إلا إذا قارنتها صفتها الإلزامية التي تمايز بينها وبين القاعدة الخلقية، فإن خاصيتها هذه تعتبر جزءاً منها، فلا تستكمل مقوماتها بفواتها.

1) المحكمة الدستورية العليا - 2013 /5/12 - مجموعة الأحكام - ج 14 - ص 419. وانظر كذلك: المحكمة العليا - 1 / 4 / 1978 - مجموعة الأحكام - ج 2 - ص 120، المحكمة الدستورية العليا - 5 / 2 / 1983 - مجموعة الأحكام - ج 2 - ص 77. وجرى بالذكر أن القاضى الدستورى بحث فى حكم 2013 المثالب الموضوعية فى ضوء المبادئ المكرسة فى دستور 2012، بحسبانه الدستور النافذ وقت الفصل فى النزاع، وهو ما نطالعه فى الفقرة التالية من الحكم: " ومن حيث إنه من المستقر عليه فى الرقابة على دستورية القوانين من حيث مطابقتها للقواعد الموضوعية التى نظمها الدستور، إنما تخضع لأحكام الدستور القائم دون غيره، ومن ثم فإن هذه المحكمة تباشر رقابتها على النصوص المطعون فيها من الناحية الموضوعية، من خلال الدستور الصادر عام 2012 ". وهكذا تطلب حسم النزاع التعويل على دستورين: دستور 1958 بخصوص العيوب الشكلية، ودستور 2012 بالنسبة للنقائص الموضوعية.

" وحيث إن ما تقدم مؤداه أن نشر القاعدة القانونية ضمان لعلايتها وزيوع أحكامها وإتصالها بمن يعينهم أمرها، وإمتناع القول بالجهل بها، وكان هذا النشر يعتبر كافلاً وقوفهم على ماهيتها ومحتواها ونطاقها، حائلاً دون تنصلهم منها، ولو لم يكن علمهم بها قد صار يقينياً، أو كان إدراكهم لمضمونها واهياً. وكان حملهم قبل نشرها على النزول عليها، وهم من الأغيار فى مجال تطبيقها، متضمناً إخلالاً بحرياتهم وأبالحقوق التى كفلها الدستور، دون التقييد بالوسائل القانونية التى حدد تخومها وفصل أوضاعها، فقد تعين القول بأن القاعدة القانونية التى لا تنشر، لا تتضمن إخطاراً كافياً بمضمونها ولا بشروط تطبيقها، فلا تتكامل مقوماتها التى إعتبر الدستور تحققها شرطاً لجواز التدخل بها، لتنظيم الحقوق والحريات على اختلافها.

" وحيث إنه متى كان كذلك، وكان الثابت بالأوراق أن القرار المطعون فيه لم ينشر فى الجريدة الرسمية " الوقائع المصرية "، وذلك بالمخالفة للنصوص المتقدمة ونص المادة (188) من دستور 1971⁽¹⁾، ومن ثم فإن تطبيقه على المدعى قبل نشره، يزيل عن القواعد التى تضمنها صفتها الإلزامية، فلا يكون لها قانوناً من وجود " (2).

وقد لا يعدل الدستور تعديلاً كلياً، وإنما يقتصر الأمر على تنقيح بعض أحكامه المتعلقة بإجراءات إصدار قاعدة ما. واتباعاً لنفس المنهج تُستدعى القاعدة المنسوخة للحكم على دستورية النصوص الصادرة إبان حياتها.

ويمدنا دستور 1971، وتعديله عام 2007 بمثال على ذلك. فقد كان هذا الدستور يقضى، وفقاً لتنقيح 1980، بأخذ رأى مجلس الشورى فى مشروعات

1) تنص المادة 188 من دستور 1971 على أن " تنشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها، ويعمل بها بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرها، إلا إذا حددت لذلك ميعاداً آخر ".

وحرى بالإشارة إلى أن النص الدستورى لم يلمح إلى نشر اللوائح صراحة، بيد أن القاضى الدستورى حمل مصطلح القانون على معناه الواسع بحيث ينصرف لكل قاعدة عامة مجردة، لإتحاد العلة فى القوانين كما فى اللوائح.

لمزيد من التفاصيل راجع: فتحى فكرى - رقابة دستورية اللوائح فى ثلاثين عاماً - مجلة الدستورية - العدد الثامن عشر - ص 6 وما بعدها.

2) المحكمة الدستورية العليا - 2017/2/4 - الجريدة الرسمية - العدد 6 مكرر (ب) بتاريخ 2017/2/15.

القوانين المكملة للدستور (1). وفى إطار هذا النص صدر القانون رقم 80 لسنة 1997 معدلاً نص المادة 532 من قانون الإجراءات الجنائية بالنص على اعتبار وجود المحكوم عليه فى الخارج مانعاً يوقف سريان مدة سقوط العقوبة.

وكان أحد الأشخاص قد حُكم عليه فى جناية قتل عمد، ولكنه تمكن من الهرب للأردن، وبعد مرور أكثر من عشرين عاماً عاد للبلاد (تسقط العقوبة فى الجناية قبل تعديل 1997 بمرور عشرين سنة)، وتم القبض عليه لتنفيذ العقوبة، فأقام استشكالاً فى التنفيذ دفع فيه بعدم دستورية القانون رقم 80 لسنة 1997، تخلف عرضه على مجلس الشورى والحصول على موافقته، التزاماً بما قرره التعديل الدستورى (2) الذى جرى عام 2007.

واحيل النزاع للقاضى الدستورى، والذى رفض هذا المنعى استناداً إلى أن " كل مصدر ترد إليه النصوص التشريعية أو تكون نابعة منه، يتعين بالضرورة أن يكون سابقاً فى وجوده على هذه النصوص ذاتها. ومن ثم فإن النصوص التشريعية الصادرة قبل نفاذ التعديلات الدستورية تكون بمنأى عن الخضوع لأحكام الدستور بعد تعديلها. إذا كان ذلك، وكان نص المادة (532) من قانون الإجراءات الجنائية قد تم استبداله بموجب القانون رقم 80 لسنة 1997، قبل نفاذ التعديل الذى أدخل على نصى المادتين (194،195) من الدستور، والحاصل فى 26 مارس 2007، فمن ثم تكون نصوص الدستور قبل تعديلها هى المراد فى استبانة مدى استيفاء القانون الذى استبدل النص المطعون عليه لأوضاعه الشكلية " (3).، مما

1) المادة 195 البند (2) من دستور 1971.

2) وفقاً للفقرة الثانية من المادة 194 تجب موافقة مجلس الشورى على " 2- مشروعات القوانين المكملة للدستور..".

3) المحكمة الدستورية العليا - 5 / 12 / 2010 - مجموعة الأحكام - ج 13 / 1 - ص 499. وتجدر الإشارة إلى أن القاضى الدستورى بعد تمحيص النص الطعين تبين له انحسار وصف القانون المكمل للدستور عنه، وبالتالي لم يكن النص حتى بحاجة لاستطلاع رأى مجلس الشورى، وفقاً للوضع القائم حال سنه. ولدقة المسألة المطروحة قدرنا مناسبة عرض الأسس التى عولت عليها المحكمة فى الوصول للنتيجة التى خلصت إليها: لما كان القانون رقم 80 لسنة 1997 قد اعتبر وجود المحكوم عليه خارج مصر مانعاً يوقف سريان مدة سقوط العقوبة الجنائية المقضى بها عليه، فقد انصرف حكمه إلى ما يتعلق " بإجراءات تنفيذ العقوبة " المحكوم بها، دون أن يستطيل إلى مضمون تلك العقوبة بالتعديل، أو إلى حجبية الحكم الجنائى البات الذى فرضها

يتعين معه عدم الالتفات لهذا النعى.

تعقيب:

الإرتكان فى العيوب الشكلية والإجرائية للدستور القائم وقت اصدار النص يستجيب للمنطق ويتوافق معه.

فتحديد أشكال وإجراءات النص يتعلق بكيفية مباشرة الاختصاص وفق الهياكل الموجودة وقت إعداده، وبالطريقة التى تلبى الإحتياجات المجتمعية المفترض فى الشارع بلوغها فى عمله. وكل ذلك لا يمس - فى الأصل - بطريقة مباشرة حقوق الأفراد وحررياتهم. ومن ثم فمن غير المتقبل إهدار النص لعدم مراعاة اشكال أو إجراءات استحدثت عقب صدوره.

ولا يصح القياس فى ذلك على النقائص الموضوعية التى تنقصى من منظور الدستور المطبق، لأن الأحكام الموضوعية، فى أى دستور، تنصب اساساً على الحقوق والحرريات، والنصوص التى تحرر تلك الحقوق من بعض أغلالها، أو تخفف شيئاً من أثقالها، هى فى الواقع تُعيد الحال إلى طبيعته، إعمالاً لمبدأ إن الأصل فى الأشياء الإباحة.

يعزز هذا الفهم ما ألمح إليه الفقه من أن تطبيق قاعدة إجرائية أتى بها الدستور القائم بالمخالفة لقاعدة إجرائية تضمنها الدستور السابق، والتزمها التشريع المطعون فى دستوريته من شأنه " خضوع العمل التشريعى الواحد إلى

واستقر بموجبه المركز القانونى للمحكوم عليه، على نحو يعنى اليقين بارتكابه الجريمة ومسئوليته عنها، ومن ثم زوال أصل البراءة عنه، بما مؤداه: عدم تعرض هذا القانون لمسألة من مسائل الحرية الشخصية التى نص الدستور على أن يكون تنظيمها بقانون أو وفقاً لقانون أو فى الحدود التى يبينها القانون طبقاً للأوضاع التى يقررها (الشرط الشكلى للقانون المكمل للدستور وفقاً للقضاء السائد قبل تعديل 2007). ومن جانب آخر فإن القاعدة التى اشتمل عليها القانون المطعون عليه.. لا تتصل بقاعدة كلية مما جرت الوثائق الدستورية على احتوائها وإدراجها ضمن نصوصها (الشرط الموضوعى للقانون المكمل للدستور قبل تعديل 2007). وعلى ذلك لا يُعد القانون المطعون عليه من القوانين المكملة للدستور، ومن ثم لم يكن واجباً عرض مشروعه على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيه..".

نظامين إجرائيين متعارضين ومتصادمين فى آن واحد، وهذا أمر لا يسوغ إقراره، أو التسليم به لأن المشرع لا يسعى إلى إيجاد مثل هذا التعارض فى البنين التشريعى" (1).

وأضاف البعض لذلك أنه " لا يمكن عقلاً أن يطلب من تشريع صدر فى ظل دستور انتهت حياته أن يكون متفقاً مع الإجراءات الشكلية فى دستور جديد.. هذا غيرمنطقي ولا مقبول ولا معقول " (2).

وبعبارة أخرى لو " قيل بتطبيق الإجراءات التى قررها الدستور القائم وقت الطعن بعددم الدستورية، والتى تختلف عن الإجراءات التى كان يتطلبها الدستور الذى صدر التشريع المطعون فيه فى ظله، فإن مقتضى ذلك إبطال كل تشريع مخالف للأوضاع الشكلية فى الدستور القائم، على الرغم من أن السلطة التشريعية لم تكن تستطيع وقت وضع التشريع المطعون فيه أن تتقيد بها، لخلو الدستور النافذ عند سنه من هذه الشروط والأوضاع " (3).

رأينا فيما سلف كيف يتم استدعاء دستور طويت صفحته للفصل فى المنازعة الدستورية، من زاوية الإجراءات والأشكال المتطلبة لسن النصوص محل الطعن ومثاره.

إلا أن هناك فرضاً آخر تخضع فيه الدعوى الدستورية فى جانبها الشكلى والموضوعى لدستور ملغى، وهذا ما سنتناوله توأ.

كلية الحقوق جامعة القاهرة

1) عادل عمر شريف - القضاء الدستورى فى مصر - 1988 - ص 252، 253.

2) يحيى الجمل - القضاء الدستورى فى مصر - 2008 - ص 191.

3) رمزى الشاعر - رقابة دستورية القوانين - دراسة مقارنة - 2002 - ص 677، وانظر أيضاً:

عبد العزيز محمد سالمان - رقابة دستورية القوانين - 1995 - ص 273.

ثانياً

إعمال الأحكام الشككية والموضوعية فى دستور ملغى

استقراء أحكام القاضى الدستوري يفصح عن أن تطبيق الدستور الملغى على الجوانب الموضوعية كما الشككية، يتوقف على اجتماع ثلثة ضوابط:

- صدور نص تشريعى أو لائحى فى ظل دستور الغى لاحقاً.
- تطبيق النص التشريعى أو اللائحى على بعض الأفراد أو الحالات.
- الغاء النص التشريعى أو اللائحى فى غضون نفاذ الدستور الصادر فى ظله.
- عدم رجعية نصوص الدستور القائم وقت حسم النزاع (1).

باكتمال تلك المحددات، يُفصل فى النزاع الدستورى وفقاً للقواعد الواردة فى الدستور المعمول به وقت سن النص.

وتمدنا مجموعات الأحكام بأكثر من نموذج لذلك، سواء فى عهد المحكمة العليا، أو فى زمن المحكمة الدستورية العليا، بما يكشف عن ثبات توجه القاضى الدستورى واستقرار مسلكه.

والقاسم المشترك بين هذه النماذج انها انصرفت لنصوص تتابع عليها أكثر من دستور، وفى الوقت نفسه توقف العمل بها قبل صدور الدستور القائم، مما ولد التساؤل عن الوثيقة الدستورية التى سيعول عليها فى بحث دستورية النص من عدمه.

وتأكيداً لتحليلنا سنجد أن السابقة التى وقعت إبان المحكمة العليا دارت حول قانون صدر فى فترة نفاذ دستور 1958، وفصل فى أمره عام 1978، وفى المدة من

1) سريان الدستور بأثر رجعى من الظواهر غير المألوفة، وعادة ما يجرى ذلك بالنسبة لنص أو موضوع محدد، ويزودنا دستور 1923 بمثال على ذلك، حيث قضت المادة 168 منه بأن "تعتبر أحكام القانون رقم 28 لسنة 1922 الخاص بتصفية أملاك الخديو السابق عباس حلمى باشا وتضييق ما له من الحقوق كأن لها صبغة دستورية ولا يصح اقتراح تنقيحها".
والنص جلى الدلالة فى اسباغ السمة الدستورية على تشريع عادى، سن قبل أن يرى الدستور النور بنحو عام.

صدور القانون إلى الفصل في شأنه بزغ دستور 1964 ومن بعده دستور 1971.

وباستعادة الأحداث سنجد أن طعنا وجد سبيله للمحكمة العليا للقضاء بعدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم 119 لسنة 1964 والتي كانت تُجيز اعتقال كل من سبق اعتقاله أو طبقت في شأنه أحكام القانون رقم 34 لسنة 1962 أو أحكام القوانين الاشتراكية أو فرضت علي أمواله الحراسة وفقاً لأحكام القانون رقم 162 سنة 1958 أو صدرت ضده أحكام من محاكم أمن الدولة. وظلت هذه المادة، التي اعتقل الطاعن بموجبها، سارية حتى عدل عنها بالقانون رقم 59 لسنة 1968.

وفي معرض بيان النصوص الدستورية المعتمدة لحسم النزاع أوضحت المحكمة: " ومن حيث إن الطعن ينصب على المادة الأولى من القانون رقم 119 لسنة 1964 قبل تعديلها بالقانون رقم 59 لسنة 1968، وقد بدأ سريان هذه المادة في 24 من مارس سنة 1964 تاريخ العمل بالقانون رقم 119 سنة 1964 وانتهى في 7 من نوفمبر سنة 1968 تاريخ نفاذ القانون رقم 59 لسنة 1968 والذي استبدل بالمادة الأولى من القانون رقم 119 لسنة 1964 سالف الذكر نصاً جديداً.. أى أن فترة سريان هذه المادة تقع خلال العمل بأحكام دستور سنة 1958 ودستور 1964 الذي بدأ سريانه اعتباراً من 25 من مارس سنة 1964 واستمر سريانه إلى أن حل محله دستور 1971 الذي عمل به اعتباراً من 11 من سبتمبر سنة 1971.

" ومن حيث أنه وإن كان الأصل أن حماية المحكمة العليا للدستور تنصرف إلى الدستور القائم إلا أنه لما كان هذا الدستور ليس ذا أثر رجعي، وقد عدل نص المادة الأولى من القانون رقم 119 لسنة 1964 (النص المطعون فيه) بمقتضى القانون رقم 59 لسنة 1968 اعتباراً من 7 من نوفمبر سنة 1968 أى قبل نفاذ دستور 1971 بعدة سنوات، ومن ثم فإنه لا يمكن الاحتكام إلى أحكامه بالنسبة إلى الطعن بعدم الدستورية، وإنما يتعين الاحتكام إلى دستور سنة 1958 الذي صدر القانون المطعون فيه في ظلّه وإلى دستور سنة 1964 الذي عمل به اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نفاذ القانون رقم 119 لسنة 1964 وظل معمولاً به طوال فترة سريان المادة الأولى من القانون سالف الذكر (النص المطعون فيه) إلى أن عدلت

فى 7 من نوفمبر سنة 1968 بمقتضى القانون رقم 59 لسنة 1968 ."

واللافت للانتباه فى هذا الحكم استناد المحكمة لدستورين معاً، ليس من بينهما الدستور القائم آنذاك، لتقدير دستورية النص الطعين (1).

وفى ظروف مشابهة للحقبة الصادر فيها قضاء المحكمة العليا (الغاء دستور 1971 - صدور الاعلان الدستورى فى مارس 2011 الذى حل محله دستور 2012، ليلغى بدوره بدستور 2014)، سنحت الفرصة لعرض ذات الإشكالية على المحكمة الدستورية العليا، فأقرت النهج الفاتت فى ثلاث سوابق.

فى السابقة الأولى تعلق الأمر بحصول إحدى الشركات الخاصة عام 1975 على ترخيص بالإنفتاح بأراضى تابعة للهيئة العامة لموانئ البحر الأحمر، لاستغلالها كمستودعات للمواد البترولية التى تتولى تسويقها.

وفى أثناء سريان الترخيص اصدر وزير النقل البحرى القرار رقم 519 لسنة

(1) المحكمة العليا - 4/1 / 1978 - مجموعة الأحكام - ج 2 - من نوفمبر 1976 - حتى إنشاء المحكمة الدستورية العليا - ص 146.

وإعمالاً لهذين الدستورين أوضحت المحكمة - قبل القضاء بعدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم 119 لسنة 1964 - انه " يبين من الرجوع إلى دستور سنة 1958 أن المادة العاشرة منه كانت تنص على أن " الحريات العامة مكفولة فى حدود القانون " كما يبين من الرجوع إلى أحكام دستور سنة 1964 أن المادة 27 منه كانت تنص على أنه " لا يجوز القبض على أحد أو حبسه إلا وفق أحكام القانون " كما كانت المادة 28 تنص على أن " حق الدفاع اصالة أو بالوكالة يكفله القانون ".

" ومن حيث ان هذه المواد تكفل الحرية الشخصية للأفراد كما تكفل حقهم فى الدفاع عن أنفسهم باعتبارهما أصليين عامين، وتحيل إلى القانون فى بيان حدودهما. ويدهى أن هذه الحدود تستهدف تنظيم هذين الحقين، لا الغائهما بحيث لا يبقى منهما شيئاً، وظاهر أن المادة الأولى من القانون رقم 119 لسنة 1964 قبل تعديلها بمقتضى القانون رقم 95 لسنة 1968 كانت تذهب بأصل هذين الحقين: حق الأفراد فى الحرية الشخصية وفى الدفاع عن أنفسهم، حين خولت رئيس الجمهورية حق اعتقال أى شخص دون أن توجه إليه أى تهمة ودون أن يكون له حق التظلم من قرار اعتقاله أو الدفاع عن نفسه لمجرد انه سيق اعتقاله أو طبقت فى شأنه أحكام القانون رقم 34 لسنة 1962 أو أحكام القوانين الاشتراكية أو فرضت على أمواله الحراسة وفقاً لأحكام القانون رقم 162 لسنة 1958 أو صدرت ضده أحكام من محاكم أمن الدولة، وقد يظل معتقلاً على هذه الصورة طوال حياته ".

واستناداً إلى النصوص الواردة فى دستورى 1958، 1964 قضى بأن الطعن على المادة الأولى من القانون رقم 119 لسنة 1964 يبنى على أساس سليم.

2003 بتخفيض قيمة حق الانتفاع بنسبة 60 % لشركات القطاع العام التابعة للهيئة العامة للمواد البترولية لمدة خمس سنوات، يعاد بعدها النظر فى الأمر.

وبسبب وحدة النشاط طالبت الشركة الخاصة مساواتها مع شركات القطاع العام، وإزالة هذا الوجه من وجوه، التمييز. وإزاء رفض الهيئة العامة لموانء البحر الأحمر للطلب، وجد الخلاف سبيله لساحات القضاء (محكمة جنوب القاهرة الابتدائية)، حيث دفعت الشركة المتضررة بعدم دستورية قرار وزير النقل رقم 519 لسنة 2003، ليحال هذا الشق من الخصومة إلى القاضى الدستورى فى 2006. وتدوول الطعن ليُفصل فيه عام 2015، أى إبان العمل بالدستور القائم (دستور 2014).
وانبثق عن نظر المسألة الدستورية إشكالية مزدوجة:

- جواز التطرق للنزاع مع إلغاء القرار الطعين فى غضون تداول الدعوى.

ويبدو للوهلة الأولى أن تناول هذا الأمر يتجاوز حدود موضوع النقاش، إلا أنه بشيء من التدبر يبين أن تقرير عدم الاستمرار فى نظر النزاع يجعل التساؤل المطروح بشأن القانون الواجب التطبيق دون إجابة، ومن ثم بغير حسم.

على أى حال فإن المحكمة الدستورية العليا - تمشياً مع قضاء مطرد⁽¹⁾ لها - خلصت إلى " أن إلغاء النص التشريعى المطعون فيه لا يحول دون الفصل فى الطعن بعدم الدستورية بالنسبة لمن طبق عليهم ذلك القانون خلال فترة نفاذه، وترتبت بمقتضاه آثار قانونية بالنسبة إليهم، وتبعاً لذلك تتوافر لهم مصلحة شخصية ومباشرة فى الطعن بعدم دستوريته. ذلك أن الأصل فى تطبيق القاعدة القانونية أنها تسرى على الوقائع التى تتم فى ظلها، أى خلال الفترة من تاريخ العمل بها حتى الغائها، فإذا الغيت هذه القاعدة، وحلت محلها قاعدة قانونية جديدة، فإن القاعدة الجديدة تسرى من الوقت المحدد لنفاذها، ويقف سريان القاعدة القديمة من تاريخ إلغائها. وبذلك يتحدد النطاق الزمنى لسريان كل من القاعدتين القانونيتين. ومن ثم، فإن المراكز القانونية التى نشأت وترتبت آثارها فى

(1) انظر عل سبيل المثال: المحكمة الدستورية العليا - 16 / 5 / 1987 - مجموعة الأحكام - ج 4 - ص 31، ومن القضاء الأحدث: المحكمة الدستورية العليا - 5 / 12 / 2015 - مجموعة الأحكام - ج 1 / 15 - ص 1119.

لايفوتنا التنويه بأن المحكمة العليا نحت نفس المنحى: المحكمة العليا - 4/1 / 1978 - سبق ذكره.

ظل أى من القاعدتين - القديمة والجديدة - تخضع لحكمها، فما نشأ منها وترتبت آثاره فى ظل القاعدة القديمة يظل خاضعاً لحكمها، وما نشأ من مراكز قانونية وترتبت آثاره فى ظل القاعدة الجديدة يخضع لها وحدها. وعلى ذلك، فإن انتهاء العمل بالنص الطعين، الذى تضررت منه الشركة المدعية من عدم استفادتها من أحكامه خلال فترة نفاذه، وترتبت بمقتضاه آثار قانونية فى حقها، لا ينفى مصلحتها فى الطعن عليه بعدم الدستورية..".

- عقب حل الإشكالية الأولى تبقى تحديد الدستور الواجب حسم النزاع وفقاً له، وفى بيان ذلك أوضحت المحكمة الدستورية العليا أنه دستور 1971. وفى تسببها لهذا الخيار ذكرت المحكمة بداية بأن الأصل فى رقابة الدستورية خضوع القوانين واللوائح من حيث مطابقتها للقواعد الموضوعية للدستور القائم دون غيره، بوصفه أسمى القواعد الآمرة. بيد أن هذا الأصل مُحمّل بإستثناء إذا " كان الدستور القائم ليس له أثر رجعى، فإنه يتعين إعمال أحكام الدستور السابق الذى صدر التشريع المطعون عليه فى ظل العمل بأحكامه، طالما أن هذا التشريع قد عُمل بمقتضاه إلى أن تم إلغاؤه أو استبدال نص آخر به خلال مدة سريان ذلك الدستور. متى كان ذلك وكان النص المطعون قد صدر وانتهى العمل به فى ظل الدستور الصادر فى عام 1971. ومن ثم، فإن النظر فى أمر دستوريته يخضع لأحكام ذلك الدستور" (1).

أما السابقة التالية فكان محركها نزاع عرض على محكمة القضاء الإدارى حول مشروعية نص المادة 32 من اللائحة الداخلية للدراسات العليا بكلية السياحة والفنادق بجامعة الاسكندرية، والتي كانت لاتسمح للطالب فى دبلوم الإرشاد السياحى بإعادة الامتحان فى مواد الرسوب إلا مرة واحدة. فى حين أن اللائحة النظرية بجامعة حلوان تتيح للطالب، فى الفرض المثار، أكثر من فرصة لإعادة الامتحان، الأمر الذى رأته معه المحكمة إحالة النص المشار إليه للقاضى الدستورى (2) لحسم شبهه عدم دستوريته، استناداً لإخلاله بمبدأ المساواة المكرس

1) المحكمة الدستورية العليا - 10 / 1 / 2015 - مجموعة الأحكام - ج 15 / 1 - ص 411. وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة قضت بعدم دستورية القرار المطعون عليه لإخلاله بالمساواة (المادة 40)، ومساسه بحق الملكية (المادتان 32، 34) من دستور 1971.

2) تزامن مع الإحالة قضاء المحكمة بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه.

بالمادة (40) من دستور 1971، وذلك بتاريخ 17 يناير 2002.

وأثناء نظر الخصومة الدستورية نُفحت المادة 32 من اللائحة الداخلية لكلية السياحة والفنادق بجامعة الإسكندرية بقرار وزير التعليم العالى والدولة للبحث العلمى رقم 49 لسنة 2006 ليصبح نصها كالتالى: " يعقد امتحان دور ثان خلال شهر سبتمبر للطلاب الراسبين فيما لا يزيد على مقررين من مقررات الماجستير أو الدبلوم.. ".

وبهذا التعديل أُعيد التوازن بين المراكز القانونية المتماثلة: طلاب دبلوم الإرشاد السياحى فى جامعتى الاسكندرية وحلوان. إلا أن عدم سريان التعديل بأثر رجعى (1)، لم يمس مصلحة المضرور فى حسم دستورية المادة محل الطعن خلال زمن تطبيقها.

وحين الفصل فى الدعوى عام 2015 كان الدستور النافذ هو دستور 2014، إلا أن المحكمة أخضعت النزاع لدستور 1971، بحسبان أن القاعدة المطعون فيها سرت وانتهى مفعولها فى ظل دستور 1971، ومع عدم رجعية دستور 2014، فلا مناص من تطبيق دستور 1971.

وباستعارة عبارات الحكم نقرأ: " وحيث إن حكم الإحالة ينعى على النص المحال مخالفته المادة (40) من دستور 1971، تأسيساً على منحه الطالب فى مرحلة الدبلوم بكلية السياحة والفنادق بجامعة الإسكندرية فرصة واحدة لإعادة الامتحان فى جميع المقررات، فى حين أن قرينه الطالب بجامعة حلوان يُمنح، فى حالة رسوبه فى مادة أو مادتين، الحق فى إعادة الامتحان فى الدور الثانى أو فى السنة التالية، كما يُمنح، فى حالة رسوبه فى الدور الثانى، الحق فى إعادة الامتحان فى السنة التالية كذلك، وبذلك يكون النص المطعون فيه قد مايز، دون مبرر موضوعى، بين طلاب الكليتين فى مرحلة الدراسات العليا بالرغم من تماثل مراكزهم القانونية، بما يعد إخلالاً بمبدأ المساواة.

" وحيث إن حماية هذه المحكمة للدستور - وفقاً لما جرى عليه قضاؤها -

1) القاعدة عدم سريان القرار الإدارى بأثر رجعى حماية للحقوق المكتسبة، ولكون الرجعية غير متاحة إلا للمشرع بنصوص صريحة بوصفه المعبر عن الإرادة الشعبية، وهو ما لا يتوافر بالنسبة للسلطة التنفيذية مصدره القرارات الإدارية. فى تفاصيل ذلك راجع على وجه الخصوص: سليمان الطماوى - القرارات الإدارية - ط، 2006 (راجعها ونقحها محمود عاطف البنا) - ص 588 وما بعدها.

إنما تنصرف إلى الدستور القائم، إلا أنه إذا كان هذا الدستور ليس ذا أثر رجعي، فإنه يتعين إعمال أحكام الدستور السابق الذى صدر النص المحال فى ظل العمل بأحكامه، طالما أن هذا النص قد عمل بمقتضاه إلى أن تم الغاؤه أو استبدل نص آخر به خلال مدة سريان ذلك الدستور. متى كان ذلك، وكان النص المحال قد تم استبدال نص آخر به قبل نفاذ الدستور الحالى الصادر فى 18 / 1 / 2014، ومن ثم يتعين الإحتكام، فى شأن المسألة الدستورية المتعلقة بالنص المحال، إلى نصوص دستور 1971 الذى عمل فى ظله بالنص المطعون فيه، إلى أن تم استبدال نص آخر به خلال مدة سريان ذلك الدستور " (1).

واختلفت السابقة الأخيرة عن سابقتها بتطبيق دستور 2012. فبمناسبة حركة ترقيات جرت بالجهاز المركزى للمحاسبات عام 1994 تم تخطى إحدى العاملات، لعدم استيفاء المدة البيئية بصورة فعلية، نظراً لحصولها على اجازة خاصة لرعاية الطفل. فوفقاً لقرار رئيس الجهاز المركزى للمحاسبات رقم 330 لسنة 1986 يُشترط أن تكون المدة الكلية أو البيئية اللازمة لشغل الوظيفة مدة خبرة عملية فعلية فى الجهاز أو فى عمل مناسب يقره الجهاز بالنسبة للوظائف الفنية الرقابية.

فما كان من صاحبة الشأن إلا أن ولت وجهها شطر القضاء، وضمت جعبة دفاعها النعى على القرار الطعين بعدم الدستورية. وطرحت تلك المسألة على القاضى الدستورى فى ديسمبر 1998. وحال الفصل فى الخصومة تبين إلغاء النص الطعين بقرار رئيس الجهاز المركزى للمحاسبات رقم 1508 لسنة 2003.

وعلى هذا النحو تعاقب على القرار المطعون فيه ثلاثة دساتير: دستور 1971 الصادر فى اطاره، دستور 2012 المطبق لحظة استنفاد آثاره، واخيراً دستور 2014 القائم وقت حسم النزاع فى ابريل 2015. وفى تحديد المرجعية المُعتد بها لتقدير الدستورية خلصت المحكمة الدستورية العليا إلى تطبيق دستور 2012 بوصفه الدستور الذى انقضى فى حياته القرار المطعون فيه، بما يرسخ نهجها فى الفرض المثار.

1) المحكمة الدستورية العليا - 14 / 3 / 2015 - مجموعة الأحكام - 1 / 15 - ص 734. علماً بأن المادة (40) من دستور 1971 مثلت الدعامة الرئيسية للقضاء بعدم الدستورية فى هذه القضية.

فبعد التأكيد على أن رقابة الدستورية غايتها صون الدستور النافذ،
اضافت المحكمة أنه في حالة عدم رجعية هذا الدستور يتعين "إعمال أحكام
الدستور السابق الذي صدر للتشريع المطعون فيه في ظل العمل بأحكامه، طالما أن
هذا التشريع قد عمل بمقتضاه إلى تم إلغاؤه أو تم استبدال نص آخر به خلال مدة
سريان ذلك الدستور. متى كان ذلك، وكان القرار المطعون فيه قد صدر في ظل
العمل بأحكام الدستور الصادر عام 1971، ثم انتهى العمل به في ظل الدستور
الصادر عام 2012، ومن ثم فإن حسم أمر دستورية ذلك القرار يتم في ضوء أحكام
الدستور الصادر عام 2012" (1).

1) المحكمة الدستورية العليا - 11 / 4 / 2015 - مجموعة الأحكام - ج 15 / 1 - ص 800.
ومن المفيد الإشارة إلى أن الطعن تأسس على مخالفة مبدأ المساواة، واهدار النصوص الخاصة
بالأسرة وحماية المرأة العاملة في دستور 1971، ونظراً لأن المحكمة أعلنت نصوص دستور
2012، فقد طبقت المواد المتعلقة بذلك في الدستور الأخير.
وعن السند الأول أعلنت المحكمة تخلفه، لانتفاء وجه المقابلة مع العاملين بالجهاز الإداري
للدولة، أو المقارنة بين الوظائف الفنية وتلك الإدارية داخل الجهاز المركزي للمحاسبات، لاختلاف
المراكز القانونية في الحالين، مما يتفق على قاعدة المساواة.
أما عن المادة العاشرة من دستور 2012 والخاصة بحماية الأسرة، وكفالة الدولة التوفيق بين
واجبات المرأة نحو أسرتها وعملها العام، فقد خلصت المحكمة إلى أن "عمل المرأة لا يجوز أن
يخل بواجباتها نحو أسرتها أو يجور عليها، تقديراً بأن مسئوليتها أصلاً وابتداءً تحتم عليها أن
تحسن تبير شئون بيتها وأولادها وعلى الأخص من خلال تربيتهم ورعايتهم بصورة رشيدة حانية،
وأن عليها أن تجرى موازنة دقيقة بين واجباتها قبلهم - وهم مسئوليتها الأساسية - وبين عملها،
بما مؤداه أن احتياجها إلى العمل أو تفوقها فيه أو كسبها منه لا يجوز أن يصرفها عن روابطها
الأصلية بأسرتها ولا أن يبدها تماسكها، بل ينبغي أن يكون حق بيتها من الأمن والاستقرار مقدماً
على ما سواه، كما أن كفالة الدولة التوفيق بين واجبات المرأة نحو أسرتها وعملها العام، لا يعني
أن تُمنح المرأة العاملة مزايا خاصة بها أو أن تتحرر من الخضوع للقاعدة القانونية ذاتها التي
يخضع لها باقي العاملين من الرجال كاشتراط أن تكون المدة الكلية والبيئية اللازمة للترقية مدة
خدمة فعلية بالعمل بالجهاز أو في عمل مناسب يقره الجهاز، ولا مخالفة فيه لأحكام الدستور.
وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان لا دليل من القرار المطعون فيه - عل النحو المتقدم - على
إخلاله بمبدأ المساواة، أو الحماية المقررة للأسرة والمرأة العاملة أو مخالفته للدستور من أي وجه
آخر، فإن الحكم برفض الدعوى الماثلة يكون متعيناً".

تعقيب:

من العرض الفائت يبين عدم اطلاق قاعدة تطبيق الدستور النافذ على النقائص الموضوعية المثارة فى الدعوى الدستورية، إذ يقترن بتلك القاعدة استثناء استخلصنا من الأحكام ضوابط إعماله وحدود سريانه.

ويتفرع عن ذلك الاستثناء ملحوظة من شقين:

- تطبيق دستور ملغى على المثالب المطروحة فى المنازعة الدستورية، يستتبعه بالضرورة تطبيق نصوص دستورية ملغية على الجانب الشكلى فى ذات الدستور أو فى دستور سابق عليه.

- خضوع العيوب الموضوعية للتشريع لدستور ملغى مرده إلى أن المراكز القانونية التى تشكلت وانتجت كافة آثارها فى ظل نظام قانونى معين، تظل حكومة بهذا النظام مهما تبدل أو تعدل لاحقاً. والقول بخلاف ذلك مفاده سريان النصوص الجديدة بأثر رجعى، دون نص يقضى بذلك. من هنا نفهم حرص القاضى الدستورى على بيان عدم رجعية الدستور القائم كضابط حاكم لاستدعاء القواعد المعمول بها فى دستور سابق.

كلية الحقوق
جامعة القاهرة