كليـة الحقوق
الدراسات العليا

الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا
حجيته وأثاره

رسالة لنيل درجه الدكتوراه

دراسة قضائية تحليلية

رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه فى الحقوق

من الباحث

عصام الدين أحمد حسن أحمد

لجنه المناقشة والحكم

الأستاذ الدكتور / يحيـى عبد العزيز الجمـل (مشرفًا ورئيسًا)
استاذ القانون العام كليه الحقوق جامعه القاهره

الأستاذ الدكتور / صبرى السنوسى (عضوًا)
استاذ القانون العام كليه الحقوق جامعه القاهره

الأستاذ الدكتور / حسام فرحات ابو يوسف (عضوًا)
المستشار بالمحكمه الدستوريه العليا

١٤٣٦هـ / ٢٠١٥م

رساله لنيل درجه الدكتوراه

فى الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا

حجيته وأثاره

" دراسة قضائية تحليلية "

مقدمه من الباحث / عصام الدين أحمد حسن أحمد

لجنه المناقشه والحكم على الرساله :

الأستاذ الدكتور / يحيـــى عبد العزيز الجمـــل

استاذ القانون العام كليه الحقوق جامعه القاهره مشرفاً ورئيساً

الأستاذ الدكتور / صبرى السنوسى

استاذ القانون العام كليه الحقوق جامعه القاهره عضواً

الأستاذ الدكتور / حسام فرحات ابو يوسف

المستشار بالمحكمه الدستوريه العليا عضواً

الإهـــــــداء

إلى روح أستاذي، المرحوم الأستاذ/ عبد العزيز سالم

المـــحـــامـــي

مقدمـــــــــــه:-

1) دور القضاء الدستوري في المجتمع:-

- إن نشـــأة القضـــاء الدستوري في مصر هى بزوغ لفجر عهد جديد في حماية الحقوق والحريات الأساسية للمواطن، وتمكيناً لمبدأ خضوع الدولة بكل سلطاتها للقانون.

- فقد مارس القضاء الدستورى منذ نشـــأته في ســـنة 1969، دوراً حمائياً بالغ الأهمية للحقوق والحريات الأساسية للمواطن، وذلك بتحديد مضمون هذه الحقوق، وما تستلزمه وتقتضـــيه من حقوق أخرى، فصـــعد بحقوق فرعية إلى دائرة الحقوق الدستورية، وهذا يعني حماية الحقوق الواردة في الوثيقة الدســـتورية، وإستشراق حقوق أخرى دستورية غير واردة بها، وهذا يؤدي إلى مزيد من الحماية ومزيد من الحقوق.

- بل مارس القضاء الدستورى هذا الدور الحمائي لسلطات الدولة، ضد جور بعضها على بعض، فمنع الســـلطة التنفيذية من الجور على الســـلطة التشريعية عندما قضت بعدم دســـتورية قرار بقانون الصادر إعمالاً للمادة (147) من الدستور لعدم توافر الظروف الاســـتثنائية التي تدعو لاســـتعمال رخصة التشريع الاستثنائية، بل قضت المحكمة أن إقرار مجلس الشعب لقرار بقانون المطعون عليه، لا يترتب عليه سوى مجرد استمرار نفاذه بوصـــفه الذي نشأ عليه كقرار بقانون دون تطهيره من العوار الدستوري الذي لازم صـــدوره، كما أنه ليس من شأنه هذا الإقرار في ذاته أن ينقلب به القرار بقانون المذكور إلى عمل تشريعي جديد يدخل في زمرة القوانين التي يتعين أن يتبع في كيفية اقتراحها والموافقة عليها وإصدارها القواعد والإجراءات التي حددها الدستور في هذا الصدد وإلا ترتب على مخالفتها عدم دستورية القانون([1]).

- بل منع القضـــاء الدستوري اعتداء السلطة التنفيذية على السلطة القضائية، بأن أزال وصف القضاء عن العمل الذي يصدر من هيئة إدارية وليست قضائية.

- بل لا نغالي إذا قررنا أن القضـــاء الدستوري قد مارس دورًا حمائيًا للمجتمع بأكلمه في حاضـــره ومســـتقبله، حينما قرر أن عبارة "الشـــريعة الإســـلامية هي المصدر الرئيسي للتشـــريع" الواردة في التعديل الدســـتوري في (22) مايو ســـنة 1980 لا تنصـــرف إلا

([1])الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (28) لسنة 2ق دستورية بتاريخ 1985/5/4م.

التشريعات التي تصدر بعد هذا التاريخ الذي فرض فيه هذا الإلزام وساق على ذلك تبريراً في غاية الأحكام والاتفاق مع روح الشريعة الإسلامية ويتمثل "في أن الانتقال من النظام القانوني القائم حالياً في مصـــر والذي يرجع إلى أكثر من مائة سنة، إلى النظام القانوني الإســـلامي المتكـــامـــل يقتضـــي الأناة والتدقيق العلمي ومن هنا فإن تقنين المتغيرات الاقتصـــاديـــة والاجتماعية التي لم تكن مألوفة، أو معروفة، وكذلك ما وجد في عالمنا المعاصـــر وما يقتضـــيه الوجود في المجتمع الدولي من صلات وعلاقات ومعاملات، كل ذلك يستأهل الرؤية ويتطلب مجهوداً، ومن ثم فإن تغيير النظام القانوني جميعه ينبغي أن يتيح لواضعيه والقائمين عليه الفترة الزمنية المناسبة، حتى تجمع هذه القوانين متكاملة في إطار القرآن والسنة وأحكام المجتهدين من الأئمة والعلماء..."([1]).

([1]) حكم المحكمة الدســتورية العليا في القضــية رقم (20) لســنة 1ق دستورية الصادر بتاريخ 1985/5/4 ويراجع في ذلك أيضــاً المقال القيم للأستاذ الدكتور "يسري العصار" بعنوان، اتجاهات المحكمة الدستورية في مصـــر والكويت في رقابة دســتورية التشريعات في ضوء مبادئ الشريعة الإسلامية – منشور بمجلة القانون والاقتصـــاد العدد (76) صـــــ11 وما بعدها، ويراجع أيضاً مقال الدكتور "سامي جمال الدين" بعنوان الشريعة الإســـلامية مصدر رسمي للقانون أم مصدر موضوعي للتشريع منشور في المجلة الدستورية العدد (22) سنة 2012، ص9 وما بعدها، وكذلك مقال آخر لســيادته بعنوان، التزام التشـــريع بمبادئ الشريعة الإسلامية في دستور سنة 2012، منشور في المجلة الدستورية العدد (23) سنة 2013، ص34 وما بعدها.

وفى خصوص عبارة نص الدستور أن الشريعه الإسلاميه هى المصدر الرئيسى للتشريع " هنا ثلاث تعبيرات ، أو ثلاث مصطلحات ، تتنازع الموضع ، عبارة أو مصطلح " الفقه الاسلامى " ، وعبارة " الشريعه الاسلاميه " وعبارة " الدين الإسلامى " ، والمحكمه الدستورية قد حددت معنى النص الدستورى ، بأن المقصود به الأحكام قطعية الثبوت قطعية الدلاله ، وقد زاد هذا المعنى وضـــوحاً الأستاذ الدكتور " سامى جمال الدين " ، فى مقاله المشار إليه أعلاه ، بأن معنى النص الدستورى ، أن الشريعة الإسلامية وما تضمنته من أحكام قطعية الثبوت قطعية الدلاله هى مصـــدر رسمى للقانون ، يتعين ويجب على التشريع – الذى تسنه السلطه التشريعيه – أن يلتزم بها وإلا كان غير دســتورى ، وعدا ذلك من أحكام ، سواء كانت ظنية الثبوت قطعية الدلاله ، أو قطعية الثبوت ظنيـــة الدلاله ، وما يثار حولها من أراء تُكون فى مجموعها ما يعرف بأحكام الفقه الإســـلامى فهى مصـــدر مادى أو موضوعى للتشريع ، بمعنى أن المشرع يتخير منها ، وفقاً لمقتضيات المصلحه الحاله . أما مصـــطلح الدين الإسلامى :- فيقتضى تحديد معنى كلمة " دين " أولاً كما وردت فى القرآن الكريم ، وهنا نحيل القارئ إلى المقال القيم الذى كتبه ، عالم العلماء ، المغفور له الأستاذ الدكتور " محمد بدر " تحت عنوان "(=) (=) الآثر الفورى للقانون ومشـــكلة ترجمة القرآن " المنشـــور فى مجله العلوم القانونيه والإقتصاديه – التى تصـــدرها كلية الحقوق بجامعه عين شمس – السنه (16) ، سنه 1974 ، ص 53 وما بعدها ، ويقول سيادته فى مؤلف آخر ، " ونســـتطيع الآن أن نقول : إن اللذين كتبو عن كلمة " دين " العربيه ، وبخاصـــه ، فى كل النماذج الســـابقه ، لم يحاول الربط بين كلمة الدين ومشـــتقاتها فى اللغات الساميه جميعاً ، على إعتبار أنها

- **فهذا التبرير يوضـــح مدى إحاطة المحكمة وعلمها الواســـع بكل الظروف المحيطة بتطبيق الشـــريعة الإســـلامية ومن خلال روح الشـــريعة نفســـها، وذلك بالإشارة إلى المعوقـــات التي تحول أو تعطل أو تقلل من فرص تطبيق الشـــريعة دون أن تأخذها الرغبة الحســـيســـة إلى تطبيق الشريعة، إلى غض الطرف عن معوقات هذا التطبيق والتي تتمثل في ضرورة تقنين المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية الجديدة على النسق**

اصيله فيها جميعاً ولم يحاول أكثرهم – على الأقل – أن يتحرى تاريخ هذه اللغات لمعرفة أيها الأقدم ، ولا أظن أحد يســتطيع أو يجوز له أن يشــك فى حقيقة أن اللغه العربيه أقدم من الفارسيه ، وأنها كانت قبل أن تكون العبريه ، وعلى أيه حال ، فإن إشــتراك هذه اللغات الساميه جميعاً فى إستعمال كلمه دين بمعنى " الحكم " : حكم القانون أو حكم المحاكم أو حكم القاضــى ، كل هذا يدل على أن هذا هو معناها الأصلى ، وأن ما صحب الأصــل من تنويع فى المعنى بعد ذلك ، إنما هو ســنة اللغة فى التطور . وهو ما سنلاحظه واضحاً فى تطور الإســتعمال فى اللغه العربيه ، وخاصه لدى مفسرى القرآن الكريم عبر العصور ، وما وصل إليه معنى الكلمه فى أيا منا هذه ، والمهم أن القرآن الكريم وقد إســتعمل اللفظ أكثر من ستين مره ، لم يستعمله أولاً فى معنى تم تركه كما فهم " ديموميين " ، ولم يســتعمله فى معانى لا رابط بينهما كما فهم هو أيضــاً ، وإنما مرد كل إستعمالاته إلى معنى الحكم فى ظواهره المختلفه . " [يراجع فى ذلك مؤلف المرحوم الأستاذ الدكتور " محمد بدر " الديمقراطيه الأثينيه وســياده القانون فى التوراة والأنجيل والقرآن ، طبعه سنه 1995 ، ص 319 وما بعدها]

ويســتعرض الدكتور " محمد بدر " ، معنى كلمة الدين ، لدى مفســرى القرآن الكريم ، بدايه من أقدم تفسير للقرآن وهو تفسير مقاتل ابن سليمان البلخى المتوفى سنه 96هـــ ، وحتى تفسير الإمام محمد عبده ، ليصل فى النهايه إلى المعنى المشار إليه سابقاً ، وهو معنى بالغ الآثر فى تحديد معنى الدين الإسلامى كما فى قوله تعالى فى ســوره الفاتحه " مالك يوم الدين " ، وفى ســورة يوسف " ما كان ليأخذ أخاه فى دين الملك إلا أن يشاء الله "" .... إلخ . ونستطيع أن نقول أعتماداً على ما سبق أن الدين الإسلامى يعنى ، حكم الإسلام ، ولا شــك أن تحديد معنى الدين على النحو الذى أوضــحة الدكتور " محمد بدر " له دور كبير فى إزاله كثير من الشــكوك والإختلاف حول معنى حرية العقيده وما يثار حولها بتحديد معنى الرده ، والحرية السياسيه وقواعد نظام الحكم فى الاســلام ، والحرية من الرق وكيف أن الأسلام أقرها منذ البدايه ، وأن قبل التعامل مع النظام المفروض من الخارج عملاً بمبدأ المعامله بالمثل ... إلخ ، وقد أوضــح ذلك تفصــيلاً فى المراجع الســابقه الدكتور " محمد بدر" ونشــير أيضــاً إلى مقالين للمرحوم الشــيخ عبد الوهاب خلاف ، بعنوان " الشــريعه الاسلاميه مصدر للتشريع الحديث منشور بمجله القانون والإقتصاد – السنه (10) سنه 1940 – ص 171 وما بعدها ، ومقال آخر بعنوان " الســلطات الثلاثه فى الإســلام ، منشــور بمجله القانون والإقتصاد – السنه(5) سنه1936 – ص 508 وما بعدها .

وآمل لو أعطنى الله العمر ، وفتح على من أبواب العلم والهدايه ،، أن أكتب فى هذا الموضــوع تفصيلاً مؤلفاً مستقلاً ، حسبة لله تعالى ، لما يدور حوله فى المجتمع من لغط بسبب فئه فى هذا المجتمع أقل ما توصف به أنها فئه غير عالمه .

الحديث في ضـــوء الفقه الإسلامي المتشبع بروح الشريعة الغراء وذلك قبل البدء في التطبيق ومن هـــذا المعوقـــات وجودنا في مجتمع دولي نرتبط به بصـــــلات وروابط وعلاقات ضرورية، ونحن فيها الطرف التابع، وحتى تطبق شريعتنا يجب أن نكون في مركز غير تابع، على الأقل في أغلب الحالات.

- وقد قام القضاء الدستوري بدور توجيهي للسلطة التشريعية في مجالات عديدة، ومنها مجال قوانين إيجار الأماكن، ومجال القوانين التي تحكم الهيئات القضـــائية مثل قانون السلطة القضائية وقانون مجلس الدولة وقانون هيئة قضايا الدولة، وكذا مجال قانون العمل وقانون العاملين المدنيين... الخ فعندما كان يصـــدر حكم بعدم دستورية في أي من المجالات السابقة كان يحدث فراغ تشريعي يدفع بالمشرع إلى إعادة تنظيم الحقوق على هدي من قضاء المحكمة الدستورية.

- وبالجملة فإن القضـــاء الدســـتوري قد مارس دوراً إحيائياً بأن بث الروح في الوثيقة الدستورية، وبعثها من مرقدها، وجعلها كائن يشارك في دفع قاطرة الحياة إلى الأمام، بعـــد أن كـــان وثيقـــة نظرية تعبر عن مثل عليا، غالباً غير متحققة في واقع الحياة الاجتماعية وذلك بتفعيل الحقوق الواردة فيها، وكشـــف النقاب عن مســـتورها ببيان مقتضـــيات الحقوق الواردة فيها، وكذا التعرف على غايات هذه الحقوق من أجل مدها إلى حقوق أخرى غير واردة صـــراحة في الوثيقة الدســـتورية وبعبارة موجزة فقد اســـتطاع القضاء الدستوري التعرف على الحقوق الدستورية غير الواردة في الوثيقة الدستورية من خلال عبارة الوثيقة ثم إشارتها، ثم دلالتها، ثم إقتضائها.

2) أهمية موضوع حجية الحكم الصادر من المحكمة الدستورية:-

- لا شـــك أن الثمرة هي الغاية المثلى من الشـــجرة، وحجية الحكم الصادر من القضاء الدستوري هي ثمرة هذا القضاء وهي تعبير عن قيمته ودوره في المجتمع، لذلك فإن دراســـتنا لحجية الحكم الصادر من المحكمة الدستورية هي دراسة لكيان قانوني فعال في المجتمع، لذلك اقتضى الأمر تحديد معنى هذه الحجية، ومعنى إطلاقها ومعنى أثرها الرجعي والمســـتقبلي، والاســـتثناءات الواردة عليها، وهل يتنافى مع الحجية عدول المحكمة عن مبدأ ســـبق وأن قررته، وكيف استطاعت المحكمة الدستورية أن تضمن

لقضـــائها الفاعلية والحجية، والأداة القانونية التي استندت إليها في ذلك، وهل تختلف حجية الحكم بعدم الدستورية عن حجيته في رفض الطعن بعدم الدستورية .

3) منهج البحث:-

- إن منهج البحث هو الطريقة العلمية التي يسلكها الباحث للوصول إلى هدفه وغايته مستعيناً في ذلك بأدوات تعينه في الوصول إلى هذا الهدف وتلك الغاية، وغايتنا في هذا البحث هو حجية الحكم الصادر من المحكمة الدستورية وأثار هذا الحكم وذلك بتحليلها وسبرأ غوارها، وتحديد مكنونها، ووسيلتنا في ذلك هى استعراض أحكام القضاء الدستوري، وتنسيقها بحسب موضوعها، لاستنباط اتجاهات المحكمة بخصوص الحجية، وما يثار بسببها من موضوعات، مع استظهار ما يقع بين بعض الأحكام من اختلاف في الاتجاهات، مع بيان أولى هذه الأحكام أو بتعبير أدق أولى هذه الاتجاهات في الاتباع، والسبب في اتباع هذا المنهج الاستقرائي التحليلي، هو أن القضاء الدستوري خلق جديد وتوجهاته محض اجتهاد وإبداع، وهو الذى ينشئ الرقابة الدستورية من ناحية حدودها وقواعدها من غير مصدر منظور، لذلك فهو جدير بالتجميع التحليلي، ولكن ذلك لن يمنعنا من تطعيم هذا المنهج الاستقرائي التحليلي بمنهج التأصيل القانوني لموضوع حجية الحكم، وذلك لضبط آثار هذه الحجية، وتحديد مضمون الاستثناءات التي ترد عليها، وعلى ذلك فإن المنهج في هذا البحث يجمع بين الاستقراء التحليلي والتأصيل القانوني لموضوع البحث.

4) خطة البحث:-

- **انطلاقاً من المبدأ الذي يقضي بأن من لا يحدد بحثه لا يستطيع أن يكتب فيه.**
- **لذلك يتحدد بحثنا في النقاط الآتية:-**
- **فصل تمهيدي:-**
- **في نشأة القضاء الدستوري وتطور اختصاصاته وتحديد معنى المصطلحات المستخدمة من المحكمة الدستورية.**

- **الباب الأول: معنى حجية الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا، ومعنى آثاره، والفارق بينهما.**
- **ونتناوله في فصلين:-**
- **الفصل الأول:- معنى حجية الحكم القضائي بصفة عامة وأثار هذا الحكم، ونتناوله في مبحثين:-**
  - **المبحث الأول:- معنى حجية الحكم القضائي بصفة عامة.**
  - **المبحث الثاني:- معنى آثار الحكم القضائي بصفة عامة.**
- **الفصل الثاني:- معنى حجية حكم المحكمة الدستورية العليا وآثار هذا الحكم،ونتناوله في مبحثين:-**
  - **المبحث الأول:- معنى حجية حكم المحكمة الدستورية العليا.**
  - **المبحث الثاني:- معنى آثار حكم المحكمة الدستورية العليا.**
- **ونتناول هذا المبحث الثانى في مطلبين:-**
  - **المطلب الأول:- النصوص القانونية التي تحدد آثار حكم المحكمة الدستورية العليا.**
  - **المطلب الثاني:- الخلاف الفقهي حول تحديد آثار حكم المحكمة الدستورية العليا.**

- **الباب الثاني: الأثر الزماني أو الحد الزماني لحكم المحكمة الدستورية العليا ونتناوله في فصلين:-**

- **الفصل الأول:- الآراء التي قيلت حول أثر حكم المحكمة الدستورية العليا من حيث الزمان، ونتناوله في مبحثين:-**

- **المبحث الأول:- الرأي الذي يرى أن حكم المحكمة الدستورية العليا له أثر فوري مباشر من حيث الزمان.**
- **المبحث الثاني:- الرأي الذي يرى أن حكم المحكمة الدستورية العليا، له أثر رجعي من حيث الزمان.**

- **الفصل الثاني:- الاستثناءات التي ترد على الأثر الرجعي لحكم المحكمة الدستورية العليا، ونتناوله في المباحث الآتية:-**
  - **المبحث الأول:- الأثر الرجعي المطلق لحكم المحكمة الدستورية العليا، بعدم دستورية نص جنائي.**
  - **المبحث الثاني:- عدم الرجعية مطلقاً لحكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص في قوانين الضرائب.**
  - **المبحث الثالث:- الأثر الرجعي المقيد لحكم المحكمة الدستورية العليا، بعدم دستورية أي نص قانوني – ليس جنائياً أو ضريبياً – ونتناوله في أربعة مطالب:-**
    - **المطلب الأول:- حق المحكمة الدستورية العليا في ألا تجعل لحكمها أثراً رجعياً.**
    - **المطلب الثاني:- المراكز القانونية التي استقرت بحكم بات، قبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا كقيد على رجعية حكم الدستورية العليا.**
    - **المطلب الثالث:- المراكز القانونية التي استقرت بمضي المدة كقيد على رجعية حكم المحكمة الدستورية العليا.**
    - **المطلب الرابع:- المراكز القانونية التي استقرت وفقاً لنظرية الوضع الظاهر، كقيد على رجعية حكم المحكمة الدستورية العليا.**

- **الباب الثالث**:- الخروج على الحجية والأثر الشخصي لحكم المحكمة الدستورية العليا، ونتناوله في فصلين:-
- **الفصل الأول**:- وسيله حماية المحكمة لاحكامها .
- **الفصل الثاني**:- صور الخروج أو العدوان على الحجية والأثر الشخصي لحكم المحكمة الدستورية العليا والتطبيقات القضائية لذلك.

- **الباب الرابع**:- التحول أو العدول فى قضاء المحكمة الدستوريه العليا .
  - **المقدمة**:- في إمكانية عدول المحكمة الدستورية العليا عن مبدأ سبق وأن اعتنقته المحكمة.
  - **الفصل الأول**:- رقابة ضابط الضرورة في التشريعات الصادرة طبقاً للمادة (147) من الدستور.
  - **الفصل الثاني**:- تحديد مفهوم العرض في لوائح الضرورة.
  - **الفصل الثالث**:- إعمال القاضي الدستوري لرخصة التصدي.
  - **الفصل الرابع**:- معنى الحكم القضائي السابق صدوره في مسألة ما، والذي يعد قيداً على الأثر الرجعي لحكم المحكمة الدستورية العليا.
  - **الفصل الخامس**:- إسقاط قيد التقادم من القيود التي تحد من الأثر الرجعي لحكم المحكمة الدستورية العليا.
  - **الفصل السادس** :- ونتناول فيه تحول أو عدول المحكمة الدستورية العليا، عن المعنى الذي حددته المحكمة الدستورية "للمدعي" الذي يستفيد وحده دون غيره من الأثر الرجعي لحكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص ضريبي.
  - **الفصل السابع** : - ونتناول فيه تحول المحكمة الدستورية العليا، في تحديد الشروط التي من خلالها تمارس اختصاصها بفض تنازع التنفيذ الذي يقوم بشأن حكمين نهائيين متناقضين.

فصل تمهيدي

- في نشـــأه القضـــاء الدستوري وتطور اختصاصاته، وتحديد معنى وأسباب المصطلحات المستخدمة من المحكمة الدستورية في منطوق أحكامها، **ونتناوله في ثلاثة مباحث**:-

- **المبحث الأول**:- **نشأه القضاء الدستوري**.

- **المبحث الثاني**:- **تطور إختصاصات القضاء الدستوري**.

- **المبحث الثالث**:- **تحديد معني وأسـباب المصـطلحات المسـتخدمة من المحكمة الدستورية في منطوق أحكامها**.

المبـحث الأول

ونتناول فيه نشأه القضاء الدستوري.

- جاء الدستور الصادر سنة 1923 – ومثله دستور سنة 1930 – وقد خلا من أي نص صريح يبيح للمحاكم حق الرقابة على دستورية القوانين أو يمنعها من هذه الرقابة، وترتب على ذلك أن اختلف الرأي بين أئمة الفقه كما اختلفت أحكام القضاء في هذا الشأن ،ففي الفقه ذهب رأى[1] إلى وجوب منع القضـــاء من التصدي لهذه الرقابة مسايراً في ذلك الفقه والقضاء الفرنسيين، إلى جانب حجة اســـتخلصـــها تأييداً لوجهة نظر من المادة (15) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية التي كانت تنص على منع المحاكم من تأويل الأوامر الإدارية أو وقف تنفيذها، فرأوا أن هذه الحصانة يجب بداهةً أن تمتد إلى القوانين ومن ثم يمتنع على المحاكم مراقبة دستوريتها.

- و ذهب فريق أخر[2] إلى أن من حق المحاكم – بل ومن واجبها – بحث دستورية القوانين التي تطبقها، لأنها وهي المنوط بها تطبيق القوانين الصادرة من السلطة التشريعية، مكلفة في ذات الوقت بمراعاة الدســـتور وتطبيقه والأخذ بأحكامه، بالإضـــافة إلى أن قيام القاضـــي بفحص دســـتورية القوانين المتصلة بالنزاع المطروح عليها، هو بمثابة التدرج المنطقي لتوليه بحث قانونية اللوائح، فهو يرفض تطبيق اللوائح المخالفة للقانون باعتباره أعلى منها، ومن ثم يجب عليه أن يرفض تطبيق القانون الذي يتعارض مع الدستور، ولأن هذا الأخير أسمى منزلة من القانون العادي، ثم درج الفقه بعد ذلك على الانتصـــار لهذا الرأي الأخير، وتدعيم أسانيده، ودحض حجج الرأي المخالف، إلى أن أســـتقر الأمر على الاعتراف بحق المحاكم في الرقابة على دستورية القوانين.

---

1 – د.وحيد رأفت ود.وايت إبراهيم ، شرح القانون الدستوري ، ص 14 ص 15

2 – د/الســـيد صـــبري، مبادئ القانون الدستوري – الطبعة الثالثة –ص614–638، د/عبد الحميد متولي، القانون الدســـتوري والأنظمة الســـياسية، طبعة 1961، ص214و ما بعدها، عبد الرزاق السنهوري مقال منشور بمجلة مجلس الدولة –س3–يناير 1952 ص1 وما بعدها .

- أما أحكام القضـــاء في هذا الشـــأن فقد تردد في بادئ الأمر، وجاء الكثير منها غير حاسم في إقرار الرقابة القضـــائية على دستورية القوانين أو عدم جوازها، وكان أول حكم قرر بصراحة ووضـــوح حق القضـــاء في رقابة دســـتورية القوانين هو الحكم الذي أصدرته محكمة مصر الابتدائية الأهلية[1] في أول مايو 1941 والذي انتهت فيه إلى أن للمحاكم مطلق الحرية في بحث دســـتورية القوانين المطلوب منها تطبيقها، بحيث إذا اقتنعت بمخالفتها للدستور شكلا أو موضوعا كان لها أن تمتنع عن تطبيقها على النزاع المطروح أمامها، غير أن هذا الحكم ألغي اســـتئنافياً، وأخذت محكمة الاســـتئناف في حكمها الصـــادر بتاريخ 30 مايو 1943 بالرأي المخالف، وأنكرت على محاكم مصر حق الرقابة على دستورية القوانين.
- أما محكمة النقض، فقد ترددت في أحكامها بين الاتجاهين : فذهبت محكمة النقض في دائرتها الجنائية[2] إلى أن المحاكم ليس لها مراقبة دســـتورية القوانين أو المراسيم بقوانين رغم أن المادة (41) من دستور 1923 كانت صريحة لاشتراط أن تكون المراسيم بقوانين التي تصدر فيما بيـــــن أدوار الانعقاد غير مخالفة للدستـــــور وعلي عكس ذلك ذهبت الدائرة المدنية لمحكمـــــة النقض[3] إلى تأكيد مبدأ تدرج التشـــريع بقولها إنه لا يجوز لسلطة أدني في مدارج التشريع أن تلغى أو تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة أعلى أو أن تضيف إليها أحكامًا جديدة.

- ثم جاء الحكم الصـــادر من محكمة القضـــاء الإداري[4] في 10 فبراير 1948 فاتحة لاستقرار القضـــاء المصري على تقرير حقه في الرقابة على دستورية القوانين، إذ تصدت فيه المحكمة صراحة لهذا الأمر، وقضت بحق المحاكم في مراقبة دستورية القوانين شكلاً وموضوعاً، بحيث تطرح القانون غير الدستوري، وتغلب عليه الدستور وتطبقه باعتباره القانون الأعلى، وجرت المحاكم بعد ذلك على الأخذ بهذا الرأي[5]، وردته إلى أســـسه القانونية السليمة، ومن خير ما

---

1 – مشار إلى هذا الحكم واستئنافه في كتاب أصول القانون للدكتورين السنهوري وأبو ستيت رقم 138 ص 171

2 – نقض جنائي 12 مايو 1947، المحاماة 226–719–28 يراجع د.سليمان مرقس حيث يقول انه إذا جاز للمحكمة أن ترفض رقابة دستورية القوانين، إلا أنها لا يجوز لها إزاء النص الصريح للمادة 4 من دستور 1923 أن ترفض رقابة دستورية المراسيم بقوانين، المدخل ،ص165 هامش2

3 – د. نقض مدني 1962/5/31 مجموعة أحكام النقض ،س13،ص734، ورغم أن المحكمة أعلنت المبدأ العام في تدرج التشـــريع إلا انه مناســـبة تطبيقية كانت تتعلق برقابة صـــحة قرارات إدارية وليست رقابة دستورية لقوانين، ويراجع النظرية العامة للقانون للدكتور سمير تناغو سنة 1974، ص348

4 – د.مجموعة أحكام مجلس الدولة ، السنة الثانية ، سنة 1950 ، ص 315

5 – حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 30 يونيه سنة 1952 ، مجموعة أحكام مجلس الدولة – س6 – ص 1357 ، وأيضـــاً حكم الدائرة الجنائية بمحكمة النقض في 7 فبراير ســـنة 1952 ، مجموعة المكتب