الدائرة الدستورية

قـــرار

الرقم (19/23) ق.د
التاريخ 20/4/1434 هـ
الموافق 2/3/2013 م

عقدت الدائرة الدستورية جلستها بمقر المحكمة العليا بتاريخ 26/2/1434هـ الموافق 9/2/2013م
بهيئتها المشكلة من كل من :القاضى / عصام عبد الوهاب السماوى رئيساً
القاضى / محمد على البدرى عضواً القاضى / أحمد أحمد الخطابى عضواً
القاضى / أحمد سقاف بن سميط عضواً القاضى / محمد راشد عبد المولى عضواً
القاضى / يحيى يحيى الجعدبى عضواً منتدباً القاضى / يحيى محمد الإريانى عضواً منتدباً
وحضور الأخ عبد الكريم راجح أبو حاتم أمين السر
وبحضور ممثلى وزارة الشؤون القانونية

وبحضور ممثلى وزارة الشؤون القانونية الإخوة عبد الله محمد الآنسى وحسين أحمد بن دغر وصقر فائز الصبرى.

حيث كان الاطلاع على القرار المنوه عنه أعلاه الذى تضمن ما نجمله بالآتى:

إن المادة (101) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 1991م تنص كما جاء فى المطبوعات القانونية على : (تختص الدائرة الإدارية بالمحكمة العليا دون غيرها بالفصل فى الطلبات التى يقدمها القضاة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأى شأن من شؤونهم ، وذلك عند النقل والندب متى كان الطلب منصباً على عيب فى الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو خطأ فى تطبيقها أو إساءة استعمال السلطة .. إلخ) ، وكان قضاء الدائرة الإدارية مستقراً على أن صحيح النص هو كالآتى : (تختص الدائرة الإدارية بالمحكمة العليا دون غيرها بالفصل فى الطلبات التى يقدمها القضاء بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأى شأن من شؤونهم وذلك عدا النقل والندب متى كان الطلب منصباً .. إلخ)، وذلك انطلاقاً من أنه لا تستقيم لغة التعميم بالقول بأى شأن من شؤونهم ثم يحصر هذا التعميم فى أمرين من أمور عدة تشكل جميعها شؤون القضاة ولكون النقل المكانى أو الندب هما من الأمور المتعلقة بتنظيم سير أداء القضاة وليس من شأنهما التأثير فى المركز القانونى للقاضى ، إذ لا تأثير لهما فى حقوقه ومصيره على العكس من ذلك الترقية والأقدمية وغير ذلك من شؤون القضاة، ولأن كلمة (عند) تؤدى إلى إخراج أمور الترقية والأقدمية وغير ذلك من شؤون القضاة من ولاية القضاء وهى شؤون تؤثر فى المركز القانونى للقاضى أى فى حقوقه ومصيره.

وحيث إنه فى أثناء نظر الدعويين المذكورتين بأعلاه بطلب إلغاء قرار مجلس القضاء الأعلى رقم (76) لسنة 2012م فيما تضمنه من نقلهما من المحكمة التجارية الابتدائية بالحديدة إلى محكمة زبيد الابتدائية التى دفعها المجلس بواسطة ممثليه بعدم اختصاص الدائرة تأسيساً على ما سبق للدائرة أن قضت به من أن الدائرة تختص بنظر طلبات إلغاء القرارات الصادرة فى أى شأن من شؤون القضاة عدا النقل والندب ، ودفع المدعيان بعدم دستورية النص إذا كان يستثنى قرارات النقل والندب من اختصاص قضاء الإلغاء للدائرة الإدارية.

وحيث إن المادة (186) من قانون المرافعات والتنفيذ المدنى رقم (40) لسنة 2002م تنص على أن : الدفع بعدم دستورية القانون من النظام العام ، وفى هذه الحالة إذا رأت المحكمة أن الدفع قائم على أساس أوقفت نظر الخصومة ورفعت الأوراق المتعلقة بالدفع إلى الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا خلال ثلاثين يوماً من تاريخ قرارها بوقف نظر الخصومة ، وعلى الدائرة الدستورية الفصل فيه خلال مدة أقصاها سبعون يوماً تبدأ من تاريخ وصول الأوراق إلى المحكمة العليا ، وأضاف القرار : (وحيث إن هذه الدائرة ترى ان الدفع قائم على أساس مع ملاحظة أن النص فى الحالتين أى فى حالة كون العبارة (عند النقل والندب) وفى حالة كون

العبارة (عدا النقل والندب) يتضمن إخراج شأن من شؤون القضاة من ولاية الدائرة ، ففى حالة كونها (عند النقل والندب) تخرج قرار النقل والندب من دعاوى الإلغاء التى تختص بها الدائرة الإدارية ، وفى حالة كونها (عند النقل والندب) تخرج بقية القرارات الصادرة فى شؤون القضاة غير النقل والندب من دعاوى الإلغاء التى تختص بها الدائرة الإدارية ، بحيث لا يمكن وفق أسباب الدفع أن يكون النص دستورياً إذا جاء بعبارة (عدا النقل والندب) ودستورياً إذا جاءت العبارة (عند النقل والندب) .

ملحوظة : هكذا - ورد نصاً - ابتداءً من عبارة (وحيث إن هذه الدائرة ترى أن الدفع قائم على أساس مع ملاحظة أن النص .. حتى العبارة الأخيرة قبل هذا الاستدراك ، حيث يلاحظ تكرار عبارة (عند النقل والندب) مرتين بعد قول القرار .. ففى حالة كونها (عند النقل والندب) .. إلخ ، ولعل ذلك خطأ مادى مطبعى ، فإن السياق يقتضى أن تكون (عدا النقل والندب) فلفظ (عدا) هو الذى يخرج فعلاً حالات النقل والندب ، أما لفظ (عند) فلا يخرج من ولاية الدائرة الإدارية نظر حالات النقل والندب .. كما لا يخفى لأن لفظة (عند) ظرفية ، أما (عدا) فهو لفظ استثناء .. وهو ما طابق المسودة.

هذا ويقتضى التنويه الإشارة إلى ما سبق هذا القرار المنوه عنه سلفاً من إجراءات ، فقد وجد بالملف أن الدعويين المذكورتين وجهتا من قبل ممثلى المدعى عليه مجلس القضاء بدفع عدم اختصاص الدائرة الإدارية على سند من القول :

إن نص المادة (101) من قانون السلطة قد أبان اختصاص تلك الدائرة بالنظر والفصل فى الطلبات المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية بأى شأن من شؤون القضاة (عدا النقل والندب) ، مما يعنى ذلك خروج موضوع الدعوى من نطاق اختصاص الدائرة الإدارية ، فهل جرى نص المادة المذكورة كما نشر فى الجريدة الرسمية ، كما صورته عريضة الدفع بعدم الاختصاص أى بلفظ (عدا النقل والندب) فعلاً ؟؟.

والجواب قطعاً بلا .

واسترسالاً من مقدمى الدفع بالاتكاء على لفظ (عدا) الذى افترضوا وجوده فى نص المادة (101) سالفة الذكر ، ساقوا تسويغاً له بالقول : إن النقل والندب من الأمور المتعلقة بتنظيم سير أداء القضاء وليس من شأنه التأثير فى المركز القانونى للقاضى أو حقوقه ، ومن ثم لا يجوز الطعن فيه ، وأن أمر النقل من محافظة إلى أخرى أو من محكمة إلى أخرى من الاختصاصات المنوطة بمجلس القضاء إعمالاً لأحكام المادتين (65 ، 109) من قانون السلطة القضائية .

وحاجج مقدماً الدفع بسابقة قضاء هيئة الدائرة الإدارية فى حكمها الصادر برقم (15) وتاريخ 12 /6/ 1432هـ الموافق 15/5/2011م بشأن الدعوى المرفوعة من القاضى / عبد السلام على عثمان الوزير ، حيث قضت بقبول الدفع المقدم منهما بعدم اختصاص الدائرة ورفض الدعوى .

وقد ورد فعلاً بحيثيات ذلك الحكم قول الدائرة إن القانون قد أخرج قرارات النقل المكانى من اختصاص الدائرة الإدارية، فلا يكون محلاً لمنازعة إدارية إلا أن يكون فى طياته قرار آخر يصح أن يشكل منازعة إدارية كالنقل النوعى (النقل إلى وظيفة أخرى تختلف فى طبيعتها أو فى شروط التعيين فيها) أو جزاء تأديبى ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى جاء الرد من المدعى القاضى / هاشم محمد على الفلاحى على الدفع المقدم من ممثلى مجلس القضاء الأعلى القاضى / عبد الرقيب عبد الحبيب الخراسانى والقاضى / عبد الغنى عبد الرقيب سعد الغرافى بعدم اختصاص الدائرة الإدارية سالف الذكر بما يناهضه ، ومنوهاً أن الدفع قد بنى بالمخالفة لنص المادة (101) من قانون السلطة القضائية وبلفظ (عدا) بدلاً من لفظ (عند) ، وانتهى الرد إلى المطالبة برفض الدفع والفصل فى دعوى إلغاء الفقرة (8) من قرار مجلس القضاء الأعلى رقم (76) لعام 2012م ، وإلزام المدعى عليه بالرد على الدعوى .

وبجلسة 21 /11/ 1433 هـ الموافق 7 /10/ 2012م جاء فى محضر تلك الجلسة بعد إثبات طلب المدعى وازع صادق الإذن من الدائرة الإدارية تلاوة رده على الدفع ، وسألته الدائرة الإدارية : هل تتمسك بعدم دستورية النص القانونى فى سلطة ؟ (هكذا وردت) ، فأجاب بأنه يدفع احتياطياً بعدم دستورية المادة (فراغ) من قانون السلطة القضائية فقررت الدائرة حجز القضية للحكم والنطق به فى 10 /11/ 2012م .

وبتاريخ 25 صفر 1434هـ الموافق 8 /1/ 2013م عقدت الدائرة الدستورية جلستها الأولى بحضور ممثلى وزارة الشؤون القانونية ، وتم سماع الدفع بعدم دستورية المادة (101) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 1991م المقدم من القاضى / هاشم محمد الفلاحى ، وجاء فى عنوان الدفع (أوجه الدفع بعدم دستورية المادة (101) سلطة قضائية

الوارد بها لفظة الاستثناء بلفظة (عدا النقل والندب) عاب فيه على النص أنه أوصد الأبواب على القضاة فى اللجوء إلى التقاضى بالمخالفة لمبدأ المساواة والعدالة، ناهيك عن أن منع القاضى فى قرارات النقل والندب يؤدى إلى التعسف من قبل الإدارة فضلاً عن مخالفة النص لصريح نص المادة (51) من الدستور ومدلولها، كما أنه لا خلاف فى سلطة المشرع فى تنظيم الحقوق التى يحيل إلى القوانين وضع شروط ممارسة تلك الحقوق، إلا أنه مقيد فيما يضعه من شروط بأن لا يضع من الشروط، وأن لا يستثنى بعض الحقوق خشية التمييز بين الأفراد حتى لو تذرع بدواعى الصالح العام، حيث إن سلطته تلك مقيدة بالضوابط التى يضعها الدستور مانح هذه السلطة للمشرع وبما لا ينال من طبيعة تلك الحقوق أو يجردها من لوازمها، ولا يتعارض هذا التنظيم وأهداف الحق وحق التقاضى بوضعه حقاً دستورياً أصيلاً لكل مواطن يمنى لا فرق فى صفاتهم ودرجاتهم غير أنه لا يجوز أن يتخذ هذا التنظيم كوسيلة لحظر ممارسة هذا الحق المكفول بنص المادة (51) من الدستور التى تنص: (يحق لكل مواطن يمنى أن يلجأ إلى القضاء لحماية حقوقه ومصالحه المشروعة، وله الحق فى تقديم الشكاوى والانتقادات والمقترحات إلى أجهزة الدولة ومؤسساتها بصورة مباشرة أو غير مباشرة)، وعليه فإن وضع العراقيل أو القيود أمام الخصم يبتغى اللجوء إلى القضاء لإنصافه، لا يعدو أن يكون إنكاراً للعدالة، كما هو فى النص الطعين فيما يتعلق بالقرارات المتعلقة بالنقل والندب الذى حال بين أعضاء السلطة القضائية وبين الالتجاء بشأنها إلى قاضيهم الطبيعى، ونوه الدافع إلى نص المادة (41) من الدستور التى تنص على أن: (المواطنون جميعهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة) والمادة (49) من الدستور ونصها: (حق الدفاع أصالة أو وكالة مكفول فى جميع مراحل التحقيق والدعوى وأمام جميع المحاكم)، كما أن مقتضى حكم المادتين (49، 51) من الدستور هو عدم جواز تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء، وهو ما قضت به الدائرة الدستورية فى الطعن رقم (2) لسنة 1431هـ.

وبسؤال الدائرة الدستورية القاضى / وازع عبد الرب القادرى عن دفعه، فأجاب أنه قد رد على مجلس القضاء الأعلى وهو فى الحقيقة دفع، وأذن له بقراءته.

وجاء فى رد وزارة الشؤون القانونية ما ملخصه: أنه بإمعان النظر فى المادة (101) من قانون السلطة القضائية والدفوع المتجهة بعدم دستوريتها المرفوعين للدائرة الدستورية، فإنه من المفيد والضرورى فى البداية التعرف على ماهية الدفعين اللذين ألزمنا بالرد عليهما، إذ إن الثابت أن الواقعة المدعى بعدم دستوريتها فى القضية رقم (50479) وبحسبما أوردها القاضى / هاشم محمد على الفلاحى خلاصتها: أن هذه المادة قد تضمنت استثناء فى لفظ (عدا النقل والندب) فى المادة (101) من قانون السلطة القضائية، حيث اعتبر مقدم الدفع أن هذه العبارة تخالف نص المادة (51) من الدستور التى تكفل لأى مواطن يمنى فى اللجوء إلى القضاء، حيث رتبت هذه المادة تحصيناً لهذه القرارات من رقابة القضاء، وأنها تضع العراقيل والقيود وتوصد الأبواب على القضاة فى اللجوء إلى التقاضى.. إلخ.

أما بشأن ما ألزمنا بالرد على ما أثاره القاضى / وازع صادق بناء على تلقين الدائرة الإدارية حين سألته (هل تتمسك بعدم دستورية النص القانونى فى سلطة؟) فأجاب بأنه يدفع احتياطياً بعدم دستورية ذات المادة سالفة الذكر، وعلى النحو الذى ورد فى محضر جلسة الدائرة الإدارية بتاريخ 7/10/2012م فى القضية الإدارية رقم (50480)، كما أن الثابت أن الدائرة الإدارية قررت فى جلستها بتاريخ 24/11/2012م وقف الدعويين رقم (50480) ورقم (50479) وإحالة الدفعين بعدم دستورية المادة (101) من قانون السلطة القضائية إلى الدائرة الدستورية للفصل فيما تضمنته من استثناء بعض شؤون القضاة من رقابة القضاء، وعليه فإن الدفع المقدم من القاضى / وازع صادق بعدم دستورية المادة (101) سالفة الذكر هو محل دفع شكلى بعدم القبول؛ وذلك لعدم تقديم الدفع مكتوباً، حيث إن المادة (103) مرافعات قد أوجبت رفع الدعوى كتابة وهو ما يفتقر إليه الدفع المثار من القاضى المذكور شفاهة بجلسة 10/11/2012م وذلك بعدم بيان وقائعه وأدلته والوجه القانونى الذى يستند إليه .. إلخ.. وأن الثابت أن الدفع الاحتياطى المرفوع من قبل القاضى المذكور بعدم دستورية المادة (فراغ) كما دون بمحضر الجلسة المذكورة، فإن ذلك الدفع لا يحمل من مسمى الدفع إلا اسمه ليس إلا، فإنه يستوجب التقرير برفض الدفع بعدم الدستورية وعدم قبوله شكلاً؛ لثبوت عدم مخاصمة الدافع لأى نص قانونى، أما بشأن الرد على الدفع المثار من القاضى / هاشم محمد على الفلاحى بعدم دستورية المادة (101) من قانون

السلطة القضائية بشأن واقعة الاستثناء فى النقل والندب التى زعم وجودها فى نص المادة (101) المذكورة بلفظ (عدا النقل والندب)، واعتبر الدافع وجود هذا الاستثناء تحصيناً للقرارات الصادرة بشأن النقل والندب، ومؤداه حرمان القاضى من حق التقاضى .. إلخ .. فإنه برجوعنا إلى نص المادة المذكورة لم نجد أى استثناء بحسبما أورده الدافع فقد جرى النص كالآتى: (تختص الدائرة الإدارية بالمحكمة العليا دون غيرها بالفصل فى الطلبات التى يقدمها القضاة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأى شأن من شؤونهم وذلك عند النقل والندب متى كان الطلب منصباً على عيب فى الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو خطأ فى تطبيقها أو إساءة استعمال السلطة، كما تختص تلك الدائرة دون غيرها بالفصل فى طلبات التعويض عن تلك القرارات والفصل فى المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة لرجال القضاء..)، وبإمعان النظر فى النص لم نجد أنه قد تضمن لفظ (عدا) وهو اللفظ الذى زعم الدافع وجوده مما يدل دلالة قاطعة على عدم خروج قرارات نقل وندب القضاة من رقابة القضاء.

وانتهى الرد إلى المطالبة:

1 ـ رفض الدفع بعدم الدستورية المقدم من القاضى / هاشم محمد على الفلاحى فى القضية رقم (50479)؛ لعدم قيامه على أى أساس أو سند من القانون.

2 ـ رفض الدفع بعدم الدستورية المقدم من القاضى / وازع صادق عبد الرب صالح القادرى فى القضية رقم (50480) لعدم توافر الشروط القانونية المقررة لوجوده حقيقة أو حكماً.

3 ـ الحكم على الدافعين بالأتعاب والمصاريف القضائية بما تقرره عدالة الدائرة الموقرة.

وبعد ذلك طلب القاضى / وازع صادق عبد الرب القادرى التأجيل ليتمكن من الرد على دفوع وزارة الشؤون القانونية، أما القاضى هاشم الفلاحى فقد تمسك بالرد فى نفس الجلسة، واستطرد أن الدائرة الإدارية عندما أوقفت نظر القضية وأحالت الدفع أوردت فى حيثياتها أن النص قد جاء بلفظ (عدا النقل والندب) فى المطبوعات القانونية، وأنها قد أرست مبدأ سارت على هداه حيناً من الدهر بأن قرارات مجلس القضاء فى النقل والندب الصادرة من مجلس القضاء محصنة لا يجوز الطعن فيها، ونحن تمسكنا بأن النص بحسب الجريدة الرسمية قد تضمن (عند النقل والندب) ومن يدعى بخلاف ذلك فليأت به إن كان من الصادقين.

وأن عدم الدستورية قدمناه على سبيل الاحتياط، فما كان يجب على الدائرة الإدارية أن تملى نصاً اختلف فى ورود اللفظ من استثناء أو ظرفية، أما وقد أحالت دفعنا إلى الدائرة الموقرة فهى من ستجلى الغاشية وتزيل الران من القلوب فى تفسير النص إن كان بلفظ الظرفية، وعدم الدستورية إن كان بلفظ الاستثناء، أما فى الجلسة الثانية فقد تقدم القاضى / وازع صادق القادرى برد مكتوب، وأرفق به صورة من الدفع بعدم الاختصاص، وصورة من رده على الدفع بتاريخ 7/10/2012م بخط اليد مفيداً أنه قدمه أمام الدائرة الإدارية، وكذا صورة طلب من القاضيين الدافعين إلى رئيس الدائرة الدستورية بتاريخ 24/11/2012م به عدة تأشيرات، ويتضمن إرفاق صورتين من عريضتى الدفعين فى الأوليات، وكذا صورة من الدفع الاحتياطى كعريضة تكميلية للدفع الاحتياطى بعدم دستورية المادة المذكورة، غير أن ممثلى وزارة الشؤون القانونية طلبوا عدم التعويل على الدفع؛ لأن القاضى قدم دفعاً بعدم الدستورية على أساس أنه كان فى ملف القضية المؤرخة فى 24/11/2012م والدائرة الإدارية قد أصدرت قرارها بالإحالة فى تاريخ 24/11/2012م أى أنها قد حجزتها للحكم والنطق به فى تاريخ 10/11/2012م، وهذا يعنى أن هذه العريضة هى والعدم سواء؛ لأن إجراءات إحالتها كانت بالمخالفة لقواعد وإجراءات التقاضى، أما بالنسبة للدافع القاضى / هاشم الفلاحى فإنه قد أسقط الدفع الذى قدمه لأنه طلب تفسير المادة (101)، وهذا ليس من اختصاص الدائرة الدستورية، كذلك لم يطلب أحد من الدافعين أنه يريد مثلاً التقرير بعدم دستورية نص المادة (101) سالفة الذكر، وأضاف ممثلو وزارة الشؤون القانونية اكتفاءهم بما قدموا، وطلبوا حجز القضية للحكم، فرد القاضى / هاشم بأنه متمسك بدفعه وبطلباته الواردة فيه. وطلب القاضى / وازع القادرى من هيئة الدائرة الدستورية قبول انضمامه إلى الدفع المقدم من القاضى / هاشم احتياطياً، وباستيضاح الهيئة أفاد القاضى / هاشم الفلاحى بأنه يطلب الحكم بعدم دستورية المادة (101) إذا كان يتضمن تحصين قرارات الندب والنقل من الطعن فيها أمام القضاء، وأجاب القاضى / وازع أنه يطلب من الدائرة فصل الخطاب فيما إذا كانت المادة (101) من قانون السلطة القضائية قد حصنت قرارات نقل وندب القضاة من

رقابة قضاء الإلغاء، ولما كان الثابت أن لدينا دعوى إدارية بإلغاء قرار النقل، وكان ما استقرت عليه الدائرة الإدارية يتعارض مع مصلحتنا؛ لأنه يحول دون لجوئنا إلى قاضينا الطبيعي لذلك نطلب من الدائرة فصل الخطاب، وأن تحكم إذا كان النص دستورياً من عدمه، فقررت الدائرة حجز القضية للنطق بالحكم بتاريخ 9/2/2013م.

حيثيات القرار

بعد الإطلاع على القرار الصادر من الدائرة الإدارية المؤرخ 10 محرم 1434ه الموافق 24/11/2012م الصادر بوقف الخصومة في الدعويين رقم (50480 ـ ك) ورقم (50479 ـ ك) وإحالة الدفعين بعدم دستورية نص المادة (101) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 1991م إلى الدائرة الدستورية للفصل فيما تضمنته من استثناء بعض شؤون القضاة من رقابة القضاء على النحو المضمن تفصيلاً في وقائع وإجراءات هذا الحكم، وبالإطلاع أيضاً على الإجراءات السابقة على هذا القرار التي تمت أمام الدائرة المذكورة وما اتصل بها، وعلى ما تم من إجراءات بعد ذلك أمام الدائرة الدستورية سبق تفصيلها أيضاً في وقائع وإجراءات هذا الطعن وتوطئة للفصل في مشمول قرار الدائرة الإدارية المرفوع إلى الدائرة الدستورية بالاستناد لنص الفقرة السابعة من المادة (186) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (40) لسنة 2002م وتعديلاته، يتعين قبل الفصل في الدفعين محل القرار الدائرة الإدارية سالف الذكر التنويه إلى الآتي:

صدر قرار الدائرة الإدارية المذكور إثر دعويين تقدم بهما القاضيان هاشم محمد علي الفلاحي ووازع صادق عبد الرب طلبا من الدائرة الإدارية إلغاء الفقرة الثامنة من قرار النقل الصادر من مجلس القضاء الأعلى برقم (76) لسنة 2012م بإجراء حركة تنقلات في بعض المحاكم.

ووجهت الدعويان بدفع من ممثلي مجلس القضاء الأعلى بعدم اختصاص الدائرة الإدارية أسس على نص المادة (101) من قانون السلطة القضائية على مقولة: إن النص المذكور قد أبان اختصاص الدائرة بالنظر والفصل في الطلبات المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتصلة بأي شأن من شؤون القضاة عدا النقل والندب، مما يعني خروج موضوع الدعوى من نطاق اختصاص الدائرة الإدارية.

ـ عزز الدفع المذكور بما سبق من حكم لهيئة الدائرة في دعوى مماثلة: القضية المرفوعة إلى الدائرة الإدارية من القاضي / عبد السلام علي عثمان الوزير رقم (15) وتاريخ 15/5/2011م، حين قضى بقبول ذات الدفع المقدم من ممثلي مجلس القضاء الأعلى وذلك بعدم اختصاص الدائرة الإدارية بنظر تلك الدعوى، وقد أقامت الدائرة قضاءها على أن قرارات النقل المكاني هي قرارات تتخذ لتنظيم سير أداء القضاء؛ لذا أخرجها القانون بالمادة (101) من قانون السلطة القضائية، وعليه فإن قرار النقل المكاني ليس محلاً لمنازعة إدارية.. إلخ.

إلا أنه بالرجوع إلى الحكم المستدل به من قبل مقدمي الدفع ـ ممثلي مجلس القضاء الأعلى المشار إليه أعلاه ـ وجد أن ذلك الدفع قد قوبل بمناهضة من قبل القاضي / عبد السلام الوزير واصفاً ما تضمنه ذلك الدفع أنه من قبيل تضليل العدالة بما ورد فيه من تغيير لنص قانوني في إشارة منه إلى استبدال لفظ (عند) في سياق نص المادة (101) سالفة الذكر بلفظ (عدا).. عند النقل والندب.. إلى آخر النص.

ـ جاء في أسباب الدائرة الإدارية في الحكم المذكور المستدل به كسابقة قضائية من قبل ممثلي مجلس القضاء الأعلى أن قرارات النقل المكاني هي قرارات تتخذ لتنظيم سير أداء القضاء؛ لذا أخرجها القانون بالمادة (101) من قانون السلطة القضائية من اختصاص الدائرة الإدارية بالمحكمة العليا وجعلها في منأى من أي طعن بأي طريق أمام أية هيئة قضائية، ولذا فلا يكون قرار النقل المكاني محلاً لمنازعة إدارية، وأضافت الدائرة الإدارية ما نصه: (إلا أن يكون في طياته قرار آخر يصح أن يشكل منازعة إدارية كالنقل النوعي (النقل إلى وظيفة أخرى تختلف في طبيعتها أو في شروط التعيين فيها) أو جزاء تأديبي)، هذا وانتهت الدائرة الإدارية في منطوق حكمها إلى قبول الدفع المبدى من ممثلي مجلس القضاء الأعلى.

ـ أعقب صدور الحكم المنوه عنه بأعلاه صدور حكمين من نفس هيئة الحكم في الدائرة الإدارية بتاريخ 4/3/2012م و 12/12/2012م تضمنت الحيثيات فيهما على لسان الدائرة إعمالها لنص المادة (101) سالفة الذكر مشتملاً على لفظ (عدا) بدلاً من لفظ (عند) اتساقاً مع حكمها الصادر في دعوى القاضي / عبد السلام علي عثمان الوزير.

ـ بالإطلاع على محضر جلسة الدائرة الإدارية المؤرخ 7/10/2012م السابق تضمينه في وقائع وإجراءات هذا الحكم التي انتهت وقائع تلك الجلسة بقرار الدائرة حجز القضية للحكم والنطق

به فى 10/11/2012م ، نجد أن المحضر لم ترد به أية إشارة إلى تقديم القاضى / وازع صادق عبد الرب أى دفع مكتوب بعدم دستورية المادة (101) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 1991م سوى إجابة منه على استيضاح الهيئة عن مدى تمسكه بعدم دستورية النص القانونى بقوله : إنه يدفع احتياطياً بعدم دستورية المادة - ترك فراغاً لرقمها - من قانون السلطة القضائية، غير أن جلسة النطق بالحكم كانت بتاريخ 10 محرم 1434ه الموافق 24/11/2012م، وهو التاريخ المدون فى العريضة المطبوعة بعنوان (دفع بعدم دستورية نص المادة (101) من قانون السلطة القضائية) ودون أدنى ذلك بخط اليد عبارة (كعريضة تكميلية للدفع الاحتياطى بعدم الدستورية) والمكونة من خمس صفحات ومذيلة بتوقيع القاضى / وازع صادق عبد الرب القادرى ، ولم يرد بمحضر الجلسة المذكور أى ذكر لتقديم تلك العريضة ، كما لم يرد بها أية تأشيرة من الدائرة الإدارية إلا أن تلك العريضة المطبوعة قد أرفقت بمذكرة مشتركة من القاضيين وجهت لرئيس المحكمة العليا بتاريخ 24/11/2012م ، وأرفق معها صورة لعريضة الدفع بعدم دستورية المادة (101) من قانون السلطة القضائية المذيلة بتوقيع القاضى / هاشم الفلاحى التى قدمت منه إلى الدائرة الإدارية فى حينه ، وكانت العريضة تحمل طلب تحديد جلسة ، وجاء فى مذكرة وزارة الشؤون القانونية المقدمة من المترافعين أمام الدائرة الدستورية بأن الدفع المقدم من القاضى / وازع صادق القادرى هو محل دفع شكلى بعدم القبول لعدم تقديم الدفع مكتوباً ، كما تشترطه المادة (103) من قانون المرافعات التى توجب تقديم الدعوى (الدفع بعدم الدستورية) مكتوباً لتحريك الدعوى بعدم الدستورية عن طريق الدفع ، فى حين أنه أثير شفاهة بينما أن القانون يوجب على الدافع أن يبين وقائع دفعه وأحواله وأدلته والوجه القانونى الذى يستند إليه .. إلى آخر المعايب التى سبق تضمينها فى وقائع وإجراءات هذا الحكم ، أما المحاججة من القاضى المذكور بما قدم إلى المحكمة العليا مما سبق ذكره من مرفقات بعد النطق بالحكم من الدائرة الإدارية ، فإنها عديمة الجدوى ولا تنتج أى أثر ، وقد جرى قضاء الدائرة الدستورية فى شأن الدفوع التى تقدم بعدم دستورية نص تشريعى أنه مما يعلم من النص القانونى (المادة 186/7) مرافعات بالضرورة ، وبداهة أن يعمل القاضى سلطته التقديرية بالتأكيد أن الدفع قائم على أساس إن قام الدافع بإثبات مخالفة النص الطعين للنص الدستورى أو القاعدة الدستورية ، وذلك لدحض قرينة الدستورية ، أما أن يدفع بعدم دستورية النص المخاطب به الدافع دون تحديد للنص الدستورى أو القاعدة الدستورية محل المخالفة فضلاً عن عناء إثبات وجه المخالفة ، فإنه يقطع بعدم تحرى مدى جدية الدفع وقيامه على أساس أصلاً ، كما تطلبه نص المادة (186/7) مرافعات وأضحى قضاء لا يجد سنداً له فى الأوراق .

ومن المستقر عليه فى قضاء هذه الدائرة : بالنسبة للدفوع بعدم الدستورية ، أنه حيث كان اتصال هذه الدائرة بالدفع ، بما قدمه الدافع أمام تلك المحكمة، فإنه يتعين على هذه الدائرة فضلاً عن خصوم الدفع التقيد بما حواه الدافع ألفاظاً ومعنى ومبنى وأسانيد ونطاقاً المتضمنة فى أوراقه الذى قدرت المحكمة المحيلة - بحسب ما تراءى لها - أنه قائم على أساس ، فقررت رفع أوراقه إلى الدائرة الدستورية ، وأوقفت نظر الخصومة المنظورة أمامها ؛ مما يرتب التفات هذه الدائرة ولو من تلقاء نفسها عما يجاوز ذلك الدفع التزاماً منها بالأثر الناقل للدفع .

وبالبناء على ما سبق ، فإنه لا وجه لقبول ما تقدم به القاضى المذكور أمام هذه الدائرة ممثلة برئيسها من عريضة مكتوبة لتفصيل مبنى وأسانيد دفعه الشفوى بعدم الدستورية أمام الدائرة الإدارية بعيد أن كانت الأخيرة قد تولت فى جلستها العلنية النطق بالحكم فى نفس يوم تقديمه عريضة الدفع التفصيلية ، فيكون ما أثاره ممثلو وزارة الشؤون القانونية بعدم اتصال الدائرة الدستورية بمسمى دفعه وفقاً للإجراءات التى رسمها القانون فى محله ، ويتعين عدم قبوله شكلاً .

وإما بالنسبة لطلب القاضى وزاع الانضمام فلا محل له من وجهين ، الأول : أن القضايا الدستورية لا تقبل الانضمام؛ لأن الأحكام الدستورية تكون حجة على الكافة ولعدم تقديم طلب التدخل متزامناً مع تقديم الدفع ، والثانى من حيث النتيجة أن الانضمام كان إلى دفع لم يستقم شكلاً .

هذا وقد بررت الدائرة الإدارية فى قرارها برفع الدفعين بعدم الدستورية المشار إليهما سلفاً أنهما قائمان على أساس بالآتى :

استقرار قضاء الدائرة على أن النص الصحيح للمادة (101) المذكور بما تضمنه من لفظ (عدا) النقل والندب .. إلخ ؛ لأنه لا يستقيم لغة قول النص بأى

شأن من شؤونهم ثم يحصر هذا التعميم في أمرين من أمور عدة .

لكون النقل المكاني او الندب هما من الأمور المتعلقة بتنظيم سير أداء القضاء وليس من شأنهما التأثير في المركز القانوني للقاضي .

إن كلمة (عند) تؤدي إلى إخراج أمور الترقية والأقدمية وغير ذلك وهي شؤون تؤثر في المركز القانوي للقاضي .

وقد وجد أن الهيئة السلف للدائرة الإدارية مصدرة قرار الرفع قد أصدرت خمسة أحكام معتمدة على أن نص المادة (101) من قانون السلطة القضائية بحسبما نشر في الجريدة الرسمية قد ورد بلفظ (عند النقل والندب) وقضت تلك الأحكام برفض الدفوع التي قدمت إليها بعدم اختصاصها من قبل ممثلي مجلس القضاء الأعلى التي أسست على تأويل نص نفس المادة وهي المشتملة على لفظ (عند النقل والندب) في الدعاوى (34283 ـ ك ، 33379 ـ ك ، 30070 ـ ك ، 33563 ـ ك ، 30031 ـ ك) ، ولم يتضمن أي دفع من دفوع ممثلي المجلس تلك ، مجادلة في صيغة المادة المذكورة بل كانت دفوعهم تقدم وهي متضمنة لفظ (عند النقل والندب) وفي مقابل ذلك فإن الدائرة الإدارية بهيئتها الخلف ـ مصدرة قرار الرفع بالدفعين بعدم الدستورية أصدرت ثلاثة أحكام من حيثياتها في الحكم رقم (47235 ـ ك) نص المادة (101) سالفة الذكر وهي متضمنة لفظ (عدا) بدلاً من لفظ (عند) النقل والندب ، أما في الحكم رقم (46241) فقد تقدم ممثلا مجلس القضاء بدفع بعدم الاختصاص بالاستناد إلى نص المادة (101) وهي متضمنة لفظ (عدا) وانتهى الحكم إلى قبول الدفع المقدم من ممثلي مجلس القضاء (قضية القاضي / عبد السلام على عثمان الوزير) ثم صدر القرار الثالث بتاريخ 12/12/2012م بناء على دفع ممثلي مجلس القضاء بالاستناد إلى المادة (101) وهي متضمنة لفظ (عدا) وورد نفس اللفظ في حيثيات القرار على لسان الدائرة نفسها .

ومما سبق يتضح أن الدفع المبدى من هاشم الفلاحي بعدم دستورية نص المادة (101) من قانون السلطة القضائية قد ركزت مناعيه على لفظ (عدا) مشترطاً إن كان نص المادة المذكورة قد ورد متضمناً ذلك اللفظ واعتبره جوهر العوار الدستوري ، سيما بعد أن تقدم ممثلا مجلس القضاء الأعلى بدفع بعدم الاختصاص للدائرة المذكورة استناداً إلى نص المادة نفسها وهي متضمنة لفظ (عدا) بدلاً عن لفظ (عند) التي وردت في الجريدة الرسمية وأشفعا دفعهما بسابقة لهيئة الدائرة بقبولها دفعاً مماثلاً في قضية القاضي / عبد السلام على عثمان الوزير أقيم على نص المادة المذكورة وفيه لفظ (عدا) هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن قرار الإحالة إلى الدائرة الدستورية من قبل الدائرة الإدارية بما تضمنه من إعمالها الرأي في الدفع المقدم إليها من القاضي / هاشم الفلاحي ووصفها إياه بأنه قائم على أساس فإن ذلك لا يعنى بالضرورة قناعة الدائرة بترجح جديته أو لوجاهته؛ لأن قضاءها قد جرى بخلاف ما استهدفه مقدم الدفع ، وإنما كان لما بررته من استقرار قضائها على أن النص الصحيح للمادة (101) هو بما تضمنه من لفظ (عدا) وليس (عند) لأنها اعتبرت أن مسائل النقل والندب المكاني هما من الأمور المتعلقة بتنظيم سير أداء القضاء وليس من شأنهما التأثير في المركز القانوني للقاضي ، (وهذا بالمخالفة لنص المادة كما نشر في الجريدة الرسمية) ومن ثم فقد خلصت إلى أن النقل والندب لا يجوز أن يكون محلاً لمنازعة إدارية بالإلغاء ، وكأنها مما يعرف في بعض الأنظمة بالقرارات السيادية بقولها : لا أمام الدائرة الإدارية ولا أمام غيرها من المحاكم ، والقول بمعيار عدم التأثير في المركز القانوني فيه مصادرة على المطلوب قبل إقامة الدليل على صحته وانضباطه كقاعدة عامة ، فضلاً عن أن منطقه يفضي إلى مصادرته لشرط المصلحة في التظلم من قرارات النقل والندب ، بينما أن القانون قد تولى تنظيم مسائل النقل والندب في صلبه ، وقرر بنص آمر عدم جواز نقل القضاة أو ندبهم إلا في الأحوال المبينة في هذا القانون المادة (65/أ) من قانون السلطة القضائية ، وما الضير من التظلم أو الطعن في قرارات النقل والندب متى كان الطلب منصباً على عيب في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو خطأ في تطبيقها أو إساءة استعمال السلطة ، وكيف يوصد باب التظلم والطعن في قرارات النقل والندب إن لحقها عيب أو أكثر مما ذكر ؟.

أما ما برر به الدائرة في تطبيق المادة وقراءتها على النحو الذي ذكرته ، فمرده لعبارة (وذلك عند النقل والندب) ؛ لأن النص وفقاً لذلك سيخرج مسائل الترقية والأقدمية من رقابة القضاء الإداري ممثلا بالدائرة الإدارية ، فإن الأمر يتعلق بمسألة تفسير لا يصل إلى تعديل النص باستبدال عبارة (وذلك عند) بعبارة (عدا) التي افترضت افتراضاً خلافاً للواقع ، سيما قد جرى تفسير الهيئة السلف بالمغايرة لذلك ؛ إذ اعتبرت

أن نص المادة (101) المذكورة (نص عام ولم يرد ما يخصصه ، أنه لا يوجد نص على عدم جواز الطعن على مثل هذا القرار) ووفقاً لذلك لك تخرج تلك الهيئة النقل والندب عن رقابتها .

وغير خافٍ أن هذه الدائرة لا تملك التصدى فى مسألة دستورية ما ورد فى نص المادة (101) من قانون السلطة القضائية سالف الذكر إلا بمناسبة دعوى مبتدأة أو دفع فرعى يرفع إليها طبقاً للقانون ، وهو ما لم يتحقق فى هذه القضية ، بل على العكس فالدفع المقدم من القاضى / هاشم الفلاحى يقوم على التمسك بالنص بصيغته المنشورة فى الجريدة الرسمية المتضمنة (وذلك عند) وبعدم دستوريته إن كان نص المادة (101) سالفة الذكر قد وردت فيه عبارة (عدا) بدلاً عن (وذلك عند) وبذلك فإن شرط المصلحة فى الدفع بعدم الدستورية غير متحقق بالنسبة لمقدم الدفع ؛ لأنه بنى على توهم بأن نص المادة (101) سالف الذكر يخرج قرارات مجلس القضاء الأعلى بالنقل والندب من الطعن أو التظلم أمام الدائرة الإدارية بالمحكمة العليا .

وتجدر الإشارة إلى أنه من خلال استقرار قضاء الدائرة الإدارية عموماً نجد أن ممثلى مجلس القضاء قد دأبوا على مواجهة كل دعوى أمام الدائرة الإدارية بدفع بعدم الاختصاص ، إلا أنهم كانوا يحاججون بنص المادة (101) كما وردت فى الجريدة الرسمية ، وهى متضمنة عبارة (وذلك عند النقل والندب) إبان تولى الهيئة السلف ، أما بعد تولى الهيئة الحالية فقد تقدموا بدفوعهم بعدم الاختصاص بالاستناد إلى نفس المادة ولكن بتضمين نصها لفظ (عدا) بدلاً من عبارة (وذلك عند) فإن عدولهم ذلك لا يتفق ومبدأ حسن النية فى ممارسة حق التقاضى المقرر فى المادة (18) مرافعات .

وحيث إن مقدمى الدفع بعدم الدستورية لم يكن أمامها أى خيار (مندوحة) سوى التقدم به تجاه دفع من ممثلى مجلس القضاء الأعلى أمام الدائرة الإدارية بعدم اختصاصها استناداً إلى نص محرف للمادة (101) من قانون السلطة القضائية وعزز ذلك الدفع بسابقة من هيئة الدائرة قضى فيها بقبول الدفع بعدم الاختصاص ، فلا وجه لتحميل من تقدم بالدفع بعدم الدستورية المشروط بأية مصاريف قضائية لصالح وزارة الشؤون القانونية.

وبالبناء على ما سبق ، فإن الدائرة الدستورية بعد المداولة تحكم بالآتى :

1 ـ عدم قبول الدفع المقدم من القاضى / هاشم محمد على الفلاحى شكلاً ؛ لعدم المحل وانتفاء شرط المصلحة.

2 ـ رفض مسمى الدفع المقدم / وازع صادق عبد الرب القادرى شكلاً .

3 ـ رفض بحث طلب الانضمام المقدم من القاضى / وازع صادق عبد الرب القادرى ؛ لعدم سبق التصريح به أمام الدائرة الإدارية بالتزامن مع تقديم الدفع .

4 ـ رفض مؤدى طلب قرار الدائرة الإدارية بالإحالة إلى الدائرة الدستورية ، وإعادة الأوراق إليها للفصل فى الدعويين المرفوعتين أمامها وفقاً لصحيح نص القانون .

5 ـ ينشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية .

6 ـ لا حكم فى المصاريف القضائية .

صدر بتاريخه 26/2/1434هـ الموافق 9/2/2013م

القاضى / عصام عبد الوهاب السماوى رئيس الدائرة الدستورية

القاضى / أحمد سقاف بن سميط عضو الدائرة الدستورية

القاضى / أحمد أحمد الخطابى عضو الدائرة الدستورية

القاضى / محمد على البدرى عضو الدائرة الدستورية

القاضى / يحيى محمد حسن الإريانى عضو الدائرة الدستورية

القاضى / يحيى يحيى الجعدبى عضو الدائرة الدستورية

القاضى / محمد راشد عبد المولى عضو الدائرة الدستورية

عبد الكريم راجح أبو حاتم أمين سر الدائرة الدستورية