

# جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان -

## كلية الحقوق والعلوم السياسية

### الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه

#### - دراسة مقارنة -

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون العام

إشراف: الدكتور. عزاوي عبد

إعداد الطالبة: كيلالي زهرة

الرحمن

#### أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة تلمسان	د. بدران مراد: أستاذ التعليم العالي
	جامعة تلمسان	د. عزاوي عبد الرحمن: أستاذ محاضر (أ)
		مشرفا ومقررا
مناقشا	جامعة تلمسان	د. بن طيفور نصر الدين: أستاذ محاضر (أ)

السنة الجامعية: 2012-2013

# الإهداء

أهدي عملي المتواضع إلى والدي العزيزين أطال الله في عمرهما،

إلى إخواني وأخواتي ،

إلى صديقاتي وكل من أحبوني ،

إلى روح أستاذي المحترم " بن حمو عبد الله " رحمه الله ،

إلى أستاذي ومثلي الأعلى " الدكتور عزاوي عبد الرحمن "، وكل أساتذتي

بجامعة تلمسان.

# كلمة شكر

الحمد لله والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله  
وصحبه وكل من تبعه في الهدى والإحسان. أما بعد :

لا يسعني في هذا المقام إلا توجيه أسمى عبارات الشكر والتقدير إلى كل  
من أمدني بيد العون والمساعدة، ومن زودني بالمراجع القيمة والنصائح الجليلة،  
بداية من مشرفي الأستاذ الدكتور عزاوي عبد الرحمن، إلى كل أصدقائي .  
وأوجه شكري إلى لجنة المناقشة المحترمة على صبرها وتفانيها في قراءة  
الموضوع .

## مقدمة

من أهم العناصر الأساسية لقيام دولة القانون وجود دستور يحدد معالمها، من حيث نظام الحكم فيها وينظم سلطاتها العامة وتوزيع اختصاصاتها وتحديد اختصاصات كل سلطة فيها، إضافة إلى تحديد الحقوق والحريات الدستورية. ومن ضماناتها وجوب ممارسة كل سلطة لاختصاصاتها الدستورية وفق ما حدده المؤسس الدستوري وهو ما يطلق عليه "مبدأ الفصل بين السلطات"، وما يقتضيه من ضرورة الفصل الهيكلي بين هذه السلطات إلى جانب الفصل بين الاختصاصات، حيث تسند الوظيفة التشريعية للجهاز التشريعي ووظيفة التنفيذ للجهاز التنفيذي فيما تنفرد السلطة القضائية بمهمة الفصل في المنازعات، فإذا تجاوزت إحدى هذه السلطات الحدود المرسومة لها أعتبر ذلك تعدياً على أحكام الدستور وخروجاً عن أحكامه، وما تقوم عليه الفلسفة الدستورية في هذا الشأن هو أن مؤسسات الدولة القانونية إنما تستمد شرعية وجودها من الدستور فهو الذي أنشأها وهو الذي يحدد اختصاصاتها.

وتعتبر الديمقراطية النيابية أكثر الصور ملاءمة وشيوعاً في ديمقراطيات اليوم، انطلاقاً من مبدأ سيادة الشعب، ومن بين ما تقوم عليه هو إعطاء السلطة التشريعية اختصاص سن القوانين باعتبارها الممثلة لإرادة الشعب، لذلك ليس من الغريب أن تمنح سلطة وضع القاعدة القانونية العامة والمجردة المنظمة للمجتمع بما يساير ما تطمح وما تهدف إليه الجماعة، بل انفرادها به، وهو ما أطلق عليه الفقه "مبدأ الانفراد بالتشريع".

ويعد هذا المبدأ من ثمار الصراع بين السلطة والشعب عبر التاريخ، فقد استأثرت الطبقات الحاكمة (السلطة التنفيذية) بجميع السلطات منذ أن نشأت السلطة السياسية، إلا أنه بحلول القرنين 18 و 19 الميلاديين، طرأت عدة تغيرات على مفهوم السلطة، فقد تمكنت البرجوازية الناشئة من الصعود إلى البرلمان لتحل محل الأرستقراطية الملكية تدريجياً، ثم دخلت في صراعات مع الحكومة وقادت ثورات عنيفة استلهمت أفكارها من طروحات كبار مفكري تلك الأزمنة، مثل: Montesquieu و Jean- locke و Jean-jacques Rousseau و Bicaria و de malberg Carré وغيرهم، وما أسفر عنه هذا الصراع في النهاية هو تقييد سلطات الملوك وتأكيد سيادة الشعب واستئثار البرلمان بسلطة التشريع في كل ما يتعلق بالحقوق والحريات<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> أنظر عيد أحمد الغفلون، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع -دراسة مقارنة- دار الفكر العربي، 2001، ص 54.

وقد صاغ الدستور الفرنسي لسنة 1958 هذه الأفكار، ومن بعده الدساتير المعاصرة اليوم، ونستدل في هذا الصدد بالمادة 98 من الدستور الجزائري المعدل سنة 1996 التي تنص على أنه: " يمارس السلطة التشريعية برلمان مكون من غرفتين هما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وله السيادة في إعداد القوانين والتصويت عليها"، وما قضت به المادة 86 من الدستور المصري المعدل سنة 1980 على أنه يتولى مجلس الشعب ومجلس الشورى سلطة التشريع

وبالرغم من أن الدستور الفرنسي لسنة 1958 هو أول من تضمن التحديد الدقيق للمجال التشريعي للبرلمان<sup>(1)</sup> وأقر وجود نظام الرقابة على دستورية القوانين لضمان احترام التوزيع الدستوري للاختصاصات، إلا أن الفقهاء الفرنسيين لم يهتموا " بمبدأ الانفراد التشريعي " إلا عندما طرحت مشاكل بخصوص مجال القانون واللائحة على طاولة البحث، ويتعلق الإشكال في هذه الحالة بالمادتين 34 و 37 وما نجم عنهما من اختلاف في وجهات النظر حول تضيق مجال القانون وتوسيع مجال اللائحة أو العكس. لكن مضمون هذا المبدأ لم يتغير، حيث يبقى البرلمان هو صاحب الاختصاص الأصلي بالتشريع مهما وسعت أو ضاقت مجالات اختصاصاته.

ومن أهم نتائج هذا المبدأ هو الالتزام بالتشريع لتنظيم الموضوعات التي تدخل ضمن اختصاصه، ولاسيما المسائل المتعلقة بالحريات العامة إذ يقع عليه واجب حمايتها، وهو التزام من طبيعة قانونية يوجب على المشرع وضع القواعد القانونية المنظمة للموضوعات التي تدخل ضمن اختصاصه سواء النسبي أو المطلق.

وهو في سبيل ذلك - بحسب الأصل - يملك سلطة تقديرية في ممارسة هذا الاختصاص، فهو يحدد الهدف من التشريع والمصلحة المبتغاة ومدى ملاءمته في وقت معين، كما يحدد الباعث عليه، ومن الثابت أن الدستور لم يفرض قيودا صريحا أو ضمنا على ممارسة هذا الاختصاص لذلك من دواعي المصلحة العامة أن يترك تقدير حرية الأهداف لممثلي الشعب لأن ذلك يمكن من تطوير التشريع، والسير في النطاق الذي رسمه الدستور<sup>(2)</sup>.

وبالتالي فإن فكرة ضرورة التشريع أو عدم ضرورته ومدى الحاجة إليه، وتدخل المشرع بالتشريع في موضوع معين في زمن معين أو إحجامه عن التدخل يعد جوهر السلطة التقديرية،

<sup>1</sup> نقول هذا الكلام بتحفظ بسبب الجدل الفقهي حول هذه المادة وتحديد اختصاصات البرلمان بين التحديد الحصري والحجزي.

<sup>2</sup> عبد العزيز محمد سلمان، مقالة بعنوان: الإغفال في القضاء الدستوري، www. F. Law.net، ص 3.

فتنظيم موضوع ما ومدى الحاجة إلى وجود التشريع أمر تختص به السلطة التشريعية وفقا للملاءمات التي تراها، فهي التي تقدر متى تتدخل لوضع تشريع معين، ومتى تتدخل لإلغائه أو تعديله، وهو ما تفرضه طبيعة أحكام الدستور التي لا تستطيع بداءة ضبط مدى الحاجة إلى التشريع مستقبلا، كما أنه لا توجد صلة بين الحاجة إلى التشريع وبين دستوريته، من هنا فإذا تقاعس المشرع عن تنظيم مسألة من اختصاصه فإنه لا يجوز حمله على التدخل - كأصل عام - ما لم يكن الدستور قد أوجب عليه التدخل وحدد له وقت تدخله وهو أمر لا يحدث كثيرا .

ومما لا شك فيه أن هذه السلطة التقديرية لها ما يبررها، وتعد طريقة صياغة الدستور ذاته ومدى تفصيل أو ايجاز الأحكام التي يتضمنها ومدى تعدد القيود الموضوعية التي يفرضها انطلاقا من الفلسفة السياسية التي يعتنقها المؤسس الدستوري أهم هذه الأسباب .

وما تقتضيه هذه السلطة التقديرية هو الخيار بين بدائل و أسس تتزاحم جميعها على تقديم حلول مختلفة في الموضوع الواحد، ويكون هدفها الموحد هو المصلحة العامة وتنغيا تحقيقها، وبين هذه الحلول المنطقية يفاضل المشرع ليختار أعمقها اتصالا بالأغراض التي تستهدفها وبالمصالح التي تعطيها فاعليتها (1).

لكن هذه السلطة التقديرية للمشرع لا تعني التصرف في وظيفة التشريع وكأنه حق ينفرد به وإنما هو اختصاص مخول بموجب أحكام الدستور، لذلك يجب عليه الوفاء بهذا الالتزام وإلا وقع في حومة المخالفة الدستورية.

من هنا لفتت فكرة الاختصاص التشريعي للبرلمان ومدى التزامه بهذا الاختصاص وكيفية تصرف البرلمانات تجاه التزاماتها واختصاصاتها الدستورية وحالة امتناعها عن ممارسة هذه الاختصاصات انتباه فقهاء وشراح القانون الدستوري متأثرين في ذلك بنظرية امتناع الإدارة عن ممارسة اختصاصاتها التي تستمدتها من القانون، ورقابة القاضي الإداري لسلوكاتها وإدانتها بعيب عدم الاختصاص السلبي، من هنا ظهرت الأهمية العملية لمعالجة الإغفال التشريعي من ناحيتين (2) :

**الأولى :** أن كل مخالفة للدستور سواء تعمدتها أو انزلق إليها بغير قصد يتعين قمعها .

**الثانية :** أن الدستور يكفل لكل حق أو حرية نص عليها الحماية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية، وتتمثل هذه الحماية في الضمانة التي يكفلها الدستور لحقوق المواطنين

<sup>1</sup> عبد العزيز محمد سلمان، مقالة بعنوان : الإغفال في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 3 .

<sup>2</sup> عبد العزيز محمد سلمان، نفس المرجع، ص 6.

وحررياتهم، التي يعتبر إنفاذها شرطا للانتفاع بها في الصورة التي تصورها الدستور نطاقا فاعلا لها. وهذه الضمانة هي التي يفترض أن يستهدفها المشرع وأن يعمل على تحقيق وسائلها من خلال النصوص القانونية التي ينظم بها هذه الحقوق وتلك الحريات، و شرط ذلك بطبيعة الحال أن يكون تنظيما كافلا لتنفسها في مجالاتها الحيوية وأن يحيط بكل أجزائها التي لها شأن في ضمان قيمتها العملية، فإذا نظمها المشرع تنظيما قاصرا، وذلك بأن أغفل أو أهمل جانبا من النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها، كان ذلك إخلالا ل ضماناتها التي هيأها الدستور لها وفي ذلك مخالفة للدستور.

وهكذا ظهرت فكرة إحجام المشرع عن ممارسة اختصاصه الدستوري المتمثل في وضع القاعدة القانونية العامة والمجردة المنظمة للمسائل التي حجزها المؤسس الدستوري وانفراده بها سواء انفراده النسبي أو المطلق وهو ما أطلق عليه الفقه تسمية " الاغفال التشريعي " L'omission Législative، واعتبر هذا السلوك منه مخالفة لأحكام الدستور لأنه لم يقيم بالوفاء بالتزامه الدستوري.

وإذا كانت فكرة الإغفال التشريعي اعتمدت في وجودها على إبداعات وابتكارات الفقه متأثرا بنظرية السكوت في القانون الإداري، وترسخت بفضل اجتهادات القاضي الدستوري فإن هناك من الدساتير ما تبنت هذه الفكرة صراحة كأحد العيوب التي تصم العمل التشريعي بعدم الدستورية ومثال ذلك الدستور البرتغالي والقانون المجري، فلم ينحصر دور هيئات الرقابة الدستورية فيها على رقابة الأعمال التشريعية للبرلمان أي ما يصدر عنه صراحة وإنما تطور دورها لتشمل رقابة ما لم يصدر عنها أصلا، ونقصد بذلك السلوك السلبي للمشرع، رغم أن هذه الفكرة كانت محل انتقاد شديدة من الفقه ورفض شبه قاطع من بعض هيئات القضاء الدستوري في بداية الأمر، ذلك أن الرقابة على دستورية القوانين بالرغم من أنها شرعت لحماية الأحكام الدستورية من أي خروقات، إلا أنها لم تكن محل قبول من الفقه بحجة أنه ليس هناك إرادة فوق إرادة الشعب، فكيف نؤمن بوجود رقابة على السلوك السلبي لممثلي الشعب (المشرع) ؟ . لكن القاضي الدستوري لم يكن قاضيا عاديا حيث استطاع أن يبتكر عدة حلول تقنية وفنية ليوسع من رقابته انطلاقا من اختصاصاته المخولة له بموجب الأحكام الدستورية أو القوانين المنظمة لاختصاصه بالتفسير.

انطلاقاً مما سبق، وبغرض الغوص في أعماق فكرة السلوك السلبي للمشرع في صورة الإغفال التشريعي، والتعمق أكثر في مسألة الانفراد التشريعي للبرلمان وكيفية تصرفه في التزاماته الدستورية ارتأينا طرح الإشكاليتين التاليتين :

- ما هو مضمون فكرة الإغفال التشريعي؟ وكيف نقول أن المشرع قد أحجم وامتنع عن ممارسة اختصاصه الدستوري فيما أنه يملك السلطة التقديرية في ممارسته؟

- ما هو موقف القاضي الدستوري من هذا السلوك من قبل المشرع وكيف تعامل معه، وعلى أي أساس أدخله ضمن العيوب الدستورية التي تصم عمل المشرع؟

للإجابة على هاتين الإشكاليتين نقسم موضوع الدراسة إلى فصلين ، نتناول في **الفصل الأول:** مفهوم الإغفال التشريعي وأسبابه وآثاره، ونخصص **الفصل الثاني:** لموضوع الرقابة الدستورية عليه، منتهجين في دراستنا المنهج الوصفي لأهم آراء الفقه حول هذه الفكرة باعتبارها من إبداعاته، والمنهج النقدي عند استقراء هذه الآراء، إضافة إلى المنهج التحليلي لبعض الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء الدستوري في هذا الشأن، إضافة إلى المنهج المقارن بين هذه الأحكام وإسقاط صورها على قرارا وآراء المجلس الدستوري الجزائري .



# الفصل الأول

مفهوم الإغفال التشريعي وأسبابه وآثاره

## تمهيد وتقديم:

ظهرت فكر السلوك السلبي أو عدم الاختصاص السلبي أول مرة لدى فقه القانون الإداري، وتبناها وأكدها قضاؤه من بعده ممثلا في مجلس الدولة الفرنسي كوجه من أوجه عدم المشروعية الخارجية التي تصم القرار الإداري، ثم انتقلت هذه الفكرة إلى فقه القانون الدستوري الذي أصبح يهتم بكيفية تصرف البرلمانات تجاه اختصاصاتها الدستورية انطلاقا من مبدأ انفرادها بالتشريع وبالتالي الالتزام بالتشريع ذاته عمليا، وكيف لهذه الأخيرة أن تكون ممتعة عن ممارسة اختصاصها بالتشريع؟، وهو ما أطلق عليه الفقه " فكرة الإغفال التشريعي" - رغم أنه اختلف حول صياغة هذه الفكرة وهو ما نوضحه في هذا البحث - باعتباره صاحب الاختصاص الأصلي في التشريع، بمعنى وضع القواعد القانونية العامة والمجردة المنظمة للمجتمع، من منطلق أنه مكون من ممثلي الشعب وبالتالي يجبر عن مصلحته وينطق بإرادته، كما أن هذه القوانين تعد الآلية التقنية المباشرة والديمقراطية التي من شأنها تفعيل أحكام الدستور وجعلها منتجة، وهي امتداد له، تشابه وتمائل في ذلك دور اللائحة بالنسبة للقانون، إضافة إلى تفعيل الحقوق والحريات الدستورية<sup>(1)</sup>.

وعليه، نعالج في هذا الفصل مختلف جوانب فكرة الإغفال التشريعي، من حيث تعريفها وكيف يكون المشرع ممتعا عن ممارسة اختصاصه الدستوري؟، من خلال التعرض لأهم الصور التي يسلكها المشرع لإحجامه عن ممارسة اختصاصه، ثم ننقل إلى البحث عن الأسباب التي تؤدي به إلى سلوكه هذا الاتجاه، من منطلق التسليم بأن هذا السلوك قد لا يكون سلوكا عمديا، وأخيرا لأهم الآثار المترتبة عن هذا الامتناع، وذلك من خلال مبحثين :

<sup>1</sup> أنظر عزاوي عبد الرحمن، مقالة بعنوان: الرقابة على السلوك السلبي للمشرع : الإغفال التشريعي نموذجا، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2010، العدد 10، ص 85.

المبحث الأول : نلقي فيه الضوء على المقصود بفكرة الإغفال التشريعي.  
المبحث الثاني : ندرس فيه أسباب و آثار الإغفال التشريعي.

## المبحث الأول

### المقصود بالإغفال التشريعي

في هذا المبحث نتطرق إلى فكرة الإغفال التشريعي وكيف ظهرت لدى الفقه الدستوري وكيف تم صياغتها؟ وما هو منطلق هذه الفكرة؟، كما سيتم التطرق إلى أهم الأفكار التي قد تتشابه مع هذه الفكرة، وما هي الصور والحالات التي يسلكها المشرع للقول أنه وقع في حومة الإغفال التشريعي؟

وللإجابة على هذه الإشكاليات نقسم هذا المبحث إلى مطلبين : نعالج في المطلب الأول: تعريف فكرة الإغفال التشريعي وأساسها الدستوري، والمطلب الثاني: صور الإغفال التشريعي.

### المطلب الأول

#### تعريف فكرة الإغفال التشريعي وأساسها الدستوري

لدراسة أي فكرة دراسة منهجية وقانونية لابد من ضبطها أولا من خلال تحديد معناها، لذلك وللإلمام بفكرة الإغفال التشريعي سوف نتطرق في هذا المطلب لتحديد تعريف فكرة الإغفال التشريعي من خلال أهم التعاريف الفقهية باعتبارها فكرة - صاغها الفقه أولا- ( الفرع الأول)، ثم الأساس الدستوري الذي استند عليه الفقه لصياغة هذه الفكرة ( الفرع الثاني )، وباعتبارها من صور السلوكات السلبية للمشرع فقد تختلط بغيرها من السلوكات السلبية المشابهة لها ، لهذا سوف نوضح أهم الأفكار الأخرى التي قد تختلط بها ( الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### تعريف فكرة الإغفال التشريعي

قبل التطرق إلى تحديد تعريف أو معنى فكرة الإغفال التشريعي، لا بأس أن نخرج على الأساس الفقهي لهذه الفكرة ومن أين استقاها الفقه الدستوري ثم قضاؤه من بعده؟. ارتبطت فكرة السكوت في أول ظهور لها<sup>(1)</sup> في فقه القانون العام بفقه القانون الإداري الفرنسي خلال القرن العشرين، ويعود الفضل في ذلك للفييه Edward Laferriere الذي صاغ فكرة عدم الاختصاص السلبي للإدارة التي استخلصها من ثنايا بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي كوجه مستقل من أوجه إلغاء القرارات الإدارية، وكفكرة مستوحاة من "عدم الاختصاص الإيجابي"<sup>(1)</sup> المتمثل في تجاوز إحدى السلطات الإدارية حدود اختصاصها بالتقرير في موضوعات جعلها القانون من اختصاص سلطة إدارية أخرى في الدولة<sup>(2)</sup>، حيث تتعلق حالة عدم الاختصاص السلبي للإدارة برفض هذه الأخيرة ممارسة اختصاصها بدعوى أنها غير مؤهلة لذلك .

ومن بين الأحكام التي بني عليها هذا الفقيه تصوره، قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية Lezert de la maurinie الصادر بتاريخ الأول من ماي 1874 والمتعلق بالغائه لقرار وزير الصحة الذي امتنع عن التعقيب على قرار كان قد أصدره رئيس جوقة الشرف ، على أساس أن لا اختصاص له بالتعقيب على قرارات هذا الأخير، وهو ادعاء خاطئ يخالف حقيقة أن له سلطة التعقيب وفقا للقانون، و في 23 نوفمبر 1883 أصدر مجلس الدولة الفرنسي قرارا آخر في قضية Société des mines de la Guyane française، وألغى بمقتضاه قرار وزير البحرية والمستعمرات الصادر بعدم اختصاص الوزير بتعديل أحد القرارات الصادرة عن حاكم مستعمرة Guyane الفرنسية، معتبرا أن الوزير قد تنكر لاختصاصه بالتعقيب على قرار حاكم المستعمرة في حين أنه يختص بذلك باعتباره من سلطات الوصاية على حكومة المستعمرة بمقتضى القانون<sup>(3)</sup>، وفي عام 1951 دافع واحد من ألمع مفوضي الحكومة في فرنسا وهو

<sup>1</sup> قد كفل القانون التصدي للإغفال أو السكوت المتعلق بكل من السلطة التنفيذية وهو ما نحن بصدد شرحه ، أما السلطة القضائية فقد نصت المادة 44 من قانون المرافعات المصري " يجوز مخاصمة القضاة و أعضاء النيابة العامة في الأحوال الآتية: .. 2- اذا امتنع القاضي عن الإجابة على عريضة قدمت له أو من الفصل في قضية صالحة للحكم".

<sup>1</sup> أنظر عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ، مرجع سابق ، ص 1.

<sup>2</sup> لتفاصيل حول عيب عدم الاختصاص، راجع مصطفى أبو زيد فهمي، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، 2001.

<sup>3</sup> أوردها عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 2.

السيد François Gazier عن فكرة عدم الاختصاص السلبي قائلا : ( تجب ملاحظة أن عدم الاختصاص يمكن كذلك أن يتخذ شكلا سلبيا، فالسلطة الإدارية تعد متتكرة لاختصاصها ليس فقط باتخاذها قرارا لا يدخل في دائرة اختصاصاتها ولكن كذلك عندما تمتنع عن اتخاذ ما يجب عليها اتخاذه من قرارات.. )<sup>(1)</sup>.

وبناء على هذه الأحكام استطاع Laférierie أن يثبت فكرة عدم الاختصاص السلبي للإدارة كوجه من أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري، التي تقوم على إحجام الإدارة عن ممارسة اختصاصها رغم ثبوته قانونا ما يشكل خروجاً عن مبدأ المشروعية .

وهكذا ترعرعت فكرة عدم الاختصاص السلبي للإدارة، باجتهادات مجلس الدولة الفرنسي وتم تصنيفها ضمن العيوب الخارجية للقرار الإداري، رغم أن جانبا آخر من الفقه الفرنسي قد عارضها.

وقد استطاع الفقه - استنادا إلى قرارات مجلس الدولة الفرنسي - أن يحصر حالات عدم الاختصاص السلبي للإدارة، وهي خمسة تتمثل في<sup>(2)</sup>:

- 1- إنكار السلطة الإدارية بكونها مختصة أصلا بالتقرير في مسألة معينة.
- 2- تجاهل السلطة الإدارية للقواعد المتعلقة بأساليب ممارسة اختصاصها .
- 3- تضيق السلطة الإدارية من اختصاص سلطة إدارية أخرى أقل منها في المرتبة.
- 4- صدور القرار الإداري من إحدى السلطات الإدارية ولكن استنادا إلى إرادة سلطة إدارية أخرى.
- 5- إفراط السلطة الإدارية في تفويض اختصاصها أو تفويضه في غير الحالات التي يحددها القانون بضرورة تبدو معها وكأنها تتخفف منها<sup>(3)</sup> .

بعدها استقرت فكرة عدم الاختصاص السلبي للإدارة في الفقه والقضاء الإداريين، خاصة لدى هذا الأخير الذي اعتبرها من الدفوع المتعلقة بالنظام العام ( مخالفة قواعد الاختصاص)، انطلاقاً من فكرة أن السلطة الإدارية لا تملك سلطة توسيع اختصاصاتها وبالتالي

<sup>1</sup> أشار إليه عيد أحمد الغفلول، نفس المرجع، ص 4.

<sup>2</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 25 .

<sup>3</sup> تجب الإشارة هنا أن القرار الإداري المشوب بعيب عدم الاختصاص السلبي قد يكون صريحا وقد يتخذ صورة القرار الضمني، ولتفاصيل حول القرار الإداري الضمني أنظر دايم نوال، القرارات الإدارية الضمنية والرقابة القضائية عليها - دراسة مقارنة - مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون عام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، أكتوبر 2010.

لا تملك صلاحية التضييق منها ولا الامتناع عن ممارستها، لفتت هذه الفكرة فقه القانون الدستوري وقضاؤه الذين أصبحوا ينشغلون بكيفية تصرف البرلمانات في اختصاصاتها الدستورية التي تتلقاها من الدساتير، بعد تبني مبدأ الفصل بين السلطات، وما يترتب عن ذلك من توزيع للاختصاصات بين السلطات العامة الدستورية الثلاث في الدولة، وذلك بإسناد مهمة وضع القانون أو وظيفة التشريع للسلطة التشريعية، والوظيفة التنفيذية إلى السلطة التنفيذية والوظيفة القضائية إلى المحاكم، حيث بدأ الاهتمام بامتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه الدستوري أو ما يطلق عليه "السكوت أو الإغفال التشريعي"<sup>(1)</sup> فماذا يقصد به؟

يعتبر مصطلح الإغفال التشريعي *L'omission législative* من المصطلحات الحديثة الظهور على مستوى القانون المقارن، ولم يتفق الفقه ولا القضاء الدستوريان على تحديد معناه ومضمونه، بالرغم من أن هذا الأخير قد واجه نوعاً من الإغفال، ومثل ذلك المحكمة الدستورية المصرية العليا<sup>(2)</sup>.

حاول بعض الفقه تحديد معنى هذا المصطلح - باعتبار الفكرة اعتمدت في ظهورها على اجتهاد الفقه الدستوري - فعرفه الأستاذ عبد الحفيظ علي الشيمي بقوله: " يقصد بالإغفال التشريعي مجرد عدم تخلي المشرع عن اختصاصه لصالح أي من السلطات الأخرى، ومن ثم فإنه يتعلق بالسكوت أو الإغفال التشريعي مجرد غير المصحوب أو غير المقترن بالتخلي عن الوظيفة التشريعية لصالح السلطة التنفيذية أو السلطة القضائية، حيث نكون في الحالة الأخيرة بصدد مخالفة لقواعد الاختصاص ولسنا بصدد رقابة على الإغفال التشريعي " - وهو من الذين يفرقون بين فكرة الإغفال التشريعي وفكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع وشرائطي توضيح هذا فيما بعد - ويضيف " أن الإغفال أو السكوت التشريعي إنما ينم عن إغفال جانب من جوانب الموضوع محل التنظيم " <sup>(3)</sup>، بمعنى أنه إذا تناول المشرع أحد الموضوعات التي يختص بتنظيمها، فإن تنظيمه هذا يأتي - سواء عن عمد أو إهمال - غير مكتمل، أي تنظيماً قاصراً على أن يحيط بكافة جوانبه بما يؤدي بالإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم.

فعلى سبيل المثال فلين أغلب دساتير العالم تنص على ضمان حق الدفاع، لذلك فمن المفترض في التنظيم التشريعي لهذا الحق أن يكون فعّالاً و يبطل كل تنظيم قانوني يحد من هذه الفعالية،

<sup>1</sup> أنظر عبد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 25.

<sup>2</sup> عبد العزيز محمد سالمان، مقالة بعنوان: الإغفال في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 9.

<sup>3</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - دراسة مقارنة - ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 7.

كأن يخلو من النصوص التي تكفل إيصال المتهم بمحاميه ليس فقط وقت توجيه التهمة بل في كافة المراحل التي يؤثر في مصيره، بما في ذلك مرحلة التحقيق الابتدائي ومرحلة الاتهام التي عقبتها وحتى الفصل فيه<sup>1</sup>، وهي ضمانات تشمل كذلك إمكانية الطعن في الحكم الصادر في الاتهام، وضرورة تمكين المتهم و محاميه من الفرص الكاملة التي يعد الدفاع منها، بما في ذلك ضرورة الإفراج عن المتهم ولو بكفالة غير مغال فيها - إذا كان هذا الإفراج مبررا - كأن يكون لازما لتحضير وثائق تدحض التهمة وتنفيها، بل أن حق الدفاع يخلل كذلك في كل محاكمة اختصر المشرع إجراءاتها ولم يكفل علانية الجلسات ولم يحط حقوق المتهم فيها بضوابط يوازن فيها الحقوق التي كفلها لسلطة الاتهام، كأن يخل بشروط مواجهة المتهم بشهود النيابة أو بحق المتهم في أن يحصل على شهوده الذين ينفعون الاتهام و ينازعون النيابة العامة في أدلتها وإغفال النصوص القانونية لما تقدم هو إخلال بضمانات الدفاع ذاتها التي كفلها الدستور<sup>(1)</sup>.

ويقصد بالإغفال التشريعي أيضا، حالة امتناع المشرع عن الوفاء بالتزامه بالتشريع انطلاقا من الالتزام الدستوري الذي يقع عليه بموجب النصوص الدستورية ذات الصيغة الأمرة ، والتي توجه له خطابا بضرورة التدخل لتفعيل الحقوق والحريات التي تحتويها أحكامها ، بمعنى جعلها أمرا واقعا وملموسا، فدور القانون في هذه الحالة بمثابة أداة تنفيذية للدستور شأنه في ذلك شأن التشريع الذي يحتاج إلى لائحة تنفيذية لتطبيقه<sup>(2)</sup> . فالإغفال التشريعي غير الدستوري - في نظر الفقه- يتحقق عندما يخالف المشرع الالتزامات التي يفرضها عليه الدستور أو لأنه لم يتم الوفاء بها بصورة كاملة وواضحة و صريحة كما وردت في أحكامه .

وكمثال عن المواد - التي تؤكد أن الإغفال التشريعي إنما يخل بالتزام دستوري وهو الالتزام بالتشريع - ما قضت به المادة 2/62 من الدستور البرتغالي من أنه يقع على المشرع التزام بإنشاء وتوسيع وحماية المنتزهات العامة وحماية القيم الثقافية والفنية والتاريخية .

وما تقضي به المادة 34 من الدستور الفرنسي 1958 من أن القانون يحدد القواعد الخاصة بالحقوق المدنية والضمانات الممنوحة للمواطنين لممارسة حرياتهم العامة .

وما تقضي به المادة 45 من الدستور المصري، و المادتين 122 و 123 من الدستور الجزائري 1996 التي تحدد الاختصاصات التشريعية للبرلمان .

<sup>1</sup> انظر عبد العزيز محمد سالم ، مقالة :الإغفال في القضاء الدستوري،مرجع سابق، ص 10 .

<sup>2</sup> أنظر عزوي عبد الرحمن ، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية التنفيذية -دراسة مقارنة- في تحديد مجال كل من القانون و اللائحة ،ج1، دار الغرب للنشر و التوزيع 2009، ص 46.

وهناك من أطلق مصطلح الإغفال التشريعي على الثغرات القانونية، حيث يقول

الأستاذ Michel

Melchior رئيس المحكمة الدستورية بلجيكا أن: (مصطلح الثغرات القانونية la caunes de droit أو omission législative ارتبطا بعلم فلسفة القانون، والثغرات القانونية غير الدستورية ارتبطت تاريخيا بالمنازعات التي لا يحترم فيها المشرع مبدأ المساواة المكرس في الدستور البلجيكي بموجب المادتين 10 و 11 )<sup>(1)</sup>، ويعرف الأستاذ Gheorghe Avornic الثغرات القانونية بأنها: ( حالة الغياب الكلي أو الجزئي للقوانين، ويكون هذا بسبب إهمال المشرع تنظيم بعض العلاقات عند سنه للقانون، ويحدث هذا الإغفال إما بمناسبة تنظيم موضوع ما أول مرة، أو أثناء تعديل القوانين، نتيجة إهمال المشرع التطور السياسي والاقتصادي والاجتماعي للمجتمع )، ويضيف بالقول: (إلا أنه لا يمكن ترجمة كل مواقف المشرع السلبية ثغرات قانونية، فأحيانا قد يعتمد هذا الأخير عدم تنظيم موضوع ما، إما لأنه لا ضرورة لتنظيمه أو يكون لأسباب موضوعية وعملية يدركها هو )، وعلى هذا الأساس ذهب الفقه الأوربي إلى إعطاء تكييف للثغرات القانونية، وانقسم في هذا الصدد إلى موقفين، الأول: يكيفها على أنها موقف عمدي من المشرع، فهو يدرك الثغرات الموجودة بالقانون لكنه قرر عدم تنظيمها، بينما يرى الجانب الثاني من هذا الفقه أنها تشكل سكوت القانون فيما يتعلق بمسائل تتجاوز حدود التنظيم القانوني<sup>(2)</sup>.

وأمام صعوبة ضبط تعريف دقيق للإغفال التشريعي، حاول البعض الآخر من الفقه ضبط المفهوم انطلاقا من ربطه ببعض المعطيات ذات الارتباط المباشر بأساس الموضوع وأصله وهو الولاية العامة للمشرع في التشريع ، وحقيقة اختصاصه المطلق والنسبي بالتشريع بل الانفراد المطلق به، حيث يتعين على المشرع ممارسة اختصاصه على نحو معين أو وفق نصاب قانوني معين أو وفق إجراءات شكلية معينة كما هو الحال بالنسبة للقوانين العضوية. وعليه، يقصد بالإغفال التشريعي: تخلي المشرع ممثلا في البرلمان المنتخب عن ممارسة اختصاصه الدستوري في التشريع كليا أو جزئيا وعدم التدخل لتنظيم الموضوعات المسندة له بموجب أحكام الدستور<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle, rapport établi pour la cour constitutionnelle de Belgique ,www.confcoconsteu.org ,p 2 .

<sup>2</sup>Problèmes de l'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle ,cour constitutionnelle république de Moldova, conférence des cours constitutionnelles Européennes, www.confcoconsteu.org ,p3 .

<sup>3</sup> عزاوي عبد الرحمن مقالة بعنوان: الرقابة على السلوك للمشرع: الإغفال التشريعي نموذجا ،مرجع سابق، ص 88.



يبدو أن الفقه - من خلال التعاريف السابق ذكرها - ينطلق من أساس واحد لتحديد مفهوم الإغفال التشريعي، وهو التزام المشرع بالوفاء بالتزامه الدستوري المتمثل في الالتزام بالتشريع، انطلاقاً من مبدأ إنفراده بالتشريع المطلق أو النسبي، وهو الأساس الدستوري الذي صاغ منه الفقه فكرة الإغفال التشريعي؟ فماذا يقصد بهذا المبدأ وما هو مضمونه؟، وهو ما نجيب عليه في الجزئية الموالية :

## الفرع الثاني

### الأساس الدستوري لفكرة الإغفال التشريعي: الإغفال التشريعي ومبدأ الانفراد بالتشريع

تقضي نظرية الفصل بين السلطات كما نادى بها الفيلسوف الانكليزي Jean Locke والفيلسوف Jean-Jacques Rousseau التمييز بين ثلاثة وظائف للدولة، الوظيفة التشريعية والوظيفة التنفيذية والوظيفة القضائية<sup>(1)</sup>، كما أكد هذه النظرية Montesquieu في كتابه "روح القوانين" بقوله أنه: ( لا يمكن إسناد كل وظائف الدولة إلى سلطة واحدة، بمعنى لا ترك السلطات الثلاث في يد سلطة واحدة وإلا كان ذلك مدعاة للتعسف والديكتاتورية، لذلك يجب أن توكل مهمة التشريع إلى السلطة التشريعية، ومهمة التنفيذ إلى السلطة التنفيذية، ومهمة القضاء إلى السلطة القضائية ).

وقد صاغت دساتير العالم هذه الأفكار الفلسفية، وحيث أصبح هذا المبدأ من موجبات دولة القانون، وتم توزيع الاختصاصات الثلاثة بين ثلاث سلطات، تنفرد كل سلطة باختصاصاتها المحددة في الوثيقة الدستورية، وما يعيننا في هذه الدراسة انفراد السلطة التشريعية بوظيفة التشريع، باعتبار هذه السلطة مكونة من ممثلي الشعب وهي أقدر على صياغة أحكام القانون بما يراعى فيه حقوق وحرريات من انتخبها ووضع ثقته فيها. لذلك ليس من الغريب أن تذهب جميع الدساتير في بداية الأمر إلى التنصيب والتأكيد على انفراد البرلمانات بالوظيفة التشريعية دون أن تشاركها في ذلك أي سلطة أخرى - وهو ما أطلق عليه الفقه "مبدأ الانفراد التشريعي" "la réserve de la loi"<sup>(2)</sup> - لاسيما السلطة التنفيذية، التي لا بد أن تنحصر مهمتها في تنفيذ القوانين ما عدا الحالات التي يسمح فيها الدستور لها بإصدار اللوائح المستقلة، كما تكفي السلطة القضائية بمهمة تطبيق القانون والفصل بأحكامه في المنازعات، كما يمثل هذا المبدأ

<sup>1</sup> أنظر ميلود ذبيح، الفصل بين السلطات في التجربة الجزائرية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص14 ما بعدها

<sup>2</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص48.

حجة على البرلمان نفسه وهو ضرورة ممارسة اختصاصه التشريعي الموكول له دستوريا، وأي امتناع عن ذلك أو تقصير منه يعد مخالفة دستورية في صورة سلوك سلبي منه تكون خاضعة للرقابة الدستورية (1).

من هنا اعتبر الفقه أن الأساس الدستوري لفكرة السلوك السلبي للمشرع وعدم ممارسة اختصاصه هو " مبدأ الإنفراد التشريعي " (2)، ونتطرق فيما يلي إلى المفهوم التقليدي لهذا المبدأ ثم تطوره والمفهوم الحديث الذي صاغه هذا التطور، ثم نتأج هذا المبدأ بمعنى علاقة فكرة الامتناع التشريعي بهذا المبدأ.

### أولا - المفهوم التقليدي لمبدأ الإنفراد بالتشريع

يجد مبدأ الانفراد التشريعي أساسه الفلسفي بحسب أفكار الفقيه الفرنسي Raymond carré de malberg في إفرازات الثورة الفرنسية 1789، التي من أهم ما جسده هو عملية توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، واضمحلال قوة وسلطة الملك (السلطة التنفيذية) وظهور القوة للبرلمانات المنتخبة المعبرة عن السيادة الشعبية، وبالتالي لم يعد القانون الصادر عن هذه المجالس محدد المجال، بل توسع ليغال مجالات واسعة ليتراجع دور السلطة التنفيذية ويصبح تدخلها مرهونا بالقانون الذي يضعه البرلمان (3).

وقد ساعد على هذا أيضا، معيار تحديد مفهوم القانون الذي يعرف على أنه : العمل الذي يتم التصويت عليه بواسطة الجهاز المختص بالتشريع أي البرلمان وفقا للإجراءات التشريعية المعمول بها ويتم إصداره بواسطة رئيس الدولة، وعلى هذا الأساس كان البرلمان -الذي يمثل المشرع هيكليا وتنظيميا السلطة التشريعية - يتمتع باختصاص غير محدود وحرية وسلطة مطلقة في مجال التشريع، وكان له أن يتدخل لتسوية أية مسألة أو معالجة أي موضوع بالصيغة والوقت اللذين يراهما مناسبين ويحققان الغرض الذي ابتغاه من سنه (4)، وتماشى هذا المبدأ أيضا مع الأفكار الفلسفية الأخرى المنتشرة آنذاك، ويتعلق الأمر خاصة بمبدأ الفصل بين السلطات الذي نادى به شراحه ومؤيدوه حينذاك مثل Jean-Louis de Montesquieu، Jean-Jacques Rousseau، وتمييزهم للسلطات الثلاث في الدولة وانفراد كل سلطة بالوظيفة المحدد لها، وهكذا ظهر نوع من التأثير بين المبدئين أدى في الأخير إلى تبني الدساتير

<sup>1</sup> نفس المرجع، ص49.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص50.

<sup>3</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص55.

<sup>4</sup> أنظر عزوي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، ج1، مرجع سابق، ص155.

" مبدأ الانفراد بللتشريع" وأصبح مبدأ دستوريا تفرضه دولة القانون ، بعدما تبناه الفقه والقضاء الدستوريين. وفي هذا الصدد يقول الأستاذ عيد أحمد الغفلول: " أن هذه الفكرة ليست فكرة جديدة في القانون العام، وأن كل ما في الأمر أنها تحولت على يد الفقه الدستوري المعاصر وقضاء المحكمة الدستورية إلى مبدأ دستوري يفرض على البرلمان ضرورة التدخل لممارسة اختصاصاته التشريعية المحددة بمقتضى الدستور والهادئ ذات القيمة الدستورية وإلا وقع في حومة الامتناع التشريعي"<sup>(1)</sup>.

كما توسع في هذه الفكرة الفقيهان Otto Mayer و Paul laband ، حيث يرى الأستاذ Paul laband عند تعريفه للقانون ( التشريع ) بالمعنى الضيق على أنه: ( النص الصادر عن البرلمان، أما اللائحة فهي النص الصادر عن جهة الإدارة وبالتالي فالقانون من وجهة النظر المادية يحتوي على قاعدة قانونية بينما تحتوي اللائحة فقط على قاعدة إدارية ، فهي بمثابة عمل مجرد من أية صفة قانونية لأنها تنصب فقط على التنظيم الإداري ) ، بمعنى أن ينفرد البرلمان بوضع القاعدة القانونية دون أن يكون للسلطة التنفيذية أي دور ، ولكن هذا الانفراد لا يعني منع البرلمان تفويض السلطة التنفيذية إصدار لوائح تحمل قواعد قانونية ولكن ليس بصورة مبدئية<sup>(2)</sup>

وظلت أفكار laband سائدة إلى غاية القرن العشرين، لتظهر صياغة جديدة لنظرية الانفراد التشريعي- تتماشى مع ما أصاب القانون العام من تطور- على يد الأستاذ Otto Mayer ولكن بأساس آخر وهو " الحرية والملكية مجتمعين "، وانتهى إلا أن اجتماع أعضاء المجتمع (ممثلين في البرلمان) تكمن في ضرورة حماية " الحرية " و"الملكية " ، بمعنى أن البرلمان هو وحد ه المؤهل لتنظيم المسائل المتعلقة بالحرية والملكية عن طريق التشريعات التي يسنها بمعنى: أن هناك علاقة بين الانفراد التشريعي والحقوق الأساسية وأن هذا المبدأ في الحقيقة كرس لحماية الحقوق والحرريات<sup>(3)</sup> .

وقد تبنى هذه الفكرة الفقه المعاصر ، حيث ذهب الأستاذ أحمد فتحي سرور إلى القول أن : "مبدأ انفراد بللتشريع يهدف إلى أن يكون تنظيم ممارسة الحقوق والحرريات ورسم حدودها بواسطة ممثلي الشعب و الحيلولة دون تدخل السلطة التنفيذية في الأساس بهذه الحقوق و

<sup>1</sup> عيد أحمد الغفلول ،فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ،مرجع سابق ، ص 50.

<sup>2</sup> نفس المرجع ، ص 56.

<sup>3</sup> عيد أحمد الغفلول ،فكرة عدم الإختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص58.

الحريات دون موافقة السلطة التشريعية الممثلة للشعب سلفاً"، ويعرف هذا المبدأ بقوله: " يقصد به اختصاص المشرع وحده بمعالجة المسائل التي تدخل في اختصاصه ".<sup>(1)</sup>

ويتسع هذا المبدأ ليشمل كل الحقوق والحريات المتعلقة بالحرية والملكية ، ويظهر هذا جلياً في المجالات التي نصت عليها الدساتير وحجزتها للبرلمان ، ومثال ذلك المسائل التي نصت عليها المادة 34 من الدستور الفرنسي 1958، والمادة 122 و المادة 123 من الدستور الجزائري لسنة 1996، مثل إنشاء جرائم والعقوبات ، والملكية الخاصة، وحرية التنقل وحرية الصناعة والتجارة وغيرها ... ، حيث تظهر هذه الأخيرة حرص المؤسس الدستوري على حماية الحقوق والحريات الدستورية وجعلها من المسائل المحجوزة لإختصاص المشرع دون غيره، وهذا إن كان لسبب فهو يعود للتركيب الهيكلية للبرلمان، الذي يضم ممثلي الشعب، الأمر الذي يجعل هذا القانون صورة تعكس طموحات من يخضعون لسلطته .

وما نتج عن مبدأ الانفراد التشريعي هو سيادة البرلمان التي ظلت كذلك حتى نهاية الحرب العالمية الثانية، وقد كان من بين أهم خصائصها احتفاظها بسلطات كاملة وغير محدودة في كل ما يتعلق بتنظيم الحقوق والحريات وممارستها . لكن هذه الحالة لم تستمر طويلاً بل تراجع هذا الدور للبرلمانات ، بعدما تم الاعتراف بدور معتبر للسلطة التنفيذية وأصبحت هذه الأخيرة منافسة للبرلمان في العملية التشريعية ، الأمر الذي أدى إلى التخفيف من حدة مبدأ انفراد البرلمان بسن القانون، وظهور مفهوم آخر له صاغ هذه التطورات ألا وهو التمييز بين الانفراد التشريعي المطلق والإنفراد التشريعي الهيري وهو ما نوضحه في الفقرة التالية .

## ثانياً- المفهوم الحديث لمبدأ الانفراد التشريعي

الواقع أن أحداً من أصحاب الصياغة المبدئية لفكرة الإنفراد التشريعي أو ممن ساهموا في إجلاء هذه الفكرة في تواريخ لاحقة، لم يدع أن من شأن الانفراد التشريعي للبرلمان إبعاد السلطة التنفيذية تماماً عن المساهمة في العمل التشريعي، لأن هذا الانفراد هو في نهاية الأمر حث البرلمان على التدخل لممارسة اختصاصاته التشريعية ومنع السلطة التنفيذية من الحلول محله في ممارسة هذه الوظيفة، خاصة فيما يتعلق ببعض المسائل الهامة التي لا يمكن إخراجها من مجال عمل ممثلي الشعب<sup>(2)</sup>، وفيما عدا ذلك من المسائل يمكن للسلطة التنفيذية أن تتدخل، بناء على تفويض من البرلمان، أو لوضع ما أصدره من تشريعات موضع التنفيذ عن طريق ما

<sup>1</sup> أنظر أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري ، دار الشروق ، ط 2 ، القاهرة ، 2002 ، ص 40.

<sup>2</sup> عيد أحمد الغفلول ، فكرة عدم الإختصاص السلبي للمشرع ، مرجع سابق، ص 77.

يمكن أن نتخذ من تدابير قانونية ، ويتعلق الأمر بالتنظيمات أو اللوائح التنفيذية أو اللوائح المستقلة.

ولذلك فإن حجم التزام المشرع بممارسة اختصاصه التشريعي سوف يختلف بحسب نوع المسألة الداخلة في اختصاصه، وحسب أسلوب إسناد المسألة إليه بواسطة النص الدستوري ، فإذا نص الدستور على ضرورة تسوية المسألة "بقانون" كان التزام البرلمان كإملا بضرورة تسويتها كاملة بنفسه ، أما إذا نص الدستور على إمكانية تسوية المسألة "بناء على قانون" ف إن درجة هذا الالتزام تقل، بحيث يمكن للمشرع أن يكتفي بوضع الخطوط العريضة للمسألة تاركا أمر تفصيلها للسلطة التنفيذية (1).

ومن هنا ميز الفقه بين الأفراد التشريعي المطلق *la réserver absolue* عند وجوب تسوية المسألة "بقانون" والأفراد التشريعي النسبي *la réserver relative* عند إمكانية تسويتها "بناء القانون" ، أما بشأن وجود ضوابط دستورية تحدد أسلوب تدخل البرلمان لممارسة اختصاصه التشريعي، فإن الفقه قد ميز بين الأفراد التشريعي العادي *la réserver ordinaire* في حالة عدم وجود هذه الضوابط أو قلتها والأفراد التشريعي المدعم *la réserver renforcée* في حالة وجود هذه الضوابط، وكان الفقه هو أول من نادى بهذا التمييز، لتجسده و تؤكد بعض الدساتير إما بصفة صريحة أو ضمنية.

## 1- التمييز بين الأفراد التشريعي المطلق والأفراد التشريعي النسبي

يقصد بالأفراد التشريعي المطلق التزام البرلمان دون غيره بالتنظيم التشريعي المتكامل للمسائل التي تدخل في اختصاصه دون أن يكون للسلطة التنفيذية أي دور يذكر، ويقصد بالتدخل هنا التدخل المباشر والمبتدأ في المسائل التي ينفرد بها المشرع أفرادا مطلقا، لكن هذا لا يمنع من تدخلها بصفة غير مباشرة عن طريق إصدار اللوائح التنفيذية لهذه القوانين دون أن تتراحمه في اختصاصه، فلا يجوز لها أن تتخطى الحدود التي رسمها التشريع أو أن تتدخل في تنظيم ممارسة حق أو حرية (2).

<sup>1</sup> نفس المرجع ، ص78.

<sup>2</sup> عيد احمد الغفلول ،فكرة عدم الإختصاص السلبي للمشرع ، مرجع سابق، ص80.

أما الانفراد التشريعي النسبي فيكون عندما ينظم المشرع العناصر الأساسية للمسألة التي تدخل في اختصاصه ، ويقتصر على وضع القواعد العامة والأسس الرئيسية لها تاركا للسلطة التنفيذية مهمة معالجة نقاط محددة في هذا الشأن أي المسائل الجزئية والتفصيلية<sup>(1)</sup>.

ومن أمثلة المسائل التي تدخل ضمن الإنفراد التشريعي المطلق، موضوع الحقوق والحريات وهو ما قضى به مجلس الدولة المصري في حكم شهير له " بأن الحريات العامة في مصر، إن أجاز الدستور تقييدها، فإنها لا تقيد إلا بتشريع " <sup>(2)</sup>. وما نصت عليه المادة 70 من الدستور المصري اختصاص المشرع بتحديد أحوال إقامة الدعوى الجنائية بغير أمر صادر عن الجهة القضائية. وكذلك موضوع تحديد الجرائم والعقوبات ، وهو ما أقرته المادة 46 من الدستور الجزائري " لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الجرم" ، وما نصت عليه المادة 30 من أن الجنسية تنظم بقانون.

أما المسائل التي تدخل ضمن الإنفراد التشريعي النسبي فنذكر مثلا ما تنص عليه المادة 122 من الدستور الجزائري فيما يخص المسائل المتعلقة بوضعية الأجانب، والمسائل المتعلقة بالتعليم والبحث العلمي .

والتمييز بين الانفراد التشريعي المطلق والنسبي بحسب رأي الأستاذ أحمد فتحي سرور أساسه العلاقة بين القانون واللائحة في ضوء مدى التزام المشرع وحده بتنظيم المسائل التي تدخل في اختصاصه ومدى قدرته في أن يعهد بجزء منها إلى السلطة التنفيذية، ويكون الإنفراد التشريعي مطلقا إذا كان التنظيم الكامل للمسألة من اختصاص المشرع وحده دون تدخل السلطة التنفيذية، ويكون التشريع في هذه الحالة المصدر الوحيد لتنظيم هذه المسألة، أما الإنفراد النسبي فيشارك البرلمان والحكومة في تنظيم الحالة ، حيث يكتفي البرلمان بوضع القواعد والمبادئ الأساسية تاركا مسألة التفصيل الجزئي لمهمة اللائحة.

وما تجب الإشارة إليه في هذا الصدد ، أن الدساتير تستعمل عدة صيغ للدلالة على الانفراد التشريعي المطلق والنسبي، وتعتبر عبارة " قانون" و"بناء على قانون" التي تستخدمها معظم الدساتير أبلغ الدلالة على تحديد درجة تدخل السلطة اللائحية في تنظيم المسألة أو استثناء البرلمان بالتنظيم<sup>(3)</sup>، ونسجل هنا ملاحظة هامة هي أن الدستور البرتغالي لعام 1976 يعتبر الدستور الوحيد الذي يميز صراحة بين المسائل الداخلة في نطاق انفراد التشريعي المطلق

<sup>1</sup> انظر أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات دار الشروق، طبعة 1999، ص375.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص403.

<sup>3</sup> أنظر عيد احمد الغفلول ، فكرة عدم الإختصاص السلبي للمشرع ،مرجع سابق، ص82.

للبرلمان ( المجلس الجمهوري)، ونطاق الانفراد التشريعي النسبي وهو ما عبرت عنه المادتين 164، 165، حيث تحمل المادة 164 عنوان: ( الانفراد التشريعي المطلق) والمادة 165 عنوان: ( الانفراد النسبي بالاختصاص التشريعي) <sup>(1)</sup>. فكيف صاغ المؤسس الدستوري الجزائري مبدأ الانفراد التشريعي المطلق و مبدأ الانفراد التشريعي النسبي ؟

عند استقراء المادة 98، والمادتين 122، 123 ومواد أخرى ، نجد أن المؤسس الدستور الجزائري استعمل في المادة 98 عبارة " السيادة المطلقة للبرلمان في سن القانون" (مبدأ الانفراد التشريعي )، ثم خول في المادة 125 لرئيس الجمهورية ممارسة السلطة التنظيمية المستقلة في المجالات غير المخصصة للقانون، ثم استعمل في المادة 124 من نفس الدستور أسلوب التشريع بالأوامر لرئيس الجمهورية في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني وبين دورتي البرلمان، إضافة إلى الحالة الاستثنائية. واستعمل في المادة 122 عدة مصطلحات ( القواعد العامة ، التشريع الأساسي - الشروط الضمانات )، واستعمل في مواد أخرى مثل المادة 18 من أن الأملاك الوطنية يحددها القانون ويتم تسييرها طبقا للقانون، وفي المادة 30 من أن الجنسية الجزائرية معرفة بالقانون . وبإسقاط مفهوم الانفراد التشريعي المطلق ومبدأ الانفراد التشريعي النسبي على هذه المواد، نجد أن عبارة " القاعدة العامة..." تتعلق باشتراك السلطة التنفيذية في تنظيم المسألة، حيث يكتفي البرلمان بوضع الخطوط العريضة ويترك التفاصيل إلى السلطة التنفيذية، معنى ذلك أن المسألة تدخل ضمن الانفراد التشريعي النسبي للمشرع، وعندما لا يذكر هذه العبارة أو يذكر عبارة " قانون " فإن المسألة تكون من المسائل التي تدخل في انفراده المطلق .

## 2- الانفراد التشريعي العادي والانفراد التشريعي المدعم

وعليه، فإذا كان التمييز بين الانفراد التشريعي المطلق والانفراد التشريعي النسبي هو درجة انفراد المشرع في ممارسة اختصاصاته التشريعية بحيث يُمنع عليه من حيث المبدأ إشراك السلطة التنفيذية في ذلك بالنسبة لانفراده المطلق، مع إمكانية السماح لها بمشاركته في العملية التشريعية بالنسبة لانفراد النسبي، فإن التمييز بين الانفراد التشريعي العادي والانفراد التشريعي المدعم، يكون على أساس هامش الحرية التي يتمتع بها البرلمان في ممارسة اختصاصاته التشريعية استنادا إلى مبدأ انفراده المطلق أو النسبي، بحيث يتسع هامش حرية

<sup>1</sup> نفس المرجع، ص 83.

المشرع ونقل الضوابط الدستورية المفروضة عليه كما قد تتعدم إذا كان الانفراد التشريعي عاديا، وتضييق هذه الحرية وتزداد كذلك الضوابط الدستورية التي يفرضها الدستور على المشرع عند تسوية المسألة إذا كان انفراده بالتشريع مدعما<sup>(1)</sup>.

وعبّر الأستاذ أحمد فتحي سرور عن التمييز بين الانفراد التشريعي العادي والمدعم بقوله: " في حالة الانفراد العادي يعهد الدستور إلى المشرع بتنظيم المسألة دون ضوابط محددة فينطلق بذلك نطاق السلطة التقديرية للمشرع، بخلاف الحال في حالة الانفراد المدعم فإن المشرع في مزاولته لاختصاصه لا يراعي فقط النظام العام الذي حددته القواعد الدستورية في مجموعها وإنما عليه أيضا مراعاة القواعد والضوابط التي وضعها الدستور خصيصا لتحديد انفراده بالتشريع في مسألة معينة"<sup>(2)</sup>.

وكمثال عن المسائل التي تدخل ضمن الانفراد التشريعي المدعم، ما تنص عليه المادة 41 من الدستور المصري لعام 1971 من أنه: " لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد يهينه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع"، وما نصت عليه المادة 16 من الدستور الإيطالي (يجوز لكل مواطن أن يتنقل وأن يقيم بحرية في كل أنحاء من الإقليم، فيما عدا القيود التي يفرضها القانون بصورة عامة لأسباب تتعلق بالصحة والأمن)، وما تنص عليه المادة 3،2/40 من الدستور الجزائري 1996 " فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون، وفي إطار احترامه.

ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر من السلطة القضائية المختصة"، والمادة 48 من أنه: "يخضع التوقيف للنظر في مجال التحريات الجزائية للرقابة القضائية ولا يمكن أن يتجاوز مدة ثمان وأربعين (48) ساعة.

يملك الشخص الذي يوقف للنظر حق الاتصال فورا بأسرته .

ولا يمكن تمديد مدة التوقيف للنظر، إلا استثناء، ووفقا للشروط المحددة بالقانون.

ولدى انتهاء مدة التوقيف للنظر، يجب أن يجرى فحص طبي على الشخص الموقوف، إذا طلب ذلك، على أن يعلم بهذه الإمكانية "

<sup>1</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الإختصاص السلبي للمشرع، مرجع السابق، ص 101

<sup>2</sup> أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع السابق، ص 374.



وقد تظهر هذه الضوابط والتشديد من جانب المؤسس الدستوري في التشريع نفسه ، كما قد يتعلق التشديد أيضا بإجراءات إقرار التشريع<sup>(1)</sup>، ومثال ذلك الإجراءات التي تمر بها القوانين العضوية أو الأساسية les lois organiques من ضرورة حصولها على مصادقة الأغلبية المطلقة للنواب وبأغلبية 4/3 أعضاء مجلس الأمة، إضافة إلى عرضها للرقابة القبلية على المجلس الدستوري، وهو ما نصرت عليه المادة 123 من الدستور الجزائري " تتم المصادقة على القانون العضوي، بالأغلبية المطلقة للنواب وبأغلبية ثلاثة أرباع ( 4/3 ) أعضاء مجلس الأمة. يخضع القانون العضوي لمراقبة مطابقة النص مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره "، وكذلك ما نصت المادة 46 من الدستور الفرنسي 1958 التي ضببطتها بمجموعة من الإجراءات.

### ثالثا - نتائج مبدأ الانفرد التشريعي

إذا كان مضمون مبدأ الانفرد التشريعي الذي صاغه الفقه والقضاء الدستوري بين و حتى المؤسس الدستوري يقتضي تولي البرلمان الولاية العامة والاختصاص الأصلي بوضع القواعد القانونية العامة، بل والتفصيلية المنظمة للعلاقات الاجتماعية في المجتمع والتصرفات القانونية لأفراده لأنه هو الأصل وما تدخل السلطة التنفيذية في العملية التشريعية إلا على سبيل الاستثناء ، فهل يمكن للبرلمان الذي هو صاحب الاختصاص الأصلي بالتشريع أن يعدل عن ممارسة اختصاصه؟.

في الحقيقة طرح هذا السؤال الفقيه " Atto Mayer " وانتهى في سنة 1903 إلى أنه لا يمكن إجبار البرلمان على ممارسة اختصاصاته التشريعية بنفسه، ولكن لم يُجب على إمكانية إجبار البرلمان على ممارسة هذا الاختصاص في حالة عدم ممارسته لا بنفسه ولا عن طريق الترخيص للسلطة التنفيذية بذلك<sup>(2)</sup>.

كما اعتبر الفقيه " Mayer " أن البرلمان بالرغم من انفرد بالاختصاص التشريعي إلا أنه يمكنه أن يفوض اختصاصه إلى الحكومة ( حتى و أن تعلق بالمسائل الخطيرة) وذلك عن

<sup>1</sup> عيد أحمد الغفلول ، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق ، ص103.

<sup>2</sup> أورده عيد أحمد الغفلول ، نفس المرجع ، ص 103 ، نقلا عن Otto Mayer , le droit administratif allemand,tome,1, Paris,V .GIARD et E ,BRIRE ,1903, p95 .

طريق طلبها لترخيص من البرلمان، لأن الانفراد - في رأيه - كان مقرر المصلحة أعضاء البرلمان حماية للاختصاص التشريعي وليس من المنطق ولا من سبيل الحرية ذاتها أن تفويض على أعضاء البرلمان حماية لا يرغبون فيها عن طريق حظر عملية التفويض، كذلك أن الحكومة في النهاية لم تتدخل في الاختصاص التشريعي بصفة مباشرة و إنما بعدما رخص لها البرلمان ذلك عن طريق التفويض التشريعي .

وتبدو العلاقة بين هذا المبدأ وبين فكرة الإغفال التشريعي واضحة، حيث أن هذا المبدأ يفرض على المشرع الوفاء بالتزامه الدستوري -الالتزام بالتشريع- و باتخاذ هذا الأخير موقفا سلبيا من هذا الاختصاص يكون قد وقع في حومة الإغفال التشريعي و بالتالي مخالفة أحكام الدستور.

وفي الأخير نشير إلى أن مبدأ الانفراد التشريعي لم يعد مطبق على إطلاقه والسبب في ذلك حسب الفقه أن مفهوم كل من الحرية والملكية قد تغير، كما أن مبدأ الفصل بين السلطات تراجع هو الآخر و أصبح لا يطبق على إطلاقه، وذلك بسبب التطبيق المرن له، حيث ظهر نوع من التعاون بين السلطات لاسيما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وظهر قوة هذه الأخيرة من جديد مما جعل الدساتير تتجه نحو حجز موضوعات معينة للاختصاص التشريعي للبرلمانات مع إطلاق يد الحكومة واتساع دورها عن طريق التنظيم باللوائح المستقلة نظرا لما تملكه من سرعة في التدخل<sup>(1)</sup> .

وفي مقابل هذه التطورات ظهر دور القاضي الدستوري كحام للحقوق والحريات من جهة، وحمي للدستور من جهة أخرى، عن طريق ابتداع وسائل من شأنها منع المشرع من امتناعه عن ممارسة اختصاصه التشريعي بصورة كلية أو جزئية و إلزام هذا الأخير بممارسة اختصاصه تقيدا بفكرة الانفراد التشريعي وتأثرا ، بل وإقضاء بإدانة القاضي الإداري لسكوت الإدارة وعدم ممارستها لاختصاصها.

ولئن، كانت فكرة الإغفال التشريعي من السلوكات السلبية للمشرع فإنها قد تختلط مع غيرها من السلوكات السلبية التي قد يسلكها هذا الأخير نعمل على التمييز بينها و بين هذه السلوكات في الجزئية الموالية .

### الفرع الثالث

<sup>1</sup> أنظر عيد احمد الغفلول ، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ، المرجع سابق، ص108.

## تم ييز الإغفال التشريعي عن غيره من السلوكات السلبية للمشرع

توصلنا فيما سبق إلى أن فكرة الإغفال التشريعي تقوم على إجماع المشرع عن ممارسة اختصاصه المحدد في الدستور وهو التشريع، في إطار مبدأ الانفراد التشريعي بنوعيه المطلق والنسبي، بمعنى اتخاذ البرلمان سلوكا سلبيا تجاه اختصاصه الدستوري، إلا أن هناك تشابه بين فكرة الإغفال التشريعي وغيرها من السلوكات السلبية التي قد يتخذها المشرع، خاصة منها فكرة القصور التشريعي وفكرة عدم الاختصاص السلبى للمشرع ، نعمل على التمييز بينهما تبعا :

### أولا : فكرة الإغفال التشريعي وعدم الاختصاص السلبى للمشرع

ثار خلاف بين الفقه حول فكري الإغفال التشريعي وعدم الاختصاص السلبى للمشرع ( التسلب من الاختصاص)، فهناك من اعتبر الفكرتين مختلفتين من حيث أساس الرقابة وموضوعها وكذلك الهدف منها، بينما ذهب رأي آخر إلى دمج فكرة الإغفال التشريعي ضمن صور عدم الاختصاص السلبى للمشرع ، وهي كلها عيوب تصم التشريع وتصيبه بعدم الدستورية ونوضح رأي كل اتجاه على النحو التالي :

### 1 - التمييز بين الإغفال التشريعي وعدم الاختصاص السلبى

تتعلق فكرة عدم الاختصاص السلبى -بحسب نظر الأستاذ عبد الحفيظ علي الشيمي - بتنظيم الدساتير لاختصاصات السلطات العامة، ولاسيما الوظيفة التشريعية التي ينفرد بها البرلمان دون غيره، بمعنى التشريع في المسائل المحجوزة له دون أن يعهد في ذلك إلى سلطة أخرى، متأثرا في ذلك بعملية توزيع الاختصاص بين السلطات التي تبناها المؤسس الدستوري الفرنسي في دستور 1958، حيث اعتبر أن المواضيع المحجوزة للبرلمان لا يمكنه في إطارها أن يتنازل عن تنظيمها لصالح سلطة أخرى عن طريق التفويض التشريعي.

واستنتج من ذلك أن فكرة عدم اختصاص السلبى للمشرع تظهر في صورتين (1) :

أ-الصورة الأولى:عدم الاخصاص التشريعي غير المقترن بالتفويض التشريعي : يحصل عندما يتخلى المشرع عن اختصاصه ، ولكن دون إحالة إلى سلطة أخرى لممارسة هذا الاختصاص بمعنى دون تفويض تشريعي، واستخلص هذه الصورة من قرار المجلس الدستوري الفرنسي فيما يخص ترك المشرع اختصاصه لصالح السلطة التنفيذية بمناسبة صدور قانون

<sup>1</sup> انظر عبد الحفيظ علي الشيمي ، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا ،مرجع سابق ،ص12.

يتعلق بالقضاء، حيث ترك للائحة موضوعات تدخل بحسب الأصل في اختصاص القانون الأساسي<sup>(1)</sup>، وهكذا أصبح المجلس الدستوري الفرنسي يتصدى لكل محاولة من طرف المشرع تؤدي إلى تخليه عن مباشرة اختصاصاته الدستورية لصالح السلطة التنفيذية ستار التنظيم التشريعي<sup>(2)</sup>.

كما عرفت المحكمة الدستورية المصرية هذه الصورة الممثلة في مخالفة المشرع لقواعد الاختصاص الدستورية، ففي القضية رقم 243 لسنة 21 قضائية تصدت المحكمة الدستورية العليا لتخلي المشرع عن اختصاصه لصالح السلطة التنفيذية تحت ستار التنظيم التشريعي، وكان موضوع القضية يتعلق بحرية التنقل وهي من المسائل المحصورة للبرلمان ( القانون)، وبمناسبة تنظيم المشرع لهذا الحق ترك للائحة تحديد شروط وإجراءات منح جواز السفر للمواطنين طبقاً لما نصت عليه المادتان 8 و 11 من قرار رئيس الجمهورية رقم 97 لسنة 1959 مخالفاً بذلك المواد 41، 50، 51، 52 من الدستور، وانتهت المحكمة الدستورية العليا في هذا الحكم إلى عدم دستورية المادتين 8 و 11 السابقتين ومن بين ما استندت إليه في هذا الحكم: " كان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه إذا ما أسند الدستور تنظيم حق من الحقوق إلى السلطة التشريعية فلا يجوز لها أن تتسلب من اختصاصها، وتحيل الأمر برمته إلى السلطة التنفيذية دون أن تقيدها في ذلك بضوابط عامة وأسس رئيسية تلتزم بالعمل في إطارها، فإذا ما خرج المشرع على ذلك وأناط للسلطة التنفيذية تنظيم الحق من أساسه، كان متخلياً عن اختصاصه الأصيل المقرر بالمادة 86 من الدستور ساقطاً - بالتالي - في هوة المخالفة الدستورية"<sup>(3)</sup>

ب- أما الصورة الثانية: فتتعلق بعدم الاختصاص السلبي المقترن بتفويض تشريعي: ويكون هذا في حالة الظروف الاستثنائية، حيث يتنازل المشرع عن جزء من اختصاصه لصالح السلطة التنفيذية، وقد تصدى المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية المصرية العليا لهذه المسألة وذلك من خلال تحديد الضوابط الدستورية للتفويض التشريعي .

وقد حرصت المحكمة الدستورية المصرية العليا على تحديد ضوابط التفويض التشريعي بقولها: " يشترط لسلامة التفويض وصحته أن تطرأ ظروف استثنائية تبرره، وأن يكون محدد المدة، معين الموضوعات التي يجري فيها والأسس التي يقوم عليها، وكلها قيود على السلطة التنفيذية حتى لا تمارس ذلك الاختصاص الاستثنائي بإصدار قرارات لها قوة القانون إلا أن تقوم

<sup>1</sup> نفس المرجع، ص 13.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 14.

<sup>3</sup> أورده عبد الحفيظ علي الشيمي، نفس المرجع، ص 15.

مبرراته ودواعيه، على أن يكون ذلك في الحدود ووفقا للضوابط التي تضعها السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصيل في ممارسة وظيفة التشريع<sup>(1)</sup>.

ومن هذه الأحكام خُصّ الفقه إلى أن الإغفال أو السكوت التشريعي إنما ينم عن إغفال جانب من جوانب الموضوع محل التنظيم، ومن ثم فإن هذا الإغفال أو السكوت غير مصحوب بالإحالة إلى سلطة أخرى، أما عدم الاختصاص السلبي فلنّه يشمل تخلي المشرع عن اختصاصه لصالح السلطة التنفيذية<sup>(2)</sup>، ومن هنا استخلص جوانب الفروق بين الفكرتين حيث اعتبر فكرة عدم الاختصاص السلبي - والتي استنتجها من السلوك السلبي للإدارة - بمثابة مخالفة المشرع لقواعد توزيع الاختصاص المحدد بالدستور، أما الإغفال التشريعي لا يعتبر مخالفة لقواعد الاختصاص وإنما المشرع لم يمارس اختصاصه دون تركه لسلطة أخرى<sup>(3)</sup>، كما أن عدم الاختصاص السلبي هو مسلك إرادي من طرف المشرع بينما الإغفال التشريعي هو حسب الأصل مسلك غير إرادي . كما يختلفان أيضا من حيث الأساس، فأساس فكرة عدم الاختصاص السلبي هو مبدأ الانفرد التشريعي بمسائل معينة ومن ثم مخالفة المشرع لقواعد الاختصاص إذا ما ترك هذه الموضوعات للسلطة اللائحية، في حين أن الأساس القانوني لفكرة الإغفال التشريعي هي مخالفة التشريع لسمو الدستور، كما أن فكرة عدم الاختصاص السلبي هي من العيوب الخارجية للتشريع، بينما لا يمكن أن تعتبر فكرة الإغفال التشريعي من العيوب الخارجية للتشريع بل إنها مخالفة صريحة لمضمون النص الدستوري المحدد لقواعد الاختصاص<sup>(4)</sup>، مع علمنا المسبق بأن القواعد الدستورية هي قواعد أمرية وليست قواعد مكملة أو تقريرية .

وإذا كان الأستاذ عبد الحفيظ علي الشيمي ينظر إلى الفكرتين على أنهما مختلفتين، فهناك من اعتبر الإغفال التشريعي صور من صور عدم الاختصاص السلبي للمشرع .

## 2- الإغفال التشريعي صورة من صور عدم الاختصاص السلبي

ذهب الفقه الفرنسي (Louis faveur) والفقه المصري (عبد أحمد الغفلول و أحمد فتحي سرور) إلى اعتبار فكرة الإغفال التشريعي صورة من صور عدم الاختصاص السلبي،

<sup>1</sup> أورده عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 17.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 22.

<sup>3</sup> نفس المرجع، ص 24.

<sup>4</sup> نفس المرجع، ص 25.

باعتبارها صور من صورة تخلي المشرع عن ممارسة اختصاصه، مستنديين في ذلك إلى فكرة عدم الاختصاص السلبي للسلطات الإدارية - التي أقرها قضاء مجلس الدولة الفرنسي- حيث يتكرر المشرع لاختصاصاته التشريعية كما حددتها القواعد الدستورية تماما كما هو الحال بالنسبة لتكرر السلطات الإدارية لاختصاصاتها التقريرية (1) .

غير أن صور هذا التكرر لا يمكن أن تكون واحدة في الحالتين نظرا للاختلاف بين مجالي عمل المشرع والسلطة الإدارية من ناحية، واختلاف نوع الرقابة التي تخضع لها كل منهما من ناحية أخرى (2) .

إلا أن تخلي المشرع عن ممارسة اختصاصه قد يختلف، فقد يشمل امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي بشأن مسألة معينة أو مجموعة من المسائل إما بصورة تامة فيترتب عليها الفراغ التشريعي التام بشأن هذه المسائل، وإما بصورة جزئية كما لو تدخل المشرع لتسوية هذه المسائل ولكن بصورة منقوصة لا تفي بالغرض المطلوب ، بحيث يترتب على ذلك فراغ تشريعي جزئي بشأن تنظيم هذه المسائل (3) .

كما يشمل أيضا حالات تخلي البرلمان ( المشرع ) عن اختصاصاته التشريعية بصدد مسألة معينة أو مجموعة من المسائل لصالح غيره من السلطات وذلك إما عن طريق تجاوز حدود عملية تفويض بعض اختصاصاته التشريعية إلى السلطة التنفيذية عملا بأحكام الدستور، أو عن طريق تضمين ما يصدر عنه من تشريعات ما يوحي للسلطة المكلفة بتنفيذ القوانين بأن تقوم بالإضافة إليها أو تعديل أحكامها أو تعطيل تنفيذها، أو عن طريق المبالغة في العمومية في صياغة أحكام القواعد القانونية لتكون إحالة ضمنية لسلطة التنظيم ، فكلها سلوكيات سلبية للمشرع ينتج عنها عدم الوجود الكلي أو الجزئي للقاعدة القانونية وعدم ممارسة المشرع لاختصاصه كما هو مفترض فيه دائما .

ويبدو أن الرأي الثاني هو الراجح ، فليكن كان المشرع قد خالف قواعد الاختصاص أو أغفل ممارسة اختصاصاته فإنها كلها تدخل ضمن مخالفة سمو الدستور، كما أن القول بأن أساس رقابة الإغفال التشريعي هي سمو الدستور ، فليكن مبدأ سمو الدستور هو أساس الرقابة على دستورية القوانين مهما كانت المخالفة الدستورية ولا تنحصر على حالة الرقابة على الإغفال

<sup>1</sup> عيد أحمد الغفلول ، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ، مرجع سابق، ص113.

<sup>2</sup> نفس المرجع ، ص 114.

<sup>3</sup> نفس المرجع ، ص114

التشريعي فقط، بالإضافة إلى أن المشرع عند مخالفته للدستور بعدم ممارسته لاختصاصه سواء بإحالة إلى سلطة أخرى أو عدم الإحالة إليها فإنها كلها سلوكات تصب في المخالفة الدستورية لعدم ممارسة المشرع لاختصاصه الأصيل طبقاً لمبدأ الانفرد التشريعي.

### ثانياً: فكرة الإغفال التشريعي والقصور التشريعي

توصلنا فيما سبق إلى أن فكرة الإغفال التشريعي تتعلق باتخاذ المشرع موقفاً سلبياً من اختصاصه الدستوري فلم يمارسه جزئياً أو كلياً في حالات معينة ولأسباب معينة أيضاً، ويكون هذا العزوف إما في صورة التخلي الكلي وعدم معالجة مسألة ما رغم أنها تدخل في اختصاصه الأصلي، أو أنه نظمها بصورة جزئية، كما قد يتنازل عن اختصاصه لسلطة أخرى وذلك باستعمال طرق يظهر فيها أنه يمارس اختصاصه وذلك بوجود تشريع معين ملموس إلا أنه يستعمل أساليب التنازل الضمني لاختصاصه للسلطة التنفيذية، إما بتفويضه اختصاصه التشريعي أو التوسع في الإحالة إلى سلطة التنظيم، أو الإفراط في العمومية.

أما **القصور التشريعي** : الذي يعني عدم كفاية النص التشريعي الموجود فعلاً للوفاء بتغطية ومعالجة المسألة أو الموضوع الذي تولى تنظيمه بشكل جيد، سواء من حيث حجم التغطية أو نوعها أو مستواها، وعموماً من حيث فن الصياغة القانونية<sup>(1)</sup>، ويقصد به أيضاً عدم ملائمة النص القانوني للحياة الاجتماعية والسياسية السائدة في المجتمع وقت تطبيقه، ويحدث هذا القصور بسبب التطور الجوهري للمجتمع بحيث تصبح القوانين التي وضعت سابقاً غير ملائمة لهذا التطور<sup>(2)</sup>، ولكن القانون في كل الأحوال يعد تجسيدا لسلوك إيجابي من المشرع عندما يبادر بتنظيم الموضوع أو المسألة محل البحث و توصل إلى وضع القانون الخاص بها.

إذن معيار التفريق بين الفكرتين هو أن الأولى تتعلق بسلوك سلبي من المشرع أما الثاني فتتعلق بسلوك إيجابي يجسد في قانون ملموس ينظم مسألة معينة ولكن بصورة منقوصة.

كذلك يتجسد التمييز بين الامتناع الكلي للمشرع وفكرة القصور التشريعي في نوعية الأحكام الصادرة عن القاضي الدستوري وسلطاته في معالجته لكل حالة - رغم أن الامتناع الكلي للمشرع كانت محل رفض من طرف الفقه الإيطالي بخصوص خضوعها لرقابة القاضي

<sup>1</sup> عزاوي عبد الرحمن ، مقالة بعنوان : الرقابة على السلوك السلبي للمشرع : الإغفال التشريعي نموذجاً، مرجع سابق، ص 87.

<sup>2</sup> أنظر فارس حامد عبد الكريم ، مقالة بعنوان : بحث في فلسفة القانون ( القصور التشريعي ) / <http://www.alnoor.se>

الدستوري- (1) فإن الأحكام الصادرة عن القاضي الدستوري فيما يخص القصور التشريعي يطلق عليها الأحكام المضيفة Arrêts additifs، وهي الأحكام التي لجأت إليها المحاكم الدستورية الإيطالية لمعالجة القصور التشريعي، أما الإغفال التشريعي في صورة الامتناع التشريعي فيعالجها القاضي الدستوري عن طريق الأحكام الإيعازية، وذلك لأن المشرع قد تخلى كلياً عن ممارسة اختصاصه التشريعي وهو ما سيأتي شرحه بالتفصيل في الفصل الثاني من هذا البحث .

قد يتخذ المشرع عدة سلوكيات لإحجامه عن ممارسة اختصاصه التشريعي انطلاقاً من مبدأ إنفراده بالتشريع نشرحها في المطلب الثاني.

## المطلب الثاني

### صور الإغفال التشريعي

---

<sup>1</sup> أنظر محمد فوزي النويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2008، ص104.



سبقت الإشارة إلى أنه يقصد بالإغفال التشريعي - أو الامتناع التشريعي كما يطلق عليه بعض الفقه - عزوف البرلمان عن ممارسة اختصاصاته التشريعية الموكولة إليه بموجب أحكام الدستور، باعتباره صاحب الولاية العامة في التشريع، كما يعني أيضا حالة تنكر البرلمان لاختصاصاته الدستورية كما حددتها القواعد الدستورية، إلا أن هذا السلوك السلبي من المشرع قد يتخذ عدة صور، حاول الفقه صياغتها من خلال الرجوع إلى أحكام القضاء الدستوري وحددها بالحالات التي يمكن القول فيها أن المشرع قد وقع في حومة الإغفال التشريعي، ويكون إما بصورة الإغفال أو السكوت الكلي (الفرع الأول)، أو الجزئي (الفرع الثاني) <sup>(1)</sup>، أو الإغفال بالطريق الملتوي <sup>(2)</sup> (الفرع الثالث) وهو ما نعمل على دراسته وتوضيحه تبعا لما يلي:

## الفرع الأول

### الإغفال أو السكوت التشريعي الكلي (التوك)

يقصد بالإغفال أو السكوت <sup>(3)</sup> التشريعي المطلق حالة الغياب الكلي أو عدم الوجود الكلي للتشريع أو لقاعدة قانونية تتعلق بحالة قانونية محددة بالدستور كان على المشرع تنظيمها <sup>(4)</sup>.

كما يقصد به امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي بشأن مسألة معينة أو مجموعة من المسائل مما يترتب عنه فراغ تشريعي.

وقد ظهرت فكرة الامتناع التشريعي أول مرة لدى الفقه الألماني، حيث يعتبر السيد "Wessel" قاضي المحكمة الدستورية بألمانيا أول من أشار إلى فكرة التمييز بين الإغفال الكلي والإغفال النسبي أو الجزئي *omission absolue et omission relative*، لكن من تفقه فيها

<sup>1</sup> عبد الحفيظ علي الشمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق ص 120.

<sup>2</sup> أنظر عزوي عبد الرحمن، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع: الإغفال التشريعي نموذجا، مرجع سابق، ص 90.

<sup>3</sup> يعرف السكوت في فقه القانون: بأن السكوت في ظاهره هو عدم التعبير عن الإرادة، بل أكثر هو انعدام التعبير بنوعيه صريحا كان، أو ضمنيا. أورده يعيش مجيد، دور السكوت في التصرفات القانونية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008، 2007، ص 8. أما السكوت التشريعي في الشريعة الإسلامية: فيقصد به أنه لم يرد في المسألة المسكوت عنها نص صريح من الكتاب أو السنة النبوية ولم يرد بشأنه إجماع، ودلالة هذا السكوت الإباحة الأصلية أي لم ينص الشارع على تحريم متعلمها من الأشياء والأفعال - ويطلق عليها كثير من الأصوليين اسم البراءة الأصلية وهي تسمية تشعر بعدم ورود نص بشأنها، وقد كان هذا الأمر يتعلق بمسائل خلافية كثيرة بين العلماء وهي الأشياء المسكوت عنها من قبل الشارع هل هي على الإباحة أو على التحريم والراجح عند الجمهور أن الأصل في الأشياء بعد البعثة الإباحة. لتفصيل أكثر حول السكوت في الشريعة الإسلامية راجع رمزي علي دراز، السكوت التشريعي في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، 2004، ص 74.

<sup>4</sup> عبد الحفيظ علي الشمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 120.

هم الفقهاء الإيطاليين وقد ساعدتهم في ذلك حالة الفراغ التشريعي التي عاشتها إيطاليا منذ دستور 1948، وذلك بسبب عدم ممارسة البرلمان لاختصاصاته التشريعية نتيجة حالة عدم الاستقرار السياسي، فكثيرا ما كان حل أحد مجلسي البرلمان هو المخرج الوحيد ل حل الانسداد السياسي بسبب عدم اتفاقهما على قراءة مماثلة لمشروعات القوانين المقدمة إليهما، ولعدم وجود حزب معين يتمتع بأغلبية مريحة يمكنه مواجهة الانقسامات داخل البرلمان ، بسبب قيام الانتخابات التشريعية في إيطاليا على أساس نظام التمثيل النسبي بصورة كاملة حتى عام 1992<sup>(1)</sup> .

وقد طرحت مشكلة إغفال المشرع وتركه اختصاصاته مشكلة قانونية وسياسية<sup>(2)</sup>، تتعلق بجواز أن يكون سكوت المشرع محلا للرقابة ، ويقصد بها الرقابة التي تمارسها الجهة المكلفة دستوريا بالرقابة على دستورية القوانين<sup>(3)</sup>، بمعنى هل يمكن أن يكون سكوت المشرع محلا أو موضوعا للرقابة الدستورية أم لا ؟ كما طرحت الإشكال بشأن محل هذه الرقابة ؟ لأنه لتفعيل الرقابة على دستورية القوانين يشترط وجود قانون ملموس ثم احتمال عدم دستوريته؟

في الحقيقة كان هذا الأمر محل خلاف بين الفقه الإيطالي، فهناك من اعتبر امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي مما يشكل فراغا تشريعا وجها من أوجه عدم الدستورية، بينما نفى جانب آخر ذلك بحجة أن عملية التدخل بالتشريع من صميم السلطة التقديرية للمشرع وسنتعرض فيما يلي: لموقف الفقه باتجاهاته المختلفة من هذه الرقابة، وموقف التشريعات منها وأخيرا موقف القضاء من هذه الرقابة.

### أولا: موقف الفقه من رقابة الإغفال التشريعي (الامتناع التشريعي)

انقسم الفقه في هذا الصدد إلى اتجاهين،الاتجاه الأول يرفض الرقابة على دستورية الامتناع التشريعي، وآخر يؤيدها، وفيما يلي توضيح لرأي كل اتجاه مع ذكر أسانيدده وحججه .

#### 1- الاتجاه الرافض للرقابة على دستورية الامتناع التشريعي(الإغفال التشريعي الكلي)

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن امتناع المشرع عن التشريع لا يمكن أن يكون محلا لرقابة الدستورية، وحججهم في ذلك هي:

<sup>1</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ، مرجع سابق، ص115.

<sup>2</sup> عزاوي عبد الرحمن، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع : الإغفال التشريعي نموذجا، مرجع سابق ، ص 85.

<sup>3</sup> الرقابة على دستورية القوانين : هناك نوعين من الرقابة، الرقابة السياسية وهي الرقابة التي تتولى فيها هيئة غير قضائية الرقابة على دستورية التشريعات، أما الرقابة القضائية وتتعلق بقيام السلطة القضائية أو محكمة قضائية دستورية متخصصة بمباشرة الرقابة على دستورية التشريعات، لمزيد من التوضيحات، أنظر عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، الدعوى الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2002، ص24.

أ- أنه من الصعب أن تنصب رقابة القاضي الدستوري على امتناع المشرع عن تنظيم مسألة معينة بصورة جزئية أو بصورة كاملة لأن ذلك يعني وقوع هذه الرقابة على قواعد غير موجودة بالفعل Normes insistentes<sup>(1)</sup>، لأن الرقابة التي تباشرها الهيئة الدستورية المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين تشترط وجود قانون ملموس أي أن المشرع صدر عنه نص قانوني ثم احتمال عدم دستوريته<sup>(2)</sup>

ب- إن إقرار هذه الرقابة من شأنه أن يؤدي إلى نسبة القاضي الدستوري بعض القواعد القانونية للمشرع، في حين أن هذه الأخيرة لم تصدر عنه أصلاً<sup>(3)</sup>، بمعنى القاعدة القانونية غير موجودة (سلوك سلبي).

ج- إن قيام القاضي الدستوري بتفسير النص الخاضع لرقابته بصورة توحى بصدوره عن المشرع بصورة ناقصة أو غير مكتملة وذلك في حالة الامتناع الجزئي، مناسبا بذلك إلى إرادة المشرع نصاً أو بعض نص لم يصدر عنه أصلاً، وهو أمر لا يخلو من التجاوز لأنه يمثل إضافة غير مبررة للنص لم يذهب إليها المشرع، والذي لو أراد إقرار حكم معين لأقره صراحة، وفي هذا الصدد يقول الفقيه Terri Dimano: (إن كل ما ليس جزء من الخاضع للرقابة لا يمكن اعتباره قاعدة قانونية موجودة ولا يمكن بناء على ذلك نسبته إلى المشرع)، ويضيف إلى أنه (لا شك في أن مجال تحرك المحكمة الدستورية يتسم بالسعة وليس باللامحدودية فهي تستطيع بالتأكيد هدم ما أقامه المشرع بالمخالفة لأحكام الدستور ولكنها لا تستطيع إقامة ما لم يقمه المشرع ذاته)<sup>(4)</sup>.

د- كما يستند أصحاب هذا الاتجاه إلى ضرورة التطابق بين النص Texte أو كما يسميه الفقهاء الايطاليين "الحكم" Disposition من ناحية و القاعدة Norme التي يحتويها النص و يعبر عنها من ناحية أخرى، فالنص أو الحكم هو الوعاء الذي يحمل القاعدة أو الثوب الذي تظهر فيه، أما القاعدة فهي باختصار على حسب قول Kilsen مدلول النص، أو مدلول العمل القانوني، وعلى ذلك فإذا غاب النص فإنه لا يتصور وجود القاعدة ويصبح من المتعذر بالتالي مراقبة القضاء الدستوري لقواعد غير موجودة<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 288.

<sup>2</sup> أنظر في هذا الصدد عبد العزيز محمد سلمان، رقابة دستورية القوانين، ط1، دار الفكر العربي، ص 109.

<sup>3</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 117.

<sup>4</sup> نفس المرجع، ص 118.

<sup>5</sup> أورده عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 118.

هـ- كما استند الأستاذ عبد العزيز محمد سالماني على فكرة أن التدخل بالتشريع أو عدم التدخل، بمعنى آخر أن تقرير الحاجة إلى التشريع ومن ثم التدخل لتنظيم الموضوع محل التشريع أو عدم الحاجة إليه ومن ثم السكوت، يعد أهم خصائص السلطة التقديرية للمشرع، ما لم يطلب منه الدستور هذا التدخل، ومن ثم فإن السكوت عن التنظيم لمسألة ما لا تعد من قبيل الإغفال التشريعي وليست مدعاة لرقابة المشرع في هذه الجزئية، إذ لا توجد صلة بين الحاجة إلى التشريع وبين دستوريته (1) ذلك لأن مبدأ الفصل بين السلطات يقتضي أن تستقل السلطة التشريعية بالتشريع واختصاصها في هذا الشأن في غالب الدساتير شبه مطلق كقاعدة عامة، فمدى الحاجة إلى التشريع أمر تختص به هذه الأخيرة وفقاً للملاءمة السياسية التي تراها، فهي تقدر متى تتدخل لوضع تشريع معين ومتى تتدخل لإلغائه وتعديله، فلا يعقل أن يحدد الدستور مدى الحاجة إلى التشريع مستقبلاً، فإذا ما تبين على وجه القطع أن تشريعاً ما يدخل في اختصاص البرلمان فإن تقدير الحاجة إلى هذا التشريع ومدى ضرورته يدخل في اختصاص هـ وحده باعتباره عنصراً من عناصر السياسة التشريعية التي يُمنع على المحاكم التدخل فيها، كما أنه لا توجد صلة بين الحاجة إلى التشريع وبين دستوريته (2)، إضافة إلى أن المحكمة - بطبيعتها الحال - ليست سلطة تقويمية على المشرع، والرقابة لا تنصب على إصدار أحكام تقويمية على التشريع من ناحية ملاءمة أو مدى صلاحيته الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، فهذه الملائمة هي أخص من مظاهر السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع (3)، فالدستور جعل له ولاية التشريع وأطلق سلطته في تقدير ملاءمتها ووزن مناسباتها، فالرقابة في هذه الحالة تعني رقابة قانونية مضمونها مطابقة التشريع للدستور أو عدم مطابقته نصاً وروحاً، دون أن تعني أن تحل المحكمة محل المشرع فيما هو متروك لتقديره ووزنه واقتناعه، إذ ليس من حقها أن تستأنف النظر بالموازنة والترجيح فيما قام لدى المشرع من اعتبارات سياسية قدر على مقتضاها

<sup>1</sup> نفس المرجع، ص 118.

<sup>2</sup> أنظر عبد العزيز محمد سالماني، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 109.

<sup>3</sup> يقصد بالسلطة التقديرية للمشرع: هي حرية المفاضلة بين البدائل وخيارات موضوعية، بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يهدف إليه دون أن يفرض عليه الدستور طريقاً بذاته حيث يجب عليه إتباعه، أو توجيهها محددًا يتعين عليه التزامه، أنظر عبد العزيز محمد سالماني، نفس المرجع، ص 341. فالأصل هو حرية السلطة التشريعية، والاستثناء هو القيود التي يرضعها الدستور وهي قيود فضفاضة عادة، على عكس سلطة الإدارة، فإن الأصل أن تقتصر وظيفتها على تنفيذ ما جاءت به القوانين، وفي حدود قواعد الشكل، والاختصاص من ثم كان التقييد هو الأصل والحرية هي الاستثناء، أنظر سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة - راجعه ونقحه محمد محمود عاطف، دار الفكر العربي، طبعة مزيدة ومنقحة، 2006، ص 32. أنظر محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص 587.

ملاءمة إصدار التشريع<sup>(1)</sup>. وبالتالي فإن الرقابة على امتناع المشرع عن التشريع وهو مالك للسلطة التقديرية في التدخل أو عدم التدخل يشكل مصادرة لإرادة المشرع في تقدير التشريع وغلاً ليده عن مباشرة وظيفته في الحدود الدستورية التي تقتضيها هذه الوظيفة، وما تستلزمه من حرية في وزن مناسبات التشريعات التي تسنها وتقدير ملاءمة إصدارها الأمر الذي يتناقض مع واجب المشرع المتمثل في التجاوب مع مقتضيات التطور، ومن ثم يتعين على المحكمة الدستورية ألا تتدخل في السياسة التشريعية، فنشاط المحكمة يتعين أن يقف عند عدم المشروعية ولا يتجاوز إلى وزن مناسبات التشريع أو سياسته مما يدخل في نطاق الملاءمة التقديرية للمشرع وحده<sup>(2)</sup>، وفي هذا الصدد قضت المحكمة الدستورية المصرية بأن "المناطق في تقرير دستورية التشريع أو عدم دستوريته عند إعمال الرقابة القضائية هو مدى اتفاق التشريع أو مخالفته لأحكام القانون الأسمى وهو الدستور، وولاية المحكمة العليا لا تمتد إلى مناقشة ملاءمة التشريع أو البواعث التي حملت السلطة التشريعية على إقراره، لأن ذلك كله مما يدخل في صميم اختصاص السلطة التشريعية وتقديرها المطلق، وأنه ليس لها إلا أن ترد النصوص التشريعية المطعون فيها لأحكام الدستور الشكلية والموضوعية لا أن تخوض في بواعثها أو تناقش دوافعها"<sup>(3)</sup>.

ويقول الأستاذ عبد الحفيظ علي الشيمي مدعماً رفض الفقه للرقابة على الامتناع التشريعي أنه "في حالة السكوت المطلق يكون أمام غياب كلي للقاعدة القانونية، ولهذا ليس من السهولة القول بامتداد الرقابة على هذا السكوت المطلق، لأن القول بذلك يعني حلول القاضي الدستوري محل السلطة التشريعية في تقدير الكثير من الأمور أولها : مدى الحاجة إلى القانون وثانيه ما : مدى ضرورة هذا القانون وثالثها تقدير الظروف الملائمة لصدور القانون، وهذه الأمور هي من أخص سمات السلطة التقديرية للمشرع"<sup>(4)</sup>.

وهو ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية في مصر فيما يتعلق بموضوع الرقابة على الإغفال التشريعي، فمنذ نشأتها وللوهلة الأولى كانت قد اقتصرت رقابتها على الإغفال الجزئي دون أن

<sup>1</sup> عبد العزيز محمد سالمان ، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق ، ص 109.

<sup>2</sup> نفس المرجع ، ص 110.

<sup>3</sup> أنظر قضية رقم 5 لسنة دستورية لجلسة 03-07-1976 والقضية رقم 14 لسنة 17 قضية دستورية بجلسة 02-09-1995،

أوردهما عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق ، ص 124

<sup>4</sup> نفس المرجع ، ص 124.

تمد رقابتها على الامتناع الكلي عن التشريع، ذلك أن سلطة سن القانون هي من صميم السلطة التقديرية للمشرع<sup>(1)</sup> كما سبق توضيح ذلك، بمعنى أن موقفها كان مؤيدا لهذا الاتجاه.

وفي مواجهة هذا الرأي ظهر جانب آخر من الفقه يعتبر امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي بصفة كاملة أو جزئية وجها من أوجه عدم الدستورية وهو ما نوضحه في الجزئية الموالية.

## 2-الاتجاه المؤيد للرقابة على الإغفال التشريعي الكلي

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يجب على القاضي الدستوري مراجعة امتناع المشرع عن التدخل لتنظيم مسائل معينة يفرض عليه الدستور ضرورة تنظيمها، ويرد أصحاب هذا الاتجاه على الحجج التي استند إليها أصحاب الرأي الأول، فيما يتعلق بعدم إمكانية القاضي الدستوري بسط رقابته على قواعد غير موجودة اعتمادا على ضرورة تلازم كل من النص والقاعدة بالقول أنه: لا يوجد تلازم دائم بين القاعدة والنص، فهناك قواعد قانونية لا يحملها نص معين وأبرز مثال على ذلك القاعدة العرفية والمبادئ العامة للقانون. كما أنه قد توجد نصوص لا تحمل قواعد قانونية ومثال ذلك النصوص التي تحمل خطابا سياسيا معنا<sup>(2)</sup>، ويضيفون أن سكوت المشرع عن تنظيم مسألة معينة يُؤد قاعدا ضمنية والرقابة في هذه الحالة تكون على قواعد غير موجودة حيث يفهم من هذه القواعد اتجاه نية مصدرها إلى وضع بعض القيود على استعمال حق معين أو رخصة معينة من جانب الأفراد أو ترك مسألة معينة أو مجموعة من المسائل دون تنظيم رغم التوامه بالتدخل لتنظيمها من حيث المبدأ، كما يعتبر جانب من الفقه أن الرقابة على السكوت المطلق (الامتناع التشريعي) يمثل أقصى صور الرقابة على الإخلال الدستوري<sup>(3)</sup>.

أما فيما يتعلق بالتدخل بالتشريع وعدمه و اعتباره من قبيل السلطة التقديرية للمشرع التي تفلت من الرقابة على دستورية القوانين، فيرد أصحاب هذه الاتجاه بالقول: أن السلطة التشريعية (البرلمان) والتي تضم ممثلي الشعب هي أقدر الهيئات في الدولة على استجلاء جوانب المصلحة العامة، فهي تمارس هذه الوظيفة واضعة نصب عينيها مصلحة الأفراد التي نصت عليها

<sup>1</sup> أنظر إطلالة على الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ضوء مبدأ الفصل بين السلطات، ورقة مقدمة من وفد الجمهورية مصر العربية إلى المؤتمر العالمي الثاني حول العدالة الدستورية ربودي جانييرو، البرازيل، 16-18 يناير 2011، ص13، <http://www.venice.coe.int/wcc/riopapers/2011/egy.supremecourt>

<sup>2</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص212.

<sup>3</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 123.

نصوص الدستور أو صاغت مبادئه العامة، وهي في سبيل ذلك لها حرية التقدير والاختيار بين بدائل تشريعية عديدة كلها مشروعة ومتفقة مع الدستور نصا وروحا، بمعنى أنها حرة في تقدير ملائمة التشريع من الناحية السياسية وليس للقاضي الدستوري سلطة على ذلك، وإنما ينحصر دوره في إطار الشرعية الدستورية دون الملاءمة السياسية وإذا تجاوز هذا الإطار فإنه يعد منتهكا لحدود مهمته في الرقابة على دستورية القوانين عملا بمبدأ الفصل بين السلطات، ومع ذلك لا تعني إطلاق يده في عملية التشريع ذلك أن المشرع يمارس سلطته التقديرية عند التشريع مستهدفا تحقيق أهداف الدستور، فالسلطة التقديرية ليست حرية مطلقة ولكنها حرية في إطار الأغراض التي يتوخاها الدستور وإلا تحولت إلى نوع من التحكم الذي يخضع للرقابة، فإذا انحرفت عن الأهداف الدستورية وقعت أعمالها في حومة الرقابة، والذي يخرج عن نطاق الرقابة الملائمة لاختيار بديل بين عدة بدائل تتفق مع أهداف الدستور<sup>(1)</sup>.

ويبدو أن هذا الاتجاه هو الاتجاه الغالب وهذا بحسب رأي القضاء الدستوري من هذه الرقابة، وفي الأخير حسمت بعض الدساتير المقارنة هذا الجدل الفقهي لصالح الاتجاه المؤيد للرقابة على الإغفال التشريعي وهذا ما سنوضحه لاحقا.

### ثانيا: موقف القضاء الدستوري من رقابة الإغفال أو السكوت التشريعي

نستطيع القول أن موقف القضاء الدستوري من موضوع الرقابة على الإغفال التشريعي الكلي يتفق مع الاتجاه الفقهي المؤيد لخضوع هذا الأخير لرقابة الدستورية، ونجد ذلك في قضاء كل من المحكمة الدستورية المصرية والمجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية بجنوب إفريقيا، وبرر الفقه هذه الرقابة على أساس سلطة القاضي الدستوري في تفسير النص التشريعي الخاضع للرقابة الدستورية واستخلاص القاعدة الضمنية المخالفة للدستور، ونستدل من ذلك بالمبدأ الذي أعلنته المحكمة الدستورية العليا في مصر في واحد من أهم أحكامها والذي يتمثل في أن "اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة إذا انطوى النص على إهدار ضمني لحق من الحقوق التي كفلها الدستور"<sup>(2)</sup>.

أما فيما يتعلق باعتبار الإغفال من ضمن السلطة التقديرية للمشرع التي تخرج عن الرقابة الدستورية فقد أقرت المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكمها الصادر في القضية 131 لسنة 6 قضائية بقولها: "الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم

<sup>1</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص125.

<sup>2</sup> أورده عبد الحفيظ الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص127.

يقيدها الدستور بقيود محددة ، وأن الرقابة على دستورية القوانين لا تمتد إلى ملائمة إصدارها إلا أن هذا لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور".<sup>(1)</sup>

وفي حكمها الصادر في القضية رقم 37 لسنة 8 قضائية بقول : "الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنها سلطة تقديرية ما لم يقيدها المشرع الدستوري بضوابط معينة تحد من إطلاقها وترسم بالتالي حدود لممارستها لا يجوز تخطيها، وكان الدستور إذ يعهد إلى السلطة التشريعية بتنظيم موضوع معين، فإن تشريعاتها في هذا الإطار لا يجوز أن تتال من الحق محل الحماية الدستورية، ذلك باقتحامها - بالنقض أو الانتقاص - المنطقة التي اعتبرها الدستور مجالاً حيويًا لهذا الحق لضمان فعاليته"<sup>(2)</sup>.

وما يدعم هذه الوجهة ما جاء في تقرير هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 67 لسنة 22 قضائية دستورية ، وكانت الدعوى تدور حول طلب الحكم بعدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم 6 لسنة 1997 بتعديل الفقرة الثانية من المادة 29 من القانون 99 لسنة 1977 وبعض الأحكام بإيجار الأماكن غير السكنية، وقد جاء في هذا التقرير ما يؤكد وجود قاعدة قانونية ضمنية ناتجة عن الإغفال التشريعي ومخالفة لمبدأ المساواة ومبدأ تكافؤ الفرص كما ورد بالدستور<sup>(3)</sup>.

هذا ما يتعلق بموقف القضاء لكن هناك من التشريعات ما نصت قوانينها على اعتبار الإغفال أو امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه بصفة كلية أو جزئية من أوجه عدم الدستورية.

### ثالثاً: موقف التشريعات من رقابة الدستورية على الإغفال التشريعي (السكوت الكلي)

يعتبر موضوع الرقابة على دستورية القوانين من أهم المسائل، بل يعتبر فقه القانون العام القاضي الدستوري حامي مبدأ المشروعية<sup>(4)</sup> في الدولة، لذلك فتتنظيم هذا الموضوع يكون على مستوى نصوص الدستور والقوانين المنظمة لعمل جهات القضاء الدستوري، لهذا يجب البحث عن فكرة الرقابة على الإغفال التشريعي الكلي ضمن هذه النصوص.

<sup>1</sup> أورده عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص128.

<sup>2</sup> أورده عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص125.

<sup>3</sup> أورده عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص120.

<sup>4</sup> يقصد بمبدأ المشروعية سيادة القانون أي خضوع جميع الأشخاص بما فيها السلطة العامة بكل هيئاتها وأجهزتها للقواعد القانونية السارية المفعول في الدولة، لمزيد من التوضيحات أنظر، محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، طبعة مزيدة ومنقحة، 2008، ص8.



وإن كانت رقابة الإغفال التشريعي ( السكوت الكلي ) قد اعتمدت في وجودها على جهود الفقه وتفسير القضاء الدستوري لدوره في الرقابة على دستورية القوانين فإن بعض الدساتير قد أقرتها صراحة بأن جعلت من امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي وجها من أوجه عدم الدستورية حاسمة بهذا الموقف الجدل الفقهي وتذبذبات القضاء الدستوري، ومن هذه التشريعات التشريع الأساسي البرتغالي حيث نصت المادة 283 على أنه: ( 1- يمكن للمحكمة الدستورية بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو من وسيط العدالة Proveedor de justicia في حالة انتهاك حقوق وحدات الإدارة المحلية، أو من رؤساء المجالس التشريعية المحلية، أن تراجع وتراقب حالات انتهاك الدستور عن طريق الامتناع عن اتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لوضع القواعد الدستورية موضع التطبيق.

2- إذا انتهت المحكمة الدستورية إلى وجود حالة من حالات عدم الدستورية بطريق الامتناع ينبغي عليها أن تبلغ ذلك إلى الجهاز التشريعي المختص )

ومن الواضح أن رقابة الامتناع التشريعي في الدستور البرتغالي تهدف إلى محاصرة حالات "انتهاك الدستور عن طريق الامتناع عن اتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لوضع القواعد الدستورية موضع التنفيذ"، ومن استقراءها استنتج الفقه البرتغالي أن رقابة الامتناع لا تكون إلا في حالة ما إذا كان الامتناع عن التدخل لتنظيم مسألة أو مسائل معينة انتهاكا لأحكام الدستور، بمعنى أن هذا النوع من الرقابة لا يحرك إلا حيث يلقي الدستور على عاتق المشرع ضرورة التدخل لوضع قواعده موضع التنفيذ، بمعنى أنه لا يمكن دفع المشرع إلى التدخل تشريعيا عن طريق حكم تصدره المحكمة الدستورية العليا لمجرد تولد رغبة في ذلك لدى السلطات المختصة بتحريك هذه الرقابة، لأن من شأن ذلك أن يمثل انتهاكا للسلطة التشريعية<sup>(1)</sup>، وأن هذه الرقابة لا يمكن تحريكها إلا في حالة ما إذا كانت القاعدة الدستورية غير قابلة لإنتاج آثارها من تلقاء نفسها دون أن يتدخل المشرع لتفعيلها<sup>(2)</sup>، وأن هذه الرقابة تتعلق بالقواعد التشريعية ويقصد بهذه القواعد القوانين الصادرة عن المجلس التشريعي والقرارات بقوانين الصادرة عن الحكومة في المجالات غير المحجوزة للقانون الصادر عن مجلس الجمهورية والقرارات التشريعية الصادرة عن وحدات الإدارة المحلية، واللوائح الداخلية للمجلس التشريعي الوطني (مجلس الجمهورية) والأعمال التنظيمية الصادرة عن جهة الإدارة على المستويين المحلي والوطني<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> عيد أحمد الغفلول ، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق ، ص129.

<sup>2</sup> نفس المرجع ، ص132.

<sup>3</sup> نفس المرجع، ص133.

وبهذا يكون المؤسس الدستوري البرتغالي قد وسع من مفهوم " الإجراءات التشريعية " التي من شأن عدم اتخاذها تنفيذاً للقواعد الدستورية أن يكون سبباً لتحريك الرقابة على الامتثال التشريعي، بينما إذا رجعنا إلى الرقابة على الامتثال التشريعي في فرنسا فنجد المجلس الدستوري يراقب امتثال المشرع عن إصدار قواعد قانونية واجبة<sup>(1)</sup>.

وعلى مستوى آخر، وعلى سبيل المقارنة و المقاربة تعد أعمال الإدارة في فرنسا خاضعة لرقابة مجلس الدولة، على عكس ما هو الحال في البرتغال، التي وسعت من مجال رقابة الامتثال إذا ما قرناه بالقوانين التي تخضع لرقابة الدستورية في مصر حيث حدد اختصاص المحكمة في مجال الرقابة على دستورية النصوص التشريعية أياً كان موضوعها، أو نطاق تطبيقها أو الجهة التي أقرتها وهنا يضم التشريعات الأصلية التي أقرتها السلطة التشريعية أو التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية في نطاق الحدود التي يحددها الدستور<sup>(2)</sup>، وهو ما سار عليه الدستور الجزائري ضمن المادة 165 من دستور 1996 وتتعلق بالقوانين والتنظيمات والمعاهدات والاتفاقيات الدولية<sup>(3)</sup>.

كذلك من بين التشريعات التي أقرت الرقابة على السكوت الكلي للمشرع التشريعي المجري ، حيث نصت المادة الأولى من القانون رقم 92 لسنة 1989 المتعلق بالمحكمة الدستورية على اختصاص هذه الأخيرة بالرقابة على هذا السلوك بصورة أكثر تفصيلاً، وتنص هذه المادة (....- استنتاج حالات عدم الدستورية الناتجة عن الامتثال التشريعي ... omission ( législative )<sup>(4)</sup>.

وقد فسرت المادة 49 من قانون المحكمة تحت عنوان (عدم الدستورية الناتجة عن الاختصاص عدم السلبي )، بأنه امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي و نصت على أنه: ( 1- إذا استتجت المحكمة الدستورية بناء على طلب من أي شخص أو من تلقاء نفسها أن الهيئة التشريعية قد تنكرت لواجباتها التشريعية بصورة تؤدي إلى انتهاك للدستور فإن من الواجب عليها أن تهيب بالهيئة التشريعية المسؤولة عن هذا الامتثال بضرورة التدخل للوفاء بواجباتها مع تحديد تاريخ معين للقيام بذلك.

<sup>1</sup> أنظر عبد العزيز محمد سالم ، مقالة بعنوان : رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، مرجع سابق ، ص9.

<sup>2</sup> للإستزادة أنظر عز الدين الدناصري، عبد الحميد الشواربي، الدعوى الدستورية، مرجع سابق ، ص30.

<sup>3</sup> تنص المادة 165 " يفصل المجلس الدستوري، بالإضافة إلى الاختصاصات التي حولتها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، في دستورية المعاهدات والقوانين، والتنظيمات، إما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ، أو بقرار في الحالة العكسية "

<sup>4</sup> أشار إليها عيد أحمد الغفلول ،فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق ، ص142.

2- وينبغي على الهيئة التشريعية المسؤولة عن هذا الامتناع أن تفي بالتزامها التشريعي خلال المدة التي حددتها المحكمة الدستورية لذلك (1)، فهنا زيادة على تدخل المحكمة الدستورية بإثبات حالة الامتناع التشريعي فإنها بحسب نص المادة تحدد للبرلمان مدة معينة يجب عليه التدخل فيها لتنظيم المسألة المغفلة.

أما الدستور البرازيلي فقد وسع من موضوع رقابة الإغفال التشريعي واعتبر غياب الإجراءات التشريعية أو الإدارية تدخل ضمنه و يقللان من فعالية النص الدستوري . وسيأتي تفصيل الرقابة على الامتناع التشريعي في هذه الدول في الفصل الثاني من هذا البحث.

## الفرع الثاني

### الإغفال التشريعي الجزئي أو النسبي

تتعلق هذه الصورة من الإغفال بوجود قانون ملموس صادر عن السلطة التشريعية، ولكن هذا القانون لم يتضمن تنظيمًا كاملاً ووافقاً للموضوع محل التنظيم ، مما ينتج عنه حالة قانونية غير دستورية يترتب عليها أيضاً حالة غير عادية وغير معقولة لعدم تحقيقه لمبدأ المساواة الدستوري بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة.(2)

بمعنى: قيام المشرع بتنظيم مسألة أو مسائل معينة بصورة منقوصة يمكن أن يترتب عليها فراغ تشريعي لا يتماشى مع التزام المشرع بضرورة ممارسة اختصاصه التشريعي على الوجه المبين في الدستور.

وقد عالج القضاء الدستوري هذه الصورة في العديد من الأحكام نستدل عليها بالحكم الصادر عن المحكمة الدستورية بألمانيا بتاريخ 23 أيار 1969 والتي قضت في حكمها بعدم دستورية النص التشريعي الذي لم يحدد حق الأبناء غير الشرعيين فيما يتعلق بحقهم في الإرث رغم من أن المادة 5/6 من الدستور تكرر كفالة المساواة بين الأبناء الشرعيين والأبناء غير الشرعيين من حيث كفالة الحقوق المادية والمعنوية والاجتماعية (3)، حيث تنص المادة 5/6 ( يجب من خلال سن القوانين توفير الشروط المتكافئة لتمكين الأطفال غير الشرعيين من تطوير كياناتهم

<sup>1</sup> أشار إليها عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص143.

<sup>2</sup> عزاوي عبد الرحمن، مقالة بعنوان: الرقابة على السلوك السلبي للمشرع : الإغفال التشريعي نموذجاً، مرجع سابق، ص90.

<sup>3</sup> أورده عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص30.

الجسدي والروحي والتمتع بمكانتهم في المجتمع كغيرهم من الأطفال الشرعيين (1). وفقا للمادة المذكورة فإنه يتساوى الأبناء الشرعيين وغير الشرعيين في المراكز القانونية من حيث الحقوق المادية والمعنوية والاجتماعية وهذا بموجب أحكام الدستور، إلا أن هذا القانون أغفل تحديد حقوق الأبناء غير الشرعيين من الميراث وهو إخلال بمبدأ المساواة التي كفلها الدستور بين الفئتين حيث قالت المحكمة في هذا الصدد أنه: ( و بعد مضي عشرين عاما على نشر دستور 1949، تعد مدة كافية كان يسمح فيها للمشرع باستيفاء واجبه المنصوص عليه صراحة لوضع الشروط القانونية الواجب توافرها في الأطفال الطبيعيين naturels والأطفال الشرعيين légitimes، وأنه من غير المقبول استمرار النقص إلى نهاية المدة الدستورية للبرلمان )، وإن كانت المدة المتبقية للبرلمان هي 6 أشهر لكن هذا الأخير استطاع في هذه المدة أن يضع مشروع قانون يستوفي فيه ما اوجب علي ه، إلا أنه فشل في إقراره بسبب المقاومة من بعض أصحاب المصالح (2).

ومن جهتها أكدت المحكمة الدستورية النمساوية أن إغفال المشرع مراعاة التغيرات الواقعية الناجمة عن تعديل قانون الأسرة يمكن أن ينشئ وضعا منافيا للمساواة، الأمر الذي يؤدي إلى قاعدة - كانت بحسب الأصل مطابقة للمساواة - أصبحت مخالفة لمبدأ المساواة ( بالنسبة للتعويضات المقررة للأرامل والمحالين على المعاش ).

وبالرجوع إلى قرارات هذه المحاكم نجد أن رقابتها لم تنصب على السلوك السلبي للمشرع (الامتناع) وإنما كان محلها تأثر القاعدة القانونية التشريعية بهذا الامتناع (3). أما في إيطاليا فقد ميز الدستور بين الإغفال التشريعي المطلق والنسبي واعتبر أن هذا الأخير هو محل الرقابة بينما يبقى الأول في منأى عن ذلك، واعتبر أن الإغفال التشريعي النسبي هو مخالفة للدستور لأنه يمس بالضمانات القانونية التي يجب التمتع بها، فضلا عن الإخلال بمبدأ المساواة (4).

<sup>1</sup> أنظر المادة 6 من الدستور الألماني الصادر بتاريخ 23 أيار 1949 و تم تعديله بموجب قانون صدر بتاريخ 26 تموز 2002، ترجمة Friedrich Ebert Stiftung، www.Fes.de، ص 11.

Article 6 « la législation doit assurer aux enfants naturels les mêmes conditions qu'an enfants légitimes en ce qui concerne leur développement physiques et moral et leur statut social »

<sup>2</sup> أنظر أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 226.

<sup>3</sup> نفس المرجع، ص 227.

<sup>4</sup> نفس المرجع، ص 227.

أما القضاء الدستوري المصري فقد سبقت الإشارة إلى أنه أخذ بصورة الإغفال الجزئي أما السكوت أو الامتناع التشريعي الكلي فاعتبرته المحكمة الدستورية العليا بما يدخل في نطاق السلطة التقديرية للمشرع ، حيث يرجع الفقه الدستوري المصري أساس الرقابة على الإغفال الجزئي إلى أن الدستور يكفل لكل حق أو حرية نص عليها الحماية من قوانينها العملية وليس من معطياتها النظرية، وتتمثل هذه الحماية في الضمانة التي يكفلها الدستور لحقوق المواطنين وحررياتهم، والتي تعتبر شرطا للانتفاع بها في الصورة التي تصورها الدستور نطاقا فاعلا لها، وشرط ذلك بطبيعة الحال أن يكون تنظيمها كافلا بتنفسها في مجالاتها الحيوية وأن يحيط بكل أجزائها التي لها شأن في ضمان قيمتها العملية، فكل مخالفة للدستور سواء تعمدتها المشرع أو انزلق إليها بغير قصد يتعين قمعهما<sup>(1)</sup>. وقضت المحكمة في هذا الصدد " بعدم دستورية نص المادة 17 من القانون رقم 136 لسنة 1981 في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر لما تضمنه من قصر استمرار عقد الإيجار على الزوجة المصرية وأولادها من المستأجر غير المصري عند إقامته بالبلاد فعلا أو حكما دون الزوج المصري وأولاده من زوجته المستأجرة غير المصرية و ذلك لمخالفة النص محل الطعن القاصر لمبدأ المساواة وتصادمه مع حكم المادة 40 من الدستور<sup>(2)</sup>.

وبإسقاط هذه الصورة من الإغفال على التشريع الجزائري نجد العديد من الثغرات القانونية التي احتوتها النصوص القانونية والمقام هنا لا يتسع أن نبديها جميعها، ونستدل ببعضها فقط، حيث تنص المادة 7 من قانون الأسرة<sup>(3)</sup> على موضوع الإنزاح بالزواج الذي يمنحه القاضي للمقبل على الزواج الذي لم يكتمل السن المحددة في الفقرة الأولى من نفس المادة، فهذه المادة لم تحدد من هو القاضي المختص بمنح هذا الإنزاح هل هو رئيس المحكمة أم قاضي الأحوال الشخصية؟، كذلك أغفلت هذه المادة ذكر الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج بدون رخصة قضائية.

لكن ما يجب الإشارة إليه أن هذه الثغرات القانونية والناجمة عن سوء معالجة المشرع لمسألة معينة لا تشكل خطورة كما هي الحال بالنسبة للثغرات القانونية في تطبيق نص تشريعي خال

<sup>1</sup> عوض المر، الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز جان ديون للقانون والتنمية ، 2003، ص 1416 .  
<sup>2</sup> أنظر إطلالة على الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ضوء مبدأ الفصل بين السلطات، ورقة مقدمة من وفد الجمهورية مصر العربية إلى المؤتمر العالمي الثاني حول العدالة الدستورية ربودي جانييرو، البرازيل، مرجع سابق، ص 17.  
<sup>3</sup> تنص المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ج ر 15" تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة . وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة ، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج ...".

من تحديد العقوبة أو تحديد الفعل الإجرامي تحديدا كافيا نافيا للجهالة خاصة أن هذا المجال مقيد بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات<sup>(1)</sup> و التفسير الضيق للقانون الجنائي، حيث تنص أغلب دساتير العالم على هذا المبدأ، من ذلك المادة 46 من الدستور الجزائري سنة 1996، وقد سبقت الشريعة الإسلامية التشريعات الوضعية التنصيص على هذا المبدأ لقوله تعالى في محكم آياته " وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا" <sup>(2)</sup>، إضافة إلى أن القوانين الجنائية تفرض على الحرية الشخصية أخطر القيود، وهو ما قضت به المحكمة الدستورية العليا المصرية في 2 يناير 1993 فيما يخص تحديد الجرائم تحديدا قاطعا بقولها : " القواعد المبدئية التي يتطلبها الدستور في القوانين الجنائية، أن تكون درجة اليقين التي تنتظم أحكامها في أعلى مستوياتها، وأظهر في هذه القوانين منها في أي تشريعات أخرى، ذلك أن القوانين الجنائية تفرض على الحرية الشخصية أخطر القيود وأبلغها أثرا ، لذلك يتعين لضمان هذه الحرية أن تكون الأفعال التي تؤتمها هذه القوانين محددة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها مع مراعاة أن تكون جلية وواضحة في بيان الحدود الضيقة..."<sup>(3)</sup>.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في النقض 10 أيار 1999 طعن رقم 10574 لسنة 64 قضائية " لما كان البين من نص الفقرة (هـ) من المادة 43 من القانون رقم 117 لسنة 1983 في صريح عباراته و واضح دلالاته أن جريمة اقتناء أثر والتصرف فيه على خلاف ما يقضي به القانون، لا تتحقق إلا إذا اقترنت حيازة الأثر بالتصرف فيه على خلاف ما يقضي به القانون، وكان قانون حماية الآثار رقم 117 لسنة 1983 أن أوجب في مادته الثامنة على كل من يحوز أثرا أن يخطر هيئة الآثار عنه خلال أجل معين ، إلا أنه قد خلا - عن بيان الجرائم والعقوبات المقررة وفق أحكام القانون - من تأنيم واقعه عدم الإخطار عن حيازة الآثار وهي الجريمة المسندة للطاعن إذ لم يسن عقوبة لهذا الفعل إذا لم يقترن بالتصرف في الأثر، فإن الحكم المطعون فيه إذا أدان الطاعن عنها يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه ويتعين نقضه"

<sup>1</sup> يعود الفضل إلى صياغة مبدأ الشرعية إلى المحامي Béccharia في كتابه المشهور " الجرائم والعقوبات" الذي صدر سنة 1764 لتفصيل أكثر حول هذا المبدأ، أنظر أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، ط 2، 2009، متممة ومنقحة في ضوء القانون رقم 20-12، 2006، ص50.

<sup>2</sup> الآية 15 من سورة الاسراء.

<sup>3</sup> أنظر أحمد براك، مقالة بعنوان: القصور التشريعي و سلطة القاضي الجنائي [www.ahmadbarakcom](http://www.ahmadbarakcom)

ومن استقراء هذا الحكم نجد أن القانون رقم 117 والمتعلق بحماية الآثار أغفل ذكر جزاء عدم إخطار الهيئات المختصة بحماية الآثار<sup>(1)</sup>.

أما المجلس الدستوري الفرنسي فقد ذهب في أكثر من موضع إلى أن تنظيم المشرع لمسألة ما إما يكون كافيا أو غير كافي على أن يحكم بعدم دستورية النص أو أي تنظيم تشريعي يكون غير كافي، ومن أهم قراراته في هذا الشأن القرار الصادر في 18 يناير 1985 حيث ارتأى عدم دستورية المادة 207 المتعلقة بموضوع

à la liquidation judiciaire du Redressement et entreprises  
لأن المشرع أغفل تحديد الجريمة بصورة تحول دون وقوع تعسف من جانب السلطات العامة .

كذلك قراره الذي انتهى فيه إلى أن عدم تحديد الجريمة بصورة كافية فيما يتعلق بجرائم الإرهاب والجرائم الصحفية بصورة غير محددة مما يؤدي إلى عدم تحديد مرتكبي هذه الجرائم، وبالتالي الإخلال بمبدأ المساواة الوارد بالدستور<sup>(2)</sup> .

وما تجب الإشارة إليه في هذا المقام، أن الرقابة الدستورية غير المباشرة على امتناع المشرع لا تؤدي إلى بطلان النص التشريعي في مواد التجريم والعقاب احتراماً لمبدأ الشرعية الجنائية الذي يقضي " بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص تشريعي سابق"، إذا كان المغزى من هذه الرقابة فرض جريمة أو عقوبة جديدة أغفلها المشرع ، إذ لا يترتب على هذا البطلان استحداث تجريم أو عقاب لم يرد به نص تشريعي ، لأن المحكمة الدستورية برقابتها على امتناع المشرع لا يمكن أن تستحدث نصاً تشريعياً بآثر رجعي وإلا انقلبت إلى مشرع، فضلا عن مخالفة الأثر الرجعي للدستور .

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية الإسبانية بعدم قبول الدعوى المباشرة المرفوعة من أحد الأفراد Amparo طعنا في دستورية المادة 487 مكرر من قانون العقوبات الإسباني التي تعاقب كل شخص يتوقف عن تأمين أحد أبنائه المكلف برعايتهم بناء على صلح قضائي أو حكم قضائي، في أحوال الانفصال القانوني، أو الطلاق، أو إبطال عقد الزواج، وكان مبنى الطعن الإخلال بمبدأ المساواة بالنسبة للأبناء المولودين خارج عقد الزواج ، فقد قضت المحكمة في هذا الشأن أن إغفال المشرع هذا النوع من الأبناء يعتبر مخالفاً للدستور، إلا أنه لا يمكن تقريره لأنه لا يمكن للمحكمة العادية في حالة الحكم بعدم الدستورية أن تقضي بعقوبة على من يغفل التأمين

<sup>1</sup> نفس المرجع .

<sup>2</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق ،ص 63.

على هذا النوع من الأبناء، وذلك التزاما بمبدأ الشرعية الجنائية التي يتطلب وجود نص شرعي<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث

#### الإغفال التشريعي بطرق ملتوية

تختلف هذه الصورة من الإغفال عن الصورتين السابقتين ال لتي تمت الإشارة إليهما، من حيث أننا لا نكون أمام انعدام للقاعدة القانونية كما هو الحال في الصورة الأولى، أو أمام قاعدة قانونية منقوصة كما هو الحال في الصورة الثانية، وإنما تظهر هذه الحالة عندما يمارس المشرع اختصاصه الدستوري بالتشريع بعمل إيجابي و ذلك بسن قانون معين و لكنه يتبع طريقة أو صيغة أو منهجية في سن القوانين وصياغتها بطريقة يستنتج منها تنازله بشكل بَيّن عن اختصاصه الدستوري في التشريع لغيره من السلطات ، وتحديدًا للسلطة التنفيذية ليتقاسم معها الوظيفة التشريعية ( وظيفته الدستورية )، خارقًا بذلك قواعد توزيع الاختصاص التي وضعها المؤسس الدستوري سلفًا<sup>(2)</sup>، بمعنى مجال ( القانون و اللائحة ) .

وقد أقرت منهجية توزيع الاختصاصات بين البرلمان و الحكومة لأول مرة في الدستور الفرنسي لسنة 1958 وذلك في المادتين 34 و 37 منه<sup>(3)</sup>، لتعتمده العديد من دساتير العالم نستدل من بينها بللدستور الجزائري، الذي أسند مهمة وضع القاعدة القانونية للبرلمان ووصفها بالسلطة السيدة في المادة 98 من دستور 1996، ( كما اعتمدها في دستور 1976، 1989، لكنه أطلق مجال السلطة التشريعية و قيد السلطة التنفيذية في دستور 1963، وذلك طبقًا لأحكام المادة 27 منه )<sup>(4)</sup>، ويظهر هذا التوزيع بحجز المجالات التي ينظمها البرلمان بقانون و نصت عليها المادتين 122، 123، إضافة إلى بعض المواد المنتشرة في الوثيقة الدستورية من بينها المواد 18، 19، 20، 170<sup>(5)</sup> من نفس الدستور، مع التنصيص على أن ما يخرج عن هذه المجالات

<sup>1</sup> أورده أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 236.

<sup>2</sup> عزاوي عبد الرحمن، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع : الإغفال التشريعي نموذجًا، مرجع سابق، ص 90.

<sup>3</sup> لأول مرة أعطت هذه المادة التعريف المادي للقانون الذي يختص بسنه البرلمان. أنظر في هذا الشأن Le recours a construction inachevée l'incompétence négative dans le cadre du control a prosederiori de la loi : un ,http// :m2-5 dd .u-paris 2 .fr / francais

<sup>4</sup> لتفاصيل أكثر أنظر نسيم بلحاج، مقالة بعنوان: العلاقة بين النصوص التشريعية والنصوص التنظيمية، مجلة تحليل الفكر البرلماني ، مارس 2008، ع 19، ص 27.

<sup>5</sup> راجع المواد 170، 123، 122، 20، 19، 18 من الدستور الجزائري الصادر في 28 نوفمبر 1996 ج ر ع 76.



والمواضيع يعود تنظيمه للسلطة التنفيذية طبقا لما جاءت به أحكام المادة 1/125، وفي مقابل هذا التوزيع في الاختصاص وبهدف حماية المؤسس الدستوري له إضافة إلى حمايته ل مبدأ الفصل بين السلطات أقرت الحماية الدستورية من خلال المجلس الدستوري ومجلس الدولة<sup>(1)</sup>.

وعموما تتخذ هذه الصورة من الإغفال من جانب المشرع عدة سلوكيات تنتهي في الأخير إلى تنازله عن اختصاصه لصالح السلطة التنفيذية ،ويكون ذلك إما بإفراطه في تفويض اختصاصه التشريعي للسلطة التنفيذية وهذا في الدول التي تأخذ أنظمتها الدستورية بأسلوب التفويض التشريعي كما هو الحال في مصر، أو أنه يوسع في الإحالة إلى سلطة التنظيم أو اللائحة مما يشكل تنكرا لاختصاصه مخالفا بذلك ضوابط توزيع الاختصاص بين البرلمان والحكومة المحددة في الدستور، أو أن يظهر في ظاهرة أنه يمارس اختصاصه ولكنه بصورة ملتوية وذلك بإفراطه في عمومية النصوص، وهو ما نعالجه على النحو التالي: أولا: إفراط البرلمان في تفويض اختصاصه التشريعي، ثانيا: التوسع في الإحالة إلى التنظيم (اللائحة)، ثالثا: الاتساع في أسلوب الإفراط في العمومية عند صياغة القواعد القانونية.

#### أولا: إفراط البرلمان في تفويض اختصاصه التشريعي

تتضمن معظم الدساتير من الآليات ما يسمح للبرلمان بتفويض السلطة التنفيذية في ممارسة جزء من اختصاصاته التشريعية ، خاصة فيما يتعلق بالمسائل التي يتطلب تنظيمها نوعا من السرعة والخبرة والدراسة الفنية التي قد لا تتوفر إلا لدى أجهزة السلطة التنفيذية، ويطلق على هذه الآلية " التفويض التشريعي"<sup>(2)</sup> الذي يقصد به : قيام السلطة التنفيذية بسن نصوص تشريعية لها قوة القانون، وذلك بعد حصولها على ترخيص برلماني يقيد بالأساس نطاق التفويض في الموضوع و الزمان<sup>(3)</sup>، ولما كان هذا المبدأ استثناء يرد على مبدأ انفراد البرلمان بوظيفة التشريع، واقتصار دور السلطة التنفيذية على تنفيذ القوانين فقد أحاطته معظم الدساتير بمجموعة

<sup>1</sup> يقصد بالحماية الدستورية: التقيد التام والصارم بالحدود التي رسمها الدستور لكل سلطة، ولتأمين ذلك نصت المادة 163 على إنشاء المجلس الدستوري الذي توكل له مهمة التحقيق في مدى تطابق العمل التشريعي والتفيدي مع الدستور، نسيمة بلحاج، مرجع سابق، ص 33.

<sup>2</sup> مبدأ التفويض التشريعي: هو مبدأ فرضته الضرورة إبان الحرب العالمية الأولى إذا فوضت البرلمانات الأوروبية مهمة التشريع إلى رؤساء الدول، لمزيد من الشرح أنظر عبد الله بوقفة، أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري، دراسة مقارنة طبعة مزيدة و منقحة ،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر سنة 2009، ص179

<sup>3</sup> هناك من الفقه من يطلق عليها القرارات التي لها قوة القانون هي أقرب إلى الصواب من تسميتها بقوانين التفويض وذلك لكونها صادرة عن السلطة التنفيذية وليست السلطة التشريعية، أنظر مهند الطراونة، العلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية في النظام البرلماني، ط1، دار الوراقة للنشر والتوزيع، سنة 2009، ص179.

من الضوابط الموضوعية والإجرائية، ولكن كيف يكون البرلمان قد أفرط في تفويض اختصاصه إلى السلطة التنفيذية ما دامت الدساتير تجيز ذلك؟

أجاب الفقه على ذلك وحصره في حالتين يمكن القول عنهما أن المشرع أفرط في تفويض اختصاصه للسلطة التنفيذية هما:

**الحالة الأولى:** إما بتفويض الاختصاص التشريعي بالمسائل التي تدخل في انفراد التشريعي المطلق.

**الحالة الثانية:** أو أنه يتبنى تفسيراً افضافاً للضوابط الدستورية الموضوعية للتفويض التشريعي<sup>(1)</sup>.

أ - **الحالة الأولى :** تتعلق بالدول التي تحظر دساتيرها ومحاكمها الدستورية تفويض المسائل التي تدخل في الانفراد التشريعي المطلق للبرلمان، بالرغم أن التفويض كان محترماً للضوابط الموضوعية والإجرائية المنصوص عليها قانوناً، كما هو الحال بالنسبة لإيطاليا، حيث لم يضع دستوراً حداً فاصلاً بين مجال القانون واللائحة كما فعل الدستور الفرنسي لسنة 1958، إلا أنه حرص على اعتبار بعض المسائل تدخل ضمناً في انفراد البرلمان بها<sup>(2)</sup>، لكن المحكمة الدستورية بها أقرت صراحة في حكمها رقم 26 الصادر في 23 ماي 1961 التفرقة بين الانفراد التشريعي المطلق وخصصتها بالمسائل التي تتعلق بالحريات الشخصية عملاً بالمادة 13 من الدستور، والانفراد التشريعي النسبي ويتعلق بمسائل الالتزامات الشخصية والمالية، حيث انتهت في هذا الحكم إلى أنه يستحيل على البرلمان أن يفوض للسلطة التنفيذية تنظيم المسائل الداخلة في نطاق انفراده التشريعي المطلق، ومثال عن المسائل التي تدخل في الانفراد المطلق ما نصت عليه المادة 13 من دستورها والمتعلقة بالحبس الاحتياطي والتفتيش .  
أما فيما يتعلق بالمسائل التي تدخل في الانفراد النسبي نذكر ما نصت عليه المادة 23 من الدستور و التي تتعلق بالالتزامات الشخصية و المالية<sup>(3)</sup>، ولكن سرعان ما حسم القانون رقم 400 لسنة 1988 الصادر في 23 أوت 1988 المتعلق بتنظيم رئاسة مجلس الوزراء وتحديد

<sup>1</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص174-175.

<sup>2</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص177.

<sup>3</sup> المادة 13 من دستور إيطاليا (...ولا يسمح بحبس أي شخص أو تفتيشه أو التحري عنه، بأي طريقة من الطرق كما لا يسمح بأي قيد آخر على الحرية الشخصية إلا بمقتضى إجراء مسبب صادر من السلطة القضائية في الأحوال وبالطرق المنصوص عليها في القانون... ويحدد القانون الحد الأقصى للحبس الاحتياطي). المادة 23 (لا يجوز أن يفرض أي التزام شخصي أو مالي إلا وفقاً للقانون) أشار إلى هذه المواد عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص178.

نشاط الحكومة هذه المسألة بصفة نهائية في مادته 2/18 منه ، حيث حظر تناول قوانين التفويض التشريعي المسائل التي تدخل في نطاق الانفراد التشريعي المطلق للبرلمان<sup>(1)</sup>. ونفس الموقف أنتهجه صراحة الدستور البرتغالي ، حيث اتخذ معيار قابلية الموضوع أو المسألة للتفويض التشريعي كمعيار للفرقة التمييز بين الانفراد التشريعي المطلق والانفراد التشريعي النسبي للبرلمان، وذلك في المادة 164 منه بالنسبة للمسائل التي تدخل في إطار الانفراد التشريعي المطلق ولا يمكن تفويضها للحكومة، والمادة 165 بالنسبة للمسائل التي تدخل في إطار الانفراد التشريعي النسبي والتي يمكن تفويضها للحكومة<sup>(2)</sup>.

واستقرت المحكمة الدستورية المصرية العليا على نفس موقف الدستور ، حيث اعتبرت أن المسائل الداخلة في نطاق الانفراد التشريعي المطلق للبرلمان لها حجية في مواجهة البرلمان ذاته، بحيث لا يمكنه التخلي عن تنظيمها للحكومة ، لا في إطار ممارستها لاختصاصها التشريعي ولا في إطار ممارسة اختصاصها اللائحي وإنما ينبغي عليه أن يتدخل لممارسته بنفسه.<sup>(3)</sup>

نتوصل مما سبق إلى نتيجة مفادها أن البرلمان يقع في حومة الإفراط في تفويض اختصاصه التشريعي بالرغم من التقيد بالضوابط الموضوعية والإجرائية له، إذ قام بتفويض تنظيم المسائل التي تدخل في نطاق انفراده المطلق إلى اختصاص السلطة التنفيذية. وإذا كانت هذه الدول ربطت مسألة الإفراط في التفويض الاختصاص التشريعي للبرلمان بمسألة الانفراد المطلق بالتشريع وانفراده النسبي، فإن بعض الدول لم تجعل منه دليلاً على تنازل المشرع عن اختصاصه التشريعي وإنما ربطته بتجاوز هذا الأخير للضوابط الموضوعية للتفويض وهذا ما نبينه في الحالة الثانية .

**ب الحالة الثانية :** تتعلق هذه الحالة بالدول التي لم تستثن المسائل التي تدخل في نطاق الاختصاص التشريعي سواء المطلق أو النسبي من عملية التفويض التشريعي، بمعنى يمكن للبرلمان أن يفوض اختصاصه إلى السلطة التنفيذية كل المسائل سواء أن كان يفرد بتنظيمها بصفة مطلقة أو بصفة نسبية<sup>(4)</sup>، وبالتالي لا يعتبر هذا التفويض من قبل المشرع تنازلاً عن اختصاصه التشريعي، وإنما تتعلق هذه الصورة في هذه الدول بالضوابط الموضوعية لعملية

<sup>1</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 183.

<sup>2</sup> عزاوي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، ج 1 ، مرجع سابق، ص 217.

<sup>3</sup> عيد أحمد الغفلول ، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 178.

<sup>4</sup> نفس المرجع، ص 188.

التفويض ويقصد بها : الإجراءات التي يجب أن تمر بها عملية التفويض حتى يكون هذا التفويض قانونيا، وتتعلق الضوابط الموضوعية هذه في فرنسا بحسب المادة 38<sup>(1)</sup> من الدستور بضابطين: الأول نطاق(مجال) التفويض<sup>(2)</sup>، والثاني مدة التفويض وإذا أفرط البرلمان في العمل بمقتضى هذين الضابطين فإنه يعد متنازلا عن اختصاصه التشريعي للحكومة كي تمارسه بدلا عنه، مما يجعله قد وقع في حومة الإفراط في تفويض الاختصاص . وإن كان الفقه الفرنسي قد اختلف حول مسألة " برنامج الحكومة " التي نصت عليها المادة 38 من الدستور، فهناك من اعتبر المقصود بالبرنامج الحكومة المسائل التي يتطلب حسمها من قبل الحكومة لاتخاذ مجموعة من التدابير التي تدخل عادة في نطاق التشريع، بينما فسرها آخرون أنه يقصد بها برنامج الحكومة الذي حاز على موافقة البرلمان بعدما قدمه الوزير الأول بحسب ما تنص عليه المادة 49 من الدستور، وهو الرأي الذي أخذ به المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر في 12 يناير 1977 على أن برنامج الحكومة الذي فرضته المادة 38 من الدستور هو برنامجها العام الذي حصلت بمقتضاه على ثقة الجمعية الوطنية عملا بالفقرة الأولى من المادة 49 من الدستور إلى جانب كل ما يعرض عليها من مسائل ترتبط بهذا البرنامج وتكون الحكومة في حاجة لكي تنظمها إلى اتخاذ تدابير مما يدخل عادة في المجال التشريعي<sup>(3)</sup>.

وما تجب الإشارة إليه في هذا الصدد أن المجلس الدستوري الفرنسي قد حظر على البرلمان تفويض اختصاصه التشريعي فيما يتعلق بالمجالات التي يشرع فيها بقوانين عضوية، والعلة في ذلك حسب الفقه هو وجوب خضوع هذه الأخيرة للرقابة القبلية للمجلس الدستوري وهو ما يتنافى مع موضوعات التفويض<sup>(4)</sup>.

أما في مصر فقد نظمت المادة 108 من دستور 1971 موضوع التفويض حيث جاء فيها " لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية، وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون، و يجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض ، فإذا لم تعرض أو

<sup>1</sup> Article 38° le gouvernement pente, l'exécution de son programme demande parlement l'autorisation de prendre par ordonnances pendant un délai limites des mesures qui sont normalement du domaine de loi " constitution du 4octobre1958.

<sup>2</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص194.

<sup>3</sup> أورده عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص195.

<sup>4</sup> أنظر عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص16.

عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون"، وبناء عليه حددت شروط صحة التفويض بتوفر: حالة الضرورة التي تبرر طلب التفويض، والمدة الزمنية المحددة، كما يجب تحديد الموضوعات التي تكون محلا للتفويض، ثم امتدت نفس المادة لتحدد الشروط الإجرائية لصحة التفويض ذاته وتتعلق بموافقة أغلبية 3/2 من أعضاء مجلس الشعب، وأن تعرض الإجراءات المتخذة من قبل رئيس الجمهورية في إطار قانون التفويض على المجلس في أول دورة يعقدها<sup>(1)</sup>.

وبمفهوم المخالفة إن حصر هذه الشروط في الدستور لا يعني أن البرلمان وأمام هذه الضوابط الموضوعية الدقيقة لا يمكن في إطارها أن نقول أنه أفرط في تفويض اختصاصه للحكومة مادام أنه يتقيد بها، بل يمكنه ذلك وهذا بأن يوسع من تفسير هذه الضوابط بشكل يجعله يتنازل عن اختصاصه للحكومة، كأن يوسع من حالة الضرورة أو يجعل التفويض غير محدد المدة، أو أنه لا يحدد الموضوعات التي يخصها قانون التفويض، لذلك شدد القضاء الدستوري المصري على ضرورة الالتزام بهذه الضوابط وإلا اعتبر المشرع متنازلا عن اختصاصه للحكومة دون سند دستوري، وهو ما أكدته في حكمها الصادر في 6 مارس 1986، بعد استعراضها للمادة 108 من الدستور بقولها: " أن الأصل - تطبيقا لمبدأ الفصل بين السلطات - أن تختص السلطة التشريعية بوظيفة التشريع وأن تمارسها بنفسها طبقا للقواعد الدستورية وفقا لما تنص عليه المادة 86 من الدستور فلا تتخلى عنها للسلطة التنفيذية، إلا أنه نظرا لما تقتضيه الظروف الاستثنائية التي قد تحل بالبلاد من ضرورة مواجهتها في سرعة وحسم بتشريعات عاجلة قد أجاز الدستور تفويض السلطة التنفيذية في إصدار قرارات لها قوة القانون، وقد حرص الدستور - إذ أباح هذا التفويض - على أن يضع له من الضوابط والقيود ما يكفل جعل زمام التشريع في يد السلطة المختصة ، وذلك بتقيده من حيث الظروف التي تبرره ( وهي الضرورة و الأحوال الاستثنائية )، وأمر سريانه ( ينص الدستور على أن يكون التفويض لمدة محدودة )، والموضوعات التي يرد عليها ( ينص الدستور على أن تبين في قرار التفويض موضوعات هذه القرارات )، والأسس التي تقوم عليها ( ينص الدستور على ذلك )، كما يشترط الدستور توافر أغلبية خاصة لإقرار قانون التفويض ( أغلبية ثلثي أعضائه )، وضرورة عرض هذه القرارات بقوانين على السلطة التشريعية في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم توافق عليها السلطة التشريعية زال ما كان لها من قوة القانون . وذلك

<sup>1</sup> عيد أحمد الغفلول ، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، 200.

كله حتى لا يؤدي التفويض إلى تنازل السلطة التشريعية على اختصاصها، وهكذا يوفق الشارع الدستوري بين مقتضيات نظام الفصل بين السلطات وكفالة قيام السلطات بوظائفها الدستورية، وبين الاعتبارات العملية الملحة التي تقتضي تفويض رئيس الجمهورية في ممارسة وظيفة التشريع على سبيل الاستثناء لمواجهة تلك الظروف الاستثنائية " (1).

ومن أبرز قوانين التفويض التي أثارت انتقاد الفقه في مصر - لكونها تعبر عن رغبة البرلمان في التنازل عن اختصاصه التشريعي للسلطة التنفيذية - القانون رقم 15 لسنة 1967 الذي نص في مادته الأولى على أنه " يفوض رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون خلال الظروف الاستثنائية القائمة في جميع الموضوعات التي تتصل بأمن الدولة وسلامتها وتعبئة كل إمكانياتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربي والاقتصاد الوطني، وبصفة عامة كل ما يراه ضروريا لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية "، حيث لم يحتوي هذا القانون على أي تحديد زمني ولا تعينا للموضوعات التي تصدر بشأنها اللوائح التفويضية، لذلك اعتبر الفقه هذا القانون صورة واضحة للتنازل عن الاختصاص من قبل المشرع لرئيس الجمهورية وفي خلال مدة غير محددة، وعندما طعن في هذا القانون بعدم الدستورية لعدم تحديده مدة التفويض فإن المحكمة الدستورية قضت بدستوريته، وردت على هذا الدفع بأن ه الشرط الثاني الخاص بتحديد مدة التفويض وهو القيد الزمني الذي يحول دون إطلاقه، فإن الشارع قدر تحديد هذه المدة بوحدات قياس الزمن العادية كالسنة والشهر وهو أمر بالغ الصعوبة بل هو مستحيل، لأن المعركة بين مصر وإسرائيل تتغير من يوم لآخر، فلا يمكن ضبط نهايتها بتاريخ معين ولهذا اتخذ معيار آخر لتحديد مدة التفويض وهي الظروف الاستثنائية التي اقتضت إصداره، وهي ظروف موقوتة بطبيعتها بحيث يبقى ما بقيت هذه الظروف وينتهي بانتهائها وبهذا يتوافر شرط تحديد المدة بما ينتفي معه مخالفة الدستور في هذا الصدد(2).

أما في الجزائر، فقد نصت المادة 58 من دستور 1963 على قانون التفويض بقولها: "يجوز لرئيس الجمهورية أن يطلب من المجلس الوطني التفويض له لمدة محدودة حق اتخاذ تدابير ذات صبغة تشريعية عن طريق أوامر تشريعية تتخذ في نطاق مجلس الوزراء أو تعرض على مصادقة المجلس في أجل ثلاثة أشهر"، وبمقارنة هذه المادة مع نظيرتها المادة 38 من الدستور الفرنسي 1958 والمادة 108 من الدستور المصري، نجد أن قانون التفويض في الجزائر لم يُحط بضوابط موضوعية من حيث الموضوعات التي يمكن أن يفوض الاختصاص التشريعي

<sup>1</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع السابق 200.

<sup>2</sup> الحكم أشار إليه عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 207-208.

في مجالها إلى السلطة التنفيذية - وإن كان جعل التفويض محدد المدة- إلا أن التقوي من الناحية الإجرائية هو إجراء اختياري ، الأمر الذي جعل قانون التفويض في الجزائر آنذاك خاضعا للسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية وكأن المؤسس الدستوري أراد أن يتملص من تقييد رئيس الجمهورية بضابط معين آنذاك<sup>(1)</sup>، وأمام هذا الوضع يكون مجال امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصاته التشريعية مجالا خصبا للتفويض التشريعي المبطن، وذلك بسبب عدم وجود الضوابط القانونية التي تنظم قانون التفويض التشريعي، فكلما رأت السلطة التنفيذية أمرا في صالحها كلما طلبت التفويض بالتشريع، مما ينجم عنه إرهاب للسلطة التشريعية وهيمنة لا مبرر لها لسلطة التنفيذية على المجال التشريعي ، مما يترتب عنه إخلال بقواعد توزيع الاختصاص إضافة إلى الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات.

وقد تخلى المؤسس الدستوري الجزائري عن تقنية التفويض التشريعي ليعتمد آلية أخرى يطلق عليها " التشريع عن طريق الأوامر" ، حيث أصبحت السلطة التنفيذية بإعمالها تنافس البرلمان في وظيفته بل تحل محله، بالرغم من اعتباره صاحب الاختصاص الأصيل بالتشريع، وسعى في التعديل الدستوري لسنة 2008 إلى ترجيح كفة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية إلى درجة إحلال رئيس الجمهورية محل السلطة التشريعية لممارسة المهمة التشريعية.

وعموما يرجع الأستاذ بورديو Burdeau هذا الترجيح إلى ازدياد مهام السلطة التنفيذية وعدم نجاعة السلطة التشريعية في مواجهة المسائل الصعبة المتداخلة التي تحتاج إلى التدخل السريع والفعال<sup>(2)</sup>.

وقد نصت على هذه الآلية المادة 124 من دستور 1996 بقولها " لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان. ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي إتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها.

<sup>1</sup> أنظر عبد الله بوقفة، أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري-دراسة مقارنة- دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2002، ص 235.

<sup>2</sup> للإستزادة أنظر طيبي عيسى، طبيعة نظام الحكم في الجزائر على ضوء التعديل الدستوري 2008، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص 115.

تعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان.

يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 93 من الدستور

تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء"، و باستقراء هذه المادة نجد أن هذه الصلاحية مقيدة بضوابط هي:

**1** يتعلق الأمر بالقيود الزمني: حيث يخول لرئيس الجمهورية صلاحية التشريع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني وبين دورتي البرلمان، وفي الحالة الاستثنائية المنصوص عليهما في المادة 93 من الدستور، حيث تتحدد المدة بثلاثة أشهر فيما يتعلق بحل المجلس الشعبي الوطني في حالة عدم موافقته على برنامج الحكومة للمرة الثانية<sup>(1)</sup>، وفي حالة الحل يُفعل إجراء انتخابات تشريعية مسبقة بموجب أحكام المادة 82 من نفس الدستور، أما بين دورتي البرلمان فتتحدد المدة بشهرين على الأكثر حسب ما حددته المادة 1/118 من الدستور و المادة 5 من القانون العضوي رقم 02/99 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقة بينهما وبين الحكومة<sup>(2)</sup>.

**2** يتعلق بالطابع الإجرائي حيث يتم اتخاذ الأوامر في مجلس الوزراء وكذلك الحال بالنسبة للحالة الاستثنائية المحددة في المادة 93 من الدستور، على أن تعرض مشاريع هذه الأوامر على مجلس الوزراء<sup>(3)</sup>، كما هو الحال بالنسبة للإجراءات المتعلقة بمشاريع القوانين دون ضرورة أخذ رأي مجلس الدولة - وهو إجراء يتعلق بمشاريع القوانين - حيث يعتبر طلب الاستشارة إجراء إجباريا دون أن يكون هذا الرأي ملزما.

**3** إلزامية عرض هذه الأوامر على البرلمان في أول دورة له تلي اتخاذها حيث يعد هذا الإجراء ضمانا من شأنها منع تهاون رئيس الجمهورية<sup>(4)</sup> إضافة إلى أنه ضمان لحماية الحقوق والحريات من إمكانية تعسف السلطة التنفيذية.

هذا، ولئن كان التشريع بأوامر في الدستور الجزائري قد قيد بهذه الضوابط ، إلا أنه يمكن لرئيس الجمهورية أن يستغل عطلة البرلمان (بين دورتي البرلمان ) ويمرر بعض القوانين التي يرى أنها قد تكون محل رفض من قبل البرلمان، خاصة إذا لم يكن يحوز أغلبية مريحة في

<sup>1</sup> راجع في هذا الشأن المادتين 6/84، 129 من دستور 1996 .

<sup>2</sup> القانون العضوي رقم 02/99 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقة بينهما وبين الحكومة، ج ر ع 15 لسنة 1999.

<sup>3</sup> أنظر عقيلة خرباشي ، العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر، ص55.

<sup>4</sup> نفس المرجع ، ص58.



البرلمان وتصبح نافذة. لاسيما أن الفقه اعتبر هذه الأوامر من طبيعة تشريعية بعد مصادقة البرلمان عليها، أما قبل ذلك فهي قرارات إدارية يمكن الطعن فيها بالإلغاء وهو ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في قراره المؤرخ في 29 فيفري 1972" أن هذه الأوامر تعد أعمالا إدارية ما لم يصادق عليها البرلمان لتصبح ذات قيمة تشريعية<sup>(1)</sup>."

أما عن الطبيعة القانونية لهذه الأوامر في التشريع الجزائري فقد كانت محل خلاف، حيث اعتبرتها الأستاذة عقيلة خرباشي ذات طبيعة تشريعية محضة ليس من وقت مصادقة البرلمان عليها وإنما من يوم اتخاذها من طرف رئيس الجمهورية ، وتبرر ذلك بورود النص عليها في الفصل الخاص بالسلطة التشريعية (المعيار الشكلي)، كما أن هذه السلطة تثبت لرئيس الجمهورية بموجب أحكام الدستور وليست مشتقة من سلطة البرلمان كما هو الحال بالنسبة للتفويض<sup>(2)</sup>، أما الأستاذ مراد بدران فله رأي مغاير، حيث يعتبرها قرارات إدارية تتمتع بقوة التشريع قبل عرضها على البرلمان ليوافق عليها على أن تكتسب صفة التشريعات بعد ذلك<sup>(3)</sup>، أما في حالة عدم موافقته عليها فإنها تفقد قوتها القانونية من تاريخ عدم حصولها على الموافقة وتبقى آثارها سارية في الماضي من تاريخ صدورها حتى تاريخ عدم موافقة البرلمان عليها<sup>(4)</sup>. أما الحالة الاستثنائية المنصوص عليها في المادة 93 من الدستور وبالنظر إلى حالة الطوارئ أو الحصار المنصوص عليها في المادة 91، فإن الحالة الاستثنائية هي أوسع نطاق من مضمون مواجهة ظرف خطير ، فهذه المادة لم تحدد ماهيتها أو م وداها، فرد أمر تفسيرها للرئيس لا غير يشكل غموضا ، ومن شأن هذا الغموض أن يجعل رئيس الجمهورية يوسع من سلطاته ويتخذ إجراءات واسعة قد تمس بالحقوق والحريات الفردية، مما قد يجعل السلطة الرئاسية تتوسع في التعسف ، فيما يبقي البرلمان مش لولا لا يمكنه أن يمارس اختصاصه الدستوري<sup>(5)</sup>، أو يتحرك موضوع بأكمله لتنظمه السلطة التنفيذية عن طريق اللائحة ال مستقلة أو

<sup>1</sup> ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر 3 نوفمبر 1961 في قضية Demain ،، وحكمه الصادر في 24 نوفمبر 1961 في قضية Fed Nat dexynd de police ،لتفاصيل أكثر أنظر سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص524.

<sup>2</sup> عقيلة خرباشي ، العلاقة الوظيفية بين الحكومة و البرلمان ، مرجع سابق، ص 57.

<sup>3</sup> أنظر مراد بدران ،مقالة بعنوان:الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة 124 من الدستور ، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ، سنة2000، ع 2، ص 25.

<sup>4</sup> للاستزادة حول الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية في الجزائر راجع بركات أحمد، الاختصاصات التشريعية لرئيس الجمهورية في النظام الدستوري الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008.

<sup>5</sup> عبد الله بوقفة ،الدستور الجزائري نشأة، تشريعا، فقها، دار الهدى طبعة مزيدة و منقحة، 2005، ص140،139.

ما يأخذ حكمها من القرارات فإنه يكون بذلك قد تنازل عن اختصاصه التشريعي لصالح السلطة التنفيذية.

وعلى سبيل المقارنة، نستدل في هذا الشأن بما تنص عليه المادة 13 من القانون المصري رقم 236 لسنة 1954 المتضمن تنظيم المناقصات والمزايدات على أنه " ينظم بقرار من وزير المالية والاقتصاد ما لم ينظمه هذا القانون من أحكام وإجراءات". وقد انتقد الفقه هذه المادة لأنها كانت تخول لوزير المالية إضافة أحكام جديدة إلى أحكام هذا القانون وهذا في حقيقته تفويض وليس مجرد تنفيذ (1).

### ثانياً: التوسع في الإحالة إلى اللائحة

من المسلم به أن كل دساتير العالم تسند مهمة تنفيذ القوانين إلى السلطة التنفيذية، وذلك عن طريق إصدار اللوائح التنفيذية، التي تتضمن الأحكام التفصيلية أو التكميلية اللازمة لتسيير تنفيذ القانون<sup>(2)</sup>، حيث تنص المادة 144 من الدستور المصري على أن: " يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل أو إعفاء من تنفيذها وله أن يفوض غيره في إصدارها ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه".

وتنص المادة 21 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 ( يدير الوزير الأول أعمال الحكومة... ويضمن تنفيذ القوانين... ويمارس السلطة اللائحية).

كما تنص المادة 2/125 من الدستور الجزائري لسنة 1996 " يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول".

من هنا فإن سلطة تنفيذ القانون هي حق يثبت للسلطة التنفيذية بموجب الدستور وليس ت حقا مشتقا من القانون الذي تدعو بموجبه السلطة التشريعية السلطة التنفيذية القيام بتنفيذ ه<sup>(3)</sup>، فلن كان ذلك لسبب فهو لإدراك المؤسس الدستوري أهمية السلطة التنفيذية ودورها في تفعيل قواعد القانون بحكم اتصالها المباشر والمستمر بالجمهور، زيادة على أن البرلمان مهما وصل درجة من الخبرة والكفاءة لا يستطيع ضبط كل المسائل وبكل جزئياتها وتفصيلاتها مما يجعل تدخل هذه الأخيرة ضرورة حتمية لتسهيل عملية تنفيذ القانون، وذلك مهما كان المنفذ سواء رئيس الجمهورية أم الوزير الأول أم غيره ما.

<sup>1</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص224.

<sup>2</sup> سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، ج 2، دار المطبوعات الجامعية، 1999، ص528.

<sup>3</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص223.

ولكن ما شغل الفقه وما تساءل عنه - ونظرا لأهمية اللائحة في حياة القانون وتفعيل أحكامه - هو حدود هذه اللائحة التنفيذية ، بمعنى: هل أن هذه اللائحة التنفيذية تكفي بتنفيذ القانون أو من شأنها تضمين أحكامها قواعد جديدة؟.

للإجابة على هذه الإشكالية انقسم الفقه المصري إلى اتجاهين حيث:

يعتبر **الاتجاه الأول** : أن اللائحة من شأنها تكملة القوانين والإضافة إليها عن طريق استخلاص ما يمكن من محتوى القانون صراحة وضمنا وهي في الحقيقة وجدت أصلا من أجل تكملة نصوص القانون وسد ما تركه المشرع من ثغرات<sup>(1)</sup>، وأن مقتضى التكملة يقتضي شمولها حق وضع التفاصيل التنفيذية وحق تقرير قواعد قانونية جديدة لم يرد ذكرها بالقانون، مع تحفظ الإدارة وقيامها بذلك في إطار تنفيذ القانون دون الانحراف عن الغاية التي استهدفها الشارع<sup>(2)</sup>، حيث يؤكد النص الدستوري ذلك الذي استبعد صراحة التعديل والتعطيل والإعفاء وليست الإضافة من ضمن هذه الأمور الواردة في المادة 144 السابقة الذكر.

بينما أنكر **الاتجاه الثاني** : حق السلطة التنفيذية في الإضافة إلى أحكام القانون من خلال اللوائح التنفيذية استنادا إلى عدم مشروعية هذه الإضافة واعتبارها " تعديلا بالإضافة " للقانون الذي يحرمه الدستور<sup>(3)</sup>، وذلك انطلاقا من المادة 144 حيث يعتبر هذا النص أكثر تفصي لا ووضوحا، وهذا بسبب إدراك المؤسس الدستوري لما للوائح التنفيذية من خطورة على الاختصاص التشريعي للبرلمان الذي ينفرد أصلا به، على أن ينحصر دور السلطة التنفيذية في مجرد تنفيذ القوانين<sup>(4)</sup> ووضع التشريعات موضع التنفيذ، وذلك عن طريق دعوة صريحة من القانون للسلطة التنفيذية للاضطلاع بمهمة التنفيذ مع الإشارة أن هذه الدعوة كما سبقت الإشارة لا تنشئ حقا للسلطة التنفيذية وإنما سلطتها مستمدة من الدستور مباشرة.

ومن نتائج ما سبق نقول أن البرلمان يجب أن يتوقف دوره إلى حد دعوة أو تذكير السلطة التنفيذية للقيام بمهمة تنفيذ القانون ، أما إذا تضمنت هذه الدعوة ما من شأنه أن يسمح للسلطة التنفيذية تضمين لوائحها أحكاما تتضمن تعديلا للقانون أو إضافة إليه أو الإعفاء من تطبيقها أو

<sup>1</sup> أنظر سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص541.

<sup>2</sup> نفس المرجع ، ص542.

<sup>3</sup> نفس المرجع ، ص542.

<sup>4</sup> زيادة على تمتعها بالسلطة التنظيمية وذلك عن طريق إصدار اللوائح المستقلة وهو ما نصت عليه المادة 1/125 من دستور 1996 الجزائري، وهنا يميز الأستاذ عزوي عبد الرحمن بين نوعين من اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية، لتفصيل أكثر في هذا الشأن أنظر عزوي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، ج 1، مرجع سابق، ص290 وما بعدها.

ترك موضوع بأكمله لتنظيمه اللائحة فإنه يكون بموقفه هذا قد تنازل عن اختصاصه التشريعي ،  
ونكون أمام إحالة ضمنية للاختصاص من البرلمان إلى السلطة التنفيذية في غير الحالات وبغير  
الطرق المقررة في الدستور <sup>(1)</sup>، وللمحكمة الدستورية العليا المصرية فيما يتعلق بهذه المسألة  
موقف واضح في حكمها الصادر في القضية رقم 243 لسنة 21 قضائية الذي قضت فيه بعدم  
دستورية نص المادة 11 من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 97 سنة 1959 والتي نصت  
على أنه: " يجوز بقرار من وزير الداخلية لأسباب هامة يقدرها رفض منح جواز السفر أو  
تجديده، كما يجوز له سحب الجواز بعد إعطائه "، وفي تبرير ما قضت به يقول الفقه المصري:  
" وحيث أن الدستور قد احتفى - كذلك - بالحقوق المتصلة بالحق في التنقل ، فنص في المادة 50  
منه على حظر إلزام المواطن بالإقامة في مكان معين أو منعه من الإقامة من جهة معينة إلا في  
الأحوال التي يبينها القانون، وتبعتها المادة 51 لتمنع إبعاد مواطن عن البلاد أو حرمانه من  
العودة إليها، و جاءت المادة 52 لتؤكد حق المواطن في الهجرة الدائمة أو المؤقتة على أن ينظم  
القانون هذا الحق وإجراءات وشروط الهجرة ومغادرة البلاد، وبمقتضى هذا فإن الدستور لم  
يعقد للسلطة التنفيذية اختصاصا بتنظيم كل شيء مما يمس بالحقوق التي كفلها فيما تقدم ، وأن  
هذا التنظيم يتعين أن تتولاه السلطة التشريعية بما تصدره من قوانين . متى كان ذلك، وكان  
قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه : إذا ما أسند الدستور تنظيم حق من الحقوق إلى السلطة  
التشريعية فلا يجوز لها أن تتسلب من اختصاصها وتحيل الأمر برمته إلى السلطة التنفيذية دون  
أن تقيدتها في ذلك بضوابط عامة وأسس رئيسية تلتزم بالعمل في إطارها، فإذا ما خرج المشرع  
على ذلك وناط بالسلطة التنفيذية تنظيم الحق من أساسه كان متخليا عن اختصاصه الأصيل  
المقرر بالمادة 86 من الدستور واقع - بالتالي - في هوة المخالفة الدستورية.  
وحيث أن نصي المادتين (8،11) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 98 لسنة 1959  
المشار إليها بما تضمناه من تفويض وزير الداخلية تحديد شروط منح جواز السفر، وتحويله  
وسلطة رفض منح الجواز أو تجديده، وكذا سحبه بعد إعطائه إنما تتمخض عن تنصل المشرع  
من وضع الأسس العامة التي تنظم موضوع جوازات السفر بأكمله ، على الرغم من كونها  
الوسيلة الوحيدة لتمكين المواطن من مغادرة بلده والرجوع إليه، وارتباط ذلك ارتباطا وثيقا  
بالحقوق التي يكفلها الدستور في المواد (41،50،51،52) على الوجه المتقدم بيانه، ومن ثم فإن  
مسلك المشرع في هذا الشأن يكون مخالفا للدستور " <sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> أنظر سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري ، مرجع سابق، ص541.

<sup>2</sup> أورده سليمان محمد الطماري، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص446.

ولمنع تنازل البرلمان عن اختصاصه للسلطة التنفيذية في إطار دعوتها لتنفيذ القانون عنى القضاء المصري عناية فائقة بعملية إصدار لوائح تنفيذ القوانين مذكرا إياها بضرورة التقيد بضوابط إصدارها، كما استقر على مبدأ قابلية القوانين للتنفيذ بذاتها وعدم التوسع في اللجوء إلى طلب تدخل السلطة التنفيذية لإصدار قرارات تنفيذ القوانين، ويتضح ذلك في رأي مجلس الدولة في 2 مارس 1954 بخصوص تنفيذ القانون رقم 633 سنة 1953 بشأن إنشاء اللجان العلمية الدائمة من أن " نفاذ القوانين لا يكون معلقا على صدور اللوائح التنفيذية التي تحال إليها في حالتين:

**الأولى:** أن ينص القانون صراحة على أن نفاذه مرهون بصور لائحة.

**والثانية:** أن يكون تنفيذ القانون مستحيلا إلا بصور هذه اللائحة...

واعتبر أن التوسع في اعتبار صدور اللوائح التنفيذية أمر ضروري لنفاذ القوانين يشكل خطورة على القانون ذاته، حيث يبقى تنفيذ القانون معلق على إرادة السلطة التنفيذية التي يمكنها أن تحول دون تنفيذ القانون الذي أصدرته السلطة التشريعية وذلك بالامتناع عن إصدار اللوائح التنفيذية<sup>(1)</sup>، وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا على اعتبار أن اللائحة التنفيذية لا تعد مجرد قرارات تتخذها السلطة التنفيذية لتسهيل وضع القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية موضع التنفيذ دون أن تتخذ منها فرصة لتعديل أو تعطيل القوانين أو الإعفاء من تنفيذها<sup>(2)</sup>.

أما في فرنسا، وبعد اعتماد أسلوب توزيع الاختصاصات بين الحكومة والبرلمان في دستور 1958 استقر الفقه على أن المشرع لا يمكن أن يزيد - من تلقاء نفسه - في حجم اختصاصه ولا يملك أيضا الإنقاص منه، وعلى هذا أدان عملية تنكر المشرع لاختصاصه وإحالة إلى السلطة التنفيذية إلا في إطار التفويض التشريعي<sup>(3)</sup>، وفي هذا الخصوص أدان المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر 16 يناير 1982 في قضية التأميمات قيام البرلمان من خلال قانون التأميم بالإحالة إلى الأجهزة المكلفة بإدارة الشركات الوطنية مهمة تحديد القواعد المتعلقة بتحويل القطاع العام إلى القطاع الخاص، على اعتبار أن هذا يدخل في إطار اختصاص المشرع طبقا لأحكام المادة 34 من الدستور حيث يقول: (ومن حيث أنه إذا كانت المادة 34 من الدستور تدخل في المجال المحجوز للبرلمان (تأميم الشركات و تحويل مؤسسات القطاع العام إلى القطاع الخاص)، فإن هذا الحكم من الدستور شأنه في ذلك شأن الحكم الذي يمنح

<sup>1</sup> أورده سليمان محمد الطماري، نفس المرجع، ص 448.

<sup>2</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 230.

<sup>3</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 211.

القانون مهمة تحديد المبادئ الأساسية لنظام الملكية لا يعفي المشرع أثناء ممارسة اختصاصه من احترام القواعد والمبادئ ذات القيمة الدستورية التي تفرض نفسها على كل أجهزة (1). ويمكن تلخيص مذهب المجلس الدستوري الفرنسي في هذا الموضوع ب القول: (ليس بإمكان المشرع إعطاء السلطة التنفيذية تنظيم قواعد المواد التشريعية بطبيعتها، أي التي خصها الدستور بالمجلس النيابي وحده، وبإمكانه بالمقابل ضمن بعض الشروط أن يعيد إلى السلطة التنفيذية تنظيم بعض المواد التشريعية (المادة 38 من دستور 1958) ، وفي هذا الصدد أبطل المجلس الدستوري بتاريخ 28 جويلية 1989 نصا في قانون يتعلق بأمن السوق المالية وشفافيتها الذي ينيط بالحكومة بدون تقييد سلطة تحديد القواعد المختلفة حسب فئات هيئات التوظيف فيما يخص تكوين موجوداتها وأصولها (2).

أما فيما يتعلق بهذه المسألة في التشريع الجزائري فإنه يقول الأستاذ مسعود شيهوب " أن حجم القوانين المصادق عليها في الجزائر وفي الدول التي استلهمنا منها نظامنا الدستوري يبين أن سلطة البرلمان في التشريع لم تعد غير محددة، بل هناك تخلي تدريجي من قبل البرلمان عن جزء من صلاحيات التشريع لفائدة السلطة التنفيذية التي تتقاسمه معه عن طريق اللوائح التنظيمية، ومن هنا أخذت إشكالية تمييز الحدود بين مجال القانون ومجال التنظيم واللائحة". أهمية كبيرة في النقاش القانوني "... ، واعتبرها مسألة معقدة من الناحية العملية والنظرية، فمن الناحية النظرية يعتبر أن مجالات القانون المحددة في المادة 122 (3) من الدستور تشكل تقييدا مزدوجا للبرلمان من ناحية المنع والإباحة (4).

ومن ناحية ثانية يتعلق بالتمييز بين المجالات التي يكتفي فيها البرلمان بوضع القواعد العامة والمبادئ العامة وبين تلك التي ينزل فيها إلى التفاصيل والجزئيات ، ففي الأولى يكون تدخل الحكومة عن طريق اللوائح التنفيذية ضروريا، حيث لا يوضع القانون حيز التنفيذ إلا عن طريق إجراءات حكومية وبدونها لا يكون قابلا للتنفيذ.

أما من الناحية العملية فإن البرلمان في الجزائر يكتفي بوضع الخطوط العريضة و ليس له أن يدخل في التفاصيل ليحطي الأمر برمته إلى السلطة التنفيذية.

<sup>1</sup> أورده عيد أحمد الغفلول ، نفس المرجع ، ص 214-215.

<sup>2</sup> أشارت إليه نسيم بلحاج ، مقالة بعنوان: العلاقة بين النصوص التشريعية والتنظيمية ، مرجع سابق ، ص 42.

<sup>3</sup> لكن الأستاذ عزوي عبد الرحمن لا يوافق على هذا الطرح بشأن أحكام المادة 122 سنأتي على توضيحه لاحقا في هذا البحث .

<sup>4</sup> أنظر مسعود شيهوب، مقالة بعنوان: المبادرة بالقوانين بين المجلس الشعبي الوطني و الحكومة ، مجلة النائب، ع 2، ص 9.

للعلم أن الرأي الوحيد الذي عبر فيه المجلس الدستوري على ضرورة احترام والتزام السلطة التشريعية مجال اختصاصها تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات هو رأيه<sup>(1)</sup> رقم 01/05 المؤرخ في 10 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 17 يونيو سنة 2005، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي للدستور الذي جاء فيه :

"...ثانياً: فيما يخص المادة 24 من القانون العضوي موضوع الإخطار، والمادتين 25 و26 مأخوذة مجتمعه لاتحادها في الموضوع والمحرة كالاتي: المادة 24 " يمكن إنشاء أقطاب قضائية متخصصة ذات اختصاص إقليمي موسع لدى المحاكم.

يتحدد الاختصاص النوعي لهذه الأقطاب حسب الحالة في قانون الإجراءات المدنية أو قانون الإجراءات الجزائية".

المادة 25 " تتشكل الأقطاب القضائية المتخصصة من قضاة متخصصين يمكن الاستعانة عند الاقتضاء بمساعدين.

تحدد شروط و كفاءات تعيينهم عن طريق التنظيم".

المادة 26 " تزود الأقطاب القضائية المتخصصة بالوسائل البشرية والمادية اللازمة

لسيرها".

- اعتباراً أن المؤسس الدستوري أقر مبدأ إمكانية إنشاء هيئات قضائية بموجب المادة 6/122<sup>(2)</sup> (الشرط الأخير) وخول المشرع دون غيره صلاحيات إنشائها على أن يكون ذلك بقانون عادي وليس بقانون عضوي.

- واعتباراً أن المشرع نص في المادة 24 من القانون العضوي موضوع الإخطار الواردة في الفصل الخامس من الباب الثاني المتعلق بالجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي، على إمكانية إنشاء هيئات قضائية مسماة أقطاب قضائية متخصصة إلى جانب المحكمة العليا والمجالس القضائية، والهيئات القضائية المتخصصة.

- واعتبار أن المشرع حيث أقر بدوره إمكانية إنشاء هيئات قضائية مسماة أقطاب قضائية متخصصة في المادة 24 من القانون العضوي موضوع الإخطار يكون قد أدخل بالمبدأ الدستوري القاضي بتوزيع مجالات الاختصاص المستمدة من المادتين 122،123 من الدستور من جهة،

<sup>1</sup> أورده مسعود شيهوب، نفس المرجع ، ص 10.

<sup>2</sup> تنص المادة 6/122 " يشرع البرلمان في المجالات التي يخصصها له الدستور وكذلك في المجالات التالية :  
6...- القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي و إنشاء الهيئات القضائية..."

- واعتبارا من جهة أخرى ، أن المشرع وضع حكما تشريعيا في المادة 24 من القانون العضوي موضوع الإخطار يترتب على تطبيقه تخويل صلاحيات إنشاء الهيئات القضائية إلى المجال التنظيمي الذي يعود لرئيس الحكومة طبقا المادة 125 من الفقرة الثانية من الدستور ويعد ذلك مساسا بالمادة 122 من الدستور .

- واعتبارا بالنتيجة، فإن المشرع عند إقراره إمكانية إنشاء أقطاب قضائية متخصصة وتنازله عن صلاحيات إنشائها للتنظيم يكون قد تجاوز مجال اختصاصه من جهة، و مس بالمادة 6/122 من الدستور من جهة أخرى.

- واعتبارا أن المادتين 25 و26 من القانون العضوي موضوع الإخطار اللتين تنظمان من جهة كيفية تشكيل الأقطاب القضائية المتخصصة ومن جهة أخرى تزويدها بالوسائل البشرية و المادية اللازمة لسيرها، لهما ارتباط مباشر بالمادة 24 من نفس القانون ما تستوجب التصريح بأنها أصبح بدون موضوع<sup>(1)</sup>.

كذلك في نفس الرأي "...وفيما يخص المادة 29 من نفس القانون العضوي موضوع الأخطار والمحرة كالاتي " تصنف الجهات القضائية المنصوص عليها في هذا القانون العضوي. يتم التصنيف بموجب قرار من وزير العدل حافظ الأختام بعد اخذ رأي المجلس الأعلى للقضاء."

- واعتبارا أن المشرع نص في المادة 29 من القانون العضوي، موضوع الأخطار على أن تصنيف الجهات القضائية يتم بموجب قرار من وزير العدل حافظ الأختام،

- واعتبارا أن تصنيف الجهات القضائية يعد قاعدة من قواعد التنظيم القضائي التي تعود صلاحيات وضعها للبرلمان بموجب قانون عاد طبقا 6/122 من الدستور،

- واعتبارا بالنتيجة فإن المشرع حين أسند صلاحيات تصنيف الهيئات القضائية لوزير العدل حافظ الأختام بقرار من هذا الأخير يكون قد خالف صراحة الحكم الوارد في المادة 6/122 من الدستور،

...تعتبر المواد (1) 24، 27، 28 و 29، وغيره مطابقة للدستور،

(2) تعد المواد 25 و26 و30 بدون موضوع...".

يتضح لنا عند استقراء هذا الرأي حجم المشكلة التي يقع فيها المشرع الجزائري عند وضع القاعدة القانونية، فزيادة على عدم تمييزه بين المجالات التي يشرع فيها بموجب قوانين عضوية

<sup>1</sup> أنظر رأي المجلس الدستوري الصادر في 30 يوليو 2005، ج ر ع 51، ص 4



والمجالات التي يشرع فيها بموجب قوانين عادية، فهو يقع في دائرة السلوك الملتوي ليجعل مهمة البت في مسألة ما من اختصاص السلطة التنفيذية، لذلك يجب عليه احترام هامش الاستقلالية للسلطة التنفيذية وإن كانت مهمة التشريع ووضع القاعدة القانونية من اختصاصه، فإن مهمة تنفيذ القوانين ليست له، وهذا في إطار احترام مبدأ الفصل بين السلطات .

كما أنه يجب أن لا تستغرق هذه الأخيرة مجال القانون وتتوسع على حسابيه ، إذ ينبغي على الحكومة أيضا احترام السلطة التشريعية المخولة للبرلمان ، فالقانون ليس مجرد تصريح بالنية كما سماه الأستاذ مسعود شيهوب يُعلق تجسيدها على السلطة التنفيذية<sup>(1)</sup>.

كما تعرض المجلس الدستوري لنفس الموقف، عند التعليق على المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي المصادق عليه من قبل المجلس الوطني الانتقالي بتاريخ 6 يناير سنة 1997 في رأي رقم 4 المؤرخ في 12 شوال عام 1417 الموافق 19 فبراير سنة 1997 و مما جاء فيه: "...

- اعتبارا أن المؤسس الدستوري، باعتماده مبدأ الفصل بين السلطات كمبدأ أساسي لتنظيم السلطات العمومية، قد عمد إلى تحديد اختصاص كل منها، والتي لا يمكن أن تمارسه إلا في المجالات ووفق الكيفيات التي حددها لها الدستور صراحة،

- واعتبارا أن البند 6 من المادة 122 من الدستور، ولذات الأثر، يقضى بأن البرلمان يشرع في مجال : "القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي وإنشاء الهيئات القضائية"، مما ينتج عنه أن إنشاء المحاكم ضمن المجالس القضائية يعتبر اختصاصا ينفرد به البرلمان،

- واعتبارا، والحال، أن المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي، موضوع الإخطار، التي تنشئ محاكم على مستوى كل مجلس قضائي، تحترم مقتضيات البند 6 من المادة 122 من الدستور،

- واعتبارا، ومن جهة أخرى، أن المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي، موضوع الإخطار، عندما أحالت أمر تحديد أعداد ومقرات ودوائر اختصاص المحاكم على التنظيم بموجب مرسوم رئاسي قد أخلت بأحكام المادة 125 الفقرة الأولى من الدستور التي تحدد مجال ممارسة السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية في المسائل غير المخصصة للقانون،

لهذه الأسباب:

<sup>1</sup> مسعود شيهوب، مقالة بعنوان : المبادرة بالقوانين بين المجلس الشعبي الوطني والحكومة، مرجع سابق، ص 10.

يبدى المجلس الدستوري الرأي التالي:

أولاً: القول أن جزء المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي، موضوع الإخطار، والمحذر كالتالي: "تحدث في دائرة اختصاص كل مجلس قضائي "محاكم" يعد دستورياً.

ثانياً: القول أن جزء المادة 2 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي، موضوع الإخطار، والمحذر كالتالي: "يحدد عددها ومقرها ودائرة اختصاص كل منها بموجب مرسوم رئاسي يعد غير دستوري".

كذلك ما يجب الإشارة إليه في نفس الصدد القانون رقم 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله ، حيث يحتوي القانون على 44 مادة تتضمن معظمها الإحالة إلى التنظيم مثال ذلك المادة 41 "تحدد أشكال وكيفيات الإجراءات في المجال الاستشاري عن طريق التنظيم" إضافة إلى الإحالة إلى نظامه الداخلي المادة 19، وهذا المسلك لا يتماشى و مضمون المادة 153 من الدستور<sup>(1)</sup> التي تنص على أن القانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة يجب أن يحدد مختلف الجوانب بتنظيمه(هيكلته) وعمله تسيره واختصاصاته صلاحياته. إضافة إلى العديد من القوانين الأخرى التي تحل موادها إلى سلطة التنظيم بصورة واسعة.

### ثالثاً: أسلوب الإفراط في العمومية

سبقت الإشارة إلى أن فكرة الإغفال التشريعي تقوم على خرق مبدأ الانفراد التشريعي، الذي صاغه الفقه ثم تحول فيما بعد إلى مبدأ دستوري استقرت عليه غالبية دساتير العالم، ومفاد هذا المبدأ هو أن البرلمان هو صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع، إلا أن هذا الأخير لم يعد يستحوذ على هذه السلطة لوحده بل شاركته فيها السلطة التنفيذية ، الذي أصبح تدخلها في العملية التشريعية ضرورة لا بد منها، وهكذا طرأ تعديل على مضمون هذا المبدأ حيث ميز بين المسائل التي ينفرد البرلمان بتنظيمها انفراداً مطلقاً، ووعني بذلك معالجة مسألة ما بصورة تفصيلية بوضع القواعد العامة والتفصيلية لها، والانفراد التشريعي النسبي الذي يكتفي فيه المشرع بوضع الأحكام والقواعد العامة التي تنظم الموضوع ويترك التفصيلات الجزئية للسلطة التنفيذية .

<sup>1</sup> المادة 153 "يحدد قانون عضوي تنظيم المحكمة العليا ، ومجلس الدولة، ومحكمة التنازع، وعملهم واختصاصاتهم الأخرى".

والإحالة إلى سلطة التنفيذ بهذه الصيغة تكون صراحة عن طريق دعوة البرلمان السلطة التنفيذية للتدخل لإصدار اللائحة التنفيذية لقانون ما لتنظيم مسألة من المسائل المتعلقة بانفراده المطلق بالتشريع، دون أن تنطوي هذه الإحالة على ما يسمح للسلطة التنفيذية بالمساس بأصل المسألة التي ينظمها القانون، خاصة إذا تعلقت بحق من حقوق الأفراد أو بحرية من حرياتهم، أو بمسألة من مسائل التجريم والعقاب .

وقد تكون الإحالة عن طريق ما يطلق عليه الفقه المصري اللوائح التكميلية وبتعلق بالمسائل التي تدخل ضمن الانفراد النسبي بالتشريع ، فهي الأخرى ينبغي أن لا تمس بالبنية الأساسية للقانون لأنها تمثل نصيب البرلمان في القوانين الصادرة في إطار الانفراد التشريعي النسبي<sup>(1)</sup>. لكن البرلمان - ودون أن تكون الإحالة منه صريحة - قد يعتمد الإحالة إلى سلطة التنفيذ لممارسة الاختصاص التشريعي، لكن بأسلوب ملتوي يتمثل في الإفراط في العمومية عند صياغة القواعد القانونية، ويعتبر القانون الإطار La loi -cadre الذي عرفه الدستور الفرنسي لسنة 1958 وحتى بعده، والقانون التوجيهي loi d'orientation المظهر الذي يجسد هذه الصيغة.

وكان الظهور الأول للقانون التوجيهي في النظام الدستوري الفرنسي سنة 1960، وتعلق الأمر بالقانون رقم 60-808 المؤرخ في 5 أوت 1960 المتعلق بالتوجيه الزراعي، وتلاه قانون التوجيه العقاري رقم 67-1253 في 30 ديسمبر 1967، حيث أعتبرا هاذين القانونين على الدوام عملا مشتركا بين البرلمان والحكومة، إذ يقتصر دور الأول فيه على وضع المبادئ الأساسية والخطوط الرئيسية اللازمة لإصلاح مجال أو موضوع معين وتنظيمه، أما الحكومة فتحوز الدور الأهم في وضع الأحكام التفصيلية لوضع المبادئ الأساسية تلك موضع التطبيق والتنفيذ.<sup>(2)</sup>

فطبيعة القانون التوجيهي هي من تعكس حاجاته دائما لتدخل السلطة التنفيذية، فهو على خلاف القوانين الأخرى التي تنفذ وتطبق أو القابلة للتطبيق مباشرة لنفاذها لتحدث آثارها في الوضع أو النظام القانوني القائم، بل يحتاج دوما لتفعيله وإحداث التغيير المقصود من سنه إلى نصوص قانونية أخرى قد تكون من نفس الدرجة أو أقل منه، فهو يعبر عن توجيهات سياسية

<sup>1</sup> عيد أحمد الغفلول ، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ، مرجع سابق ، ص 215.

<sup>2</sup> أنظر عزواي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ، ج 1، مرجع سابق ، ص 70.

تحتاج إلى نصوص أخرى ذات الأحكام أو القواعد التقنية التفصيلية لتوضيح مجال تطبيقه من الناحية العملية الفنية (أحكام تشريعية أو تنظيمية).<sup>(1)</sup>

وقد انتقد الفقه الفرنسي اعتماد نظام القانون التوجيهي، واعتبره نوعاً من التفويض التشريعي المستتر أو المبطن من قبل المشرع الفرنسي غير المعترف به دستورياً في دستور 1946 وبعده دستور 1958، حيث يعتبر خروجاً عن مبدأ الفصل بين السلطات، ليكرس لاحقاً بفضل اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي بموجب أحكام المادة 38 من دستور 1958.

وقد عرفت الجزائر هي الأخرى هذه الفئة من القوانين في بداية التسعينات ونستدل في هذا الشأن بقانون التوجيه العقاري رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990.<sup>(2)</sup>

بعد التطرق لصور السلوك السلبي للمشرع بقي لنا البحث في الأسباب التي جعلت هذا الأخير يتصرف بهذا الأسلوب اتجاه اختصاصاته الدستورية، وأهم الآثار التي يمكن أن تترتب على هذا الإخلال الدستوري وهو موضوع الجزئية الموالية.

## البحث الثاني

### أسباب الإغفال التشريعي وآثاره

بعدما تم توضيح فكرة الإغفال التشريعي في المبحث الأول، و الحالات التي يعتبر فيه البرلمان ممتنعاً عن ممارسة اختصاصه، نتطرق في هذا المبحث إلى الأسباب التي تؤدي بهذا الأخير إلى إجماعه عن ممارسة اختصاصه الدستوري، بالإضافة إلى أهم ما يترتب على هذا السلوك السلبي من انعكاسات وآثار على العملية التشريعية من جهة وعلى الأفراد من جهة

<sup>1</sup> أنظر عزوي عبد الرحمن، محاضرات في مقياس قانون التهيئة والتعمير، أقيمت على طلبة الماجستير، تخصص قانون عام، دفعة 2010/2011، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ص 6.

<sup>2</sup> أشار إليه عزوي عبد الرحمن، نفس المرجع، ص 9.

أخرى، دون أن ننسى القاضي المطالب دائما بتطبيق القانون والفصل في المنازعة، وعلى هذا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، نخصص المطلب الأول : لأسباب الإغفال التشريعي، والمطلب الثاني : لآثاره .

## المطلب الأول

### أسباب الإغفال التشريعي

إن سكوت المشرع وعدم ممارس ته لاختصاصه، وبالتالي إخلاله بالالتزام الدستوري وهو الالتزام بالتشريع، باعتباره صاحب الولاية العامة في التشريع<sup>(1)</sup> يكون نتيجة عدة أسباب، تعود بعضها لإرادته الذاتية، وأخرى تخرج عن إرادته<sup>(2)</sup>، وتتعلق هذه الأخيرة خاصة بالمؤسس الدستوري. ويمكن تلخيص هذه الأسباب إلى أسباب خارجة عن إرادة المشرع ( الفرع الأول)، وأسباب ترجع للإرادة الذاتية للمشرع ( الفرع الثاني).

### الفرع الأول

ال

### أسباب خارجة عن إرادة المشرع

تتعلق هذه الأسباب خاصة بإرادة المؤسس الدستوري وكيفية صياغته لمبدأ الفصل بين السلطات بموجب قواعد الدستور، وذلك عند تحديد اختصاصات كل من السلطات العامة، كما قد تتعلق أيضا بحالة عدم الاستقرار السياسي والأمني التي قد تمر بها الدولة<sup>(3)</sup>.

### أولا: مدى كفاية الصياغة الدستورية لهبدأ الفصل بين السلطات ووضع الضوابط الدقيقة لتوزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية

يعد مبدأ الفصل بين السلطات من أهم المبادئ التي يقوم عليها تنظيم الدولة القانونية من جهة والسلطة من جهة أخرى، حيث يعبر عنه Montesquieu - باعتباره صاحب الفضل الكبير في صياغة هذا المبدأ ومطوره - بالقول: ( أن اعتدال السلطة يضمن بواسطة فصلها إلى ثلاثة أجزاء السلطة التنفيذية، السلطة التشريعية، سلطة الحكم ) لأن Montesquieu كان

<sup>1</sup> خاصة في حالة إنفراد المطلق بالتشريع.

<sup>2</sup> عزاوي عبد الرحمن مقالة بعنوان: الرقابة على السلوك السلبي للمشرع: الإغفال التشريعي نموذجا، مرجع سابق، ص 91.

<sup>3</sup> نفس المرجع، ص 91 .

قاضيا)، فهو يرى أن السلطة التي تصوت على القانون لا تستطيع تنفيذه، والسلطة التي تنفذه لا تستطيع التصويت عليه<sup>(1)</sup>، وتظهر الأهمية العملية لهذا المبدأ بلعبتباره مانعاً وحاجزاً لنمو وترعرع الدكتاتورية في أحضان السلطة المطلقة التي تجمع في يدها كل أنواع السلطات، فمنطق هذا المبدأ هو عدم تجميع كل السلطات بيد شخص واحد أو هيئة واحدة ، لأن ذلك مدعاة للتسلط والتعسف والدكتاتورية المطلقة، لهذا ينبغي توزيع سلطات الدولة حسب Montesquieu إلى ثلاث سلطات على نحو يكفل تحديد المسؤوليات وعدم التداخل فيما بينها تداخلاً يؤدي إلى تشتت الصلاحيات وإهدار قيمة النصوص الدستورية، وأن تكون هناك رقابة متبادلة بين هذه السلطات .

بينما تقوم فلسفة Jean Locke في كتابه ( الحكومة المدنية ) فيما يتعلق بهذا المبدأ إلى تقسيم السلطات في الدولة إلى أربعة سلطات إضافة إلى السلطتين التشريعية والتنفيذية، السلطة الاتحادية، وسلطة التاج، ويضيف إلى أن مسألة الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ووضعها في يد هيئتين مختلفتين مسألة ضرورية، على أن تختص الأولى بمهمة سن القوانين، أما الثانية فتختص بمهمة تنفيذها ومتابعتها<sup>(2)</sup>.

وقد أخذت بهذا المبدأ أغلب الدساتير الحديثة ، بل هناك من نصرت عليه صراحة، ومن ذلك المادة 47 من الدستور العراقي لسنة 2005<sup>(3)</sup>، وهناك من اتبعت أسلوب التنقيص على اختصاصات كل سلطة لتقصد تطبيق المبدأ، كما هو الحال بالنسبة للدستور الفرنسي 1958 ، والدستور الجزائري لسنة 1996 وذلك في الباب الثاني " تنظيم السلطات"، حيث يخص الفصل الأول: السلطة التنفيذية، والفصل الثاني : للسلطة التشريعية، وأما الفصل الثالث: للسلطة القضائية، إلا أن هذه النصوص لا تتكلم بصراحة عن مبدأ الفصل بين السلطات، ولكن تتضمن عناصر المبدأ، مما جعل المجلس الدستوري يقر في رأيه رقم 12/01 المؤرخ في 18 شوال عام 1421 الموافق لـ 13 يناير 2001 هذا المبدأ صراحة بمناسبة تعرضه للقانون الأساسي

<sup>1</sup> أنظر بوكرا ادريس، الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات السياسية ، دار الكتاب الحديث، 2003، ص202.

<sup>2</sup> أنظر سعيد بوشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ط 4 منقحة، ديوان المطبوعات الجامعية، ج 2، الجزائر، ص 165.

<sup>3</sup> تنص المادة 47 من الدستور العراقي " تتكون السلطات الاتحادية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية ، تمارس اختصاصاتها ومهامها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات"، أشار إليها القاضي سالم رضوان الموسوي، مقالة بعنوان: الفصل بين السلطات [http:// www.airss forum .com](http://www.airssforum.com)

بعضو البرلمان حيث جاء " بأن مبدأ الفصل بين السلطات يقتضي أن تحترم كل سلطة حين ممارستها صلاحيتها الحدود التي رسمها المؤسس الدستوري"<sup>(1)</sup>.

إلا أن هذا المبدأ طرأت عليه عدة تطورات أدت إلى تراجع دوره، مما أثر خاصة على السلطة التشريعية وبالتالي على الوظيفة التشريعية في الدولة أمام آلية أخرى حديثة من آليات القانون العام هي الفصل - في مجال العمل السياسي والدستوري- بين الأقلية المعارضة من ناحية والأغلبية من ناحية أخرى، فقد أدى تطور الأحزاب السياسية وتطور النظام البرلماني إلى طمس معالم مبدأ الفصل بين السلطات خاصة في الدول التي يوجد بها حزبان رئيسيان أو كتلتان رئيسيتان من الأحزاب، ففي هذه الدول يؤدي النظام الحزبي إلى تركيز شديد للسلطة في يد الحكومة، أو بالأحرى في يد الهيئة الحاكمة داخل الحزب الفائز في الانتخابات التشريعية والذي يسيطر على الحكومة وعلى المجلس التشريعي في آن واحد، بل إن ذلك قد يحدث ولو بدرجات متفاوتة في النظم الرئاسية ذاتها كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(2)</sup>. وفي ظل هذه الظروف يصبح من المفهوم أن تحاول الحكومة توجيه دفة العمل التشريعي الوجهة التي ترتضيها، وذلك استنادا إلى أغليبتها داخل البرلمان، كأن تحاول التأثير في الأولويات التشريعية لهذا الأخير وذلك من خلال حثه على عدم تناول موضوعات معينة أو تأخير تناولها، أو الإسراع في معالجة موضوعات معينة بالذات، ويساعد الحكومات في ذلك مالها من سيطرة على جدول أعمال البرلمان في عدد غير قليل من الدول، وما تتمتع به من مزايا بشأن إجراءات اقتراح التشريعات المالية والتصويت عليها، كما أن معظم التشريعات ذات الأصل الحكومي ( مشروعات القوانين التي تتقدم بها الحكومة ) تعامل معاملة تفضيلية إذا ما قورنت بالاقترحات التي يتقدم بها أعضاء البرلمان، علاوة على ذلك يمكن للحكومة أن تغالي في طلب تفويض البرلمان لها بممارسة بعض اختصاصاته التشريعية<sup>(3)</sup>. وكل هذه الأوضاع في الأخيرة تؤدي إلى تقاعس البرلمان في ممارسة اختصاصاته التشريعية. وتبدو هذه الصورة واضحة أكثر في الدستور الجزائري نظرا لما منحه من قوة للسلطة التنفيذية اتجاه السلطة التشريعية ولكن ليس عن طريق التفويض التشريعي، وإنما عن طريق منح الاختصاص

<sup>1</sup> أورده حافظي سعاد، الضمانات القانونية لتطبيق القواعد الدستورية ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، 2008/2007 . ص 191 ، 192.

<sup>2</sup> أنظر عيد احمد الغفلول ، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ، مرجع سابق، ص41.

<sup>3</sup> عيد احمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ، مرجع سابق ، ص 42.

التشريعي لرئيس الجمهورية في الحالات التي حددتها المادة 124 من دستور 1996، إضافة إلى التوسيع من سلطته التنظيمية التي جعلتها المادة 125 من اختصاصه الدستوري.

بالإضافة إلى تراجع مبدأ الفصل بين السلطات، فإن المؤسس الدستوري عند صياغته لمواد الدستور وبالخصوص في تحديد اختصاصات السلطتين التشريعية والتنفيذية لم يضع ضوابط حاسمة للفصل بين اختصاصات هاتين السلطتين، مما يجعل احتمال وقوع السلطة التشريعية في حومة الإغفال التشريعي بصورة واسعة، ذلك لاشتراكهما في مجال وضع القاعدة القانونية<sup>(1)</sup> بعدما تم الاعتراف للسلطة التنفيذية إمكانية تنظيم بعض الموضوعات بللوائح المستقلة، لأن السلطة القضائية تكاد تنفرد في أغلب الدساتير بمهمة الفصل في المنازعات سواء إدارية أو مدنية، وهكذا ظهرت مشكلة من هو صاحب الاختصاص الأصلي في التشريع ومن له دور مكمل في ذلك؟

طرح هذا الإشكال في الفقه الجزائري، خاصة ما أثارته صياغة المادة 122<sup>(2)</sup> من الدستور 1996 من جدل لدى فقه القانون العام، فهل وردت المجالات المنصوص عليها في المادة 122 من الدستور على سبيل الحصر أم على سبيل المثال؟

أجاب الأستاذ مسعود شيهوب بالقول: "أن المجالات المحددة بالمادة 122 من الدستور تبقى من الاختصاص الحصري للقانون ولا مجال لتدخل السلطة التنفيذية إلا على سبيل التعويض (وذلك عن طريق إصدار أوامر فيما بين دورتي البرلمان م 124 من نفس الدستور) أو عن طريق تنفيذ القانون<sup>(3)</sup>، وقد سار على هذا الرأي أغلبية شراح القانون الدستوري في الفقه الجزائري.

لكن الأستاذ عزاوي عبد الرحمن لا يوافق على هذا الطرح، حيث يعتبر أن التعداد الوارد في المادة 122 هو تعداد حجري لا غير، بمعنى أنها مجالات محجوزة للبرلمان يشرع فيها دون غيره ولا يعد من قبيل الحصر، وكذلك ما تنص عليه المادة 123 من نفس الدستور فهو الآخر غير حصري يمكن للبرلمان التشريع بقوانين عضوية في مجالات أخرى غير تلك المنصوص عليها في هذه المادة، ويستدل في هذا الشأن ببعض المواد المتناثرة في الوثيقة الدستورية والتي جعلت بعض المواضيع من اختصاص البرلمان سواء أن كان تنظيمها بموجب

<sup>1</sup> عزاوي عبد الرحمن، مقالة بعنوان: الرقابة على السلوك السليبي للمشرع: الاغفال التشريعي نموذجا، مرجع سابق، ص 91.

<sup>2</sup> راجع المادة 122 من دستور 1996.

<sup>3</sup> أنظر مسعود شيهوب مقالة بعنوان: المبادرة بالقوانين بين المجلس الشعبي الوطني والحكومة، مرجع سابق، ص 10.



قوانين عادية أو قوانين عضوية وهذا ما يحدده نص المادة (1)، من هنا يمكن القول أن المجال التشريعي للبرلمان يمكن أن يمتد، لكن فعالية هذا الامتداد حسب الأستاذ jaque moreau مرهون بمدى الحماية المؤمنة لهذا المجال من اعتداء الحكومة (2).

كذلك صياغة المادة 125 من نفس الدستور التي تنص على أنه: " يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون"، فهي الأخرى تثير غموضاً في عملية التحديد الدقيق للاختصاص التشريعي التي تتشارك فيها السلطة التشريعية والتنفيذية، وهنا يطرح سؤال مهم مفاده ما هي المسائل التي لا تدخل ضمن الاختصاص التشريعي للبرلمان؟ ويتعلق الأمر خاصة بالمسائل المسكوت عنها، فهذه الصياغة الغامضة لأحكام الدستور فيما يتعلق خاصة بعملية توزيع الاختصاصات بين السلطات لاسيما السلطتين التشريعية والتنفيذية هي ما تجعل المشرع لا يتعرف على اختصاصه مما يوسع من صورة وقوعه في حومة الإغفال التشريعي.

### ثانياً: عدم الاستقرار السياسي والأمني

تتعلق هذه الحالة بالظروف الاستثنائية التي تتطلب شرعية تتلاءم معها، تركز أساساً على نظرية الضرورة بوصفها نظرية عامة في القانون، حيث تجيز التصرف بطريقة تجافي القواعد الواجب إتباعها في الظروف العامة بقدر ما تتطلبه هذه الضرورة (3).

وقد فرضت حالة الضرورة نفسها وعبرت عنها الكثير من النصوص الدستورية والقانونية في الكثير من الأنظمة القانونية في دول العالم، بالرغم من أنها كانت محل رفض من طرف الفقه والقضاء والتشريع (4)، وتتعلق هذه الأخيرة بوجود ظروف غير عادية من شأنها قلب الموازين العادية في الدولة، لذلك يجب أن تتغير سلطات الحاكم واختصاصاته والإجراءات العادية بما من شأنه أن يتناغم مع الوضع الجديد، وهو الأساس الذي استندت إليه فكرة الضرورة لدى الفقه المؤيد لها، بينما اعتبر جانب من أن هذه الحالة من شأنها أن تكون حجة في يد الحكام للمساس بالنظام الديمقراطي للدولة. ودون الخوض في آراء الفقه حول هذه الحالة

<sup>1</sup> لمزيد من التوضيحات حول هذا الطرح، أنظر عزوي عبد ال رحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، ج 1، مرجع سابق، ص 54 وما بعدها.

<sup>2</sup> عقيلة خرباشي، العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان، مرجع سابق، ص 22.

<sup>3</sup> أنظر أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 805.

<sup>4</sup> أنظر جعفر عبد السادة بهير الدراجي التوازن بين السلطة والحرية في الأنظمة الدستورية -دراسة مقارنة - ط 1، دار الحامد، 2008، ص 147.

ومبرراتها، فإن أغلب دساتير الدول اعترفت بها وحسنت رأيها فيما يخصها عن طريق وضع الحلول التشريعية والضوابط القانونية المنظمة لهذه الحالة، وتتمثل في حلين، الأول ذي طابع تنفيذي والثاني ذي طابع تشريعي، وهو التشريع في غيبة البرلمان<sup>(1)</sup> - وهو الأمر الذي يهمننا في هذا الصدد - حيث تخول هذه الظروف للسلطة التنفيذية صلاحية إصدار مراسيم لها قوة القانون في المسائل التي تدخل حسب الأصول الدستورية ضمن الاختصاص الح جزري للسلطة التشريعية لمواجهة الأزمة وذلك بسبب بطئ الإجراءات التشريعية العادية وقصورها عن متابعة ومعالجة الظروف الاستثنائية، ومحاولة البرلمان التهرب من تحمل مسؤولية هذه الإجراءات أمام هيئة الناخبين، لذلك أوجبت الخروج عن جمود الدستور وحرفية أحكامه والمعايير الشكلية التي تقوم على أساس مبدأ الفصل بين السلطات - وخاصة السلطة التنفيذية والتشريعية - في الظروف العادية، كما أن البرلمان لا تعقد اجتماعاتها بصورة مستمرة فقد تطرأ الظروف الاستثنائية والبرلمان في حالة راحة، مما يتوجب اتخاذ إجراءات لمواجهة الأزمة وهي من اختصاص السلطة التنفيذية التي يقع على عاتقها المحافظة على النظام العام. ونستدل في هذا الشأن بنص المادة 47 من الدستور المصري لسنة 1971 التي تخول لرئيس الجمهورية صلاحية إصدار تشريعات الضرورية، والمادة 16 من الدستور الفرنسي، والمادة 93 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

وقد أدى هذا الإجراء إلى رجحان كفة السلطة التنفيذية في ميزان القوى في النظم السياسية على حساب السلطة التشريعية وهذا على النقيض من منطق التطور التاريخي نحو الديمقراطية<sup>(2)</sup>، واعتبر الفقه المبالغة في سياسة التفويض التشريعي - فيما يمثله من تخلي البرلمان عن وظيفته التشريعية لمصلحة الحكومة - اعتداء على مبدأ المشروعية وذلك لاعتبارين أولهما: أن سياسة التفويض التشريعي اعتداء على مبدأ سمو الدستور وذلك لأنها تؤدي إلى تعديل أحكام الدستور في ما يقرر من ضوابط وأسس في توزيع الاختصاصات بين الحكومة والبرلمان، وثانيها: أن السماح للحكومة لممارسة التشريع وما يترتب عليه من إمكانية تعديل القوانين وإلغائها يؤدي إلى إهدار مبدأ التدرج النظام القانوني وما يؤدي إليه من خضوع الإدارة للقانون<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> جعفر عبد السادة بهير الدراجي التوازن بين السلطة والحرية في الأنظمة الدستورية، المرجع السابق ص152.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 155.

<sup>3</sup> لتفاصيل أكثر حول تشريعات الضرورية وضوابطها في التشريع الجزائري، راجع شطاب كمال، حقوق الإنسان في الجزائر بين الحقيقة الدستورية والواقع المفقود، دار الخلدونية، 2003، ص 99.

وقد كان الفقيه الفرنسي "Isman" أول من عارض سياسة التفويض التشريعي مستندا إلى أن السلطة التشريعية هي سلطة منشأة أوجدها الدستور حدد لها اختصاصاتها فهي لا تملك حقا ذاتيا و إنما هي تمارس وظيفة محددة ينظمها الدستور ، لذا لا يحق لها تفويض هذه السلطة إلى غيرها لأن فاقد الشيء لا يعطيه (1).

من هنا، وبالرغم من أن الحالة الاستثنائية هي حالة نظمها الدساتير وجعلت لها ضوابط خاصة باعتبارها واقعة مادية توجبها ظروف معينة - بغرض المحافظة على الشرعية الدستورية- إلا أن من شأنها أن تبعث على إحجام البرلمان عن ممارسة اختصاصه الأصلي وهو القيام بمهامه التشريعية، مما سيفسح المجال أمام السلطة التنفيذية للحلول محله في وضع ما يلزم من قوانين وذلك لمعالجة الأزمة<sup>(2)</sup>، وما يترتب على هذه الإجراءات والقوانين من المساس بالحقوق الحريات العامة المحمية دستوريا (بمعنى القوانين التي وضعتها السلطة التنفيذية أثناء الأزمة )، فللبرلمان وباعتباره ممثلا للإرادة العامة عند وضعه للقوانين سوف يراعي الحقوق والحريات في الحدود والضوابط الدستورية، لكن بإعمال سلطات الأزمة تحدث عدة انتهاكات له، خاصة وأن تشريعات الضرورة في منأى عن خضوعها للرقابة، لا لوقاية مجلس الدولة لأن هذه الأوامر هي من طبيعة تشريعية وبالتالي تفلت من رقابته، ولا رقابة المجلس الدستوري لأنه لا يراقب سوى دستورية التشريعات التي يقرها البرلمان، وهو رأي الفقه الفرنسي الذي انتقد مسلك مجلس الدولة الفرنسي ووصفه بأنه قد سجل بطريقة سلبية انتهاك الحريات العامة<sup>(3)</sup>، حتى الرقابة التي يمارسها البرلمان على هذه اللوائح - لأن غالبية دساتير العالم تخضع تشريعات الضرورة لرقابة البرلمان بقوة القانون - يعتبرها الفقه رقابة ضعيفة ولا يجب التعويل عليها. (4)

## الفرع الأول

### أسباب ذاتية تعود لإرادة المشرع

<sup>1</sup> جعفر عبد السادة بهير الدراجي، التوازن بين السلطة والحرية في الأنظمة الدستورية، مرجع سابق، ص156.  
<sup>2</sup> عزاوي عبد الرحمن، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع : الاغفال التشريعي نموذجا، مرجع سابق، ص92.  
<sup>3</sup> أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص810.  
<sup>4</sup> عيد احمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، المرجع السابق، ص239.

إذا كانت الأسباب الأولى تتعلق في غالبها بالمؤسس الدستوري وكيفية صياغته لمبدأ الفصل بين السلطات ومدى ونطاق الاختصاص التشريعي للبرلمان، وحالة عدم الاستقرار السياسي والأمني التي تبرر تشريعات الضرورة، ف إن هناك أسبابا أخرى يعتبرها الفقه تعود للإرادة الذاتية للمشرع وتؤدي هي الأخرى إلى إجماعه عن ممارسة اختصاصه الدستوري وهو التشريع، وهذه الأسباب تتعلق بما يلي :

### أولا : مدى استعمال المشرع لسلطته التقديرية في وضع القوانين

يتفق الفقه والقضاء على فكرة واحدة وهي أن الأصل العام أن للمشرع سلطة تقديرية فيما يتعلق بالتشريع، وتظهر هذه السلطة في أن يفاضل بين بدائل وخيارات موضوعية بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يتغياها دون أن يفرض عليه طريقا بذاته يجب إتباعه، أو توجيهها محددًا يتعين عليه التزامه<sup>(1)</sup>، وله أيضا أن يختار بين التدخل وعدم التدخل وذلك عن طريق سن القانون، وكذلك وقت التدخل، وهذا خلافا للإدارة المقيدة بمبدأ المشروعية ، على أن تمنح لها سلطة تقديرية وهي الاستثناء على حد تعبير الأستاذ سليمان محمد الطماوي .

فالسلطة التشريعية هي التي تضم ممثلي الشعب وبالتالي هي أقدر الهيئات في الدولة على استجلاء المصلحة العامة، وهي إذ تمارس عملية التشريع إنما تفعل ذلك واضعة نصب عينيهيها مصلحة مجموع الأفراد كما صاغها الدستور وعبرت عنها قواعده ، وغيرها من المبادئ الدستورية غير المدونة<sup>(2)</sup> .

وتظهر هذه السلطة التقديرية خاصة عندما تمنح مواد الدستور رخصة للمشرع في ضرورة التدخل أو عدم التدخل ذلك بالرغم أن جميع مواد الدستور تتميز بالطابع الأمر ، إلا أن الفقه يميز بين درجات وقوة الطابع الأمر، وفي هذا الإطار يمتنع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي فهل يمكن استصدار القانون استصدارا من؟

يجيب الفقه عن هذا السؤال من خلال نوعية الأحكام التي يصدرها القاضي الدستوري عند معالجته لحالات السلوك السلبي للمشرع وامتناعه عن ممارسة اختصاصه، فلم يكتف ي القاضي الدستوري بالإعلان عن عدم دستورية السلوك السلبي للمشرع، وإنما توسعت سلطاته ودوره و

<sup>1</sup> عبد العزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 341.

<sup>2</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 124.

ذلك من خلال توجيه نداء للمشرع من أجل إتمام واجباته ووظيفته الدستورية، وهو ما اتجه إليه القضاء الدستوري في اسبانيا وإيطاليا و ألمانيا، وذلك عن طريق إصدار الأحكام الإيعازية والندائية فلا يكتفي القاضي الدستوري بتبيان إجماع المشرع عن التدخل بالتشريع، وإنما القول أيضا أن هذا السكوت أو الإغفال التشريعي غير دستوري ويوجه له إنذارا بالتدخل للتشريع وإلا قضى بعدم دستورية النص التشريعي الضمني، وهو ما سيتم تفصيله في الفصل الثاني من هذا البحث.

### ثانيا : عدم تعرف البرلمان على اختصاصه

ولئن، كان هذا السبب يبدو غريبا لدى البعض إلا أن البرلمان حقيقة في بعض الأحيان لا يتعرف على اختصاصه، فبالرغم من أن الدساتير المقارنة والدستور الجزائري على غرارها، اعتمدت أسلوب التنصيب على مجالات القانون ، بمعنى حجز الموضوعات التي تنظم بقانون تخصص بوضعه السلطة التشريعية وهو الأسلوب المعتمد في الدستور الفرنسي لسنة 1958 وذلك في المادة 34 منه، وما تعدى هذه المجالات هو من اختصاص الحكومة طبقا لنص المادة 37، كذلك انتهج الدستور الجزائري في المادتين 122 و123 من الدستور مع إطلاق حرية السلطة التنفيذية طبقا لأحكام المادة 1/125 منه، وإن كان هذا التنصيب لا يثير إشكالا من الناحية النظرية إلا أن التطبيق العملي قد يكون مختلفا لأن البرلمان قد يتعدى على مجال المخصص للائحة أو العكس<sup>(1)</sup>، أو يكون باتخاذ سلوك سلبي ولا يمارس الاختصاص المحدد له دستوريا وهذا بسبب عدم وضوح اختصاصه وذلك من جانبين:

1- استعمال المؤسس الدستوري بعض العلويات الغامضة : مثال ذلك ما ورد في المادة 122 من الدستور الجزائري من مصطلحات ( القواعد العامة والنظام، الشروط، الضمانات ) الأمر الذي لا يوحي أن استعمال هذه المصطلحات كان بهدف تجنب التكرار أو أن لكل صيغة أورها معنى معين؟<sup>(2)</sup>، فقد يكتفي المشرع بوضع القواعد أو المبادئ العامة ليحيل التفاصيل للسلطة التنفيذية ويكون بذلك وقع في حومة الإغفال التشريعي بطريق ملتوي وقد يتعدى التنظيم العام إلى وضع القواعد التفصيلية ويكون بذلك قد إعنتى على اختصاص السلطة التنفيذية .

2- غموض الحدود بين القانون واللائحة: مما يترتب عنه وضعية قانونية خاصة لها قدر كبير من الأهمية والخطورة، لأنها قد تكون محل جدل وتنازع الاختصاص بين البرلمان والحكومة

<sup>1</sup> انظر سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 479.

<sup>2</sup> أنظر عقيلة خرباشي، العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان، مرجع سابق، ص 22.

وهل هي من مجال القانون أم مجال اللائحة ؟ وكيف تعالج هذه المسائل ومن هي الجهة المختصة بتنظيمها ؟

يتعلق الأمر هنا تحديداً بالمسائل المسكوت عنها ، ويقصد بها حسب ما يعرفها الأستاذ ع بي أحمد الغفلول : المسائل التي لم يدخلها الدستور لا في إطار الانفراد التشريعي المطلق ولا في إطار الانفراد التشريعي النسبي ، بمعنى أنه لم ينص على ضرورة تدخل مجلس الشعب ( البرلمان) لتسويتها لا " بقانون " ولا " بناء على قانون " عن طريق وضع القواعد الأساسية والمبادئ العامة لها ثم الإحالة إلى غيره من السلطات أمر تنظيمها بصورة أكثر تفصيلاً.

وقد اختلف الفقه في تصنيف هذه المسائل ، بمعنى من هي الجهة المختصة بتنظيمها ؟ يرى الأستاذ ع بي أحمد الغفلول أن هذه المسائل هي ضمن ما تدخل في إطار الاختصاص التشريعي لمجلس الشعب، والسبب في ذلك هو أن دائرة عمل القانون لا يحددها إلا الدستور، وهذا الأخير لم يمنع المشرع من التدخل بغرض تسوية هذه المسائل ، وبالتالي فالمشرع أن يتدخل لتنظيمها وليس للسلطة التنفيذية أن تخالف ما أورده المشرع من تنظيم. ويربط الفقيه هذه المسائل بما قد يستجد في المستقبل ويكون من الواجب على المشرع أن يفردها لها تنظيم قانوني أو إدخالها في إحدى النظم القانونية القائمة سابقاً ، فإدخال هذه المسائل ضمن الاختصاص التشريعي للبرلمان هو إمكانية إلحاقها بإحدى المسائل التي تدخل مسبقاً في إطار الانفراد التشريعي المطلق أو النسبي، بينما اعتبر الأستاذ محمد سليمان الطماوي أن هذه المسائل تدخل ضمن ما يدخل في الاختصاص التشريعي النسبي للبرلمان من باب الاستدلال (1)، فإذا لم يحجز الدستور تنظيم مسألة معينة بقانون أو بناء على قانون ولم يدخلها أيضاً ضمن اختصاص السلطة التنفيذية فإن للبرلمان أن يتدخل لتنظيمها، لأنه صاحب الاختصاص الأصلي بالتشريع وفقاً للقواعد العامة، وطالما أن الدستور لم يمنعه من ذلك فالأولى أن ينظمها هو أو يمنع السلطة التنفيذية من التدخل لتنظيمها، لأن دور هذه الأخيرة - في الأصل - ينحصر في تنفيذ القوانين، كما أن مجالات تنظيمها لمسائل ما بداءة وبأحكام جديدة تكون في إطار الحالات التي يحددها الدستور، وخارج هذه الحالات تعد لوائحها باطلة (بمعنى حالة الظروف الاستثنائية) (2).

<sup>1</sup> أنظر عزوي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، ج1 ، مرجع سابق، ص229.

<sup>2</sup> أنظر سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص479.

ومثال عن هذه المسائل في الدستور الجزائري نذكر موضوع تنظيم المخالفات، فقد نصت المادة 7/122 من دستور 1996 على أن: "يشرع البرلمان في المجالات التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية: ...

7- قواعد قانون العقوبات، والإجراءات الجزائية، لاسيما تحديد الجنايات والجناح، والعقوبات المختلفة المطابقة لها، والعفو الشامل، وتسليم المجرمين ونظام السجون"، فقد اقتصر المؤسس الدستوري بالإحالة إلى المشرع بتنظيم صنفين أو درجتين فقط من الجرائم وهما الجناية والجنحة دون المخالفة، فهل معنى هذا أن هذا الأخير لا يختص دستوريا بتنظيم وضبط المخالفات موضوعا وإجراءات؟

أجاب الأستاذ عزاوي عبد الرحمن بالنفي، واستدل في هذا الشأن ببعض القوانين أو حتى التنظيمات التي تتضمن بعض المخالفات وتحيل في عقوباتها وإجراءاتها إلى قانون العقوبات والإجراءات الجزائية، مما يعيد للمشرع من جديد اختصاصه الأصيل في مجال التجريم والعقاب، أحد أهم الموضوعات التي نادى الفقه على الدوام بحجزها للمشرع لاتصالها بحقوق الأفراد وحياتهم وحياتهم الخاصة<sup>(1)</sup>.

كما تدخل أيضا ضمن المسائل المسكوت عنها الموضوعات التي يكتفي الدستور بصياغتها على شكل مبادئ وأهداف عامة، ويوكل للدولة مهمة حمايتها والالتزام بها دون أن يحدد الجهة المختصة بهذا الالتزام، ما يفهم منه ضمنا أن هذه المسائل تدخل ضمن أي اختصاص التشريعي للبرلمان باعتباره أكثر ارتباطا بإرادة الشعب وأقدر على استجلاء المصلحة العامة، وهذه المبادئ قد أقرت بهدف حماية المصلحة العامة ولكن لم يحسم أمر تصنيفها ضمن أفراد التشريعي المطلق أو النسبي، وفي هذه الحالة إما ينظمها المشرع تنظيما دقيقا، أو قد يكتفي بوضع المبادئ العامة ليحيل التفصيل إلى سلطة التنظيم وهذا كله يدخل ضمن سلطته التقديرية بتنظيمها.

ومن هذه المسائل ما نصت عليه المادة 7 من الدستور المصري التي نصت على قيام المجتمع على التضامن كفالة الدولة لحق التعليم ولطبيعة الالتزام في المرحلة الابتدائية، وما تنص عليه المادة 19 من الدستور الجزائري 1996 فيما يتعلق بتنظيم التجارة الخارجية من

<sup>1</sup> لمزيد من التوضيحات أنظر عزاوي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية - دراسة مقارنة- في تحديد مجال كل من القانون واللائحة، ج 2 في النظام الدستوري الجزائري، دار الغرب للنشر والتوزيع، 2011، ص 74-73.

اختصاص الدولة، ففي هذه المواد لم يحدد المؤسس الدستوري الجهة المختصة دستوريا بهذه الحماية ولا الوسيلة القانونية لتنظيمها وكفالتها، مما يجعل الأمر محل تنازع بين البرلمان والحكومة لأن موضوع صنع القاعدة القانونية (وهي الأداة القانونية) هو مجال التقاء بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، أو أن تكون الحماية عن طريق القضاء لكن هذا الأخير لا يتحرك إلا في إطار القانون، بمعنى أن هذه الهيئة ليس من مهمتها وضع القاعدة القانونية، وإنما حماية المواطن في إطار هذا القانون، فالدستور في هذه الحالة لم يوجه خطابا إلى سلطة المشرع لتنظيم الموضوع وإنما يخاطب السلطات العامة في الدولة، وقد توصل الفقه في هذا الصدد إلى خلاصة مفادها: أن مجموعة المبادئ والأهداف التي أعلن عنها الدستور والتي تعتبر من المسائل المسكوت عنها تتميز بوضع قانوني خاص، وبالتالي تستوجب اهتماما بحثيا ومعاملة خاصين أيضا، فكلما احتاج الأمر إلى وضعها موضع التطبيق كان لابد من قانون يسنه البرلمان صاحب الولاية العامة في التشريع، وهذا القانون قد ينظم المسألة بأكملها، وقد يكفي بوضع الخطوط العريضة لها بثوكا للسلطة التنفيذية وضع تفاصيلها الدقيقة، لذلك يمكن القول أن هذه المسائل يمكن أن تدخل ضمن الانفراد التشريعي المطلق أو النسبي، وهذا بحسب تقدير المشرع والمبادرة بتنظيمها، وتكريسها في شكل نصوص قانونية مبنية في أقسام وفصول بعدما كانت مجرد أفكار واردة في خطاب سياسي<sup>(1)</sup>.

إن السلوك السلبي من المشرع سواء إن كان بتعمد منه أم كان لأسباب تخرج عن إرادته، فإن له آثار يمكن وصفها بالسلبية، لاسيما على موضوع الحقوق والحريات الدستورية للأفراد إضافة إلى انعكاسات أخرى نوضحها في الجزئية الموالية.

## المطلب الثاني

### آثار الإغفال التشريعي

انطلقنا من فكرة مفادها أن البرلمان هو صاحب الاختصاص الأصيل في سن القاعدة القانونية طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات، ولهذا المبدأ حجية، ليس فقط في مواجهة السلطتين الأخريين (السلطة التنفيذية والسلطة القضائية)، و لكن أيضا في مواجهة البرلمان ذاته .

<sup>1</sup> عزاوي عبد الرحمان، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، مرجع سابق، ج 1، ص 230.



وحجية مبدأ الانفراد التشريعي في مواجهة السلطة التنفيذية يعني اقتصرها على ممارسة وظيفة تنفيذ القوانين وبطلان تدخلها ابتداء للتشريع في المجال المحجوز للبرلمان، إلا في الحالات التي يسمح لها الدستور بذلك.

وتعني حجية هذا المبدأ في مواجهة السلطة القضائية ، أن يقتصر دور المحاكم على تطبيق القوانين على النزاعات المعروضة عليها دون أن تضيف إليها أحكاما لم تذهب إليها إرادة المشرع الصريحة والضمنية .

أما حجيته في مواجهة البرلمان نفسه ، فتعني من ناحية التزامه بالتدخل تشريعيا حيث يوجب عليه الدستور ذلك و إلا عد ممتعا عن ممارسة اختصاصه التشريعي ، ومن ناحية أخرى عدم تخليه عن هذه الاختصاصات لغيره من السلطات العامة الأخرى وتحديد السلطة التنفيذية (1)، وإذا حدث وامتنع عن ممارسة اختصاصه المحدد في الدستور ، أو تنازل عنه لصالح سلطة أخرى ، أو كان تنظيمه لموضوع ما قاصرا، فسلوكه السلبي هذا ينتج عنه عدة آثار صاغ الفقه أهمها في : تعديل قواعد توزيع الاختصاص بين السلطة التشريعية والتنفيذية (2)، كما ينتج عن ذلك حالة قانونية وسياسية وهي حالة الفراغ التشريعي (3)، وأخيرا عدم تفعيل الحقوق والحريات الدستورية والتي تشكل ضمانتها لها .ولدراسة هذه الآثار نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، نتناول تعديل قواعد توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ( الفرع الأول )، عدم تفعيل الحقوق والحريات الدستورية (الفرع الثاني )، حالة الفراغ التشريعي (الفرع الثالث ) .

## الفرع الأول

### تعديل قواعد توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية

قبل أن يحسم الدستور الفرنسي لسنة 1958 مسألة توزيع الاختصاصات بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية فيما يتعلق بمجال كل من القانون واللائحة، بعدما أصبحت هذه الأخيرة تشارك البرلمان في وضع القواعد القانونية، كانت هذه المسألة محل خلاف بين الفقه في فرنسا، حيث ذهب جانب منه إلى وضع حد فاصل بين مجال كل من القانون واللائحة (4)، فلا يجوز لكل منهما الاعتداء على المجال المخصص للآخر، وهذا تطبيقا لمبدأ الفصل بين

<sup>1</sup> أنظر أحمد عيد الغفلول ، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ، مرجع سابق ، ص37

<sup>2</sup> نفس المرجع ، ص 38.

<sup>3</sup> عزاوي عبد الرحمان، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع:الإغفال التشريعي نموذجا، مرجع سابق،ص89.

<sup>4</sup> أنظر سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، مرجع سابق ، ص 474.

السلطات، الذي كان الهدف منه حماية الأفراد من طغيان الهيئة الحاكمة، وعلى هذا الأساس تم إسناد وظيفة التشريع إلى البرلمان وأبعدت الإدارة من هذا الاختصاص، و ذلك بالاعتماد على معيار المساس بالحالة القانونية للأفراد *la statut juridique des individus* للتفريق بين مجال القانون واللائحة ، فكل ما يمس بحريات الأفراد وحالتهم القانونية هو من اختصاص القانون، ويقتصر دور اللائحة على مجال تنفيذه دون أن يكون لها تأثير على الأفراد، وهو ما ذهب إليه الفقيه **Laband** حيث يميز بين نوعين من القواعد:

أ- القواعد الخاصة بالحالة القانونية للأفراد والمتعلقة بدمتهم المالية أو حرياتهم الفردية أو علاقاتهم مع الهيئات الحاكمة و يجب أن تصدر بقانون<sup>(1)</sup>.

ب- القواعد الخاصة بالتنظيم الداخلي للجهاز الحكومي بحيث لا يتأثر بها الأفراد وتوضع بلوائح . كما ساندته في ذلك الفقيه Hourieu<sup>(2)</sup>.

بينما ذهب فريق آخر بقيادة الفقيه Carrée de Melberg إلى هدم كل حد فاصل بين مجال القانون و اللائحة، وتبريره في ذلك أن القانون مصدره البرلمان، والبرلمان لا يمثل الأمة فحسب، بل هو الوسيلة الوحيدة التي تستطيع الأمة أن تتال عن طريقها ما تريد، وبالتالي فسلطان القانون غير محدود، كما أن هناك مجال لللائحة لا يمكن أن يتناوله القانون بل يستطيع كل منهما أن يتناول جميع الموضوعات لأن الفارق بينهما ليس فارقا موضوعيا بل في القوة، واللائحة دائما في موقف تبعية للقانون<sup>(3)</sup>، وبقي هذا الانفراج الفقهي إلى غاية صدور دستور فرنسا 1958 ليحسم مجال الجدل لصالح الاتجاه الذي يفصل مجال القانون عن اللائحة حيث منح السلطة الواسعة لسلطة اللائحة وجعل اختصاص القانون مقيدا و ذلك بموجب أحكام المادة<sup>(4)</sup>.

و لكن بالرغم من ذلك ورغم وضوح وبساطة هذه المادة من حيث الصياغة إلا أن الفقه لم يتفق على تحديد مضمونها، فهناك من يتوقف عند حد هذه المادة ، ويصف اختصاص المشرع بالاختصاص المقيد والمحصور في المجالات والموضوعات التي حددتها المادة، غير أن جانب لا بأس به من الفقه لا يرى فيها البساطة والوضوح، وبقيت تثير الكثير من الجدل في وسطه،

<sup>1</sup> أنظر سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، مرجع سابق ، ص 474 .

<sup>2</sup> نفس المرجع ،ص 475.

<sup>3</sup> نفس المرجع ،ص 476.

<sup>4</sup> Fiche 9 : La fonction législative , www. Emploiublic . com

خاصة صياغة الفقرة الأخيرة من هذه المادة من جهة، وعند مقارنتها مع المادة 37 من نفس الدستور من جهة أخرى.

فقد تناولت المادة 34 في فقرتها الأولى أن وضع القاعدة القانونية العامة والمجردة والتصويت عليها من اختصاص البرلمان ، ثم حددت فقراتها الموالية المسائل التي ينظمها القانون، وشملت تقريبا كل الموضوعات التي نادى فقه القانون العام على الدوام بضرورة احتجازها للقانون، وهي مسائل كانت من اختصاص البرلمان حتى قبل صدور هذا الدستور.

وبناء على هذه المادة قسم الفقيه Philippe Georges الاختصاص التشريعي للبرلمان إلى طائفتين من الموضوعات يختلف دور المشرع بشأن كل منها وهي:

1- طائفة القوانين التي يختص المشرع بسنها لينظم بموجبها مسائل وموضوعات كاملة دون قيود فيما يضع لها من قواعد قانونية تفصيلية دقيقة ودون أن يترك أي هامش للسلطة اللائحية أو التنظيمية عدا ما تعلق بالقرارات والحالات الفردية، بمعنى هذه المسائل تدخل ضمن اختصاصه المطلق بالتشريع .

2- طائفة من الموضوعات التي يكفي فيها البرلمان بوضع و ضبط مبادئها الأساسية فقط<sup>(1)</sup>.

لكن هذه المادة لا تنفرد بتحديد الاختصاص التشريعي للبرلمان، بل يجد هذا الأخير اختصاصه أيضا بموضوعات أخرى تناولتها بعض النصوص المنفرقة في الدستور، وهذا كله يجعل مقولة أن اختصاص البرلمان ينحصر في المجالات والموضوعات المحددة في المادة 34 خاطئة، وما يؤكد هذه الوجهة أيضا هو صياغة الفقرة الأخيرة من المادة التي تنص على أنه : ( يمكن تحديد واستكمال أحكام هذه المادة بموجب قانون عضوي .)، لكن هذه المادة تصطم هي الأخرى بالمادة 37 من نفس الدستور التي تنص على أن : (الموضوعات التي لا تندرج في مجال القانون لها طبيعة لائحية) وهنا طرح الإشكال من جديد ، هل أن التعداد الوارد في المادة 34 بالنسبة لاختصاصات البرلمان و مجال القانون قد ورد على سبيل الحصر ؟ أم تعداد جزئي ؟ وهل من شأن صيغة الإطلاق التي حظي بها اختصاص السلطة التنفيذية في إصدار اللوائح الإدارية (المستقلة منها خاصة وحتى التنفيذية نسبيا ) والواردة في المادة 37 من نفس الدستور أن تجعل من اختصاص البرلمان ونصيبه في الوظيفة التشريعية دورا استثنائيا ودور الحكومة أصلا نظريا وعمليا ؟

<sup>1</sup> أشار إليه عزاوي عبد الرحمان، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، مرجع سابق، ج 1، ص 264.

لغرض فهم هاتين المادتين وضع الفقه حلا مفاده وضع توليفة قانونية وسياسية بين هاتين المادتين 34 و 37 حيث يقول الأستاذ Philippe Georges (الوارد في المادة 34 يمكن تحديدها وتكتملتها عن طريق قانون عضوي. ولكن رغم بعض المحاولات، فإن هذه الإمكانية لم تستعمل بعد ) (1).

وهو ما يعني أنه بإمكان البرلمان أن يوسع من مجال اختصاصه وتدخلاته أفقيا، وبالنتيجة الانتقال من نطاق اللائحة في غير المجالات المحتجزة للسلطة التنفيذية لحساب القانون، وهو أمر يتوقف دون شك على جرأة المشرع وكفاءته في إدارة وتسيير الوظيفة التشريعية وعملية صنع القواعد القانونية العامة والمجردة وبخاصة الموضوعات والمسائل المسكوت عنها (2).

واعتمد الدستور الجزائري لسنة 1996 هو الآخر نفس التنصيص وذلك في المواد 122 و 123 ليحجز مجالات للبرلمان، رغم أن غالبية شراح القانون الدستوري تميل نحو تفسير إرادة المشرع الدستوري وموقفه في اتجاه تحديد مجال اختصاص البرلمان وسلطته في وضع القانون وحصره في مجالات معينة، وإطلاق يد السلطة التنفيذية واختصاصها التنظيمي فيما عدا ذلك من موضوعات وهو ما نصت عليه المادة 125 " يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المجالات غير المخصصة للقانون "، إضافة إلى هذه المواد فإنه توجد المادة 98 التي أعطت سلطة وضع القانون والتصويت عليه للبرلمان وأسماها بالسلطة السيدة بقوله ا: " يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وله السيادة في إعداد القوانين والتصويت عليه"، فكل هذه المواد من شأنها إثارة عدة إشكالات في مجال القانون واللائحة في الجزائر، ولكن وبالرغم من هذه الإشكاليات يصل الفقه إلى مسلمة مفادها أن البرلمان هو صاحب الاختصاص الأصيل في سن القاعدة القانونية العامة والمجردة (3)، وأن إجماعه عن ممارسة اختصاصه سواء في صورة امتناع كلي أو جزئي أو في صورة تنازل عن اختصاصه لصالح السلطة التنفيذية، إما في صورة إفراط في التفويض التشريعي، أو الإفراط في العمومية على حد ما سبق شرحه، يترتب ع لي تعديل لقواعد توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية - زيادة على مخالفة أحكام الدستور - ذلك أن المؤسس الدستوري يستند إلى عدة معايير في عملية توزيع الاختصاص، و إدراج مسألة من ضمن اختصاصات

<sup>1</sup> عزاوي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، مرجع سابق، ج 1، ص 281.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 282

<sup>3</sup> أنظر طيبي عيسى، طبيعة نظام الحكم في الجزائر على ضوء التعديل الدستوري 2008، مرجع سابق، ص 115.

السلطة التشريعية، وأخرى من اختصاصات السلطة التنفيذية، و يلخص الفقه هذه المعايير إلى معيارين :

## 1- معيار الظروف والأوضاع السياسية السائدة<sup>(1)</sup>

الدستور، مثل القانون، هو انعكاس لوضع وتنظيم اجتماعي معين، حيث يقوم على توزيع السلطات وتحديد اختصاصاتها بناء على المناخ والظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية وحتى الأمنية السائدة آنذاك، وبناء على هذه الظروف يقوم المؤسس الدستوري بتوزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية مع ترجيح كفة سلطة على سلطة أخرى .

وبالعودة إلى تاريخ البرلمانات وتحديدًا إلى الثورة الفرنسية 1789، نجد أن من أهم نتائجها ظهور سيادة الأمة الذي عكس ترجيح الكفة للبرلمان باعتباره ممثلًا لإرادتها، لذلك حصر الوظيفة التشريعية بيده دون غيره .

لكن البرلمانات لم تحافظ على هذه السلطة، بسبب ضعفه في مواجهة الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية الخطيرة التي واجهتها فرنسا ما بين 1870 إلى غاية 1958<sup>(2)</sup> خاصة، وأوروبا عامة، لتكون الصدارة فيما بعد للسلطة التنفيذية نظرا لسرعة إجراءاتها في التدخل وفقا لمتطلبات العصر<sup>(3)</sup>، الأمر الذي أدى إلى استحوادها على معظم الوسائل التي كانت تملكها السلطة التشريعية، ووصلت بهذا إلى حد القيام بالعملية التشريعية ووضع القاعدة القانونية في ظروف معينة، نظرا لبطء الإجراءات البرلمانية، وذلك عن طريق تقنية التفويض التشريعي أو التشريع بأوامر كما الحال عليه في الجزائر، ليتطور الأمر فيما بعد إلى الاعتراف لها بالسلطة التنظيمية المستقلة والتي تتمثل في وضع القاعدة القانونية المجردة - وهي صلاحية مصدرها الدستور - بعدما كان دورها ينحصر في مهمة تنفيذ القوانين.

<sup>1</sup> انظر عزاوي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية و التنفيذية، ج 1، مرجع سابق، ص241

<sup>2</sup> أنظر طيبي عيسى، طبيعة نظام الحكم في الجزائر على ضوء التعديل الدستوري 2008، مرجع سابق، ص 115

<sup>3</sup> أنظر سعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، ص230.

إضافة إلى هذا المعيار يتأثر المؤسس الدستوري عند توزيع الاختصاص بين السلطتين التنفيذية والتشريعية بالأهمية القانونية والسياسية للمسألة المراد إسنادها لأي منهما، موضوع الجزئية الموالية

## 2- معيار الأهمية السياسية والقانونية<sup>(1)</sup>

يقوم هذا المعيار على أهمية المسألة أو الموضوع المراد تنظيمه من الناحية السياسية والقانونية، وكذا خطورته واتصاله بحياة المواطنين وحقوقهم وبالمؤسسات الدستورية في الدولة. ولعل هذا المعيار هو الذي اعتمده الفقه الفرنسي المؤيد لفكرة وضع فاصل بين القانون واللائحة، وفي مقابل ذلك تبقى المواضيع الأقل أهمية من نصيب السلطة اللائحية<sup>(2)</sup>، ومن بين الموضوعات التي تدخل ضمن الاختصاص الأصيل المحجوز للبرلمان نذكر كمثال على ذلك ما نصت عليه المادة 122 والمادة 123 من الدستور الجزائري 1996 حالة الأشخاص وحماية الملكية الفردية والملكية العامة....

وبناء على هذه المعايير يتم صياغة أحكام الدستور، وخاصة ما تعلق منها بالنصوص المتعلقة بتوزيع الاختصاص بين السلطة التشريعية والتنفيذية، حيث أصبح موضوع تحديد الاختصاصات مشكلة تجادل فيها الكثير من الفقهاء ولاسيما في الدول التي تطبق النظام البرلماني الذي يقوم على المساواة والتوازن بين هاتين السلطتين مع الاعتراف لهما بمساحة من التعاون فيما بينهما<sup>(3)</sup>.

وعلى العموم يبقى البرلمان هو صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع مهما كان النظام السياسي المطبق، وبإحجامه عن ممارسته يكون قد قام بتعديل خريطة توزيع الاختصاص التي اعتمدها المؤسس الدستوري، فيما لا يملك حق تعديل الدستور، ولاسيما في الدول التي تسند دساتيرها مهمة المبادرة بتعديل الدستور إلى السلطة التنفيذية، مع إشراك البرلمان فقط من ناحية الإجراءات التي يمر بها التعديل دون أن تعطيه الحق في المبادرة بالتعديل<sup>(4)</sup>، وهو ما اعتمده

<sup>1</sup> عزاوي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، ج 1، مرجع سابق، ص 241.

<sup>2</sup> عزاوي عبد الرحمان، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، ج 1، مرجع سابق، ص 241.

<sup>3</sup> انظر عبد الغني بسيوني، النظم السياسية، ط 4، منشأة المعارف الاسكندرية، 2002، ص 290.

<sup>4</sup> تجب الإشارة إلى أن هناك عدة طرق لتعديل الدستور:

1-طريقة الجمعية التأسيسية : و مفاد هذه الطريقة أن يكون التعديل منوطا بدعوة جمعية تأسيسية تنتخب خصيصا لتتولى مهمة التعديل ، و هي الطريقة أشد جمودا و هي الطريقة التي اتبعها دستور فرنسا 1937.

2-طريقة الاستفتاء: ويكون عن طريق موافقة الشعب على الدستور لكي يصبح نافذا سواء أن قامت بتعديله جمعية تأسيسية أو البرلمان ، و طبق في دستور فرنسا 1958.

المؤسس الدستوري الجزائري في دستور 1996 حيث يبقى حق المبادرة بالتعديل الدستور مقصور على رئيس الجمهورية منفردا ومنع البرلمان من ممارسة هذا الحق ، مع الإبقاء على حقه في المشاركة في إجراءات التعديل وهو ما نصت عليه خاصة المادة 174 من الدستور الجزائري.

وهكذا، فإذا كان مبدأ الفصل بين السلطات يقضي ببنفرد كل سلطة من السلطات العامة في الدولة بما كلفها به الدستور من اختصاصات وعدم تعدي أي منها على اختصاصات الأخرى وفقا لضوابط توزيع الاختصاص المعتمدة، فإن امتناع البرلمان عن ممارسة الوظيفة التشريعية في الدولة سواء كان امتناعا تاما يتمثل في عدم الإقدام على تنظيم مسائل معينة، أو امتناعا جزئيا يتمثل في تنظيم بعض المسائل بصورة قاصرة لا تفي بالغرض، يترتب بقاء العملية التشريعية في الدولة بلا صاحب، وبالتالي تصاب الحياة التشريعية بالجمود و الشلل، خصوصا وأن السلطات الأخرى يحظر عليها- من حيث المبدأ - التدخل في الاختصاص التشريعي للبرلمان.

## الفرع الثاني

### عدم تفعيل الحقوق والحريات الدستورية

شهد النصف الثاني من القرن العشرين تحولا جذريا نحو تكريس الحقوق والحريات، بداية من بلورتها في الإعلانات العالمية لحقوق الإنسان والمواثيق الدولية، ثم بلورتها في القوانين الداخلية للدول، بداية من القانون الأسمى في الدولة وهو الدستور، حيث يذهب الفقه إلى القول أنه: " لا يكفي للقول بوجود الدستور في الدولة أن يتضمن القواعد المنظمة للسلطة السياسية فحسب، وإنما يتضمن فضلا عن ذلك، القواعد التي تكفل حريات الأفراد و تضمن حقوقهم"<sup>(1)</sup>، وقد انتهجت غالبية الدساتير المعاصرة عند تناولها موضوع الحقوق والحريات أسلوب التنصيص على هذه المبادئ في صلب موادها مما أضفى عليها سموا على التشريعات العادية والقوانين المحلية، وبالتالي ألغى إمكانية قيام جدل حول قيمتها القانونية وإبعاد عنها صفة عدم الإلزام أو كونها قواعد أخلاقية مجردة .

---

3- أن يتولى البرلمان تعديل الدستور: حيث يشترط أن يجتمع مجلس البرلمان في هيئة مؤتمر مع اشتراط أغلبية خاصة، وهو ما اعتمده المؤسس الدستوري البرتغالي 286 حيث نصت على انفراد البرلمان بسلطة تعديل الدستور. لتفصيل أكثر انظر عبد الكريم علوان، النظم السياسية والقانون الدستوري ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، 1999، ص 322-323.

<sup>1</sup> كمال شطاب ،حقوق الانسان في الجزائر، مرجع سابق ، ص30.

وكمثال على ذلك نذكر ما نصص عليه الدستور الايطالي في المادة 13، ودستور ألمانيا الاتحادية في المواد من 1 الى 20 والمواد 33، 38، 101، 104، والدستور الفرنسي في المواد 2، 3، 4 والمادة 66 من دستور 1958، والدستور المصري في المواد 8، 20، 25، والمادة 69 من دستور 1980<sup>(1)</sup>، والدستور الجزائري في دستور 1996- في الفصل الرابع منه المعنون " بالحقوق والحريات "في المواد من 29 إلى 59 ليؤكد أن هذه الحقوق والحريات مضمونة في المادة 32 منه . إلا أن ما يجب التأكيد عليه في هذا الصدد أن الدساتير لا تعد منشئة لكل الحقوق والحريات العامة بل إنها مقررة أو كاشفة عنها، فجانبا من هذه الحقوق والحريات تعد طبيعية سابقة لقيام الدولة كالحق في الحياة والحق في الحرية ، وهو رأي غالب الفقه ، إلا أن التصريح الدستوري على هذه الحقوق والحريات يعد ضمانا لها من تعسف السلطة ، ولكن ونظرا لطبيعة العامة للدساتير والتي تضع الأهداف والمبادئ الأساسية للدولة من حيث نظامها وتنظيم السلطات فيها فلهذا - ولأسباب تتصل بالصياغة الفنية - لم يعد ممكنا أن تتضمن هذه الدساتير تفصيلات دقيقة وتنظيما واسعا للحقوق والحريات العامة ، بل أن حرص الدولة على حماية واحترام هذه الحقوق والحريات لا يمكن قياسه بطول القائمة التي توردها في صلب دساتيرها .

كما أنه من الجدير بالملاحظة أن لا أحد يدعي بأن مجرد ذكر هذه الحقوق في النصوص الدستورية سوف يترتب عليه بالضرورة احترامها وصيانتها في الواقع العملي، وهنا يهيب نفر من الناس إلى طرح سؤال جدير بالاهتمام وهو: إن ما الداعي أصلا للنص على هذه الحقوق والحريات في صلب الدستور ما دامت ليست موضعا للممارسة؟، وهنا يظهر دور التشريعات العادية (القوانين) هي الأخرى التي تكون في شكل تقنيات خاصة وعامة ، فهي التي تتضمن الإجراءات القانونية الكفيلة بضمان ممارسة الحقوق والحريات العامة للإنسان بالاستناد إلى الدساتير والأديان والاتفاقيات الدولية ، ومن قبيل ذلك نذكر القانون المدني والقانون التجاري وقانون حماية الملكية الفكرية والأدبية وقانون الإجراءات الجزائية وقانون العقوبات... الخ ، فليس كافيا لضمان حرية الفرد أن يعترف بحقوقه وحرياته اعترافا رسميا أو نظريا فحسب، ذلك أن إعلانات الحقوق والدساتير المقررة للحقوق والحريات العامة تكفلها التشريعات التي تتولى وضع القواعد التنفيذية للنصوص الدستورية المقررة للحق أو الحرية، حيث تلعب التشريعات

<sup>1</sup> أشار إليها عمر صدوق ، دراسة في مصادر حقوق الإنسان ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2005، ص80.



الدور التنفيذي لهذا الإقرار الدستوري<sup>(1)</sup>، ونقصد بهذا أن هذه التشريعات تقوم بتنفيذ الأحكام الدستورية، ويكون دورها بمثابة دور اللائحة التنفيذية في إطار تنفيذ القانون، وتكون بهذا الدور صورة للقوانين المكتملة والمنفذة لإرادة المؤسس الدستوري وذلك لضمان الممارسة الفعلية لهذه الحقوق والحريات من جهة، وحماية الفرد والمجتمع والنظام العام من جهة أخرى، حيث يصنف الفقه أحكام الدستور إلى ثلاث فئات- سوف يتم شرحها فيما بعد - من بين هذه النصوص ، والتي تتعلق بالحقوق والحريات التي تستوجب تدخلا تشريعيًا بأكثر حزم، حيث تفرض على المشرع التزامًا إيجابيًا لحمايتها وليس تنظيمها فقط<sup>(2)</sup> من هنا فإن السلطة التشريعية هي المكلفة باسم الدستور بكفالة هذه الحقوق والحريات وذلك لعلة واضحة هي أنها تتم ممارستها بواسطة ممثلي الشعب صاحب السيادة الحقيقي، بينما ينحصر دور السلطة التنفيذية في مجال الحقوق والحريات في مهمة تنفيذ التشريعات التي سنها البرلمان، بل الأكثر من ذلك فإن مجال اختصاص البرلمان بتنظيم الحقوق والحريات يدخل ضمن انفراد المطلق بالتشريع، والذي يهدف إلى أن يكون تنظيم ممارسة الحقوق والحريات و رسم حدودها بواسطة ممثلي الشعب والحيلولة دون تدخل السلطة التنفيذية في المساس ب ها دون موافقة السلطة التشريعية الممثلة للشعب سلفا<sup>(3)</sup> . فالتنظيم الدستوري لهذه الحقوق والحريات إنما يضع على عاتق المشرع التزامًا بحمايتها ويزداد هذا الالتزام في الوقت الحاضر بعد وجود طائفة من الحقوق والحريات التي توجب على الدولة القيام بعمل إيجابي لتنفيذها حتى لا تكون حبيسة النصوص الدستورية، خاصة بعد ظهور أخطار تهددها، لذلك يجب على المشرع أن يفعل هذه الحقوق والحريات ويكفل الضمانات القانونية لاحترامها بسلوك إيجابي منه ، ولا يتأتى ذلك إلا بتنظيمها<sup>(4)</sup> عن طريق تشريع صادر عن ممثلي الشعب، والسبب في ذلك أن النصوص الدستورية توجه خطابًا للمشرع وبالتالي تفرض عليه التزامًا وهو الالتزام بالتشريع أي بأداء تشريعي، ومن ثمة ارتبطت فكرة الإغفال التشريعي ارتباطًا وثيقًا بموضوع الحريات العامة، وسكوت المشرع يعني في ذات الوقت عدم تفعيل الحق أو الحريات المسكوت عن تنظيم جميع جوانبها أو بعض منها<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> أنظر نبيل صقر، قراءة نقدية في دستورية التشريعات المقيدة للحريات في النظامين الجزائري والفرنسي، مجلة النائب، 2003، ع 5، ص 14.

<sup>2</sup> حافظي سعاد، الضمانات القانونية لتطبيق القواعد الدستورية، مرجع سابق ، ص 207.

<sup>3</sup> أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات، مرجع سابق، ص 401.

<sup>4</sup> أنظر عبد الحفيظ الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق ، ص 94.

<sup>5</sup> نفس المرجع، ص 95.

وقد تعرضت المحكمة الدستورية العليا في مصر لبيان أهم ما يميز الحقوق الاقتصادية والاجتماعية عن الحقوق والحريات التقليدية، أو ما عبرت عنه بالحقوق المدنية والسياسية بقولها: "وحيث أن الأصل في الحقوق المدنية والسياسية هو اتسامها بإمكان توكيدها قضاء وإنفاذها جبرا، ذلك أن مجرد امتناع الدولة عن التدخل في نطاقها دون مقتضى يعتبر كافيا لضمانها، وعليها بالتالي ألا تأتي أفعالا تعارضها أو تنقضها، وعلى نقيض ذلك لا يتصور ضمان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية إلا من خلال تدخل الدولة ايجابيا لتقريرها..." (1).

ويؤكد الفقه - ومنه الاسباني - من أجل توضيح أهمية تدخل البرلمان للتشريع في المسائل الموكولة له دستوريا، ووجوب القيام بعمل ايجابي تجاهها إلى إثارة التساؤل حول ما إذا كان من حق الفرد الذي قد يكون ضحية لسكوت المشرع عن سن التشريع الذي من شأنه المساس بالضمانات المقررة لحماية حقوقه وحرياته إلزام المشرع و مطالبته بالتشريع أمام القضاء المختص؟ وهل يكون له في ذلك حق شخصي بالنظر لارتباط هذه الضمانات بالحريات المحمية دستوريا؟ بل ثار البحث حول مدى الرقابة الدستورية على إغفال المشرع أو امتناعه عن إصدار قاعدة قانونية معينة؟ وهو ما سيأتي الإجابة عنه في الفصل الثاني من هذا البحث.

نستخلص مما سبق أن الحق والحرية، وحتى يتم الاستفادة منهما وممارستها لابد من تفعيلهما، ولا يتأتى ذلك إلا عن طريق التشريعات التي يسنها البرلمان باعتبار هذا الموضوع يدخل ضمن انفراد المطلق بالتشريع، خاصة وأن التجربة أثبتت مدى تعسف الإدارة العامة ( السلطة التنفيذية) عند ممارستها لسلطاتها العامة وخاصة سلطات الضبط الإداري وما يمكن أن ينتج عنها من مساس بهذه الحقوق والحريات ما لم يكن هناك تنظيم مسبق لهما بموجب القانون، وحتى لا تكون ممارسة هذه الحقوق والحريات رهينة الفراغ التشريعي ولا حتى قصوره وغموضه، ولاسيما إذا تعلق الأمر بالحرية الشخصية وتقييدها. وفي هذا أقر مجلس الدولة المصري في حكم شهير له بأن الحريات العامة في مصر إذا أجاز الدستور تقييدها، فإنها لا تقيد إلا بتشريع وهو نفس المبدأ الذي انعقد عليه إجماع رجال الفقه الدستوري (2)، وعبر عن ذلك أيضا المجلس الدستوري الفرنسي في عبارة قصيرة ادخلها في أسباب قراره الصادر في 28 نوفمبر 1973 بقوله: "إن سلب الحرية يتعلق بالمشرع" (3).

<sup>1</sup> أورده عيد احمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص74.

<sup>2</sup> أنظر أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق ص 403.

<sup>3</sup> أشار إليه أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص400.

## الفرع الثالث

### حالة الفراغ التشريعي

يترتب على السكوت التشريعي الناتج عن عدم تدخل المشرع لممارسة وظيفته الدستورية - وظيفة التشريع وسن القانون - نتيجة سياسية وقانونية تتمثل في الفراغ التشريعي<sup>(1)</sup>، وهي نتيجة في غاية الخطورة، ذات بعدين على الأفراد من جهة، وعلى القاضي من جهة أخرى.

#### أولا : تأثير الفراغ التشريعي على الأفراد

يأتي في مقدمة ذلك أن يظن المواطنين أنهم في حل من كل قيد عند ممارستهم لبعض الأنشطة أو اقتناء بعض الأشياء والمواد أو إتيان بعض التصرفات، لا لشيء سوى أن القانون لم يمنع التعامل فيها، فما ليس ممنوعا فهو مباح، فالأصل في الأشياء الإباحة والإطلاق والاستثناء من ذلك هو المنع والتقييد، والسبب هو عدم وجود القاعدة أو النص القانوني المانع أو المقيد والمنظم، في حين أن الحقيقة ليست كذلك دائما بكل تأكيد في دولة القانون، بل أن ما هو مباح اليوم قد يصبح مقيدا أو ممنوعا غدا، والعكس صحيح، والنتيجة العملية لذلك هي الفوضى التي قد تحول دون ممارسة أي كان حقوقه وحرية أو النشاط أو إبرام التصرف المرغوب فيه<sup>(2)</sup>، لاسيما ما يتعلق بالجرائم والعقوبات، فالأصل أن الإنسان حر في تصرفاته ما لم يلحق أذى بالغير، وهنا يتدخل المشرع بتصنيف الأفعال الضارة يحددها حسب خطورتها على سلامة أفراد المجتمع فينهاي عنها بموجب نص قانوني جزائي ويقوم بتجريم هذه الأفعال ويحدد عقوبة من يأتي على ارتكابها<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> مصلح الفراغ التشريعي لم يعرف ضمن القواميس القانونية و تعلقت هذه الفكرة بالأفكار السياسية و الفلسفية Anne Marie HO DINHLe « vide juridique » et le « besoin de loi » Etude d'un enjeu politique, juridique et social , Mémoire pour l'obtention du master II de recherche en sociologie du droit, Session de septembre 2006 , Université Panthéon-Assas Paris II, p14.

<sup>2</sup> أنظر عزاوي عبد الرحمن، مقالة بعنوان : الرقابة على السلوك السلبي للمشرع : الاغفال التشريعي نموذجا، مرجع سابق ، ص85.

<sup>3</sup> أنظر أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري العام، مرجع سابق ، ص 49.

وفي هذا نشير إلى أن جرائم الانترنت والحاسوب تم تجريمها في فرنسا في قانون العقوبات لسنة 1992 والمعمول به منذ مارس 1994، الذي جرم فيه صور الاعتداء الناجمة عن المعالجة الآلية للبيانات مما يسمح بانطباقه على الأفعال التي تقع على الانترنت (كمحل للاعتداء) أو بواسطته (كوسيلة للاعتداء)، وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع الأمريكي، فقد أصدر قوانين عدة لمواجهة الجرائم المرتكبة عبر الانترنت، حيث أصدر قانون آداب الاتصالات عام 1996 يجرم فيه القذف والسب عبر شبكة الانترنت، وكذلك جرم فيه التعرض للأخلاق والآداب العامة عبر الانترنت ويكفل فيه حماية للأطفال ضد الاستغلال الجنسي لهم، ووسع نطاق الحماية بإصداره قانون لحماية الأطفال على الخط عام 1998 إضافة إلى عدة قوانين أخرى<sup>(1)</sup>، بينما لم يجرم المشرع الجزائري هذه الأفعال إلا في سنة 2004، وذلك بموجب القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004<sup>(2)</sup> المعدل والمتمم لقانون العقوبات الصادر بالأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966<sup>(3)</sup>، حيث تم إضافة القسم السابع المعنون " بالمساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات"، يتضمن المواد من 394 مكرر إلى 394 مكرر7، وذلك في الفصل الثالث من الباب الثاني من الكتاب الثالث المتعلق بالجنايات والجرح وعقوباتها، وقبل إضافة هذا القسم لم تكن هذه الأفعال مجرمة رغم أنه كان هناك عدة اعتداءات على الأنظمة المعلوماتية خاصة بعد اتساع استعمال شبكات العنكبوتية، و الأكثر من ذلك اتساع استعمال الحاسوب بعد الثورة المعلوماتية التي عرفها العالم المعاصر، لكن هذا لم ينحصر على المشرع الجزائري فحسب بل أن غالبية التشريعات العربية عرفت هذا الفراغ التشريعي، نذكر من ذلك مصر و الأردن<sup>(4)</sup>، هذا من جهة .

وفي المقابل إن عدم تدخل المشرع وعدم تنظيمه لمسألة تدخل ضمن اختصاصه، يولد فراغاً تشريعياً ستستغله السلطة التنفيذية لتنظيره بلائحة، في حين أنه كان عليها وضع لائحة تنفيذية تطبيقاً وتنفيذاً لقانون كان وجوده إلزامياً وليس بلائحة مستقلة، لأنها في الحالة الأخيرة ستتنظم الموضوع ابتداء وبشكل كامل ونهائي وليس تكملة وبصفة تبعية كما تقضي به الطبيعة الدستورية لوظيفة اللائحة وعلاقتها القانونية العضوية والوظيفية بللقانون، وهي في سبيل إتمام هذه المهمة قد تسيء استعمال س لبطتها بالنظر لما يحيط بها من معطيات وظروف سياسية

<sup>1</sup> انظر محمد أمين أحمد الشوابكة، جرائم الحاسوب والانترنت، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2004، ص18.

<sup>2</sup> الجريدة الرسمية العدد 71.

<sup>3</sup> الجريدة الرسمية العدد 49.

<sup>4</sup> انظر محمد أمين أحمد الشوابكة، جرائم الحاسوب والانترنت، مرجع سابق، ص140.

وقانونية، وهذا لأنها المكلفة بإدارة الشأن العام وتسيير المسائل اليومية ذات الصلة بالمستجدات ومرافقة النشاط الخاص سواء أن كان في حالة الظروف الاستثنائية أو في الظروف العادية على حد سواء، إذ هي المكلفة بإقامة النظام العام (سلطات الضبط الإداري) وضمانه وحمايته بمفهومه التقليدي والحديث، وفي سبيل ذلك لابد لها من أدوات قانونية لأداء وظيفتها تتمثل أولها في القوانين البرلمانية، ولكن أين هذه القوانين ما دام أن المشرع قد امتنع عن سنها بتغافله عن أداء وظيفته الدستورية (1).

زيادة على تأثير الفراغ التشريعي على الأفراد من ناحية الحرية والتقييد وتعسف الإدارة العامة أو السلطة التنفيذية، فليق هذا الفراغ من شأنه التأثير على القاضي المطالب دائما بالفصل في النزاع وإلا كان مرتكبا لجريمة إنكار العدالة .

### ثانيا : تأثير الفراغ التشريعي على القاضي

إذا كانت الوظيفة الأساسية للقاضي هي الفصل في المنازعات المعروضة عليه بمقتضى النصوص القانونية القائمة وهو ما يطلق عليه بالوظيفة القضائية، فما هو موقفه عندما يجد نفسه أمام منازعة لا يجد لها الحل القانوني لغياب النص القانوني الذي يستند عليه وهذا بسبب امتناع المشرع عن ممارسة وظيفته التشريعية ؟، خاصة وأنه مقيد بضابطين هما: مبدأ الفصل بين السلطات من جهة، وضرورة فصله في النزاع من جهة أخرى و إلا عدّ مرتكبا لجريمة إنكار العدالة (2) إذا لم يفصل في (3).

يرى الفقه أن القاضي إذا لم يجد النص القانوني الذي يطبقه على المنازعة المعروضة عليه فإنه لا ينشئ في كل الحالات القاعدة القانونية التي تمكنه من إيجاد الحل لتلك المنازعة ، فقد يلجأ إلى الحل عن طريق البحث في القضايا السابقة للقضية المعروضة عليه فيعطي لهذه الأخيرة حكم القضية السابقة، حتى ولو كان حكم هذه القضية صادرا عن قاض آخر، ولكن في

---

<sup>1</sup> عزاوي عبد الرحمن، مقالة بعنوان: الرقابة على السلوك السلبي للمشرع: الاغفال التشريعي نموذجا، مرجع سابق، ص86.  
<sup>2</sup> تنص المادة 136 من قانون العقوبات الجزائري على أنه " يجوز محاكمة كل قاضي أو موظف إداري يمتنع بأية حجة كانت عن الفصل فيما يجب عليه أن يقضي فيه بين الأطراف بعد ان يكون قد طلب إليه ذلك و يصر على امتناعه بعد التنبيه عليه أو أمره بذلك من رؤسائه و يعاقب بغرامة من 750 الى 3000 وبالحرمان من ممارسة الوظائف العمومية من خمس سنوات ".  
تقابلها المادة 4 من القانون المدني الفرنسي: « Le juge qui refusera de juger , sous prétexte du silence , de l'obscurité , ou de l'insuffisance de la loi , pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice »

<sup>3</sup> ظهر هذا الإشكال في القرنين 18 و 19 ، حيث منح القانون النمساوي للقاضي في حالة الفراغ التشريعي حق أن يحكم بالمبادئ العامة للقانون الطبيعي وقواعد العدالة بينما أعطى القانون السويسري للقاضي صلاحية التصرف و كأنه مشرع ، Anne Marie HO ، « DINHLe» vide juridique » et le « besoin de loi » Etude d'un enjeu politique,op cit .p15

حالات أخرى وأمام انعدام النص القانوني فإن القاضي يقوم بطريقة صريحة بإنشاء القاعدة التي ستحكم المنازعة المعروضة عليه، ذلك أنه عندما ينظر في القضية أو في مستجدات قضية سابقة- لها حكمها القضائي- ولا يجد بصددها نصاً فإنه يجتهد ويجد لها حلاً، على أن هذا الحل قد يكون مجرد حل فردي لا ينوي القاضي التمسك به في المستقبل، أما إذا قصد التمسك به في المستقبل، فلننا سوف نكون أمام ما يطلق عليه الفقه "القرار المبدئي"، غير أن جانب آخر منه لا يرى في هذا القرار أية صفة خارجية تميزه عن غيره من القرارات القضائية، بل أن الذي يجعله معروفاً هو مقالات وتعاليق كبار الفقهاء عليه<sup>(1)</sup>، إلا أن القاضي (الإداري أو المدني) عندما يضع القرار المبدئي فإن تصرفه هذا يظهره وكأنه مشروع قد ينشأ أو يعدل قانوناً موجوداً من خلال إنشاء قاعدة قانونية غير موجودة وهو مخالف لدوره التقليدي والمتعلق بمهمة الفصل في النزاع، ويعتبر مصدراً لإنشائها للقواعد القانونية، وهو الأمر الذي ظل يصر الفقه على رفضه بالقول: "أن القاضي أبعد ما يكون عن مهمة التشريع، وأن أقصى ما يقوم به هو إزالة الغبار عن القوانين الموجودة وكشفها للعيان"، وتؤكد هذا المسلك مع قيام الثورة الفرنسية، حيث أصر رجالها وتمسكوا بمبدأ الفصل بين السلطات، وأن التشريع خالص من ممثلي الأمة الذين يفرغون إرادتها في قواعد عامة، حيث يقول Montesquieu في هذا الشأن (أن قضاة الوطن ليسوا سوى الفم الذي ينطق كلمات التشريع، وهم إزاء هذا التشريع كائنات لا حياة فيه ولا قوة لها على تحقيق قوته أو شدته)، فيما يذهب Rebisserbér إلى القول: (أن كلمة الاجتهاد القضائي يجب أن تمحى من لغتنا، ففي دولة فيها دستور وتشريع، الاجتهاد القضائي ليس سوى التشريع نفسه)، وقال آخرون أنه: (في حالة عجز كل قواعد التفسير عن تمكين القاضي من إيجاد الحل المناسب للنزاع المعروض، فثمة قاعدة أخيرة ترشده، وهي تلك التي تقضي بأنه إذا لم يوجد أي تنظيم أو تقييد من جانب القانون فإن ما يفعله الفرد لا حرج فيه، أو بمعنى آخر تطبيق القاعدة القائلة بأن الأصل في الأشياء الإباحة<sup>(2)</sup>)، وفي هذا الصدد تختلف الشرائع في اعتبار القاضي منشئاً للقاعدة القانونية، فنجد في الدول الانجلوسكسونية مثل إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية التي يعتبر فيها القضاء مصدراً للقاعدة القانونية وهو ما يطلق عليه بنظام السابقة القضائية الملزم، بينما ترفض الدول اللاتينية مثل فرنسا والدول العربية اعتبار

<sup>1</sup> أنظر مراد بدران، مقالة بعنوان: ضوابط إنشاء القاضي الإداري للقانون: قضية بن خدة ضد وزير الداخلية نموذجاً، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، 2010، رقم 10، ص 178-179.

<sup>2</sup> أنظر خير الدين كاظم عبيد، مقالة بعنوان: دور القضاء في العلاقات الخاصة الدولية، منقول عن محمد احمد رمضان، دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية المدنية، رسالة ماجستير كلية الحقوق، جامعة بغداد، 1985، ص 520-521.

الاجتهاد القضائي مصدرا للقاعدة القانونية ، وليس هناك ما أطلق عليه الفقه قرارات مبدئية بقواعد موضوعية مجردة<sup>(1)</sup>. من هنا فإن المصادر الرسمية للقواعد القانونية هي التي ذكرتها القوانين المدنية على سبيل الحصر ولا يوجد من ضمن هذه المصادر القضاء<sup>(2)</sup>، إلا أن هذا لا يعني إعدام كل دور للقاضي في إنشاء القاعدة القانونية، بل هناك عدة اجتهادات وابتكارات شكلت حلولا قانونية كان مصدرها القضاء، وعلى سبيل المثال نذكر دوره في القانون الدولي الخاص الذي يتميز بقلّة مواده و أحكامه بالمقارنة مع حجم المنازعات الخاصة بهذا المجال ومثال عن هذه النظريات القانونية ما يطلق عليه بنظرية الجنسية الفعلية، وقانون الإرادة ، والإحالة، بل الأكثر من ذلك فإن أغلب قواعد هذا القانون ومبادئه أساها وطورها القضاء ومن ثم تلقفها المشرع ليعيد صياغتها و إعطائها إطار تشريعي<sup>(3)</sup>.

كذلك الأمر بالنسبة للقاضي الإداري حيث اعترف له بالدور الإنشائي للقاعدة القانونية وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون مجلس الدولة في مصر رقم 63 لسنة 1955 عن الطبيعة الإنشائية للقضاء الإداري بقولها " يتميز القضاء الإداري بأنه ليس بمجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني، بل هو في الأغلب قضاء إنشائي<sup>(4)</sup> يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة "<sup>(5)</sup>.

بعد البحث في فكرة السلوك السلبي للمشرع في صورة الإغفال التشريعي وتوضيح مضمونها، بقي لنا البحث عن موقف القاضي الدستوري من هذه المسألة باعتبارها الهيئة التي تناط لها الرقابة على أعمال البرلمان عندما تطرح عليه في إطار رقابة الدستورية وكيف عالجها؟ وهو ما نعالجه في الفصل الثاني من هذا البحث.

<sup>1</sup> نفس المرجع، ص 521.

<sup>2</sup> أنظر نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 ماي 1975 المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 الصادر في 132 ماي 2007، والمادة 3 من القانون المدني المصري و المادة الأولى من القانون المدني الفرنسي.

<sup>3</sup> أنظر خير الدين كاظم عبيد، مقالة بعنوان تدور القضاء في العلاقات الخاصة الدولية ، مرجع سابق، ص 520-521.

<sup>4</sup> لتفصيل أكثر حول الدور الإنشائي للقاضي الإداري، أنظر سالم بن راشد العلوي، القضاء الإداري - دراسة مقارنة - ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2009، ص49.

<sup>5</sup> أنظر عمار بوضياف، محاضرات في القانون الإداري، ألقيت على طلبة الدراسات العليا، الأكاديمية العربية ، 22 أكتوبر 2011 الدانمارك ، ص29.

# الفصل الثاني



# الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي

## تمهيد وتقديم:

انتهينا في الفصل الأول إلى أن الإغفال التشريعي هو سكوت المشرع وامتناعه عن ممارسة اختصاصه التشريعي انطلاقاً من الالتزام القانوني الوارد في الدستور، وبعد الجدل الفقهي ومواقف القضاء المتذبذبة انتهى الأمر إلى اعتبار السلوك السلبي للمشرع مخالفة دستورية يجب قمعها وهذا حماية لتوزيع الاختصاصات بين السلطات الثلاث من جهة، وحماية الحقوق والحريات الدستورية من جهة أخرى، زيادة على منع المشرع من اعتباره

سلطة التشريع امتيازاً يتصرف فيه وفقاً لأهوائه السياسية، فيما أنها سلطة مخولة له بموجب الدستور، لذلك ولقمع هذه المخالفة الدستورية ذهبت بعض الدساتير المقارنة إلى اعتبار هذا السلوك من المشرع مخالفة دستورية خاضعة لرقابة الدستورية، بينما أعطى القضاء الدستوري في الدول التي لم تنص دساتيرها على هذا النوع من الرقابة لنفسه صلاحية ممارستها، وذلك توسيعاً منه لسلطته في التفسير المخولة له بموجب أحكام الدستور أو التي تتضمنها قوانينه الخاصة، وفي هذا الشأن تساءل الفقه حول سبب منح الحق للقضاء الدستوري التدخل من أجل معالجة مشكلة السكوت التشريعي؟ ولماذا لا توجد هيئة أخرى أو لماذا لا يتم خلق جهة مختصة بمعالجته و إيجاد الحلول له ؟

توصل الأستاذ Pirre Bruenet إلى أن مهمة رقابة دستورية القوانين ممنوحة للمجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية ومن الطبيعي بل هو من المنطقي أن يتولى هذا المجلس مهمة الكشف عن السكوت التشريعي ورصد الحلول لها مستعينا بالدستور كأعلى قانون أو أسمى على باقي القوانين (1).

ولكن ما اختلف حوله الفقه هو أساس هذه الرقابة، فمن المعروف أن الأساس النظري للرقابة على دستورية القوانين لدى الفقه هو مبدأ سمو الدستور على باقي القوانين المكونة للنظام القانوني في الدولة، فهناك من اعتبر أساس هذه الرقابة هو نفس المبدأ الذي تقوم عليه الرقابة على دستورية القوانين في أصلها العام، بينما اعتبر آخرون أساسها الالتزام الإيجابي الذي يفرضه الدستور على المشرع .

كما اختلف الفقه والقضاء الدستوريين والدساتير حول موضوع الرقابة على السلوك السلبي للمشرع، والسبب في ذلك هو أن مضمون الرقابة على دستورية القوانين يقتضي مقارنة مدى تطابق النص القانوني مع النص الدستوري نصاً وروحاً، و لكن في حالة الانعدام الجزئي أو الكلي للنص القانوني في السكوت التشريعي فما هو موضوع الرقابة في هذه الحالة؟

للإجابة على هذا السؤال انطلق الفقه من فكرة مفادها أن محل الرقابة في حالة السلوك السلبي للمشرع هو القاعدة الضمنية غير الدستورية التي يتضمنها النص القانوني وليس فيما ينطق به صراحة، بينما رأى جانب آخر أن موضوع الرقابة هو إخلال المشرع بالتزامه

<sup>1</sup> Pierre Bruenet ,Lejuge constitutionnel est –il un juge comme les autres ?Réflexions métrologiques sur la justice constitutionnelle, www .confcoconsteu org.

بالتشريع، وقد أخذ بعض القضاء الدستوري بفكرة القاعدة الضمنية المخالفة للدستور التي يحملها النص القانوني، كما اختلفت الدساتير التي أقرت هذه الرقابة صراحة حول موضوع هذه الرقابة هي الأخرى.

إن دور القاضي الدستوري عند معالجته للإغفال التشريعي قد اختلف عن دوره التقليدي، بل أن الفقه اعتبره في هذه الحالة مشرعا سلبيا، والسبب في ذلك هو طريقة تطويره لحالات الإغفال التشريعي وذلك من خلال الأحكام والقرارات الصادرة عنه، متخطيا بذلك حساسية العلاقة بينه وبين السلطة التشريعية، وهذا الدور انطلاقا من توسيع سلطته في تفسير النصوص القانونية المخولة له بموجب أحكام الدستور أو القوانين المنظمة لا اختصاصه، لكن هذا التفسير يختلف في هذه الحالة عن التفسير التقليدي الذي كان يقوم به وهو إعطاء المعنى المباشر والحقيقي للنص دون أن يكون له حق الإضافة أو الانتقاص من ه وهو ما يطلق عليه الفقه "التفسير المقيد" أو "الضيق"، بمعنى توقف القاضي الدستوري عند إعطاء المعنى القاعدي للنص محل الرقابة، لكن التفسير الذي يقوم به عند معالجته للسلوك السلبي للمشرع لا يتوقف فيه عند مجرد المعنى القاعدي للنص وإنما يتعدى ذلك ليصل إلى غاية الإضافة للنص أو استبداله لمضمونه، وهو ما أطلق عليه الفقه "التفسير الإنشائي"، ويظهر هذا في نوعية الأحكام والقرارات الصادرة عنه عند معالجته للإغفال التشريعي. ولكن إذا كانت هذه هي طبيعة الأحكام والقرارات، فكيف استقبلها المشرع وما مدى تجاوبه معها؟

في الحقيقة إن مدى انصياع المشرع للأحكام وقرارات الهيئة المكلفة برقابة الدستورية وتنفيذها في هذه الحالة يعود إلى طبيعة حساسية العلاقة بينه وبين هذه الهيئة، وإمكانية هذه الأخيرة من دعوة المشرع أو إلزامه بالتدخل لتفعيل النصوص الدستورية وسد الفراغ التشريعي من جهة، وتفعيل الحقوق والحريات من جهة أخرى، مما يمكن القول بشأنه أن الطبيعة الإلزامية لهذه الأحكام والقرارات قد تختلف بقدر تأثيرها على موقف المشرع منها.

انطلاقا من هذه الأفكار والجزئيات التي تطرح بشأن الرقابة على الإغفال التشريعي، نتوصل إلى طرح إشكاليتين مهمتين هما: ما هو أساس وموضوع الرقابة على الإغفال التشريعي؟، وكيف عالج القاضي الدستوري حالات الإغفال التشريعي؟.

للإجابة على هاتين الإشكاليتين نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول: أساس وموضوع الرقابة على الإغفال التشريعي، والثاني: آلية معالجة الإغفال التشريعي.

## المبحث الأول

### أساس وموضوع الرقابة على الإغفال التشريعي

لما كانت الرقابة على الإغفال التشريعي تهدف إلى رد المخالفة الدستورية الناتجة عن السكوت التشريعي أو الإغفال التشريعي، فإن هذه الرقابة تجد أساسها في حماية الدستور باعتباره القاعدة الأعلى التي يجب احترامها من جانب السلطات الأدنى له، ولذلك فإن سمو الدستور وعلوه يعد الأساس القانوني لهذه الرقابة، و تتأكد وجهة النظر هذه عند الحديث عن موضوع الرقابة على الإغفال التشريعي و الذي يتمثل في القاعدة الضمنية المخالفة للدستور<sup>(1)</sup>، من هنا يمكن القول أن الرقابة على دستورية السكوت التشريعي لا تختلف من حيث أساسها عن الأساس النظري الذي تقوم عليه الرقابة دستورية القوانين الصادرة عن البرلمان، حيث ينطلق الفقه لتبرير هذه الرقابة من فكرة أنها لا تخص الأعمال الصريحة الصادرة عن هذا الأخير فقط وإنما تتعدى لتمس سلوكه السلبي، والسبب في ذلك أن كل هذه السلوكات مخالفة دستورية يجب ردها، ولا يتأتى ذلك إلا بإعمال رقابة الدستورية. ولتوضيح ما سبق نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نوضح في المطلب الأول أساس هذه الرقابة، وفي الثاني نبين فيه موضوع الرقابة على الإغفال التشريعي.

## المطلب الأول

### أساس الرقابة على الإغفال التشريعي

لا يختلف أساس الرقابة على سكوت المشرع وإحجامه عن ممارسة اختصاصه - حسب نظرة بعض فقهاء القانون الدستوري - من حيث المبدأ عن أساس الرقابة على دستورية القوانين في مفهومها العام وهو خضوع القانون الذي تسنه السلطة التشريعية للدستور، انطلاقاً من مبدأ سمو هذا الأخير على القوانين المكونة للنظام القانوني للدولة .

لكن الأستاذ Ribes يرى أن هذا الأساس غير كاف لقيام هذه الرقابة، فخضوع المشرع لأحكام الدستور يعد عاملاً أساسياً لقيامها، ولكن أساس هذه الرقابة هو مجموعة الالتزامات الإيجابية التي يتضمنها الدستور ويفرض على المشرع الوفاء بها ، بحسب تعبيره<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> أنظر عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق ، ص71.  
<sup>2</sup>الرأي للأستاذ Ribes، أورده عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق، ص 73.

La constitution est la source d'obligation positives pour le législateur

وقد توصل إلى هذه النتيجة انطلاقاً من تحليله لأحكام بعض الدساتير، التي استنتج من ثناياها أنها تفرض على المشرع التزاماً إيجابياً وهو الالتزام بالتشريع و يتعين على هذا الأخير أن يستوفي التزامه القانوني الموكول له دستورياً، وأن أي إجحام أو امتناع منه عن القيام بهذا الالتزام تعد مخالفة لسمو الدستور وبالتحديد مخالفة لهذا الالتزام القانوني الذي يتضمنه ، ويتعين قمعها (1).

من هنا فإن أساس رقابة الإغفال التشريعي هو مبدأ سمو الدستور من جهة، والالتزام الإيجابي الذي يفرضه الم وُسس الدستوري على السلطة التشريعية من جهة أخرى، وسنوضح هذين الأساسيين فيما يلي: سمو الدستور كأساس لرقابة الإغفال التشريعي (الفرع الأول)، الدستور كمصدر للالتزامات إيجابية للمشرع (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### سمو الدستور

مع ظهور فكرة الدولة أصبح من غير المستساغ القول بوجود أي دولة قانونية من غير دستور، فالدستور هو الذي يحدد معالم هذه الدولة من حيث نظام الحكم فيها والسلطات العامة والعلاقة فيما بينها، كما يحدد الطبقة الحاكمة والمحكومة، علاوة على اهتمامه بالحقوق والحريات<sup>(2)</sup>، ونظراً لما يتضمنه من مبادئ وقيم أساسية تقوم عليها الدولة وجب احترامه من الحكام والمحكومين والسلطات العامة المكونة لها وهو ما يطلق عليه " مبدأ سمو الدستور"، الذي يقصد به أن يوجد الدستور في المركز الأعلى في النظام القانوني ويفرض احترامه على جميع السلطات، فهو يشكل حجر الأساس في البنيان القانوني للدولة، ثم تتدرج بقية القواعد القانونية المكونة للنظام القانوني، فهو من يحدد الفلسفة الرسمية للقانون في الدولة<sup>(3)</sup>.

وعليه، واحتراماً لهذا سمو وجب على جميع سلطات الدولة ممارسة اختصاصاتها في الحدود المرسومة لها ضمن القواعد الدستورية.

<sup>1</sup> نفس المرجع ، ص73.

<sup>2</sup> محمد فوزي النويجي ، فكرة تدرج القواعد الدستورية ، دراسة تحليلية نقدية ، ط 1، دار النهضة العربية ، ص 8.

<sup>3</sup> نفس المرجع ، ص9.

وقد تبنت هذا المبدأ كل الأنظمة القانونية، ونستدل في هذا الشأن بما أكدته المحكمة الدستورية العليا المصرية على هذه الخاصية للقواعد الدستورية وتمييزها عن باقي القواعد الأخرى المكونة للبنين القانوني للدولة في حكمها الصادر في 4 يناير 1992 بقولها: " أن الدستور يتميز بطبيعة خاصة تضي عليه السيادة والسمو بحسابه كفيل الحريات و موئله، وعماد الحياة الدستورية وأساس نظامها، فحق لقواعده - بالتالي- أن تستوي على القمة من البنين القانوني للدولة وأن تتبوا مقام الصدارة بين قواعد النظام العام، اعتبارا بأن أحكام الدستور هي أسمى القواعد الأمرة التي تلتزم الدولة بالخضوع لها في تشريعها وقضائها<sup>(1)</sup>.

كما أقرت ذات المحكمة أيضا في حكمها الصادر في 8 يوليو 2000 بالنسبة لرقابتها على النصوص التشريعية نفس المبدأ بقولها: " إنما تتغيا ردها إلى أحكام الدستور تغلبيا لها على ما دونها وتوكيدا لسموها على ما عداها لتظل الكلمة العليا للدستور باعتباره القانون الأساسي الأعلى الذي يرسي القواعد و الأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ..."<sup>(2)</sup> .

ولما كانت القواعد الدستورية تتميز بخاصية سمو، كان من الواجب توفير ضمانات لنفوقها واحترامها وحمايتها من أي انتهاك من القوانين التي تليها في المرتبة، سواء أن كانت صادرة عن السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية، ولا يتأتى ذلك إلا عن طريق جهاز توكل له مهمة الرقابة على صحة هذه النصوص ومدى احترامها لأحكام الدستور وهو ما يطلق عليه الرقابة على دستورية القوانين، سواء أن كانت هذه الرقابة سياسية أو قضائية .

ولئن كانت الرقابة على دستورية التشريعات تقوم على أساس سمو الدستور فإن غالبية الفقه مددت ذات الأساس على ما أغفل المشرع تنظيمه، انطلاقا من أن قواعد الدستور تسمو على ما عداها من القواعد داخل الدولة وهي قواعد قانونية آمرة وملزمة وتفرض على المشرع التزامات إيجابية بالتشريع لحماية موضوعات دستورية كموضوع الحقوق والحريات<sup>(3)</sup>، وهو ما ذهب إليه الفقه الألماني، حيث تتمحور فكرته في أن الدستور عندما تبني المذهب الفردي كان ينظر إلى سكوت المشرع على أنه أفضل الحلول لحماية الأفراد لما يترتب على هذا الإحجام التشريعي من ترك مساحة كبيرة من الحريات للأفراد، انطلاقا من فكرة أن وجود القانون يعني التقييد لهذه الحرية وكلما انعدم وجوده اتسع مفهومها، وعندئذ كان امتناع المشرع وسكوته عن

<sup>1</sup> أورده محمد فوزي النويجي، فكرة تدرج القواعد الدستورية، مرجع سابق، ص9.

<sup>2</sup> أورده محمد فوزي النويجي، نفس المرجع، ص9.

<sup>3</sup> عبد العزيز محمد سلمان، مقالة بعنوان: رقابة الاغفال في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص7.

التدخل في شؤون الأفراد هو أفضل الحلول، ولا يمكن أن ننسب في هذه الحالة إلى المشرع عيب عدم الاختصاص السلبي .

ولكن منذ نهاية الحرب العالمية الأولى تحول دور الدولة من المذهب الفردي إلى المذهب الاجتماعي والديمقراطي وتضمن الدستور هذا الاتجاه الجديد، ووضع على عاتق المشرع ضرورة التدخل بتشريعاته لتحقيق هذه الأهداف الاجتماعية، ومنذ هذا الوقت أصبح الدستور بمثابة القانون الأول الذي يعد مصدرا للقوانين وبمثابة الوعاء الذي يضم القيم الأساسية للمجتمع<sup>(1)</sup>. ويؤكد نفس الفقه أن الإغفال التشريعي هو الآخر مخالفة دستورية سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع، والسبب في ذلك أن الدستور يفرض على المشرع مجموعة من الالتزامات القانونية يجب عليه القيام بها، والمخالفة الدستورية من طرف المشرع لا تتحقق في حالة قيامه بوظيفته التشريعية فقط وإنما أيضا في حالة إجماعه أو امتناعه عن ممارسة هذه الوظيفة إما بصورة كلية أو جزئية<sup>(2)</sup>، فإذا تدخل المشرع - إنفاذا لأحكام الدستور- بتنظيم حق من الحقوق الدستورية مثلا فإن تدخله يجب أن يكون متكامل الجوانب ، مفعلا لكافة الضمانات الدستورية المقررة لهذا الحق بحيث إذا أغفل جانبا من جوانبه فإن ذلك من شأنه أن يقلل من الحماية الدستورية لهذا الحق بما يخالف أحكام الدستور .

وإذا كان القضاء الدستوري يراقب النشاط الإيجابي للبرلمان ويهدر التشريع المخالف للدستور فمن باب أولى يستطيع أن يراقب الإغفال التشريعي أو التنظيم غير المتكامل إذا كان من شأنه أن يتضمن مخالفة دستورية، كما أن فكرة الدولة القانونية تكفل خضوع جميع سلطات الدولة للقانون سواء في تصرفاتها الإيجابية أو السلبية التي تشكل مخالفة دستورية<sup>(3)</sup>. وفي هذا الصدد يقول الأستاذ عبد العزيز محمد سلمان أنه " على افتراض صحة القول بأن القانون تعبير عن الإرادة العامة، فإن البرلمان هو أداة لصياغة هذا التعبير، والإغفال التشريعي ما هو إلا تعبير عن الإرادة العامة لم تتم صياغته بمعرفة البرلمان، ومن ثم تشكل عدم الصياغة مخالفة دستورية"<sup>(4)</sup>.

من هنا يتضح أن المخالفة الدستورية لا تتعلق بالسلوك الإيجابي للمشرع فقط وإنما تتحقق حتى في حالة امتناعه عن ممارسة وظيفته الدستورية.

<sup>1</sup> أورده عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص75.

<sup>2</sup> عبد العزيز محمد سلمان، مقالة بعنوان: رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 8 .

<sup>3</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص78.

<sup>4</sup> عبد العزيز محمد سلمان، الإغفال في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 8.

ومن المعروف أن سمو الدستور يتجلى في مظهرين السمو الموضوعي أو المادي والسمو الشكلي، وبالتالي فإن مخالفة الإغفال التشريعي تكون في شكلين الإغفال التشريعي المخالف للسمو الشكلي والإغفال المخالف للسمو الموضوعي<sup>(1)</sup>، وهو ما نوضحه في النقطتين الجزئيتين الموالتين:

### أولاً: الإغفال التشريعي المخالف للسمو الشكلي للدستور

يقصد بالسمو الشكلي للدستور أن يشترط لإمكان وضع وتعديل أحكامه إجراءات خاصة أشد من تلك المتطلبة لتعديل أحكام القانون العادي، وبذلك تأخذ القواعد الدستورية مكانتها التي تليق بموضوعها، وتعتلي قمة التدرج القانوني في الدولة . وبهذا يتحقق الإغفال التشريعي المخالف للدستور عندما ينص الدستور على إجراءات معينة يجب إتباعها لسن القانون، ومثال عن هذه الإجراءات، الإجراءات التي يتطلبها كل من الدستور الفرنسي فيما يتعلق بالقوانين الأساسية واللوائح الداخلية للجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، والدستور المصري فيما يتعلق بالقوانين المكملة للدستور<sup>(2)</sup> .

وهكذا فقد حرص المجلس الدستوري الفرنسي في قراراته على التأكيد بأن مشروع القانون الخاضع لرقابته قد استوفى الإجراءات المنصوص عليها في الدستور<sup>(3)</sup>، كما حرصت المحكمة الدستورية العليا في مصر على التأكيد على عدم دستورية القوانين المكملة للدستور في حالة إغفال الإجراءات التي يجب إتباعها عند صدورها، وذلك ما أقرته في أحد أحكامها وذلك في القضية رقم 153 لسنة 21 قضائية دستورية، حيث جاء فيه " أن القانون المطعون فيه يكون قد توافر في شأنه العنصران الشكلي و الموضوعي - المتقدم بيانها - اللازمان لارتقائه إلى مصاف القوانين المكملة للدستور، وإذا كان البين من كتاب الأمين العام لمجلس ال شورى رقم 83 بتاريخ 7 نوفمبر 1999 المرفق بالأوراق أن هذا القانون - بوصفه كذلك - لم يعرض مشروعه على مجلس الشورى

<sup>1</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي ، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 79.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 79.

<sup>3</sup> أورده عبد الحفيظ علي الشيمي، نفس المرجع، ص 79.



لأخذ رأيه فيه، فإنه يكون مشوباً بمخالفة نص المادة 195 من الدستور<sup>(1)</sup>، وخارج نطاق القوانين الأساسية فإن المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية العليا يحرصان على التأكيد بأن القوانين الخاضعة لرقابته ما لا تتضمن مخالفة دستورية من حيث الشكل، بل أن المحكمة الدستورية وضعت مبدأً هاماً يتمثل في أن الإجراءات الشكلية التي يتطلبها الدستور تكون في جميع الأحوال محل فحص من جانبها سواء أثرت أمامها صراحة أم لا<sup>(2)</sup>.

ومن هذه الإجراءات أيضاً ما تنص عليه المادة 123 من الدستور الجزائري المعدل 1996 بالنسبة للإجراءات التي تمر بها القوانين العضوية<sup>(3)</sup> من أنه: "تتم المصادقة على القانون العضوي بالأغلبية المطلقة للنواب وبأغلبية ثلاثة أرباع (3/4) مجلس الأمة.

يخضع القانون العضوي لمراقبة مطابقة النص مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره"، حيث تشترط هذه المادة مجموعة من الإجراءات الشكلية لإقرار القوانين العضوية أو النظامية أكثر تعقيداً من تلك التي يسن بها القانون العادي، إضافة إلى الإجراءات التي تتطلبها المادة 120 من الدستور فإنه يشترط لإقراره الحصول على نصاب قانوني يتعلق بالأغلبية المطلقة للنواب وبأغلبية (3/4) أعضاء مجلس الأمة، إضافة إلى خضوعه لرقابة مطابقة النص للدستور من طرف المجلس الدستوري<sup>(4)</sup>.

وما تجب الإشارة إليه أن الأحكام الصادرة بعدم دستورية الإغفال التشريعي من حيث الشكل نادرة ويرجع الفقه هذه الندرة إلى أن القوانين المشوبة بالمخالفة الدستورية لوجود إغفال تشريعي يفترض صحتها شكلياً<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> تنص المادة 195 من الدستور المصري الصادر في مارس 2007 "يؤخذ رأي مجلس الشورى فيما يلي:...

2- مشروعات القوانين التي يحيلها إليه رئيس الجمهورية .

3- ما يحيله رئيس الجمهورية إلى المجلس من موضوعات تتصل بالسياسة العامة للدولة أو بسياساتها في الشؤون

العربية والخارجية .

ويبلغ المجلس رأيه في هذه الأمور إلى رئيس الجمهورية و مجلس الشعب ."

<sup>2</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 80.

<sup>3</sup> للعلم فإن فئة القوانين العضوية تم استحداثها في الجزائر بموجب دستور 1996.

<sup>4</sup> لتفصيل أكثر حول فئة القوانين العضوية، أنظر عزاوي عبد الرحمن، مقالة بعنوان: فئة القوانين الجديدة، القوانين العضوية النظامية وفقاً للدستور الجزائري المعدل سنة 1996، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، سنة 2002، ص 62 وما بعدها .

<sup>5</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 81.

لكن يجب التنبيه إلى أن هذه المخالفة الدستورية تقتصر فقط على حالة الإغفال التشريعي الجزئي، أي أن النص القانوني موجود لكنه قاصر بسبب إغفال أحد الإجراءات الدستورية اللازمة لسنه، أما حالة الإغفال الكلي فلا يتصور تحقق هذه المخالفة لأننا أمام غياب مادي كلي للنص القانوني هذا من جهة ، ومن جهة أخرى أنه سبقت الإشارة إلى أنه يقصد بالإغفال التشريعي حالة إحجام البرلمان عن ممارسة اختصاصه الدستوري بمعنى عدم تنظيمه مسألة من المسائل المحجوزة له إما بصورة كلية أو جزئية، وبالتالي لا يشمل مفهوم الإغفال التشريعي إغفال الإجراءات الدستورية اللازمة لسن القانون، لذلك فإن إدراج هذه الصورة من المخالفة الدستورية ضمن حالاته هو طرح غير سليم.

### ثانياً: الإغفال التشريعي المخالف للسمو الموضوعي للدستور

يتحقق مبدأ سمو الدستور وفقاً للمعيار الموضوعي نتيجة للموضوعات التي ينظمها الدستور والتي تتميز بخطورتها وأهميتها في بناء الدولة، فهو يبين نظام الحكم في الدولة وكذا اختصاصات السلطات العامة وعلاقتها فيما بينها كما ينظم الحقوق والحريات العامة للأفراد داخل المجتمع وطرق حمايتها ، وتعتبر هذه القواعد أعلى القواعد القانونية في الدولة<sup>(1)</sup>.

وتأكيداً للسمو الموضوعي للدستور تحرص الهيئة المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين أن يكون القانون الخاضع لرقابتها متطابقاً بصورة كاملة مع الدستور وإلا كان غير دستوري ، وكمثال عن مخالفة القانون للسمو الموضوعي للدستور ما قضت به المحكمة الدستورية المصرية العليا في حكمها رقم 125 لسنة 1981 المتعلق بنقابة المحامين ، حيث قضت بعدم دستورية هذا القانون برمته و ذلك بسبب ما اعتور مادته الأولى من مخالفة موضوعية للدستور، وتتص هذه المادة على أنه " تنتهي مدة عضوية نقيب المحامين الحالي وأعضاء مجلس النقابة الحاليين من تاريخ نفاذ هذا القانون "، فقد أهدر هذا النص مبدأ الحرية النقابية المنصوص عليه في الدستور في المادة 56 التي تنص على أن " إنشاء النقابات والاتحادات على أساس ديمقراطي حق يكفله القانون وتكون لها الشخصية الاعتبارية "، لأن هذا النقيب وهؤلاء الأعضاء قد تم اختيارهم بطريق الانتخاب من جانب أعضاء النقابة ، فأتى هذا النص وأقصاهم من مناصبهم النقابية قبل نهاية مدة العضوية وذلك عن غير طريق هيئة الناخبين والمتمثلة في الجمعية العمومية للنقابة، وعطل حق اختيارهم لهم، إذ حال دون هذه الجمعية

<sup>1</sup> محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري والمبادئ الدستورية العامة، النظام الدستوري المصري، دار راوي، مصر،

وانتخاب أعضاء جدد لشغل تلك المناصب، بما نصت عليه المادة الرابعة من قانون وقف العمل بأحكام المواد 12 إلى المادة 19 من قانون المحاماة الساري المفعول حينئذ، والمتعلقة بإجراءات الترشح والانتخاب لمناصب النقيب وأعضاء مجلس النقابة وذلك إلى حين صدور نص قانون المحاماة الجديد وإجراء انتخابات طبق لأحكامه<sup>(1)</sup>، وبناء عليه انتهت المحكمة إلى أنه يتعين الحكم بعدم دستورية هذه المادة وباقي المواد لأن هذه المادة هي الأساس الذي قامت عليه المواد الأخرى من هذا القانون<sup>(2)</sup>.

ومن أهم النتائج المترتبة على سمو الموضوعي للدستور - لأنه يحدد صلاحيات السلطات العامة - أن تمارس كل سلطة اختصاصاتها بنفسها، ولا يجوز أن تتخلى عنها لصالح السلطات الأخرى، بل يتعين عليها أن لا تهمل أو تسكت عن مباشرة هذه الاختصاصات الدستورية لأنها لا تعد امتيازاً شخصياً لها وإنما هي واجب دستوري، ولا سيما إذا كانت هذه السلطة هي التي تباشر وظيفة التشريع وعهد لها الدستور بحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية<sup>(3)</sup>، بل أن من مظاهر سمو الموضوعي للدستور حماية الحقوق والحريات الأساسية وكفالة مبدأ المساواة، لذلك ربط الفقه المصري الأحكام الصادرة بالتصدي لحالة الإغفال التشريعي المخالفة لمبدأ المساواة المضمون دستورياً وهو ما تم توضيحه في الأحكام السابقة في هذا البحث.

غير أنه إذا كان أساس الرقابة على الإغفال التشريعي هو مبدأ سمو الدستور بمظهره الموضوعي والشكلي، فإن هذا غير كاف لاعتباره أساساً يبررها، وذلك لأن هذا الأخير يتضمن مجموعة من الالتزامات الإيجابية التي تفرض على المشرع وأطلق عليه الفقه الالتزام بالتشريع، موضوع الجزئية الموالية.

## الفرع الثان

ي

### الدستور مصدر للالتزامات الإيجابية للمشرع

إضافة إلى اعتبار مبدأ سمو الدستور أساساً للرقابة على الإغفال التشريعي يتعين عدم مخالفته، فإن الفقيه Ribes ذهب إلى أن أساس هذه الرقابة يقوم على طبيعة الالتزامات التي يتلقاها المشرع من الدستور وهي التزامات إيجابية يجب على الوفاء بها<sup>(4)</sup> وإلا كان بسلوكه

<sup>1</sup> عصام أنور سليم، موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 2000، ص 49.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 50.

<sup>3</sup> أورده عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 82.

<sup>4</sup> نفس المرجع، ص 83.

السلبى مخالفا للدستور من جهة ومنتصلا من التزاماته الدستورية من جهة أخرى، وهذا الالتزام هو الالتزام بالتشريع والذي يقصد به: وضع القاعدة القانونية لتفعيل أحكام الدستور، وهو التزام قانوني، حيث يشبه دور المشرع في هذه الحالة الدور الذي تقوم به السلطة التنفيذية عندما تقوم بتطبيق القانون بواسطة اللوائح التنفيذية .

إلا أن هذا الالتزام (الالتزام بالتشريع) يختلف من وجهة نظر الفقه بحسب أحكام ونصوص الدستور ذاتها ونوعيتها وصيغتها الآمرة ، بالرغم أن قواعد الدستور ذات طبيعة أمرية كأصل عام، وبناء عليه تختلف طبيعة هذا الالتزام بحسب أحكام الدستور، فهناك من النصوص ما لا توجه خطابا للمشرع وبالتالي لا تفرض عليه التزاما، وأخرى توجه له خطابا ولا يتأتى تفعيلها إلا بسلوك إيجابي منه، وبناء على ذلك قسم Ribes أحكام الدستور إلى عدة أنواع تضمنتها فئتان من النصوص<sup>(1)</sup> نشرحها على النحو التالي:

أولا : نصوص دستورية لا يثور بشأنها إغفال تشريعي.

ثانيا : نصوص دستورية يثور بشأنها إغفال التشريعي.

أولا: نصوص دستورية لا يثور بشأنها إغفال تشريعي

وهذه الفئة تضم نوعين من النصوص : نصوص دستورية نافذة بذاتها وأخرى تتضمن رخصة للمشرع<sup>(2)</sup>:

### 1- نصوص دستورية نافذة بذاتها

الأصل أنه لا يمكن القول أن جميع نصوص الدستور تحتاج دائما إلى تدخل المشرع لتفعيلها، فهذا النوع من النصوص هي أحكام نافذة بذاتها، بمعنى أنها لا تحتاج إلى تشريع برلماني يسنه المشرع لكي تصبح ذات فعالية ومنتجة لآثارها القانونية والسياسية في المجتمع، بل هي نصوص تطبق نفسها بنفسها، فتكون هذه النصوص من العمومية بحيث قد يفهم منها توجيهها بالخطاب إلى جميع مؤسسات الدولة دون تحديد، بل وحتى للمواطنين، فقد تخاطب البرلمان باعتباره أحد السلطات العامة، كما قد تخاطب رئيس الدولة، كما قد تخاطب الدولة كمؤسسة رسمية في المجتمع، كما قد تخاطب المجتمع ككل<sup>(3)</sup>. وهذه النصوص لا تكون محل رقابة

<sup>1</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 83.

<sup>2</sup> نفس المرجع ص 83.

<sup>3</sup> أنظر عزوي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، ج 1، مرجع سابق، ص 175.

الدستورية لأن المشرع العادي ليس له أي سلطة بصدد هذه النصوص الدستورية<sup>(1)</sup>، وما يميزها أنها تعبر عن مجموعة من القيم الدينية أو الأخلاقية أو الاجتماعية التي تحكم المجتمع<sup>(2)</sup>، كما تتميز هذه المواد بقلتها في الوثيقة الدستورية .

وكمثال عن هذه المواد ما تنص عليه المادة 2 من الدستور الفرنسي أن شعار الدولة هو العلم ثلاثي الألوان الأبيض، الأحمر والأزرق، وما تنص عليه المادة 79 من الدستور المصري المتعلقة بأداء رئيس الجمهورية اليمين قبل أن يمارس مهامه، وما تنص عليه المادة 102 على أنه يدعو رئيس الجمهورية مجلس الشعب لاجتماع غير عادي، وذلك في حالة الضرورة، أو بناء على طلب بذلك موقع من أغلبية أعضاء مجلس الشعب، والمادة 126 التي تنص على مسؤولية الوزراء أمام مجلس الشعب، ومثال هذه المواد في الدستور الجزائري ما تنص عليه المادة الأولى من دستور 1996 على أن "الجزائر جمهورية جزائرية ديمقراطية شعبية"، والمادة 3 التي تنص على أن "اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية"، والمادة 4 على أن "عاصمة الجمهورية الجزائر العاصمة".

## 2- نصوص دستورية تتضمن رخصة للمشرع

هذه النصوص الدستورية لا تلزم المشرع بضرورة التدخل الفوري أو الدوري للتشريع، بل تترك له مساحة كبيرة من الحرية للتدخل من عدمه، فهي تمنح للمشرع سلطة تقديرية واسعة وشبه مطلقة في التخيير بين ضرورة التدخل لتنظيم مسألة ما أو امتناعه عن ذلك، كما تظهر السلطة التقديرية في مدى ملاءمة هذا التدخل التشريعي من عدمه باختيار وقت التدخل وصيغته و نوعية القوانين التي يسنها<sup>(3)</sup>، وهذه المساحة الكبيرة من الحرية الممنوحة للمشرع في ضرورة التدخل بالتشريع أو عدم التدخل هي ما تجعل النصوص الدستورية لا يثور بشأنها رقابة على الإغفال التشريعي، ويطلق على حالة البرلمان في هذه الحالة بتسمية سكون البرلمان Inactif ولا يعيب على موقفه بأنه إغفال تشريعي مخالف للدستور<sup>(4)</sup>، ولكن في حالة تدخل البرلمان في هذه الحالة هل يكون عمله خاضعا للرقابة الدستورية؟

<sup>1</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 84.

<sup>2</sup> عزاوي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية و التنفيذية، ج 1، مرجع سابق، ص 175.

<sup>3</sup> نفس المرجع، ص 176.

<sup>4</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 86.

إذا كان سكوت المشرع في هذه الحالة لا يعد إغفالا تشريعيا خاضعا لرقابة الدستورية، فإن تدخله وقيامه بالتعبير عن إرادته في صورة قانون ملموس يخضع للرقابة إذا تضمن مخالفة صريحة لنص الدستور.

وما تجب الإشارة إليه هو أن ما يميز هذه النصوص أنها غالبا ما تعبر عن برامج وأهداف تسمو لتحقيقها الدولة، ولا توجه خطاب معين للمشرع أو تلزمه بالالتزام معين يتعين عليه تحقيقه من خلال التشريع<sup>(1)</sup>.

ومثال هذه النصوص في الدستور المصري، النصوص التي تعبر عن البرامج السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، منها نص المادة الأولى من الدستور المصري التي تنص على أن "جمهورية مصر العربية دولة نظامها ديمقراطي يقوم على أساس المواطنة. والشعب المصري جزء من الأمة العربية يعمل على تحقيق وحدتها الشاملة "

والمادة 9 منه على أن " الأسرة أساس المجتمع، قوامها الدين الأخلاق الوطنية، وتحرص الدولة على الحفاظ على الطابع الأصيل للأسرة المصرية وما يتمثل فيه من قيم وتقاليد مع تأكيد هذا الطابع وتميمته في العلاقات داخل المجتمع المصري "

ومن أمثلة ذلك أيضا في الدستور الفرنسي المادة 34 على أنه ( يمكن تكملة الأحكام الواردة في هذه المادة وتحديدها بموجب قانون أساسي (نظامي)).

« Les disposition du présent article paurant être précisées et complétées par une loi organique »

فهذه المادة لم توجه التزاما وجوبيا للمشرع وإنما بقيت في حدود الإمكانية بمعنى أنها أبتت مجال التدخل من عدمه للسلطة التقديرية للمشرع، كما تركت له سلطة تقدير ملا عمة التوسع والإضافة من عدمها.

ومثال عن هذه النصوص في الدستور الجزائري ما تنص عليه المادة 60 من "أنه لا يعذر أحد بجهل القانون"، على أنه يقع على السلطة الإدارية واجب نشر القوانين قبل تطبيقها، إذ لا تسري في حق الأفراد قبل نشرها لتأكد العلم بها أولا، وما نصت عليه المادة 1/64 من أنه "كل المواطنين متساوون في أداء الضريبة"، وأنه " لا يجوز أن تحدث أية ضريبة إلا بمقتضى القانون" وكذلك بالنسبة لإحداث الجبايات و الرسوم والحقوق المختلفة وتحديد أساسها ونسبتها

<sup>1</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 86 .

13/122 "...إحداث الضرائب والجبايات والرسوم والحقوق المختلفة، وتحديد أساسها و نسبتها..." ، فقد لا يرى ضرورة إحداث ضرائب وجبايات ورسوم جديدة، بينما يرى ضرورة الإعفاء الجزئي أو الكلي من إحداثها لأسباب اقتصادية ومالية ولتشجيع الاستثمار في مجالات وأماكن معينة وفي ظروف معينة ولأغراض معينة، كما هي الحال بالنسبة لتشجيع المؤسسات التي تستعمل معدات وطرق إنتاج تحافظ على نظافة المحيط وحماية البيئة، كما قضت المادة 10/122 على أن التقسيم الإقليمي للبلاد من الاختصاص التشريعي للبرلمان، فهو يعمل فيه سلطته التقديرية، كما الحال بالنسبة لإنشاء فئات المؤسسات<sup>(1)</sup>.

من الواضح أن هذه النصوص لا توجه خطابا مباشرا للمشرع بالتشريع، فالترخيص في هذه الحالة يتضمن مفهومين إما التدخل بالتشريع أو عدم التدخل وهنا تظهر السلطة التقديرية للمشرع بجلاء. وبالتالي لا يتصور أن يكون سكوت المشرع عن التشريع الكلي أو الجزئي تصرفا غير دستوري، أما إذا فضل المشرع التدخل بالتشريع فإن عمله هذا يخضع لرقابة الدستورية.

وإذا كانت هذه النصوص لا تثير إغفالا تشريعا بسبب قابليتها للتنفيذ الفوري والمباشر، أو أنها لا توجه خطابا للمشرع، فإن هناك نصوص لا تكون نافذة وذات فعالية بدون تدخل المشرع مثل موضوع الحقوق والحريات الأساسية نبينه في الفقرة الموالية.

### ثانيا : نصوص دستورية يثور بشأنها إغفال تشريعي

ما يميز هذه الفئة عن سابقتها أنها تثير حالة الإغفال التشريعي عند خضوعها لرقابة الدستورية، والسبب في ذلك أنها توجه خطابا مباشرا للمشرع بضرورة التدخل للتشريع وتنظيم الموضوعات التي تتضمنها، وأخرى تتعلق بالحقوق والحريات الأساسية التي تتضمنها النصوص الدستورية وهي عبارة عن مجموعة من القيم والمبادئ والأخلاقيات التي تسعى الدساتير لتحقيقها، ولا يتأتى ذلك إلا بموجب تدخل المشرع لتنظيمها وحمايتها من تعسف السلطات العامة<sup>(2)</sup>.

ويصنف الفقه هذه النصوص إلى نصوص دستورية توجب تدخلا تشريعا، و أخرى تتعلق بالحقوق و الحريات نوضحها فيما يلي:

### 1- نصوص دستورية يفرض تدخلا تشريعا

<sup>1</sup> أشار إليها عزوي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، ج 1، مرجع سابق، ص178.

<sup>2</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص89.

يطلق الفقه على هذه النصوص النصوص الملزمة أو الأمرة للسلطة التشريعية - وإن كان الفقه يعترف بالصفة الأمرة للنصوص الدستورية كلها دون تمييز بينها - وما يميز هذه النصوص عن غيرها أنها غير تنفيذية إذا لم يتدخل المشرع لجعلها أمرا واقعا ملموسا، ويكون دور القانون أو التشريع في هذه الحالة أداة تنفيذية للدستور شأنه في ذلك شأن التشريع الذي يكون في حاجة إلى لائحة تنفيذية له<sup>(1)</sup>، حيث قالت المحكمة الدستورية بإسبانيا بشأنها: (أن الإغفال التشريعي المخالف للدستور يوجد فحسب عندما يفرض الدستور على المشرع ضرورة تدخله للتشريع وسن قواعد قانونية تساهم في تطوير وتنمية الدستور و لكنه لم يفعل)<sup>(2)</sup>. وبالنظر إلى نصوص الوثيقة الدستورية نجدها تحتوي على أحكام قانونية أمره يتوجب على المشرع أن لا يبقها حبيسة الوثيقة الدستورية لذلك يجب عليه التدخل لتفعيلها عن طريق قانون ملموس.

وتتميز هذه النصوص بخصائص ثلاث هي<sup>(3)</sup>:

- أنها لا تنفذ بذاتها، بل يحتاج تفعيلها إلى التدخل المباشر من المشرع، والتشريع الذي يسنه في هذه الحالة يمثل الأداة التنفيذية للدستور.
- أنها تتعلق بموضوعات محجوزة للمشرع ولا يجوز تنظيمها بغير أداة القانون، بمعنى التشريع الذي يضعه المشرع، فبدون تدخله يحدث فراغ تشريعي في النظام القانوني في الدولة وتتعلل الحياة العامة التي يجب أن يحكمها القانون والنظام .
- وأخيرا فهي توجه أمرا مباشرا للمشرع بالتدخل، ويترتب على سكوته وموقفه السلبي مخالفة دستورية تتعلق بتوزيع الاختصاص الدستوري بين السلطات الدستورية في الدولة القانونية، وهو مسلك يندرج ضمن الإغفال التشريعي الذي يصم عمل المشرع السلبي بعيب عدم الدستورية، وهو ما ذهب إليه المحكمة الدستورية الألمانية بقولها : ( أنه لا يوجد ما يمنع المحكمة من مراقبة راقبتها على حالات امتناع المشرع عن التدخل لممارسة بعض المهام التشريعية المسندة إليه بواسطة الدستور).<sup>(4)</sup>

<sup>1</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 89.

<sup>2</sup> أورده عبد الحفيظ علي الشيمي، نفس المرجع، ص 90.

<sup>3</sup> عزاوي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، مرجع سابق، ج 1، ص 179.

<sup>4</sup> أورده عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 147.



ومن أمثلة هذه المواد انطلاقا من هذه الخصائص ، ما تقضي به المادة 25 من الدستور الفرنسي على أن القانون الأساسي يحدد مدة الفصل التشريعي للجمعية الوطنية و مجلس الشيوخ وعدد أعضائهم وحصانتهم و كيفية انتخابهم.

ومن الدستور المصري ما تقضي به المادة 117 على أن القانون يحدد أحكام موازنات المؤسسات و الهيئات العامة وحساباتها.

أما في الدستور الجزائري، فنذكر إضافة إلى نصي المادتين 122 و 123 المحددة لمجالات التي يشرع فيها البرلمان ما تنص عليه المادة 3/71 من دستور 1996" ويحدد القانون الكيفيات الأخرى للانتخابات الرئاسية"، وما تنص عليه المادة 2/18 أن "الأحكام الوطنية يحددها القانون" وفي فقرتها الثالثة "ويتم تسيير الأملك الوطنية طبقا للقانون"، وما تقضي به المادة 20 على أن نزع الملكية الخاصة يكون لأغراض المنفعة العامة ويكون في إطار القانون ومقابل تعويض قبلي عادل و منصف .

## 2- نصوص دستورية تتعلق بالحقوق والحريات تفرض على المشرع التزاما ايجابيا بالحماية

تعد حماية الحقوق والحريات الأساسية من أساسيات وأهداف رقابة الإغفال التشريعي، فالدستور يتضمن مجموعة من الحقوق والحريات الأساسية التي تفرض على المشرع العادي التزاما بالتدخل لحمايتها حتى لا تكون حبيسة الوثيقة الدستورية<sup>(1)</sup>، فالمواطن لا يحس بوجود هذا الحق أو الحرية المضمونة دستوريا إلا بتنظيمها، ولا يكون ذلك إلا بموجب سلوك ايجابي من المشرع باعتباره المعبر عن الإرادة العامة، فهو لا شك أنه سيقوم بتنظيمها وفقا لما تسمو إليه الجماعة ، خاصة وأن هذا التنظيم هو الطريق المجدي لحمايتها من أي خطر، فلا يكون الموقف السلبي أو ابتعاد الدولة عن ما كان مطلوبا منها تجاه هذه الحقوق والحريات طريقا للحماية، لذلك يرى الفقه أنه يتعين على المشرع أن يتدخل لتنظيم الحقوق والحريات التي بدون هذا التنظيم لا يمكن ممارستها، فهي تضع على المشرع التزاما بالتشريع أو بأداء تشريعي<sup>(2)</sup>، خاصة أن موضوع الحقوق والحريات من المواضيع المحجوزة لاختصاص المشرع . فكثيرا ما تقتصر الأنظمة الدستورية على الإعلان الشكلي عن وجود حقوق وحريات فردية للمواطن، مما يقتضي أن تتولى التشريعات تنفيذ هذا الإقرار الدستوري لكفالتها، حيث تكفي النصوص الدستورية بإرساء مبادئ الحقوق والحريات الفردية وتقررهما على نحو يكفل تمتع الأفراد بها في

<sup>1</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي ، رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 94.

<sup>2</sup> نفس المرجع ، ص 95.

دولة القانون، لتهتم النصوص التشريعية بتنفيذ النصوص الدستورية وتتطابق معها في مضمونها، والأصل ألا يخرج دورها عن الدور المنفذ لإرادة السلطة القائمة بوضع الدستور وهو ما يتبدى في تكملة النصوص الدستورية بوضع بعض الإجراءات المنظمة لممارسة الأفراد لحقوقهم وحررياتهم في المجتمع مع كفالة هذه الحريات في حدودها المقررة دستوريا<sup>(1)</sup>.

وفي هذا الصدد يميز الأستاذ نبيل صقر بين نوعين من الحريات<sup>(2)</sup>:

النوع الأول : يشمل ما نظمه الدستور تنظيمًا نهائيًا لا يقبل التدخل التشريعي .

النوع الثاني : يشمل ما أحال الدستور في شأنه إلى المشرع للقيام بتنظيمه .

واعتبر النوع الأول لا يثار بشأنها انحراف تشريعي لأنه لا يتصور فيها تدخل للمشرع ،

وتكون هذه الحريات منصوصا عليها بصفة تقريرية في نصوص الدستور دون أن يكون للمشرع أي دور يذكر، ومثال ذلك نص المادة 151 من الدستور والمتعلقة بحق المواطن الجزائري في التمسك بحق الدفاع أمام القضاء، وما تقضي به المادة 34 على عدم جواز انتهاك حرمة والمساس بكرامته ، فهذه الحقوق والحريات في نظره لم يقرنها المؤسس الدستوري بعبارة في "حدود القانون" أو "وفقا للقانون" وبالتالي تم تسيخها من طرف المؤسس الدستوري بصفة نهائية ولا تتطلب بالضرورة التدخل التشريعي<sup>(3)</sup>، كما أنه لم يوجه الخطاب للمشرع وقد اهتم بتنظيمها هو بشكل يجعل إحجام المشرع عن تنظيمها أمرا لا يشكل إغفالا تشريعيًا .

أما الطائفة الثانية : فتتعلق بالحريات التي أحال الدستور إلى التشريع لينظمه، و هي عكس الطائفة الأولى فلا يكون تنظيمها إلا بناء على عمل تشريعي صادر من السلطة التشريعية و ذلك استنادا إلى عبارة " في حدود القانون " أو "وفقا للنصوص " التي ترد في النصوص الدستورية<sup>(4)</sup>.

ومن أمثلة هذه الحقوق في الدستور الجزائري حق الانتخاب الذي نظمته المادة 50 بقولها: " لكل مواطن تتوافر فيه الشروط القانونية أن يَنتخب ويُنتخب "، وكذلك المادة 48 و المتعلقة بمدة التوقيف للنظر في مجال التحريات الجزائرية للرقابة القضائية والمقدرة ب:48 ساعة و لا يجوز

<sup>1</sup> نبيل صقر، مقالة بعنوان:قراءة نقدية في دستورية التشريعات المقيدة للحريات في النظامين الدستوري الجزائري والفرنسي، مجلة النائب، لسنة 2003، ص140.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 140.

<sup>3</sup> نفس المرجع، ص 144.

<sup>4</sup> نفس المرجع، ص 146.

تمديدها إلا بالأحوال التي يبينها القانون ، وبالتالي فإن هذه الحقوق والحريات لا يمكن الاستفادة منها إلا بموجب تدخل من المشرع بموجب تشريع ملموس وبالتالي فإحجامه عن هذا التدخل يعد إغفالا تشريعيًا. وقد سبق وأن وضحنا دور البرلمان في تفعيل الحقوق والحريات في هذا البحث (1).

إن الأخذ بالتصنيف السابق للنصوص الدستورية من شأنه أن يشكك في القيمة الإلزامية والآمرة لنصوص الدستور، فيما أن هذه الصفة قد رافقتها منذ نشأتها الأولى ولا مجال للجدال فيه، كما أن هذا التصنيف قد يشل حركة المشرع ويجعله في حالة جمود، بحيث يكتفي بالتدخل بالتشريع في حالة توجيه الخطاب له من المؤسس الدستوري على أن يبقى ساكنا في حالة غيابه، وهذا يتنافى مع دور المشرع الذي يكون دائما في حالة نشاط ليستطيع تنظيم كل المسائل المستجدة سواء بالتشريع أول مرة أو عن طريق التعديلات، وهو مبدأ تفرضه النصوص الدستورية ذاتها، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 100 من الدستور الجزائري أنه "واجب البرلمان، في إطار اختصاصاته الدستورية، أن يبقى وفيما لثقة الشعب، ويظل يتحسس تطلعاته"، وهذا ما سيفسح المجال للسلطة التنفيذية لممارسة اختصاصه خاصة أنها أصبحت تزاممه فيه. إذا كان الفقه انطلق من فكرة أن أساس رقابة القاضي الدستوري على السلوك السلبي للمشرع هو مخالفة هذا الأخير لسمو الدستور من جهة ، وتنصله عن قيامه بالتزامه الإيجابي ال ذي تفرضه عليه أحكامه من جهة ثانية ، وهو ما أخذ به القضاء الدستوري وحتى بعض الدساتير المقارنة، إلا أن ما طرح إشكالا كبيرا لدى الفقه الدستوري وقضاة هو محل هذه الرقابة ، بمعنى موضوع الرقابة التي يطابق بينها وبين أحكام الدستور طالما أننا أمام انعدام مادي للقاعدة القانونية ؟ وهو موضوع الفقرات الموالية.

## المطلب الثاني

### موضوع الرقابة على الإغفال التشريعي

لعل أهم ما أثير الجدل حوله عند إعمال الرقابة الدستورية على السكوت التشريعي إنما يتعلق بموضوع هذه الرقابة أي محلها (2)، فمن المعروف أن الرقابة التي تمارسها هيئة الرقابة الدستورية يكون موضوعها القانون أي القاعدة القانونية الموجودة - وإن كان هناك اختلاف

<sup>1</sup> أنظر الفصل الأول من هذا البحث، ص 82 .

<sup>2</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ،ص 10.

حول المقصود بالقانون - فقد يستغرق مفهوم القانون أي قاعدة مهما كان مصدرها التشريع أو اللائحة<sup>(1)</sup>، كما هو الحال بالنسبة للرقابة على دستورية القوانين في مصر حيث نصت المادة 25 من قانون المحكمة الدستورية المصرية العليا على اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح، بينما تشمل هذه الرقابة في الجزائر طبقاً لأحكام المادة 165 من دستور 1996 القوانين العضوية، النظام الداخلي للبرلمان، والمعاهدات والاتفاقيات والقوانين والتنظيمات. ولكن مهما كان المقصود بالقانون الخاضع للرقابة فالأهم هو وجود قاعدة قانونية ملموسة حيث يراقب القاضي الدستوري في هذه الحالة مدى تطابق النص القانوني مع النص الدستوري، ولكن كيف يكون الأمر بالنسبة للإغفال التشريعي الذي يكون فيه القاضي الدستوري أمام غياب جزئي أو كلي للقاعدة القانونية التي يُعمل عليها رقابته؟

للإجابة على هذا التساؤل انقسم الفقه إلى اتجاهين: فهناك من يرى أن موضوع الرقابة في هذه الحالة هو إخلال المشرع بالتزامه بالتشريع، بينما اعتبر آخرون موضوعها هو القاعدة الضمنية المخالفة للدستور التي نشأت عن سكوت المشرع وهو ما سيأتي توضيحه لاحقاً، بعدما نتعرض لموقف الدساتير المقارنة من موضوع هذه الرقابة، وذلك في الدول التي نظمتها صراحة حاسمة بذلك الجدل الفقهي، وكان للقضاء الدستوري أيضاً موطأ في هذه المسألة في الدول التي لم تنص عليها، ونوضح هذه المواقف من خلال التطرق بداية لموقف الدساتير المقارنة من موضوع الرقابة على الإغفال التشريعي (الفرع الأول)، ثم موقف القضاء الدستوري (الفرع الثاني)، وأخيراً موقف الفقه (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### موقف الدساتير المقارنة من موضوع الرقابة على الإغفال التشريعي

إذا كانت رقابة الإغفال التشريعي قد اعتمدت في وجودها على جهود الفقه وتفسير القضاء الدستوري في إطار رقابته الدستورية وهو ما سيأتي بيانه لاحقاً، فإن بعض الدساتير المعاصرة قد أقرتها صراحة واعتمدها في نصوصها، بأن جعلت من امتناع البرلمان أو تغافله عن ممارسة اختصاصاته التشريعية وجهاً من أوجه عدم الدستورية قاطعة بذلك الطريق أمام أية اختلافات في وجهات النظر حول أحقية قيام القاضي الدستوري بهذا النوع من الرقابة من عدمها. ومن هذه الدساتير، الدستور البرتغالي لعام 1976، والدستور المجري الصادر عام 1989 الذي أحال إلى اختصاص القانون المنظم للمحكمة الدستورية به، والدستور البرازيلي

<sup>1</sup> أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 219.

الصادر 1988، ودستور جنوب إفريقيا الصادر 1996<sup>(1)</sup>. فما هو موضوع الرقابة في هذه الدساتير؟

### أولا: الدستور البرتغالي

ينظم الدستور البرتغالي رقابة الامتناع التشريعي بالمادة 283 منه والتي تنص على أنه:

1- يمكن للمحكمة الدستورية بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو من وسيط العدالة Provedor de justica في حالة انتهاك وحدات الإدارة المحلية، أو من رؤساء المجالس الشعبية المحلية، أن تراجع وتراقب حالات انتهاك الدستور عن طريق الامتناع عن اتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لوضع القواعد الدستورية موضع التطبيق .

2- إذا انتهت المحكمة الدستورية إلى وجود حالة من حالات عدم الدستورية بطريق الامتناع التشريعي ينبغي عليها أن تبلغ ذلك إلى الجهاز التشريعي المختص).

ما يستفاد من أحكام هذه المادة أن المؤسس الدستوري قد ميز بين الرقابة على الإغفال التشريعي والرقابة على دستورية القوانين في مفهومها العام، حيث جعل رقابة الإغفال التشريعي حصرا على المحكمة الدستورية دون غيرها<sup>(2)</sup>، على عكس الرقابة على دستورية القوانين واللوائح التي جعلها من اختصاص محاكم القانون العام، بمعنى جعلها - الرقابة على الامتناع التشريعي - رقابة مركزية و ليست غير مركزية كما هي الحال بالنسبة للرقابة على دستورية القوانين و اللوائح ، و الحكمة في جعل هذا الاختصاص حصرا على المحكمة الدستورية هو أن الدستور أسند لهذه الأخيرة بعض الوظائف والاختصاصات التي تختلط و تمتزج فيها في ذات الوقت الاعتبارات القانونية والاعتبارات السياسية مثل الفصل في المنازعات الانتخابية الداخلية للأحزاب السياسية، كما حصر اختصاص تحريك المسألة الدستورية في حالة الإغفال التشريعي على كل من رئيس الدولة ووسيط الشعب أو الجمهورية ورؤساء المجالس المحلية، على خلاف الرقابة على دستورية القوانين واللوائح التي يمكن أن يثيرها الخصوم أو قاضي الموضوع<sup>(3)</sup>، والسبب في ذلك هو أن رئيس الدولة هو الضامن للسير المنتظم لمؤسسات الديمقراطية وذلك طبقا لأحكام المادة 123 من الدستور، أما بالنسبة لوسيط العدالة فلأن له دورا في تلقي شكاوي الأفراد في حالة الاعتداء على حقوقهم وحررياتهم والضمانات المقررة لممارستها بواسطة إحدى

<sup>1</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي ، رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ، ص33.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص35.

<sup>3</sup> نفس المرجع ، ص 35.

السلطات العامة في الدولة وذلك طبقا لما تنص عليه المادة 23 من الدستور<sup>(1)</sup>، أما رؤساء المجالس المحلية فلأنهم يمثلون الوحدات المحلية ولهم حقوق و مصالح ضمنها الدستور والقوانين المتعلقة بها، وبالتالي يحق لهم تحريك هذه الرقابة إذا ما كان سكوت المشرع من شأنه إهدار حقوق ومصالح هذه الوحدات، ومن المعروف أن البرتغال تعرف لامركزية إدارية في صورتها الإقليمية بقرب من اللامركزية السياسية في صورتها المعمول بها في الدول الفيدرالية لذلك سمي نظامها بالنظام الشبه فدرالي<sup>(2)</sup>.

أما موضوع الرقابة على الإغفال التشريعي في الدستور البرتغالي - وهو ما يهمنا- فإن المحكمة الدستورية تباشر رقابتها فيما يتعلق بها على غياب الإجراءات التشريعية التي تحول دون تفعيل النصوص الدستورية<sup>(3)</sup>، ولتحديد هذه القواعد يرجع الفقه البرتغالي إلى نص المادة 238 من الدستور التي تصف هذه القواعد بأنها " الإجراءات ذات الطابع التشريعي Mesures législatif والتي تطابق تعبير " الأعمال التشريعية " Actes législatifs الذي استخدمته المادة 1/115 من الدستور للإشارة إلى القواعد الخاضعة للرقابة المجردة اللاحقة التي تمارسها المحكمة الدستورية بناء على طلب مجموعة من السلطات السياسية بعد دخول القاعدة الخاضعة للرقابة حيز التطبيق ويدخل في نطاق الأعمال التشريعية بالمعنى السابق : القوانين الصادرة عن المجلس التشريعي، القرارات بقوانين الصادرة عن الحكومة في المجالات غير المحجوزة للقانون الصادرة عن مجلس الجمهورية، والقرارات التشريعية الصادرة عن وحدات الإدارة المحلية، اللوائح الداخلية للمجلس التشريعي الوطني، الأعمال التنظيمية الصادرة عن جهة الإدارة على المستويين الوطني والمحلي<sup>(4)</sup>.

وهكذا، فإن الدستور البرتغالي قد تبنى مفهوما موسعا " للإجراءات التشريعية" التي من شأن عدم اتخاذها تنفيذا للقواعد الدستورية أن يكون سببا لتحريك الرقابة على الامتناع التشريعي.

انطلاقا مما سبق، وبما أن محل رقابة القاضي الدستوري البرتغالي على الإغفال التشريعي هو عدم اتخاذ التدابير التشريعية لتنظيم مسألة ما أو مسألة معينة انتهاكا لأحكام الدستور، فهذا يعني أن رقابة الامتناع لا يمكن تحريكها إلا حيث يلقي الدستور على عاتق المشرع ضرورة

<sup>1</sup> عيد أحمد الغفلول ، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ، مرجع سابق ، ص135.

<sup>2</sup> نفس المرجع ، ص136

<sup>3</sup> نفس المرجع ، ص36.

<sup>4</sup> نفس المرجع ، ص132.

التدخل لوضع قواعده موضع التنفيذ، وفي ذلك يميز الفقه البرتغالي فيما يخص الالتزامات الواقعة على المشرع انطلاقاً من نصوص الدستور بين حالتين (1):

**الحالة الأولى:** هي عندما يفرض نص الدستور على المشرع وبصورة واضحة وصريحة تحركاً تشريعياً معيناً، وفي حالة عدم تدخله يكون قد وقع في حومة الإغفال التشريعي.

**الحالة الثانية:** هي حالة إرساء النص الدستوري لمبدأ عام يتطلب بطبيعته ضرورة وضعه موضع التنفيذ ولكن دون أن يصل الأمر إلى درجة إلزام المشرع.

### ثانياً : الدستور المجري

لم يتبن الدستور المجري صراحة رقابة الإغفال التشريعي، إلا أنه نص على رقابة دستورية القوانين مع إحالة تنظيمها إلى القوانين الخاصة بالمحكمة الدستورية، وتطبيقاً لذلك صدر القانون 92 لسنة 1989 الذي ينظم اختصاصات المحكمة الدستورية (2)، حيث حددت المادة الأولى منه اختصاصات المحكمة، ومن بينها اختصاص المحكمة برقابة الإغفال التشريعي، وذلك في الفقرة الخامسة من هذه المادة والتي تنص على أنه: (في إطار اختصاصاتها تقوم المحكمة الدستورية بالآتي : 5...- استنتاج حالات عدم الدستورية الناتجة عن الامتناع التشريعي ...)

ويختص بتحريك هذه الرقابة، سواء الرقابة على دستورية القوانين أو رقابة على الإغفال التشريعي، إما المحكمة الدستورية بنفسها (التصدي)، أو بناء على طلب كل فرد سواء أن كان له مركز سياسياً أو كان فرداً عادياً (3)، وهنا يكون الدستور المجري قد وسع من جهات الإخطار في حالة رقابة الإغفال التشريعي إذا ما قارناه مع نظيرتها في الدستور البرتغالي .

أما فيما يتعلق بموضوع الرقابة فقد نصت المادة 49 من قانون المحكمة السابق الذكر على أنه (1...- إذا استنتجت المحكمة الدستورية بناء على طلب من أي شخص أو من تلقاء نفسها، أن الهيئة التشريعية قد تنكرت لواجباتها التشريعية بصورة تؤدي إلى انتهاك الدستور، فإن من الواجب عليها أن تهيب بالهيئة التشريعية المسؤولة عن هذا الامتناع بضرورة التدخل للوفاء بواجباتها، مع تحديد تاريخ معين للقيام بذلك .

2- وينبغي على الهيئة التشريعية المسؤولة عن هذا الامتناع أن تفي بالتزامها التشريعي خلال المدة التي حددتها المحكمة الدستورية لذلك .)

<sup>1</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص132.

<sup>2</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص44.

<sup>3</sup> نفس المرجع، ص45.

ما يستفاد من هذه المادة أن القانون المجري لا يختلف عن الدستور البرتغالي فيما يخص موضوع الرقابة على الإغفال التشريعي وهو الالتزام التشريعي المتمثل في اتخاذ التدابير التشريعية وتنكر الهيئة التشريعية لواجباتها الدستورية يعد إخلالا بالدستور<sup>(1)</sup>.

لكن ما يميز الرقابة في القانون المجري أنها وسعت من صور الإخلال الدستوري، وذلك فيما يخص الهيئة التي تنكرت لواجباتها التشريعية، فقد تحدثت المادة السالفة الذكر عن أي إخلال من عضو تشريعي وهنا يتسع التعبير ليشمل السلطة التشريعية وكذلك الاختصاصات التشريعية لرئيس الدولة<sup>(2)</sup>، كما أن الإخلال لا يقتصر فقط على حالة وجود التزام دستوري لتدخل المشرع للتشريع بناء على خطاب صريح من الدستور، وإنما يكون حتى في حالة غياب هذا الالتزام الصريح، وخاصة إذا كان هذا الإغفال ينقص من ضمانات الحقوق والحريات ويعرضها للخطر<sup>(3)</sup>. ولم تكثف المحكمة الدستورية المجرية بالتصدي لرقابة إخلال المشرع بواجباته الدستورية، وإنما تعدت ذلك لتصل إلى تحديد مدة معينة للوفاء بالتزامه الدستوري، وهو ما يميز رقابة الإغفال التشريعي في المجر عن سابقتها في البرتغال.

من الواضح أن الرقابة على الإغفال التشريعي في الدستور المجري تميزت بجرأة كبيرة وفعالية أكبر من سابقتها في الدستور البرتغالي، فهي زيادة على توسيع جهات الإخطار بأن منحت للأفراد حق إثارة مسألة الإغفال التشريعي وبالتالي إمكانية استصدار قانون مما يوفر لهم ضمانات أكثر لحماية حقوقهم وحيرياتهم الدستورية، فإنها منحت للحكم الصادر بإدانة الإغفال التشريعي حجية وقيمة الزامية تجاه المشرع، بأن حددت لهذا الأخير المدة الزمنية التي يجب عليه خلالها الوفاء بالتزامه الدستوري، فيما تغيب هذه الحجية في الدستور البرتغالي، وهو ما يستساغ من مقارنة النصوص المنظمة لهذا النوع من الرقابة.

### ثالثا : الدستور البرازيلي

تبنى الدستور البرازيلي الصادر سنة 1988 الرقابة على الإغفال التشريعي صراحة في المادة 103 منه، ولا تختلف هذه الرقابة عن ما سبق ذكره بالنسبة للدستور بين البرتغالي والمجري إلا فيما يخص موضوع الرقابة وأثرها، فموضوع الرقابة على الإغفال التشريعي لم يقتصر على حالة السكوت التشريعي، بمعنى عدم اتخاذ المشرع للإجراءات التشريعية<sup>(4)</sup>،

<sup>1</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، عبد الرقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق ص 45.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 45.

<sup>3</sup> نفس المرجع، ص 46.

<sup>4</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، المرجع السابق، ص 37.



وإنما يشمل في ذات الوقت غياب الإجراءات الإدارية المنوطة بالسلطة الإدارية، ويكون الدستور البرازيلي في هذه الحالة قد وسع من موضوع الرقابة طالما أن غياب الإجراءات التشريعية والإدارية نقلت من فعالية النص الدستوري، حيث أن نص المادة 103 جاء عاماً، والسبب في توسيعها هو أن الدستور البرازيلي عادة ما يعهد إلى السلطة التنفيذية اختصاصات تتعلق بتنفيذ النصوص الدستورية بصورة مباشرة دون وجود قانون تشريعي يحدد نطاق اختصاص هذه السلطة التنفيذية (1).

يستساغ مما سبق أن الدستور البرازيلي يوجه خطاباً مباشراً للحكومة لاتخاذ الإجراءات الإدارية، وهذا ما يبرر توسيع الرقابة الدستورية لتشمل الإجراءات التشريعية والإدارية، وهو ما يميز الرقابة على الإغفال التشريعي في البرازيل عن سابقتها.

أما فيما يتعلق بآثار هذه الرقابة فهنا ميزت المحكمة الدستورية بين الرقابة على السكوت التشريعي وبين سكوت السلطات الإدارية، حيث تكفي في الأولى بمجرد دعوة السلطة التشريعية لاتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ النص الدستوري، أما في الحالة الثانية فقد حددت مدة ثلاثين يوم من تاريخ حكم المحكمة من أجل اتخاذ الإجراءات الإدارية (2).

#### رابعاً : دستور جنوب إفريقيا

تنص المادة 167 من دستور جنوب إفريقيا الصادر 1996 على اختصاص المحكمة الدستورية برقابة الإغفال التشريعي في فقرته الرابعة بقولها: ( تختص المحكمة الدستورية دون غيرها بالآتي: ...هـ- الحكم بإخلال البرلمان أو رئيس الجمهورية بالتزاماتها التشريعية. ) (3)

“ Only the constitutional court E decide that parlement or the president has failed to fulfill constitutional obligation”

وموضوع الرقابة على الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية بجنوب إفريقيا يتعلق بإخلال البرلمان أو رئيس الجمهورية بالتزاماتها التشريعية الدستورية، ولا يبدو الأمر مخالفاً لما سبق توضيحه، ويرى الفقه أن إقرار هذه الرقابة في دستور جنوب إفريقيا من شأنه منح حماية قانونية حقيقية للمواطنين، خاصة وأن الدستور يمنح اختصاصات واسعة لرئيس الدولة (4)،

<sup>1</sup> نفس المرجع ، ص 38.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 38

<sup>3</sup> أشار إليها عبد الحفيظ علي الشيمي ، نفس المرجع ، ص 38.

<sup>4</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي ، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع ، ص 42.

لكن دستور جنوب إفريقيا لم يوضح أثر حكم المحكمة الدستورية في هذه الحالة، لكن الفقه عالج هذه الإشكالية، حيث ذهب الأستاذ Didier Ribes إلى القول: (إن فكرة وجود قضاة مشرعين لم تعد محل نقاش بل تم الاعتراف بها ، والمشكل الذي طرح فيما بعد هو درجة تدخل القضاة الدستوريين في إنشاء القواعد القانونية وحدود هذا التدخل؟) (1).

ويضيف في نفس الصدد وي طرح الإشكالية التالية: (هل القاضي الدستوري يملك سلطة الإحلال محل المشرع في وظيفته التشريعية ( وهي وظيفة خلق القوانين؟) ، ويجب على هذا السؤال مستشهدا بالقضاء الدستوري في جنوب إفريقيا ويقول: (حيث أن القاضي الدستوري في جنوب إفريقيا يمنح لنفسه الصلاحية التامة لتكملة القانون، وهذه الخاصية تتيح له تعقب الثغرات التشريعية غير الدستورية، ولكن ماهي حدود تدخل القاضي الدستوري ؟ هذه الحدود في نظره هي:

- 1- يجب أن تكون دعوى القاضي الدستوري مطابقة للدستور و المبادئ العامة الأساسية.
- 2- احترام إرادة البرلمان، حيث أن هذا الاحترام لا يجيز للقاضي التدخل في القوانين التي لم يدرسها بعد.
- 3- القاضي الدستوري في هذه الحالة لا يقوم بخلق القاعدة القانونية أو القانون، فهو لا يتمتع بالحرية التامة بل هو يتمتع بسلطة التمديد، وعليه محاولة استنتاج أو استنباط القانون المنطقي انطلاقا من القانون الموجود.
- 4- رغم تدخل القاضي الدستوري في ظل الثغرات القانونية إلا أن عليه احترام نوايا المشرع، وهذا باحترام الحدود الموضوعية من قبل الدستور.
- 5- إن دعوى القاضي الدستوري مرهونة بعدم تحميل الدولة أعباء مالية إضافية غير مدروسة، لذلك على القاضي دراسة الآثار المالية لدعواه قبل تحريكها. (2)

ولعل حكم المحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا يترجم ما توصل اليه الأستاذ Didier Ribes، في قضية تدور وقائعها حول صدور قانون تعديل تشريعي لعام 1996 لقانون دخول

<sup>1</sup> Didier Ribes ,Le juge constitutionnel peut-il se faire législateur ?à propos de la décision de la cour constitutionnelle d'Afrique du sud du 2 décembre1999, [www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais).

<sup>2</sup> Didier Ribes ,Le juge constitutionnel peut-il se faire législateur ?à propos de la décision de la cour constitutionnelle d'Afrique du sud du 2 décembre1999,op.cit .

وإقامة الأجانب في جنوب إفريقيا الصادر في سنة 1991، وقد تضمن التعديل في مادته 25 النص على أن يكون للأزواج الأجانب الحق في الحصول على الإقامة الدائمة بمجرد طلبهم لها دون شروط أخرى، وطعن في هذا النص بعدم الدستورية لمخالفته للمادة 172 من الدستور التي تنص على مبدأ المساواة وذلك لإغفاله النص على استنفادة الأجانب من نفس النوع والذين تنشأ بينهم علاقة مستقرة. انتهت المحكمة الدستورية إلى عدم دستورية هذا النص ولكنها لم تقف عند الحد بل ذهبت إلى أبعد من ذلك بتكاملتها النص التشريعي، وجاءت بالتعبير الخاص باستنفادة الأزواج الأجانب من هذه الرخصة بتعبيرها: (1)

### Ou partenaire du même sexe dans un relation stable

يستخلص مما سبق أن جميع الدول التي أقرت دساتيرها صراحة رقابة الإغفال التشريعي، تتفق على أن محل رقابة القاضي الدستوري في هذه الحالة هو إخلال المشرع بالتزاماته الدستورية ويقصد به الالتزام بالتشريع، وإن كانت تختلف حول مفهوم هذه الإجراءات التشريعية ، فهناك من اكتفت بالرقابة على سكوت المشرع، وهناك من وسعت من هذه الرقابة لتطال سكوت السلطة التنفيذية كموضوع للرقابة من شأنه أن ينجم عنه حالة الإغفال التشريعي غير الدستوري .

يبقى البحث عن موقف القضاء الدستوري من موضوع هذه الرقابة أمام سكوت الدساتير عن إدراج هذا النوع من الرقابة .

### الفرع الثاني

#### موقف القضاء الدستوري من موضوع الرقابة على الإغفال التشريعي

إن غياب النص صراحة على الرقابة على الإغفال التشريعي في بعض النظم القانونية لم يمنع من اعتراف قضائها الدستوري بهذه الرقابة وتبنيها، ومثال ذلك مصر وفرنسا وإيطاليا، فما هو موضوع رقابة الإغفال التشريعي في قضاء محاكم هذه الدول ؟

بداية بالقضاء الدستوري المصري، فقد سبق القول أن المحكمة الدستورية العليا قد رفضت هذا النوع من الرقابة، وذلك باعتبار امتداد الرقابة على ما سكت عنه التشريع إنما يعني امتداد هذه الرقابة على ملامات التشريع وهو ما لا تملكه المحكمة الدستورية العليا، وهو ما ذهبت إليه المحكمة في قضية تتلخص وقائعها في أن القانون 52 لسنة 1966 تضمن تعديل بعض

<sup>1</sup> أورده عبد الحفيظ علي الشيمي ، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ، ص 44

الأحكام الواردة بالمرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 المتعلق بالإصلاح الزراعي، وكان هذا التعديل يهدف إلى تفادي قيام أية علاقة ايجارية بين الدائن والمدين بها فيه شبهة في الدين ، وبالتالي تفادي أي تحايل على الأجرة من جانب الدائن. وقد خلا هذا القانون من تحديد طريقا لإشهار صفة المستأجر للأرض الزراعية حتى يتأتى لمن كان قد تعامل معه أن يكون على بينة من التزامه القانوني بإخطار الجمعية التعاونية الزراعية بالدين، كما تضمن هذا القانون جزاء على عدم قيام الدائن بالإجراءات المنصوص عليها بالقانون رقم 52 لسنة 1966 وهو سقوط الدين إذا لم يتم بهذه الإجراءات خلال شهرين من تاريخ العمل بالقانون.

وذهبت المحكمة الدستورية العليا في ردها على ما أغفله المشرع من تحديد طريق لإشهار صفة المستأجر حتى يتأتى لمن تعامل معه أن يكون على بينة من التزامه القانوني بإخطار الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بالدين إلى القول: "وحيث أن القانون رقم 52 لسنة 1966 قام بتعديل أحكام المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 المتعلق بالإصلاح الزراعي، تضمنت نصوصه تعديل بعض مواد المرسوم بقانون المشار إليه، كما أوردت أحكاما جديدة منها ما نصت عليه المادة الثالثة -المطعون بعدم دستوريته- من أنه يجب على كل مؤجر أو دائن أيا كانت صفته يحمل سندا بدين على مستأجر أرض زراعية كالكمبيالات وغيرها أن ي تقدم خلال شهرين من تاريخ العمل بهذا القانون ببيان واف عن هذا الدين وقيمه وسببه وتاريخ نشوئه وتاريخ استحقاقه وإسم الدائن وصفته ومحل إقامته، ويقدم هذا الإخطار إلى الجمعية التعاونية الزراعية الواقع في دائرتها محل إقامة المدين ، ويسقط كل دين لا يخطر الدائن عنه خلال الموعد المحدد لذلك".

كما أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون في خصوص هذه المادة، أن تطبيق قانون الإصلاح الزراعي كشف عن صور مختلفة من الاستغلال ، أبرزها قيام الملاك بتحرير كمبيالات لصالحهم موقعة من المستأجرين على بياض تمثل ديونا غير منظورة وغير مشروعة ،الغرض منها حصول المالك على قيمة ايجارية تزيد على سبعة أمثال الضريبة ،أو تمثل ديونا وهمية يستغلها المالك للتخلص من مزارعيه في أي وقت يشاء، وعلاجا لذلك استحدث القانون الحكم الوارد في المادة الثالثة المشار إليها والمادتين التاليتين لها بقصد القضاء على هذا النوع من الاستغلال، ولما كانت ملائمة التشريع والبواعث على إصداره من إطلاقات السلطة التشريعية ما لم يقيدوا الدستور بحدود وضوابط معينة، وكان ما يقرره المدعي بشأن إغفال النص المطعون فيه تنظيم طريق لإشهار صفة المستأجر للأرض الزراعية حتى يتبين من تعامل معه

التزامه بالإخطار عن دينه، لا يعدو أن يكون جدلاً حول ملاءمة التشريع وما قد يترتب عليه من إجحاف بحقوق طائفة من الدائنين، فإن ما ينعاه المدعي في هذا الشأن لا يشكل عيباً دستورياً يوصم به النص المطعون فيه بعدم الدستورية<sup>(1)</sup>.

ويعتبر هذا الحكم هو الحالة الوحيدة التي رفضت فيها المحكمة الدستورية المصرية العليا الرقابة على الإغفال التشريعي، كما أن اتجاهها محل انتقاد لأن المحكمة جعلت من مجرد إغفال النص المطعون فيه تنظيم طريق لإشهار طريق لإشهار صفة المستأجر للأرض الزراعية حتى يتبين من تعامل معه كيفية تنفيذ التزامه بالإخطار عن دينه، من ملامات التشريع التي يختص بها المشرع دون رقيب أو معقب<sup>(2)</sup>.

لكن المحكمة الدستورية لم تستمر على هذا الرأي، فقد اتجهت إلى تبني هذه الرقابة متأثراً بما نص عليه الدستور البرازيلي ودستور جنوب إفريقيا والقانون المجري، وكانت أول مناسبة لها تظهر عدولها عن رأيها السابق تتعلق بقرار لائحي، وهو القرار رقم 450 لسنة 1986 وكانت وقائع القضية تتمثل في أن المشرع أصدر القانون رقم 102 لسنة 1983 بشأن حماية المحميات الطبيعية وفوض رئيس الوزراء بإصدار قرار لائحي بتحديد ما يعد من المحميات الطبيعية، وقد صدر القرار رقم 450 لسنة 1986 والذي أنشأ محميات طبيعية في منطقة جبل علية بالجبل الأحمر، ونصت مادته الأولى على أن " تعتبر محمية طبيعية في تطبيق أحكام القانون رقم 102: -منطقة جزر البحر الأحمر و غابات الماجروف الساحلية، منطقة أيرق -منطقة الدئيب - منطقة جبل علية "

وقد تضمن القرار اللائحي بعض العقوبات التي تطبق في حالة التهديد لهذه المحميات الطبيعية، ولما كان القرار المشار إليه قد رسم تحديد المحميات الطبيعية بالخريطة المرفقة، ولما كانت هذه الخريطة لم تنتشر بعد، مما أدى إلى الدفع بعدم دستورية المادة الأولى من القرار المشار إليه لمخالفته مبدأ شرعية التجريم والعقاب، فقد ذهبت المحكمة الدستورية في هذه القضية إلى الحكم بعدم دستورية المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء وذلك فيما لم يتضمنه من عدم تعيين الحدود التي تبين النطاق المكاني لتلك الحدود<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> أورده عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 56.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 56.

<sup>3</sup> أورده عبد الحفيظ علي الشيمي، نفس المرجع، ص 58.

وتأكد هذا الرأي في عدة أحكام لاحقة للمحكمة الدستورية العليا، ولكن كيف عالجت هذه الأخيرة السكوت التشريعي، أو بالأحرى ما هو محل رقابة القاضي الدستوري المصري في هذه الحالة؟

نستطيع القول أن موقف المحكمة الدستورية العليا من موضوع الرقابة على الإغفال التشريعي كان مختلفا عن موضوع الرقابة في الدساتير التي أقرتها صراحة، والذي يتمثل في وجود قاعدة قانونية ضمنية مخالفة للدستور، وهو ما أقرته المحكمة في أحد أحكامها بالقول أن "...و إذا كان الدستور قد خول السلطة التشريعية أصلا اختصاص سن النصوص القانونية باعتبار أن ذلك ما يدخل في نطاق الدائرة الطبيعية لنشاطها، إلا أنه لا يعصمها من الخضوع للرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن دستوريته، وهي رقابة غايتها إبطال ما يكون منها مخالفا للدستور ولو كان ذلك من زاوية الحقوق التي أهدرتها ضمنا، سواء أكان إخلالها بها مقصودا ابتداء، أم كان قد وقع عرضا ...".<sup>(1)</sup>

وقد استخلص الفقه المصري هذه القاعدة انطلاقا من أن النص التشريعي يمكن أن يحمل أكثر من قاعدة، علاوة على ما نصت عليه سطوره مباشرة، فهو يتضمن وراء سطوره وعلى وجه غير مباشر قاعدة تشريعية، أي قاعدة اتجهت إليها إرادة المشرع، ولولم يكن المشرع قد عبر عن مقصده صراحة في منطوق النص، بل يستفاد نيته ضمنا بصورة غير مباشرة من وراء سطوره، ولكن هذه النية الضمنية للمشرع لا مفر من التسليم بما اتجهت إليه من قاعدة تشريعية على الأقل في تقدير المحكمة الدستورية العليا، فقد حكمت هذه الأخيرة بعدم دستورية ما تضمنه نص تشريعي من قاعدة لم ينص عليها النص صراحة ولكنها مستفادة ضمنا من فحواه، أي من روحه لا من صريح منطوقه<sup>(2)</sup>.

ومن أحكامها ما قضت به بعدم دستورية المادة 236 من قانون التجارة (الملغى) فيما تضمنه من جواز أن يكون مأمور التفليسة عضوا بالمحكمة الابتدائية، التي تفصل في التظلم من الأوامر التي أصدرتها بشأن التفليسة، فالمادة 236 من قانون التجارة الملغى نص على ما يأتي "ولا يقبل التظلم من الأوامر التي تصدر عن مأمور التفليسة إلا في الأحوال المبينة في القانون، ويرفع التظلم في الأحوال المذكورة للمحكمة الابتدائية".

<sup>1</sup> أورده عصام أنور سليم، موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون، مرجع سابق، ص58.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص59.

إن هذا النص لم يجز صراحة أن يكون مأمور التفليسة من بين أعضاء المحكمة التي تنظر التظلم من الأوامر التي تصدر عن مأمور التفليسة، وتلك المحكمة هي دائرة من دوائر المحكمة الابتدائية ولكن المحكمة الدستورية استنتجت بأن هذا النص لم يتضمن نهياً جازماً عن أن يكون المأمور عضواً في الدائرة التي رفع إليها التظلم من الأوامر التي أصدرها، ليكون مستصحباً أصل الحل ( الجواز ) بما يدل على جواز أن يكون المأمور ضمن تشكيلها .

وهكذا انتهت المحكمة إلى أن المادة 236 من قانون التجارة القديم تتضمن قاعدة ضمنية مفادها جواز أن يكون مأمور التفليسة عضواً بالمحكمة الابتدائية التي تفصل في التظلم من الأوامر التي أصدرها بشأن التفليسة، وحكمت بعدم دستورية هذه القاعدة الضمنية<sup>(1)</sup> .

إن اتجاه القضاء الدستوري إلى رقابة القاعدة الضمنية التي احتواها النص يؤدي إلى البحث في نية المشرع والتفتيش عن الدوافع والبواعث التي دفعته إلى سن القانون، زيادة إلى نسبة بعض القواعد له فيما أنها لم تصدر عنه أصلاً .

ويرجع الفقه المصري عمل المحكمة الدستورية في هذه الحالة -المتمثل في استخلاص القاعدة التشريعية الضمنية من فحوى النص -عملاً بما تنص عليه المادة الأولى من القانون المدني المصري التي تنص على سريان النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص، في لفظها أو في فحواها<sup>(2)</sup>، انطلاقاً من سلطتها في تفسير النص التشريعي الخاضع لرقابتها واستخلاص القاعدة الضمنية المخالفة للدستور .

كما يدعم هذه الوجهة ، ما جاء في تقرير هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية المصرية في القضية رقم 67 لسنة 23 قضائية دستورية، وكانت الدعوى تدور حول طلب الحكم بعدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم 6 لسنة 1997 بتعديل الفقرة الثانية من المادة 29 من القانون رقم لسنة 1977 و ببعض الأحكام الخاصة بإيجار الأماكن غير السكنية فيما تضمنه من تأييد إيجار الأماكن المعدة لغير السكن والتي تستأجرها الأشخاص المعنوية، وكذلك نص المادة من القانون رقم 136 لسنة 1981 في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن غير المعدة لأغراض السكنى التي شغلها الأشخاص الاعتبارية على وجه التأييد.و ذلك على عكس العقود التي يكون المستأجر فيها شخصاً طبيعياً.

<sup>1</sup> أورده عصام أنور سليم ،موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون، مرجع سابق ،ص 59.

<sup>2</sup> نفس المرجع ،ص 60.

ومن ثم، فإن المدعي يطلب وفقا للتكييف الصحيح للدعوى الحكم بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة 29 من القانون رقم 49 لسنة 1977 معدلة بنص المادة الأولى من القانون رقم 6 لسنة 1977 فيما لم تتضمنه من تأقيت عقود إيجار الأماكن المؤجرة للأشخاص الاعتبارية لغير غرض السكنى<sup>(1)</sup>.

وقد جاء في هذا التقرير ما يؤكد وجود قاعدة قانونية ضمنية ناتجة عن الإغفال التشريعي ومخالفة مبدأ المساواة ومبدأ تكافؤ الفرص كما ورد في الدستور، حيث ورد فيه ما يلي: "يشترط في التنظيم التشريعي لحق من الحقوق ألا تنفصل نصوصه عن أهدافها ليكون اتصال الأغراض التي توخى تحقيقها بالوسائل التي لجأ إليها منطقيا وليس واهيا أو منتحلا بما يخل بالأسس التي يقوم عليها التمييز المبرر دستوريا، ومن ثم، فإذا ما قام التماثل في المراكز القانونية التي تنظم بعض فئات المواطنين وتساويهم بالتالي في العناصر التي تكونها، يستوجب ذلك وحدة القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها في حقهم، فإذا خرج المشرع على ذلك سقط في حماة المخالفة الدستورية سواء أكان خروجه هذا مقصودا أم كان قد وقع عرضا، وأن تكافؤ المتماثلين في الحماية القانونية، مؤداه أنها ينبغي أن تسعهم جميعا، فلا يقتصر مداها على بعض، ولا يمتد لغير فئاتهم، ولا يجوز بالتالي أن تكون هذه الحماية تعميما مجاوزا نطاقها الطبيعي ولا أن يقلص المشرع من دائرتها، بحجبها عن نفر ممن يستحقونها، وقالت المحكمة أن المشرع قد يقصد بالنصوص القانونية التي يصوغها، إجراء تمييز مناقض للدستور وقد تخل الآثار التي يحدثها "من حيث مداها" بأغراض الدستور التي أرساها. ويعتبر التمييز غير مغتفر في هاتين الحالتين كليهما. بل ربما كان التمييز أكثر خطرا في الصورة الثانية التي يبدو فيها النص التشريعي المطعون فيه محايدا في مظهره، مخالفا للدستور في أثره"<sup>(2)</sup>.

هكذا استقر القضاء الدستوري على أن موضوع الرقابة على سكوت المشرع هو القاعدة القانونية الضمنية المتولدة عن هذا السكوت، و يبدو أنه قد تأثر بالاتجاه الفقهي القائل بأن موضوع الرقابة على الإغفال التشريعي هو القاعدة الضمنية التي تنشأ عن سكوت المشرع، وهو ما نوضحه في الجزئية الموالية.

<sup>1</sup> أورده عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص130.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص131.



## الفرع الثالث

### موقف الفقه من موضوع الرقابة على الإغفال التشريعي

قد أشرنا في موضع سابق من هذا البحث أن الفضل الكبير في صياغة نظرية السلوك السلبي للمشرع تعود لاجتهادات الفقه الدستوري، وذلك عند بحثه في مسألة تصرف البرلمان اتجاه اختصاصاتها الدستورية، متأثرا بنظرية السكوت في القانون الإداري، فما هو موضوع رقابة الدستورية على الإغفال التشريعي في نظره ؟

إنقسم الفقه بشأن تحديد موضوع الرقابة على الإغفال التشريعي إلى اتجاهين، اتجاه يرجع موضوعها إلى إخلال المشرع بالتزامه بالتشريع، وآخر يرجعها إلى القاعدة الضمنية المخالفة للدستور والتي تتولد عن سكوت المشرع<sup>(1)</sup>. و نوضح رأي كل اتجاه لثلاثي :

أولا : موضوع الرقابة هو إخلال المشرع بالتزامه بالتشريع

ثانيا : موضوع الرقابة هو القاعدة القانونية الضمنية المخالفة للدستور .

أولا : موضوع الرقابة هو إخلال المشرع بالتزامه بالتشريع

وفق أنصار هذا الاتجاه يعتبر الإغفال التشريعي مخالفة لنصوص الدستور، لأن المشرع نتيجة لهذا السكوت أو الإغفال قد أخل بالتزامه الدستوري بالتشريع في الموضوعات التي أسندها له الدستور، ولذلك فإن الإغفال غير الدستوري لا يثور إلا في حالة سكوت setaire المشرع عن مباشرة اختصاصه بالتشريع. ويميزون في هذه الحالة بين نوعين من السكوت، سكوت دستوري وآخر غير دستوري، فهذا الأخير يتحقق عندما يخالف المشرع الالتزامات التي يفرضها الدستور عليه أو لأنه لم يقم بالوفاء بهذه الالتزامات بصورة كاملة وواضحة وصريحة كما وردت في نصوص الدستور، ويأخذ البعض على هذه الواجهة من النظر بأنها تؤدي إلى تحييد القاضي الدستوري والابتعاد به عن فكرة التسييس وهو يباشر الرقابة على الإغفال التشريعي<sup>(2)</sup>، وتأكيدا لفكرتهم يضعون مقارنة بين عمل السلطة التنفيذية فيما يخص تنفيذ القانون وعمل المشرع فيما يتعلق بتنفيذ أحكام الدستور، حيث يختلف دور هذا الأخير عن الأولى فيما يتعلق بالتزامه بتنفيذ أحكام الدستور، فدوره لا يتوقف عند هذا الحد وإنما يتعدى إلى

<sup>1</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 104.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 105.

تطوير تنمية أحكام الدستور التي تكون مجرد قواعد ومبادئ عامة تحتاج إلى تنفيذها ووضعها أمرا واقعا ملموسا، خاصة وأن هذه الأخيرة وضعت من أجل أن تحكم وتنظم أوضاع قانونية وسياسية تدوم لفترة طويلة (1) .

من هنا فإن المشرع يملك مساحة كبيرة من الحرية وسلطة تقديرية واسعة ، فهو من يملك تقدير وقت و كيفية التدخل . عندئذ فإعمال هذه الرقابة (الرقابة على دستورية القوانين) هو بمثابة مصادرة لهذه السلطة التقديرية و اعتداء على هذه الحرية، لذلك فالحل القانوني في هذه الحالة -لإعمال الرقابة- هو رد سكوت المشرع إلى أنه بمثابة إخلال بالالتزام القانوني السياسي وهو الالتزام بالتشريع إما بصورة كلية أو جزئية (2).

وقد استشهد هؤلاء الفقهاء لتأكيد وجهة نظرهم بمجموعة من الأحكام والنصوص الدستورية التي يستخلص منها أنها توجه خطابا للمشرع ، من ذلك ما تنص عليه المادة 66 من الدستور البرتغالي من إلزام المشرع بإنشاء وحماية المنتزهات العامة وحماية القيم الثقافية والفنية والتاريخية ، وما تنص عليه المادة 34 من الدستور الفرنسي أن القانون يحدد القواعد الخاصة بالحقوق المدنية والضمانات الممنوحة للمواطنين لممارسة حرياتهم العامة، وكذلك ما نصت عليه أن القانون يحدد القواعد الخاصة بالنظام الانتخابي للجمعية ومجلس الشيوخ والجماعات الإقليمية ، وما نصت عليه أيضا من أن القانون يحدد المبادئ الأساسية لمجموعة من الموضوعات منها تنظيم الدفاع المدني، وتنظيم الحق في التعليم، ومن مواد الدستور المصري التي تفرض على المشرع التزاما بالتشريع، ما تنص عليه المادة من أن حياة المواطنين لها حرمة خاصة يحميها القانون، وما تنص عليه المادة 53 "أن الملكية الخاصة مصونة و لا يجوز فرض الحراسة عليها الا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي و لا تتزع الملكية إلا للمنفعة العامة و مقابل تعويض عادل وفقا للقانون، ومن الدستور الجزائري ما تنص عليه المادة 18 " الأملك الوطنية يحددها القانون "، والمادة 30 من أنه " الجنسية الجزائرية معرفة بالقانون "، وما تنص عليه المادة 112 " يحدد قانون عضوي شروط استخلاف النائب أو عضو مجلس الأمة في حالة شغور مقعده " .

لكن فكرة الإخلال بالالتزام بالتشريع كموضوع للرقابة على الإغفال التشريعي تعرضت

لبعض الانتقادات وهي :

<sup>1</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص106.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص109.

- أنه لا ينكر أن هناك بعض النصوص الدستورية التي توجب تدخلا تشريعا لحماية للمصلحة العامة والخاصة التي يتغياها المؤسس الدستوري ، إضافة إلى حماية المجال المحجوز للقانون من اعتداء السلطة التنفيذية، إلا أن هناك العديد من النصوص الدستورية التي لا تتضمن أي التزام يوقع على المشرع ضرورة التدخل عن طريق التشريع بصورة واضحة و محددة (1).

- هناك من النصوص الدستورية التي تحدد فترة زمنية لتدخل المشرع ومثالها ما تنص عليه المادة 36 من الدستور الفرنسي من أن ( العمل بحالة الحصار يكون بقرار في مجلس الوزراء و لا يجوز العمل بها أكثر من 12 يوم إلا بإذن من البرلمان )، وما تنص عليه المادة 1/117 من القانون الأساسي بألمانيا (كل قاعدة قانونية مخالفة لنص الفقرة الثانية من المادة من القانون الأساسي - والتي تنص على أن المساواة بين الرجل والمرأة - تظل سارية الى أن يتم توفيق أوضاعها مع القانون الأساسي و لكن ليس أبعد من 31 مارس 1953)، ومن ذلك من الدستور المصري ما تنص عليه المادة 119 بأن "تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة في القانون الصادر بإنشائها، وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا"، ومن ذلك أيضا من الدستور الجزائري ما تنص عليه المادة 91 من أن " يقرر رئيس الجمهورية، إذا دعت الضرورة الملحة، حالة الطوارئ أو الحصار، لمدة معينة بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس مجلس الأمة، الوزير الأول، ورئيس المجلس الدستوري، ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع .

ولا يمكن تحديد حالة الطوارئ أو الحصار، إلا بعد موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا"، وما تنص عليه المادة 113 من نفس الدستور "تبتدئ الفترة التشريعية وجوبا ، في اليوم العاشر الموالي لتاريخ انتخاب المجلس الشعبي الوطني، تحت رئاسة أكبر النواب سنا بمساعدة أصغر النائبين منهم ...".

لكن بالرغم من وجود هذا النوع من النصوص الدستورية إلا أن الغالبية من نصوص الدستور لا تحتوي على هذا التقييد الزمني الذي يوجب ضرورة التدخل التشريعي من قبل المشرع (2)، لذلك يصعب القول بوجود التزام بالتشريع يكون محل أو موضوع الرقابة على الإغفال التشريعي، والقول بهذا يعرض الرقابة على دستورية القوانين بالدخول في اعتبارات و ملا عمات سياسية لاسيما من حيث تقدير مدى وجوب تدخل المشرع بالتشريع

<sup>1</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي ، رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 109.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 110.

لمرونة فكرة التحديد الزمني من ناحية أولى، ومن حيث تبرير تأخر المشرع من عدمه للتدخل بالتشريع من ناحية ثانية، وتقدير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية المحيطة بالتشريع من ناحية ثالثة، وإذا ما أخذنا الرقابة على هذه الأمور قد يصبح القاضي الدستوري غرفة تشريعية ثانية أو ثالثة من ناحية أخيرة .

ويقول الأستاذ عبد الحفيظ علي الشيمي تأكيدا لما سبق " أن خلو الدستور من القيد الزمني للتشريع يعطي للحكم الصادر عن القضاء الدستوري عند أعمال رقابتها على الإغفال التشريعي طبيعة سياسية في حين أنه ذو طابع قانوني نابع من جهة قضائية مباشر في الأصل وظيفية قانونية، كما أنه يجعل من هذه الأخيرة سلطة تشريعية ، وبازدياد هذا التدخل تختفي معه السلطة التشريعية كما يؤدي ذلك الى التعرض للمساحة المتروكة للسلطة التشريعية و التي مصدرها المؤسس الدستوري (1) .

- وأهم انتقاد وجه لفكرة الالتزام بالتشريع كموضوع للرقابة على دستورية الإغفال التشريعي، يتمثل في أن بعض النصوص الدستورية لا تكفي بتدخل تشريعي منفرد ، بل أنها في حاجة إلى تدخل مستمر منه أو تدخل أكثر من مرة، لذلك فمن الصعب القول بوجود تحديد زمني يتعين على المشرع أن يتدخل خلاله للتشريع، و مثال ذلك تدخل المشرع المصري لإعمال حكم الفقرة الأخيرة من المادة 69 من الدستور لإزالة كل الموانع من اللجوء للقضاء و التي كانت قائمة قبل العمل بهذا النص الدستوري (2).

وقد ترجم حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية جميع الانتقادات التي وجهت إلى هذه الفكرة، لاسيما فكرة حمل المشرع على ضرورة التدخل للوفاء بالتزامه بالتشريع، حيث ذهبت إلى أنه " لا يجوز حمل السلطتين التشريعية و التنفيذية على التدخل في زمن معين لإقرار قانون أو إصدار قرار بقانون في موضوع معين، وأن قعودهما عن ذلك لا يعتبر بمثابة عقبة قانونية تحول بذاتها دون إنفاذ أحكام المحكمة الصادرة في المسائل الدستورية".(3)

وفي هذا الصدد يجب عدم الخلط بين إلزامية النصوص الدستورية فهي تتميز بطبيعة أمر لا جدال فيها، وبين القول بوجود التزام على المشرع بالتشريع لأن هذا يتعلق في الأخير بملائمات سياسية واقتصادية واجتماعية.

<sup>1</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي ، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا ،مرجع سابق ، ص 111.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 111.

<sup>3</sup> نفس المرجع، ص 112.

يبدو أن الدساتير التي اعترفت بأن سكوت المشرع وامتناعه عن الوفاء بالتزامه بالتشريع هو مخالفة دستورية قد تأثرت بهذا الاتجاه الفقهي.

### ثانياً: موضوع الرقابة هو نشوء قاعدة قانونية ضمنية مخالفة للدستور

يرى أصحاب هذا الرأي أن سكوت المشرع ينشئ قاعدة ضمنية للدستور، وأن محل الرقابة في هذه الحالة هو القاعدة الضمنية، فسكوت المشرع في هذه الحالة ليس هو موضوع الرقابة وإنما ما ينشأ عن هذا السكوت من قاعدة قانونية مخالفة لنص القانون.

ولم تسلم هذه الفكرة هي الأخرى من الانتقاد، وذلك من طرف معارضي فكرة الرقابة على الإغفال التشريعي الكلي خاصة<sup>(1)</sup>، على أساس أنه لا يمكن للقاضي الدستوري أن يعمل رقابته على إمتناع المشرع عن تنظيم مسألة معينة بصورة جزئية أو بصورة كاملة، لأن ذلك يعني وقوع هذه الرقابة على قواعد غير موجودة بالفعل، كما أن إقرار هذه الرقابة يؤدي إلى التسليم بأن يقوم القاضي الدستوري بنسبة بعض القواعد القانونية للمشرع في حين أن هذا الأخير لم يصدر عنه شيء أصلاً، وذلك في الحالات التي لا يكون فيها المشرع قد تدخل مطلقاً لتسوية المسألة أي في حالة الامتناع التشريعي التام<sup>(2)</sup>. كما أنه لا يمكن بكل حال من الأحوال أن تمتد الرقابة على ما لم يتضمنه النص التشريعي، أي أن الرقابة على الدستورية يجب أن تقتصر على النصوص التشريعية الصريحة الخاضعة لهذه الرقابة دون غيرها<sup>(3)</sup>.

ويرد الأستاذ عبد الحفيظ علي الشيمي - تفنيدياً لهذه الانتقادات - على أن هذا الرأي قد تناسى أمرين : أولهما يتعلق بالرقابة على مشروعية القرارات الإدارية، والآخر يتعلق بمنهجية الرقابة على دستورية القوانين .

فيما يتعلق بالرقابة على مشروعية القرارات الضمنية فلم يكن هناك أي انتقاد لهذه الرقابة - باعتبار أن هذه الرقابة هي أصل رقابة الإغفال التشريعي - بل أن المشرع هو من استخلص من سكوت الإدارة لفترة معينة قرينة على وجود قرار ضمني وأجاز الطعن في حالة مخالفتها لمبدأ المشروعية، وعلّة إجازة الطعن فيها هو أن هذه القرارات قد تشكل انتهاكاً لمبدأ المشروعية من جهة وللضمانات المقررة للأفراد من جهة أخرى، وهو الحال كذلك بالنسبة لسكوت المشرع

<sup>1</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 113.

<sup>2</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 117.

<sup>3</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 114.

فهذا الأخير هو إخلال بضمانات وحقوق الأفراد المنصوص عليها بالدستور ، خاصة إذا كان القانون الخاضع للرقابة يتعلق بأحد الحقوق الأساسية للأفراد<sup>(1)</sup>.

أما فيما يتعلق بمنهجية الرقابة على دستورية القوانين فإنها لا تقتصر فقط على مقارنة النص الخاضع للرقابة على دستورية القوانين بنص دستوري معين دون غيره ، بل أن القاضي يقارنه مع جميع النصوص الدستورية التي لها صلة بال عمل القانوني المستدل عليه من السكوت الخاضع للرقابة، ومن ثم فإن العلاقة بين النصوص الدستورية و النص الخاضع للرقابة قد ينتج عنها عدم وجود تطابق نصا و روحا<sup>(2)</sup>.

وقد أثار رئيس المحكمة الدستورية بايطاليا في نفس الصدد تساؤل مفاده : هل من الممكن أن تلغي المحكمة قانونا غير مكتوب أو جزء من قانون غير مكتوب ؟

وأجاب على هذا السؤال بالإيجاب، بأن المحكمة يمكن لها ذلك عندما تكون بصدد الرقابة على دستورية النصوص المكتوبة حيث توجد بعض الإشارات أو الدلالات على استخلاص قاعدة ضمنية أو غير مكتوبة تتعارض مع الدستور، وأن هذه القاعدة غير المكتوبة تستخلص من كونها تؤدي إلى استبعاد أعمال المبدأ القانوني الذي تضمنه الدستور على طائفة من الأفراد، وبالتالي حرمانهم من الاستفادة من النص الصريح، وعندئذ فإن القانون وإن كان يعبر عن بعض الحالات صراحة فإنه يعبر عن حالات أخرى لا يتضمنها النص صراحة وإنما يتضمنها بصورة ضمنية على نحو يتعارض مع الدستور، وهو ما يجعل من القانون أو النص الخاضع للرقابة بأنه لا يعبر عن وضع قانوني من السهولة تفهمه، وإنما يدل عن وضع قانوني معقد<sup>(3)</sup>.

ونشير في هذا الموضوع إلى أن القضاء الدستوري قد استفاد من اجتهادات الفقه بما يخص موضوع الرقابة على السكوت التشريعي بسبب سكوت المؤسس الدستوري عن إدراج هذا النوع من الرقابة .

توصلنا فيما سبق إلى أن أساس الرقابة على الإغفال التشريعي هو مخالفته لمبدأ سمو الدستور، وهو ذات الأساس الذي تقوم عليه الرقابة على دستورية القوانين في مفهومها العام، مع بعض الخصوصية التي تنفرد بها الرقابة على سكوت المشرع فيما يتعلق بموضوع هذه الرقابة، والسبب في ذلك هو عدم وجود القاعدة القانونية التي تكون محلا لهذه الرقابة، وهذا

<sup>1</sup> نفس المرجع ،ص115.

<sup>2</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي ، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق ، ص 115.

<sup>3</sup> نفس المرجع ،ص115.

من شأنه أن يؤثر على الآلية التي يُعملها القاضي الدستوري عند محاولته قمع السكوت التشريعي، باعتباره ضامن التوازن بين السلطات العامة وحامي الاختصاصات الدستورية لكل سلطة من اعتداء سلطة أخرى موازية من جهة، وحامي الحقوق والحريات الدستورية من جهة أخرى، كل هذا يجعلنا نتساءل عن منهجية القاضي الدستوري في معالجة للإغفال التشريعي، هل يتبع ذات المنهج المتبع عند ممارسته الرقابة الدستورية في صورتها العادية أم أن حالة الانعدام الجزئي أو الكلي للنص القانوني بسبب سكوت المشرع من شأنها أن تؤثر على منهجيته؟ هذا ما نجيب عنه في المبحث الثاني من هذا الفصل.

## المبحث الثاني

### آلية معالجة الإغفال التشريعي

أثار موضوع معالجة الإغفال التشريعي جدلاً ونقاشاً كبيرين، بسبب حساسية العلاقة بين السلطتين التشريعية والهيئة التي تباشر الرقابة على دستورية القوانين (المحكمة الدستورية، مجلس دستوري)، فإذا كانت الرقابة على أعمال البرلمان -أصلاً- قد واجهت عدة صعوبات ولم تقبل أول مرة على أساس أن هذا الأخير مكون من ممثلي الشعب، فهو بالتالي الذي يحرص على مشاكله واهتماماته ويعبر عن إرادته العامة من خلال سن القوانين، لذلك يُرفض أن تكون هناك رقابة على سلطة البرلمان الذي يمثله تطبيقاً لمبدأ لا إرادة فوق إرادة الشعب. فكيف نقول بإمكانية خضوع السلوك السلبي للمشرع لهذه الرقابة، في حين أنه يملك السلطة التقديرية في التشريع وسلطة تقدير الملاءمة السياسية والاجتماعية في وضعه؟ فهل يمكن استصدار قانون منه؟ وهل يمكن لهيئة الرقابة توجيه أوامر للمشرع بضرورة التدخل بشكل محدد؟

إذا كانت هذه الإشكاليات لم تثر في الدول التي أقرت دساتيرها وقوانينها صراحة الرقابة الدستورية على الامتناع التشريعي مثل الدستور البرتغالي والقانون المجري<sup>(1)</sup>، فإن الدول التي لم تقر دساتيرها هذه الرقابة قد وصل النقاش فيها إلى حدته بسبب إغفال هذه الأخيرة النص عليها، والحال هكذا فما هو موقف قضائها الدستوري من هذه الوضعية؟ وكيف تعامل معها

<sup>1</sup> ذلك أن القاضي الدستوري يجريها وفق أحكام الدستور التي تبين بوضوح حدود سلطته في إجراءاتها، بحيث يقتصر دوره على مجرد استنتاج حالات امتناع المشرع دون أن يحتوي الحكم الصادر عنه على ما يوحي بالرغبة في ملئ الفراغ التشريعي الناتج عن هذا الامتناع عن طريق قواعد ذات طبيعة قضائية، أنظر عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الإختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 287.

في ظل سكوت المؤسس الدستوري عن جواز هذه الرقابة من عدمها ؟ وإذا كان القاضي الدستوري قد عالج هذه الوضعية فإلى أي مدى وصل في معالجته لحالة السكوت التشريعي ؟.

في الحقيقية طُرح هذا الإشكال لدى الفقه الدستوري، وتوصل في الأخير إلى الاستئناس بمقولة Kilson ونظرته للقاضي الدستوري واعتباره مشرعا سلبيا *Législateur négative* (1)، ولكن كيف توصل القاضي الدستوري إلى هذا الدور الإنشائي ؟

أجاب الأستاذ محمد فوزي نويجي على هذا السؤال، مستشهدا بدور القاضي العادي الذي أصبح لا يكتفي بمهمة تطبيق القانون، بل أصبح يُعتبر بمثابة مصدر مستقل للقانون، وهذا في سبيل تجنب حدوث إنكار العدالة، فالقاضي الذي سوف يرفض الحكم بحجة صمت أو غموض أو عدم كفاية القانون سوف تجرى ملاحقته بتهمة إنكار العدالة كما وصفت ذلك المادة الرابعة من القانون المدني الفرنسي (2) السابق الإشارة إليها (3)، وكذلك الدور الإنشائي للقاضي الإداري الذي لا يقف عند حد تفسير نصوص القانون المدونة، بل يمتد غالبا إلى ابتداء المبادئ القانونية ووضع النظريات العامة للقانون الإداري، والسبب في ذلك هو عدم تقنين جانب كبير من أحكامه، واستدل في هذا الشأن بالذاكرة الإيضاحية لمجلس الدولة المصري رقم 165 لسنة 1955 والتي جاء فيها " يتميز القضاء الإداري بأنه ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني بل هو في الأغلب قضاء إنشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة و بين الأفراد " (4).

وأمام الاعتراف بالدور الإنشائي للقاضي المدني والقاضي الإداري فمن الأوفق البحث عن مدى هذه السلطة الإنشائية للقاضي الدستوري الذي يبعد عن دائرة التدرج القضائي (5)، لكن كيف توصل القاضي الدستوري لهذه السلطة ؟

يرى الأستاذ النويجي أن القاضي الدستوري قاض خاص يقوم بتفسير النصوص ويواجه كل ما يعترضها من قصور وثغرات ناجمة عن عدم صياغتها وتناقضها في بعض الأحيان (6)، كما يرى الأستاذ عبد الحفيظ علي الشيمي أن القاضي الدستوري - باعتباره مشرعا سلبيا- لا يحل

<sup>1</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 135.

<sup>2</sup> محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص 1.

<sup>3</sup> أنظر الفصل الأول من هذا البحث، ص 88 .

<sup>4</sup> أورده محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص 3.

<sup>5</sup> نفس المرجع، ص 3.

<sup>6</sup> نفس المرجع، ص 4.



محل السلطة التشريعية ليقوم بتكملة القانون، بل يفترض قرينة الدستورية في التشريعات ليجنب الاصطدام بالسلطة التشريعية وذلك عن طريق استعمال وسائل فنية و قانونية<sup>(1)</sup>، بل أن دور هذا الأخير قد تطور في أعمال الرقابة على دستورية القوانين وتعمق فيها بابتكار العديد من التقنيات أو الوسائل التي تمكنه من كفالة وحماية حقوق المواطنين وحررياتهم، وهذا الدور كله يعود لتقنية التفسير روضها فيما يأتي، كما سوف نلاحظ أهمية التفسيرات التي تلزم بإعادة فحص القانون وتنقيحه بما يتفق وأحكام الدستور، دون الحاجة إلى إعلان عدم الدستورية، هذا بالإضافة إلى النمط من التفسيرات التي تهدف إلى تنمية الروابط بين القاضي الدستوري والمشرع وحمله على احترام الدستور والتقيّد بأحكامه والتي تعد شرطاً لدستورية القانون، من خلال الالتزام بالتفسيرات التي يراها القاضي الدستوري.

ويظهر دور القاضي الدستوري من خلال نوعية الأحكام الصادرة لمعالجة سكوت المشرع، وهو ما نعالجه في هذا المبحث من خلال التطرق لنوعية الأحكام والقرارات الصادرة عن هيئة الرقابة الدستورية لإدانة الإغفال التشريعي في (المطلب الأول)، ثم حجية هذه الأحكام والقرارات وموقف المشرع منها في (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### نوعية الأحكام والقرارات الصادرة عن هيئة الرقابة الدستورية لإدانة الإغفال التشريعي

من خلال تحليل الفقه لسياسة القاضي الدستوري ومنهجيته في معالجة الإغفال التشريعي والأحكام الصادرة في هذا الشأن، حاول كل جانب منه تصنيف هذه الأحكام، فذهب الأستاذ عبد الحفيظ الشيمي - وانطلاقاً من الصور الأربعة للأحكام التي صنفها الفقيه Ribes - إلى تقسيم هذه الأحكام إلى قسمين أو مجموعتين انطلاقاً من العلاقة بين السلطة التشريعية وهيئة الرقابة الدستورية، إلى معالجة للإغفال التشريعي يتعاون فيها المشرع والقاضي الدستوري وأطلق عليها بتسمية "المعالجة الثنائية"، ومعالجة ينفرد فيها القاضي الدستوري دون أن يكون للسلطة التشريعية أي دور وأطلق عليها "المعالجة الفردية"<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 135.

<sup>2</sup> وتكون المعالجة الثنائية بمبادرة القاضي الدستوري ولكن يبقى القرار بيد السلطة التشريعية التي تقوم بتنفيذ حكم القاضي الدستوري، وتأخذ المعالجة في هذه الحالة صورتين: إما مجرد الكشف عن وجود إغفال تشريعي وإخطار المشرع به فقط، وتسمى هذه الأحكام الصادرة "بالأحكام الكاشفة"، أو تظهر في صورة توجيه القاضي الدستوري للمشرع نداءً أو نصيحة أو أمرها بضرورة التدخل لأننا في حالة سكوت تشريعي ويطلق عليها "الأحكام الإيعازية أو الندائية"، أما المعالجة الفردية والتي يعتبرها

و إذا كان هذا التقسيم أخذ بعين الاعتبار طبيعة العلاقة بين القاضي الدستوري و السلطة التشريعية ، فلين هناك من صنف هذه المعالجة انطلاقا من الصور التي يأخذها السلوك السلبي للمشرع ، و التي سبقت الإشارة إليها في موضوع سابق من هذا البحث <sup>(1)</sup>، و هو التصنيف الذي ذهب إليه الأستاذ عيد أحمد الغفلول ، مع الإشارة إلى أن أنواع الأحكام الصادرة عن هيئة الرقابة الدستورية لإدانة حالات الإغفال التشريعي لا تختلف من حيث الموضوع فقط التصنيفات هي التي تختلف، حيث يذهب إلى القول: "بما أن صور السلوك السلبي للمشرع قد تختلف فلين هذا يؤدي إلى اختلاف شكل وطبيعة الحكم الدستوري الصادر بإدانة امتناع المشرع أو تنازله عن ممارسة اختصاصه التشريعي " <sup>(2)</sup>، و صنف هذه المعالجة إلى صورتين ، معالجة الإغفال التشريعي التام ومعالجة الإغفال التشريعي الجزئي دون حالة تنازل عن اختصاصه للسلطة التنفيذية <sup>(3)</sup>، لذلك نكتفي بدراسة معالجة الإغفال التشريعي بصورتيه التام والجزئي دون حالة تنازل البرلمان عن اختصاصه للسلطة التنفيذية ، وهو ما سنتبعه ونوضحه في الدراسة، من خلال فرعين مستقلين على النحو التالي:

- نوعية الأحكام و القرارات الصادرة لمعالجة الإغفال التشريعي الجزئي ( الفرع الأول).
- نوعية الأحكام و القرارات الصادرة لمعالجة الإغفال التشريعي التام (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### نوعية الأحكام والقرارات الصادرة لمعالجة الإغفال التشريعي الجزئي

الفقه ظهرت نتيجة لفشل المعالجة الثنائية في كثير من الأحيان ،بسبب عدم استجابة المشرع لنداء القاضي فيظهر دور هذا الأخير فيها بجدارة ،فيذهب إلى الحكم ببطلان النص التشريعي الضمني غير الدستوري، بل الأكثر من ذلك فقد يتوصل إلى حد الإضافة إلى النص القانوني وذلك عن طريق إصدار الأحكام المضيفة أو المكملة، أنظر عبد الحفيظ علي الشيمي ، رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا ،مرجع سابق،ص136.

<sup>1</sup> إغفال تشريعي كلي و إغفال تشريعي جزئي ،أنظر المبحث الأول من الفصل الأول من هذا البحث ، ص 29 .

<sup>2</sup> عيد أحمد الغفلول ، فكرة عدم الاختصاص السلبي، مرجع سابق ،ص 285.

<sup>3</sup> السبب في استبعاد هذه الصورة (الإغفال التشريعي بطريق ملتوي) هو أن تنازل البرلمان عن اختصاصه للسلطة التنفيذية في الصور السابقة الذكر والتي يهدف من خلالها إلى التخفف من اختصاصه التشريعي في حالة الإحالة إلى السلطة التنفيذية أو الإفراط في تفسير الضوابط الدستورية الموضوعية للتفويض التشريعي، فان هذه الحالات يعد انتهاكا صارخا و صريحا للقواعد المنظمة للاختصاص التشريعي للبرلمان، وتعديلا غير مبرر لخريطة توزيع الاختصاصات بين السلطات العامة كما وضعها الدستور، ولذلك فان إدانتها من جانب القاضي الدستوري تتخذ دائما صورة أحكام بسيطة بعدم الدستورية ، ولا تحتاج في إصدارها جهد في التفسير غير العادي ، وهو رأي الأستاذ عيد أحمد الغفلول ، نفس المرجع ، ص 287.

سبقت الإشارة في موضع سابق من هذا البحث<sup>(1)</sup> إلى أنه يقصد بالإغفال التشريعي الجزئي أو النسبي عدم تنظيم السلطة التشريعية لموضوع ما بصورة كافية مما ينتج عنه حالة قانونية غير دستورية يترتب عليه حالة غير عادلة وغير معقولة لعدم تحقق المساواة بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة.

ولغرض مواجهة حالات الامتناع التشريعي الجزئي درجت المحاكم الدستورية إلى سد النقص الذي يعترى النص الخاضع لرقابتها أو استبدال الحكم الذي يحتويه بحكم آخر، وذلك كله باستخدام سلطتها في التفسير التي أقرتها قوانينها المنظمة لها، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 26 من الباب الثاني من الفصل الأول من القانون رقم 48 لسنة 1979 المنظم للمحكمة الدستورية العليا المصرية بقولها " تتولى المحكمة الدستورية العليا بتفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافا في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها"<sup>(2)</sup>. و نذكر أن المحاكم الدستورية قد طوقت الإغفال التشريعي الجزئي بالرغم من أن دساتير دولها لم تنص على هذا النوع من الرقابة كما هو الحال بالنسبة للقضاء الدستوري في مصر وفرنسا وإيطاليا كما سبقت الإشارة إليه .

وما تجب الإشارة إليه عند الحديث عن التفسير أن هناك نوعين من التفسير الذي يمارسه القاضي الدستوري، تفسير ضيق أو مقيد *interprétation restrictive*<sup>(3)</sup> يتوقف فيه دور القاضي الدستوري على تحديد المضمون القاعدي للنص مع تقليص المدى الخاص للقانون، بمعنى أنه لا يبتكر المضمون القاعدي لنص القانون، كما يتيح له الحصول على قاعدة مطابقة للدستور بذاتها التي كان يتضمنها نص القانون، وليس هذا هو التفسير الذي نحن بصدده ، و تفسير إنشائي *interprétation constructive* والذي يظهر فيه الدور الإنشائي للقاضي الدستوري، وذلك عن طريق توسيع المدى الخاص بنص القانون بما يسمو به للخضوع لرقابة الدستورية، ومن ثم تقرير دستوريته، ومن خلال هذه الآلية يقوم بتضمين النص بعض الأحكام، أو باستبدال بعض من قواعده بقاعدة أو مجموعة من القواعد من نفسه بهدف سد النقص الذي جاء به النص، ويهدف من خلال هذا تفادي الحكم بعدم دستوريته<sup>(4)</sup>، وهذا الأخير هو الذي

<sup>1</sup> أنظر المبحث الثاني من الفصل الأول، ص 39 .

<sup>2</sup> إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه و القضاء، مرجع سابق ، ص62.

<sup>3</sup> حول التفسير الضيق أنظر أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق ، ص267 و ما بعدها.

<sup>4</sup> محمد فوزي نويجي ، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري ، مرجع سابق ، ص99.

يظهر فيه دور القاضي الدستوري في إنشاء القاعدة القانونية وهو ما ذهب إليه الأستاذ محمد فوزي نويجي، ومن قبله kilson الذي اعتبره مشرعا سلبيا .

أما في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي فيعود الفضل إلى العميد Favoreu الذي كشف عن وجود هذه الآلية من القرارات التفسيرية في قضاءه، وقد عرف المنهج التفسيري الإنشائي بأنه يضيف على النص لونا يجعله مطابقا للدستور ولهذا أطلق على الأحكام التي تبنى على هذا النوع من التفسير بالأحكام المضيفة Additives، وقد يترتب على هذا المنهج الإنشائي استخلاص قاعدة قانونية من النص غير تلك التي يعبر عنها ظاهره و لهذا سميت الأحكام في هذه الحالة بالأحكام الاستبدالية Substitutives<sup>(1)</sup> وندرس هذه الأحكام في الفقرتين الجزئيتين التاليتين :

أولا : الأحكام التفسيرية المضيفة

ثانيا : الأحكام التفسيرية الاستبدالية

أولا : الأحكام التفسيرية المضيفة

ينطوي الحكم التفسيري المضيف على التدخل المباشر من جانب القاضي الدستوري لسد النقص الذي يعتري النص الخاضع لرقابته، عن طريق تضمينه قاعدة أو عدة قواعد قضائية إضافية بهدف جعله قادرا على معالجة موضوعه بصورة كاملة حتى لا يضطر إلى الحكم بعدم دستوريته، ولا يكتفي القاضي الدستوري في هذه الحالة بمجرد استنتاج النقص الذي يعتري النص، وإنما يتعدى ذلك إلى إكمال هذا النقص من خلال استعمال سلطته في التفسير<sup>(2)</sup>.

وقد أخذ القاضي الدستوري بهذا النوع من التفسير من منطلق فكرة قصور ال شرعي، فمن خلاله يستطيع هذا الأخير أن يوازن بين احترام إرادة المشرع و ذلك بعدم إلغاء تشريعاته من ناحية، ومن ناحية أخرى ضمان احترامه أو حملته على احترام أحكام الدستور والحقوق والحريات من خلال هذه التفسيرات<sup>(3)</sup>.

وتعد المحكمة الدستورية الإيطالية أول من لجأت إلى أسلوب الأحكام التفسيرية المضيفة، وذلك في مطلع الستينيات، وإستخدامها لهذا الأسلوب كان بغرض الوقاية من قصور ال شرعي

<sup>1</sup> أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ، مرجع سابق ، ص 277.

<sup>2</sup> عيد احمد الغفلول ، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق ، ص 290.

<sup>3</sup> محمد فوزي نويجي ، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، مرجع سابق ، ص 102 .

بمعنى سد الفراغ التشريعي الجزئي<sup>(1)</sup>، وهذا في نوعين من الأحكام، وهي الأحكام المضيفة الخالصة Arrêts additifs و هي أحكام مضيضة بالمعنى الكامل، وأخرى الأحكام التفسيرية ذات القيمة المضيفة Arrêts interprétatifs de regret a valeur additive و التي تصدر برفض الطعن بعدم الدستورية<sup>(2)</sup> وهو ما نوضحه لئما يلي :

## 1- الأحكام المضيفة الخالصة

تهدف الأحكام المضيفة الخالصة أو التي تلجأ إليها المحكمة الدستورية الإيطالية بصورة أصلية ومتكررة إلى إعادة تشكيل دلالة النص الخاضع للرقابة و لكن دون المساس ببنائه الخارجي أي بألفاظه<sup>(3)</sup> ، بمعنى أن القاضي الدستوري يقوم من خلال هذا النوع من الأحكام باللعب على المعنى الذي يحمله النص دون المساس بالوعاء الذي يحمل هذا المعنى، والمتمثل في الألفاظ المستخدمة لصياغة النص<sup>(4)</sup> لذلك تصنف هذه الأحكام حسب الفقه إلى فئة الأحكام "التحليلية" ، لأنها تحدث تحولا في مغزى القانون دون التطرق لصياغته النصية، وبعبارة أخرى أن القانون يخضع للرقابة ليس فيما نص عليه صراحة ولكن لما لم ينص عليه لقصور المشرع مما يمكن وصفه بعدم دستورية صمت القانون<sup>(5)</sup>.

ولا تكتفي هذه الأحكام بمواجهة قصور ال شرعي وإنما تستخدم كذلك من أجل إصلاح ما يترتب على ذلك من ضرر، لذلك اعتبرها الأستاذ Di mano ذات وجهين، وجه يتعلق بالجزاء المقرر ضد قصور المشرع، ووجه بنيوي يمتد إلى إدخال الجزء القاعدي القاصر على نحو ايجابي في سبيل جعل نص القانون دستوريا<sup>(6)</sup>.

وأول حكم صدر عن المحكمة الدستورية الإيطالية في هذا الخصوص هو الحكم رقم 168 الصادر في سنة 1963 والذي قضت فيه في دستورية المادة 1/11 من القانون رقم 195 الصادر في 24 مارس 1858 بتنظيم المجلس الأعلى للقضاء، فقد استلزم هذا النص مبادرة وزير العدل بالنسبة للمداولات الخاصة بالقضاة، وبناء عليه فإن هذا النص لا يعد غير

<sup>1</sup> عيد احمد الغفلول ، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع مرجع سابق ،ص291.

<sup>2</sup> محمد فوزي نويجي ،التفسير المنشئ للقاضي الدستوري ، مرجع سابق ،ص104.

<sup>3</sup> عيد أحمد الغفلول ، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص292.

<sup>4</sup> نفس المرجع، ص293.

<sup>5</sup> محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، المرجع سابق، ص105.

<sup>6</sup> نفس المرجع، ص 106.

دستوري، ولكنه سوف يصبح كذلك إذا ما استبعد ضمناً مبادرة المجلس ذاته، وهكذا ومع تجميد القاعدة الواردة في النص المطعون ضده المتعلقة بالمبادرة الوزارية فإن تقرير عدم دستورية استبعاد مبادرة المجلس الأعلى للقضاء قد أصابت النص بالقصور، وقد أضافت المحكمة إلى مبادرة وزير العدل حكماً آخر مقتضاه ضرورة أن يكون البت في هذه الأمور بناءً على مبادرة كذلك من المجلس الأعلى للقضاء لتتوافق مع الدستور.<sup>(1)</sup>

كذلك حكمها رقم 190 الصادر في 1970، والخاص باستبعاد الحق في الاستعانة بمحام لحضور استجواب المتهم خلال مرحلة التحقيق الابتدائي والذي أحدث دويماً في القضاء الإيطالي، ففي هذا الشأن كان من الواجب على المحكمة الدستورية الإيطالية أن تفصل في دستورية المادة 304 من قانون الإجراءات الجزائية الصادر عام 1930 والذي أقر بحق المتهم في الاستعانة بمحام لحضور أعمال الخبرة وإجراءات التفتيش في المنازل وإجراءات المواجهة، لكن النص كان قد التزم الصمت بشأن إقرار هذا الحق بالنسبة لإجراءات التحقيق الأخرى وعلى الأخص لاستجواب المتهم، وهو ما اعتبرته المحكمة بمثابة الاستبعاد لهذا الحق، وعلى هذا النحو وعلى ضوء مقتضيات مبدأ حقوق الدفاع المنصوص عليه في المادة 24 من الدستور فقد قررت المحكمة الدستورية الإيطالية أن النص المطعون ضده غير دستوري من حيث الجزء الذي لم ينص فيه على هذا الحق بخصوص استجواب المتهم، وهو ما يعني أن المحكمة تصلح ما يترتب على هذا القصور التشريعي من ضرر.<sup>(2)</sup>

وقد ارتأى الفقه وضع ضوابط للجوء المحكمة إلى هذا النوع من الأحكام، حيث حددها الفقيه G Cilvestry في ثلاث ضوابط هي<sup>(3)</sup> :

- 1- الاعتراف بالنص الخاضع للرقابة والتأكيد على عدم كفايته لتسوية المسألة التي صدر من أجل تسويتها مع العمل على تجنب إلغائه.
- 2- تحديد ما يجب وما لا يجب أن يحتويه النص ليتمكن القول بأنه يتطابق مع الدستور.
- 3- إضافة ما يلزم من قواعد إلى محتوى النص حتى يصبح مطابقاً للدستور.

<sup>1</sup> أورده محمد فوزي النويجي، نفس المرجع، ص 107.

<sup>2</sup> أورده محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، المرجع السابق، ص 107.

<sup>3</sup> عيد احمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، المرجع السابق، ص 295.

لكن الفقيه Acerri انتقد هذه الضوابط على أساس أنها تتعلق بإدانة القواعد الايجابية المخالفة للدستور والتي يحتويها النص، ولا تدين القواعد السلبية التي لا يحتويها النص والتي تستخلصها المحكمة من صياغته و هو ما ينكر الطبيعة التفسيرية للأحكام المضيفة (1).

إذا كان الهدف من هذا النوع من الأحكام هو احترام إرادة المشرع بعدم إلغاء تشريعاته من جهة وحمله على احترام أحكام الدستور وكفالة الحقوق والحريات من جهة أخرى، إلا أن ما يعيب على هذه الأحكام أن القاضي الدستوري أصبح يساهم في العملية التشريعية بإضافة للنص ما لم يحتويه صراحة وهذه ليست وظيفته الحقيقية، بحيث يظهر وكأنه مشرع ثان وهو مسلك يخالف قاعدة أحكام الدستور .

## 2- الأحكام التفسيرية بالرفض ذات القيمة المكملّة

يقتضي هذا النوع من الأحكام رفض الطعن والحكم بدستورية النص الخاضع للرقابة، وتهدف المحكمة من خلالها إما بتضييق نطاق مضمون النص الخاضع للرقابة لجعله أكثر اتساقاً مع الدستور، من خلال لجوئها إلى التفسير المقيد أو الضيق، كما قد تهدف إلى توسيع نطاق مضمون النص في إطار لجوئها إلى منهج التفسير المضيف، لكن في كلاهما تنطق المحكمة بدستورية النص الخاضع للرقابة، لكن يختلفان من حيث أنه في الحالة الأولى (في منهج التفسير المقيد) يكون التفسير عن طريق التضييق من نطاق القاعدة أو القواعد التي يحتويها النص، أما في الحالة الثانية (منهج التفسير الموسع) يكون التفسير عن طريق التوسيع من نطاق القاعدة التي يتضمنها النص (2).

ومن الأحكام التي صدرت عن المحكمة الدستورية الإيطالية في هذا الشأن، حكمها رقم 16 الصادر في 13 فبراير 1994 (3)، والذي تتلخص وقائع القضية التي صدر بشأنها في أن قاضي الموضوع أوقف الفصل في إحدى القضايا، طبقاً لإجراءات المقررة لذلك، وطلب من المحكمة أن تصدر حكماً مكملًا بالإضافة بخصوص المادة 3/419 من قانون الإجراءات الجنائية الصادر في عام 1988 في الجزء الذي لم ينص على مهلة لتنفيذ التزام النيابة العامة، والخاص بإحالة ما لديها من معلومات إضافية إلى قاضي التحقيق الابتدائي، بعد طلب هذه المعلومات أمام المحكمة المختصة بنظر الدعوى، واعتبر قاضي التحقيق إغفال هذه المادة النص على تحديد

1 للإستزادة أنظر عيد أحمد الغفلول، نفس المرجع، ص 296.

2 عيد احمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، المرجع السابق، ص 297.

3 نفس المرجع، ص 298.

المدة الزمنية لذلك من شأنه انتهاك حقوق الدفاع الدستورية المنصوص عليها في المادة 24 من الدستور الإيطالي (1)، ذلك لأنه يمنع قاضي التحقيق - نظرا لضيق المدة الزمنية للتحقيق الابتدائي - من إحالة معلومات النيابة إلى المحكمة المختصة لتمكين الدفاع من الرد عليها . وردت المحكمة على تفسير قاضي التحقيق لهذه المادة ( 3/419 ) على أن : ( المشرع قد تناول صراحة في النصوص الأخرى من نفس القانون حالتين، يمكن فيهما لقاضي التحقيق الابتدائي لأن يحيل نتيجة التحقيق إلى القاضي المختص بالفصل في القضية، وذلك إعمالا لمبدأ "حضورية المرافعات " الذي هو من مقتضيات احترام حقوق الدفاع، وأن قاضي التحقيق يمكن أن يأمر بإحالة نتيجة التحقيق الابتدائي في حالات أخرى قياسا على سلطته في ذلك بشأن الحالات المنصوص عليها صراحة في قانون الإجراءات الجنائية استنادا للطابع الهيكلي لنظام الدعوى التحضيرية، زيادة على أن النظام الإجرائي المطبق في إيطاليا يكفل حضورية المرافعات بشأن الأدلة التي يوردها طرفي الدعوى، وبناء على هذا خلصت المحكمة إلى أنه في الحالات التي ترسل النيابة العامة معلوماتها الإضافية في فترة لا تسمح للدفاع بالرد عليها بصورة ملائمة، فإنه على القاضي أن يحدد طرق سير الدعوى التحضيرية عن طريق إصدار أوامر إحالة تختلف باختلاف كل هيئة على حده بصورة توائم بين سرعة الفصل في القضايا من ناحية وضمان حقوق الدفاع من ناحية أخرى ) (2).

من خلال هذا النوع من الأحكام توصلت المحكمة إلى إدانة الامتناع التشريعي الجزئي مثلما يُفعل في الأحكام المضيفة وذلك من خلال إضافة قاعدة جديدة إلى النص لم يكن يحتويها من قبل مع رفض الطعن بعدم دستوريته.

وإن كانت المحكمة الدستورية الإيطالية السباقة في إصدارها هذا النوع من الأحكام من خلال إتباع منهج التفسير المنشئ، فليق المجلس الدستوري الفرنسي لم يرغب عنه هذا النوع من التفسير، و يعد العميد Favoreu هو أول من كشف عن وجود هذه النماذج من القرارات في قضائهم، كما تبعه في ذلك الأستاذ Drago الذي يرى أن : ( المجلس الدستوري الفرنسي

<sup>1</sup> تنص المادة 24 من الدستور الإيطالي الصادر في روما بتاريخ 27 ديسمبر 1947 على أنه : (لجميع حق اللجوء إلى المحكمة من أجل الدفاع عن حقوقهم الخاصة ومصالحهم المشروعة .

الدفاع حق لا يقبل الانتهاك في أي مرحلة من مراحل الدعوى القضائية و درجاتها...)



يستطيع من خلال آلية التفسير الإنشائي أن يملك سلطة تفسيرية خلاقة، يستطيع من خلالها أن يكمل النقص أو القصور الموجود بالقانون الخاضع لرقابته حتى يتلا في الحكم بعدم دستوريته<sup>(1)</sup>، بينما اعتبر الفقيه Rousseau (مسألة التفسير التي يمارسها المجلس الدستوري مسألة حتمية لممارسة رقابة الدستورية، حيث يساهم من خلالها في العملية التشريعية التي تصدر متفقة مع أحكام الدستور، وبهذا يكون المجلس الدستوري احترام إرادة المشرع بإعلانه دستورية النص - ليس ما تم إقراره من المشرع - وإنما القانون الذي أعيد تفسيره من طرف المجلس الدستوري، ولقيام المجلس الدستوري الفرنسي - بحسب نظره - بهذا التفسير يجب أن تقيد بضابطين رئيسيين هما<sup>(2)</sup>:

1- قيامه بالتفسير في إطار التفسير المحايد، بمعنى إفراغ النص الخاضع للرقابة من محتواه القاعدي بحيث ينعدم أثره القانوني، أو تحديد التفسيرات التي يحتملها النص مع استبعاد التفسير الذي يؤدي إلى تعارض النص مع الدستور .

2- قيامه بهذا التفسير مع وضع حدود لرقابته، وذلك حتى لا يهدر مبدأ الفصل بين السلطات أو جره إلى الاصطدام بالمشرع، حيث قضى بأنه: ( لا يملك أثناء أعمال رقابته على دستورية القوانين سلطة التقدير التي يملكها المشرع، واستبعد كل جدل قضائي حول ملا عمات التشريع، وأن تقدير المصلحة العامة هو من الأمور التي تخص المشرع وحده)<sup>(3)</sup>.

ومن قراراته في هذا الشأن، قراره رقم 67-66 الصادر في 15 يوليو 1976 بشأن القانون المعدل للمرسوم رقم 244 لسنة 1959 المتعلق بالنظام العام للموظفين، فقد كانت المادتان 2 و 3 من القانون المطعون فيه تسمح ان للجنة المختصة (وهي لجنة مشكلة لإجراء مسابقة بين الموظفين لشغل الوظائف العليا ) أن تقوم ا بفحص ملفات بعض المتسابقين، وقد طعن أعضاء اللجنة الوطنية في دستورية هذه النصوص لتعارضها مع مبدأ مساواة الموظفين في شغل الوظائف العامة، لأنها تقرر فحص ملفات بعض المتسابقين دون البعض الآخر، بيد أن المجلس الدستوري أعطى لهذه النصوص تفسيراً إنشائياً جعلها تتطابق مع نصوص الدستور عندما قرر أنه: (يستخلص من نفس النصوص المطعون فيها أنه في الحالات التي تقرر لجنة الفحص الرجوع إلى ملفات بعض المتسابقين، فإن ذلك يشكل التزاماً عليها بفحص ملفات كل المتسابقين،

<sup>1</sup> أنظر محمد فوزي نويجي ، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص117.

<sup>2</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 301.

<sup>3</sup> نفس المرجع، ص 302 .

وعليه فإن النصوص المطعون فيها لا تشكل انتهاكا لمبدأ مساواة الموظفين في شغل الوظائف العامة (1).

وبذلك فسر المجلس الدستوري القانون المطعون فيه بإلزام لجنة الفحص بالرجوع إلى كل الملفات رغم أن الالتزام بفحص جميع الملفات لم يكن واردا بنص القانون.

ونفس المنهج التفسيري انتهجته المحكمة الدستورية النمساوية وسميت هذه الأحكام "بالأحكام المتممة للقانون"، حيث تقوم المحكمة باستخلاص القواعد القانونية من النص بهدف سد النقص التشريعي الذي يعتري بعض القوانين العادية الخاضعة لرقابتها حتى تجعلها أكثر اتساق مع الدستور، وبالتالي تفادي الحكم بعدم دستوريته (2). ومن أمثلة هذه الأحكام حكمها الصادر في 29 نوفمبر 1985 (3)، حيث تعرضت لبحث مدى دستورية قانون الانتخابات النمساوي بأكمله فيما لم يتضمنه من النص على إسقاط حق مباشرة الحقوق الانتخابية عن بعض القوى السياسية ذات الاتجاهات اليمينية المتطرفة أو ذات الاتجاهات النازية وذلك عملاً بأحكام المادة 3 من القانون المنظم لحالات المنع من مباشرة الحقوق السياسية، وأحكام المادة 1/9 من معاهدة فيينا 1955، وهي أحكام تتمتع بقيمة دستورية في النظام القانوني النمساوي، وتؤدي بصورة آلية إلى استبعاد طلبات الترشيح المقدمة من أعضاء حزب الوطنيين الاشتراكيين النمساوي، وقد ذهبت المحكمة الدستورية في هذا الحكم إلى أن : ( القواعد ذات القيمة الدستورية تفرض واجبا دستوريا على المشرع العادي بضرورة النص على هذا المنع في قوانين الانتخاب، ومع ذلك فقد أكدت المحكمة على قابلية القواعد الدستورية التي تناولت هذا المنع للتطبيق المباشر بواسطة السلطات المعنية بأحكامه، مذكرة بأنه من غير المعقول أن يتم النص في كل قانون انتخابي لاحق على المنع الوارد بالقواعد الدستورية سالفة الذكر من حظر كافة أنشطة الوطنيين الاشتراكيين بما فيها النشاط الانتخابي، وذلك على أساس أن الرفض المطلق للاشتراك في الوطنية يمثل حجرا أساسيا في إعادة بناء النظام الجمهوري في النمسا )، وهكذا فقد قامت المحكمة الدستورية النمساوية بصورة ضمنية بإضافة حكم - استفتته من الدستور - إلى كافة القوانين العادية النمساوية وخصوصا قوانين الانتخاب ومقتضاه حظر كافة أشكال النشاط العام على الوطنيين الاشتراكيين بما فيها الأنشطة السياسية (4).

<sup>1</sup> أورده محمد فوزي نوبجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص 120.

<sup>2</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 305.

<sup>3</sup> أورده عيد أحمد الغفلول، نفس المرجع، ص 306

<sup>4</sup> أورده عيد أحمد الغفلول، نفس المرجع، ص 307.

أما فيما يخص القضاء الدستوري في البرتغال، فتجد الأحكام التفسيرية أساسها القانوني في المادة 80/3 من القانون الأساسي المتعلق بالمحكمة الدستورية التي منحت لهذه الأخيرة سلطة إصدار هذه الأحكام، وذلك عند إعمالها للرقابة على دستورية القوانين<sup>(1)</sup>، وفي سبيل ذلك تصدر حكما تفسيريًا إما بدستورية النص أو عدم دستوريته، وعلى المحاكم المعنية أن تلتزم بهذه التفسيرات، ويمكن أن تصدر هذه الأحكام إما بعد تطبيق النص واكتشاف العوار فيه أو قبل أن يصبح نافذا أي رقابة قبلية سابقة لإصدار التشريع<sup>(2)</sup>.

وقد يكون الحكم التفسيري مضييفا يهدف إلى سد النقص التشريعي الذي يحتويه النص الخاضع للرقابة، وإذا كان كذلك فلا يمكن أن ينطق إلا بدستورية النص الخاضع لرقابة المحكمة، لأن الإضافة لا تتم إلا من أجل تلافي الحكم بعدم دستورية النص<sup>(3)</sup>.

أما فيما يخص هذا النوع من الأحكام في إطار معالجة الامتناع التشريعي الذي نظمته المادة 283 من الدستور فلا يتصور صدور الأحكام التفسيرية المضيفة لمعالجته، والسبب في ذلك هو أن مهمة المحكمة في هذه الحالة تقتصر على (مجرد تقرير و مراجعة خرق الدستور عن طريق إغفال الإجراءات التشريعية اللازمة لوضع القواعد الدستورية موضع التنفيذ)، ولا يجوز لها عند اكتشافها لحالات عدم الدستورية إلا (أن تحيط الأجهزة التشريعية المختصة بها)، وبالتالي لا تستطيع المحكمة الإضافة إلى النص بل تكتفي بإقرار عدم دستوريته فقط<sup>(4)</sup>.

ومن الواضح أن هذا السبب منطقي يتلاءم مع تفسير المادة 283 من الدستور البرتغالي التي تنص على أنه: (إذا انتهت المحكمة الدستورية إلى وجود حالة من حالات عدم الدستورية بطريق الامتناع التشريعي ينبغي عليها أن تبلغ ذلك الجهاز التشريعي المختص)، بمعنى أن المؤسس الدستوري البرتغالي قد حدد دور المحكمة الدستورية وحصره في تبليغ الجهاز التشريعي بحالة الإغفال التشريعي أي دعوتها إلى ممارسة وظيفتها التشريعية، دون أن يمنحها صلاحية الإضافة إلى النصوص القانونية أي سد الفراغ التشريعي وإن صح القول مهمة المساهمة في العملية التشريعية، مما يفهم منه أن المحكمة الدستورية لم تكن لها من الجراءة مما يسمح لها بالتدخل في الوظيفة التشريعية، وهذا يظهر في نوعية الأحكام الصادرة عنها لإدانة الامتناع التشريعي وهو ما سنوضحه في فقرات لاحقة من هذا البحث.

<sup>1</sup> نفس المرجع، ص 309.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 310.

<sup>3</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 311.

<sup>4</sup> نفس المرجع، ص 311.

أما فيما يخص قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية فلم يصدر عن ها هذا النوع من الأحكام رغم اختصاصها الأصلي بتفسير القانون، وذلك ما أرسته في حكمها في القضية رقم 34 لسنة 13 قضائية دستورية، وذلك عندما وضعت مبدأ التعويل على عبارة النص الذي وضعه المشرع وعدم العدول عنه، وجاء هذا عندما طعن أمامها بعدم دستورية القانون رقم 01 لسنة 1991 بتعديل المادة الأولى من القانون رقم 107 لسنة 1987 بتعديل بعض أحكام قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم 79 لسنة 1975، وتنص المادة الأولى من القانون رقم 107 لسنة 1987 الصادر في 27 يوليو بتعديل بعض أحكام قانون التأمين الاجتماعي على أنه: "إذا قل معاش المؤمن عليه عن أجر اشتراكه المتغير المستحق في الحالة المنصوص عليها في البند الأول من المادة 18 من قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم 79 لسنة 1975 عن 50% من متوسط أجر تسوية هذا المعاش رفع إلى هذا القدر متى توافرت الشروط الآتية:

- أ- أن يكون المؤمن عليه مشتركا عن الأجر المتغير في 1 أبريل 1984 و مستمرا في الاشتراك عن هذا الأجر حتى تاريخ انتهاء خدمته .
- ب- أن تكون للمؤمن عليه في تاريخ توافر واقعة استحقاق المعاش مدة اشتراك فعلية عن الأجر الأساسي مقدارها 240 شهرا على الأقل .
- و بتاريخ 5 يناير 1991 صدر القانون رقم 01 لسنة 1991 و نص في مادته الأولى على أنه: " يضاف إلى المادة الأولى من القانون رقم 107 لسنة 1987 فقرة أخيرة بنصها الآتي :
- " ولا تسري أحكام هذه المادة إلا على المؤمن عليه الموجود بالخدمة في أول يولييه سنة 1987 والذي لم تتوافر في شأنه حتى 30 يونيو سنة 1987 شروط استحقاق المعاش وفقا لأحكام تأمين الشيخوخة والعجز والوفاة في القانون المشار إليه " .

وعندما طعن في هذا النص الأخير بعدم دستوريته لإخلاله بمبدأ المساواة الوارد في المادة 40 من الدستور ، وذلك لانطوائه على تفرقة في المعاملة بين أصحاب هذه المراكز القانونية لأنه قصر الحق في الأدنى لمعاش الأجر المتغير على الموجودين في الخدمة في أول يولييه 1987 دون أولئك الذين أحيلوا إلى التقاعد قبل هذا التاريخ، عللت الحكومة في المذكرة التي تقدمت بها هيئة قضايا الدولة في القضية أن القانون رقم 01 لسنة 1991 قد صدر كتشريع مفسر لأحكام المادة الأولى من القانون رقم 107 لسنة 1987، وأن الغرض من إصداره قطع كل جدل حول المقصود بكلمة " المؤمن عليه " وأن الهدف منه ليس إنشاء أي قاعدة قانونية جديدة و المساس

بالمراكز القانونية القائمة بل هو من قبيل مزيد من التفسير لقصر المشرع بشأن مفهوم المؤمن عليه<sup>(1)</sup>.

وبناء على هذا وضعت المحكمة الدستورية العليا مبدأ عام فيما يخص التفسير سواء أن كان تشريعي أو قضائي بقولها " متى كان ذلك، وكان من المقرر أن سلطة تفسير النصوص التشريعية، سواء تولتها السلطة التشريعية أم باشرتها الجهة التي عهد إليها بهذا الاختصاص، لا يجوز أن تكون موطنًا إلى تعديل هذه النصوص ذاتها بما يخرجها عن معناها أو يجاوز الأغراض المقصود منها، و بوجه خاص لا تتناول هذه السلطة تعديل مراكز قانونية توافرت مقوماتها وفقا للقانون - محددًا على ضوء الإرادة الحقيقية للمشرع - و اكتمل تكوينها بالتالي قبل صدور قرار التفسير إذ يعتبر ذلك عدوانًا على الحقوق التي ولدتها هذه المراكز، وتجريدا لأصحابها منها بعد ثبوتها وهو ما لا يجوز أن ينزلق التفسير التشريعي إليه أو يخوض فيه، ذلك أن المجال الطبيعي لهذا التفسير لا يعدو أن يكون و قوفا عند المقاصد الحقيقية التي توختها السلطة التشريعية من وراء إقرارها للنصوص، وهي مقاصد لا يجوز توهمها أو افتراضها كي لا تحمل هذه النصوص على غير المعنى المقصود منها ابتداء، بل مناطها ما يتغياه المشرع حقا حين صاغها، وتلك هي الإرادة الحقيقية التي لا يجوز الالتواء بها، ويفترض في النصوص القانونية أن تكون كاشفة عنها مبلورة لها، وهي تعد إرادة لا يجوز انتحالها بما يناقض عبارة النص ذاتها، أو تعتبر مسخًا أو تشويها لها، أو نكولا عن حقيقة مراميها أو انتزاعا لبعض ألفاظها من سياقها، كذلك لا يجوز أن يتخذ التفسير التشريعي ذريعة لتصويب أخطاء المشرع فيها، أو لمواجهة نتائج لم يكن قدر عواقبها حق قدرها حين أقر النصوص القانونية المتصلة بها، إذ يؤول ذلك إلى تحريفها و تمحص عن تعديل لها<sup>(2)</sup> .

وبذلك تكون المحكمة الدستورية العليا المصرية قد رفضت التفسير الذي من شأنه أن يتعارض مع الغاية التي يقصدها المشرع والاقتصار على المقاصد الحقيقية للنص التي توختها السلطة التشريعية منه، ورفضت كل تفسير من شأنه أن يعدل ما رميت إليه النصوص التشريعية، كما أكدت المحكمة هذا المبدأ في أحكام لاحقة من بينها حكمها الصادر في 8 يوليو 2000<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> أورده محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص 127.

<sup>2</sup> أورده محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص 130.

<sup>3</sup> راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر في 8 يوليو 2000 أورده عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 314.

وعليه يقول الأستاذ عيد أحمد الغفلول : " إذا حاولنا وضع مقارنة أو مقارنة بين موقف المحكمة الدستورية الإيطالية من حيث إمكانية الإضافة للنص التشريعي بسد الفراغ الذي احتواه مضمونه ومجلس الدولة الفرنسي وقضاء المحكمة الدستورية المصرية، فنجد أن قضاءهما يتميز بالقوة والجرأة أكثر ما هو عليه في مصر، والسبب في ذلك استقلالية هاتين الهيئتين عن السلطات الأخرى بينما تكون المحكمة الدستورية المصرية تابعة لهيكل القضاء هذا من جهة، ومن جهة أخرى يعود السبب في إيطاليا إلى الطبيعة السياسية لتكوين البرلمان، الذي يقوم على نظام التمثيل النسبي الذي ولد حالة من عدم الاستقرار ينتج عنها عدم تمكن أي من الأحزاب السياسية من الفوز بأغلبية مريحة يضمن بقاءهم واستقرارهم في الحكم، مما يؤثر سلبا على العملية التشريعية وصدورها في صورة ناقصة، الأمر الذي جعل المحكمة الدستورية السباقية في صياغة هذا النوع من الأحكام ومحاولة الإضافة إلى النص باستخدام سلطتها في التفسير<sup>(1)</sup>.

أما المجلس الدستوري الجزائري، فللعلم أنه يعرف ثلاث تقنيات عند أعمال رقابته على النصوص القانونية وهي:

- أسلوب المطابقة الدستورية .

- أسلوب المطابقة بتحفظ .

- أسلوب عدم المطابقة الدستورية<sup>(2)</sup>.

وعند استقراء قرارات وآراء المجلس الدستوري الجزائري نجد أنه بطريقة ضمنية عرف أسلوب الأحكام الإضافية، وهذا بالرغم من أن التفسير الذي يقوم به المجلس لا يجد له أي أساس دستوري ضمن أحكام الدستور، أو أساس قانوني ضمن نظامه الخاص به، وتعد المذكرة التفسيرية التي تقدم بها المجلس فيما يتعلق بتفسير أحكام الدستور المتعلقة بالتجديد الجزئي الأول لأعضاء مجلس الأمة المعينين العمل الوحيد للمجلس في هذا الشأن، وقد قام بهذه المهمة بناء على أحكام المادة 163 / 1 من الدستور " يؤسس مجلس دستوري يكلف بالسهر على احترام الدستور " وقد كان هذا التفسير بناء على إخطار من رئيس الجمهورية الذي يعتبر حامي الدستور طبقا لأحكام المادة 70 منه، هذا بالنسبة لأحكام الدستور أما النصوص القانونية الأخرى السارية المفعول فيبقى الاختصاص بتفسيرها لمحاكم القانون العام المطروح عليها النزاع<sup>(3)</sup>،

<sup>1</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السليبي للمشرع، مرجع سابق، ص314.

<sup>2</sup> لتفصيل أكثر أنظر رشيدة العام، المجلس الدستوري الجزائري، مرجع سابق، ص 212 وما بعدها .

<sup>3</sup> الرأي لرشيدة العام أشارت إليه في نفس المرجع، ص216.

على أن تسهر المحكمة العليا و مجلس الدولة على توحيد عملية التفسير طبقا للاختصاص المخول لهما بموجب أحكام المادة 152 من الدستور<sup>(1)</sup>.

ويظهر قيامه بهذا النوع من التفسير ( التفسير الإضافي) عند ممارسته لرقابته التقليدية على النصوص القانونية، ونستدل في هذا الشأن بوايه رقم 99/08 المؤرخ في 21 فبراير 1999 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي رقم 02/99<sup>(2)</sup> الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وعلاقتهما الوظيفية بينهما بين الحكومة للدستور "... فيما يخص المادة 38 من القانون العضوي موضوع الإخطار المحررة كالاتي " يطبق إجراء التصويت بدون مناقشة على الأوامر التي يعرضها رئيس الجمهورية على كل غرفة للموافقة، وفقا لأحكام المادة 124 من الدستور "

- اعتبارا أن المشرع أخذ بمقتضى المادة 1/38 من هذا القانون تطبيق إجراء التصويت بدون مناقشة على الأوامر التي يعرضها رئيس الجمهورية على كل غرفة وفقا لأحكام المادة 124 من الدستور، دون أن يحدد الأوامر التي يعرضها رئيس الجمهورية على كل غرفة من البرلمان للموافقة، - اعتبارا أن المؤسس الدستوري رخص بمقتضى المادة 124 من الدستور لرئيس الجمهورية التشريع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان وفي الحالة الاستثنائية على أن تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء .

- اعتبارا أن المؤسس الدستوري حين خصص الفقرات 1، 2، 3 من المادة 124 من الدستور للأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان، وخصص الفقرة الرابعة من نفس المادة للأوامر التي يمكن أن يتخذها رئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية، فإنه يهدف من وراء ذلك إلى التمييز بين الأوامر التي تعرض على كل غرفة من البرلمان والأوامر المستثناة من ذلك .

<sup>1</sup> تنص المادة 5 من القانون العضوي رقم 11-12 الصادرة في 26 يوليو 2011 يحدد تنظيم المحكمة العليا و عملها واختصاصاتها ج.ر.ع. 42 على أنه: " تعمل المحكمة العليا على نشر قراراتها و كذا التعليقات و الأبحاث القانونية و القضائية ". وتنص المادة 2 من القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 11-13 الصادر في 26 يوليو سنة 2011 ج.ر.ع. 43 على أنه: " مجلس الدولة هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية وهو تابع للسلطة القضائية .

يضمن توحيد الإجتهد القضائي الإداري في البلاد ويسهر على إحترام القانون ..."

<sup>2</sup> الجريدة الرسمية العدد 15.

- واعتبارا بالنتيجة أنه إذا كان قصد المشرع أن يعرض رئيس الجمهورية الأوامر المذكورة في المادة 124 من الدستور مما في ذلك الأوامر المتخذة في الحالة الاستثنائية ففي هذه الحالة يكون قد خالف أحكام المادة 124 من الدستور. "

نستشف أن المجلس الدستوري أضاف إلى قاعدة الأوامر التي تعرض على غرفتي البرلمان للمناقشة و الموافقة - وذلك على أساس أن المؤسس الدستوري قد ميز بين الأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية - قاعدة أخرى مفادها أن الأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية في الظروف الاستثنائية لا تخضع لهذه الإجراءات، بمعنى إجراءات عرضها على غرفتي البرلمان ل يوافق عليها.

وقد انتقدت هذه التقنية الأخيرة من طرف الفقه، ولام أصحابها المجلس الدستوري على تقمص دور غرفة تشريعية ثالثة موازية (1).

ومن ذلك أيضا رأيه رقم 01/11 الصادرة في 6 يوليو 2011 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها للدستور (2) الذي جاء فيه: "...ثالثا : فيما يخص مواد القانون العضوي موضوع الإخطار ،

1 فيما يخص المادة 2 من القانون العضوي موضوع الإخطار المحررة كالاتي :

" يحدد مقر المحكمة العليا بالجزائر العاصمة "

- اعتبارا أن المشرع حين حدد مقر المحكمة العليا بالجزائر العاصمة قد أغفل السلطة المحولة لرئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية بمقتضى أحكام الفقرة الثالثة من المادة 93 من الدستور ، - و اعتبارا بالنتيجة ، أن ذلك يعد سهوا يتعين تداركه .

...لهذه الأسباب :

...في الموضوع :

...ثالثا: فيما يخص مواد القانون العضوي موضوع الإخطار :

1-المادة 2 تعاد صياغة هذه المادة كالاتي " يحدد مقر المحكمة العليا بالجزائر العاصمة، مع مراعاة أحكام المادة 93 من الدستور ". "

<sup>1</sup> خالد دهيبة، مقالة بعنوان: أساليب عمل المجلس الدستوري في مجال رقابة المطابقة للدستور ورقابة الدستورية، مجلة الفكر البرلماني، نوفمبر 2006، ع 14، ص 52.

<sup>2</sup> الجريدة الرسمية العدد 42 ص 4.



وبهذا يكون المجلس الدستوري الجزائري قد عالج حالة القصور التشريعي التي تضمنها هذا القانون فيما يتعلق تجاهل المشرع لصلاحيات رئيس الجمهورية الدستورية في الظروف الاستثنائية المنصوص عليها في المادة 93 فيما يخص مقر المحكمة العليا، وأضاف إلى هذه القاعدة إمكانية رئيس الجمهورية - بناء على صلاحياته الدستورية المقررة بنص هذه المادة - نقل مقر المحكمة إلى مكان آخر إذا ما دعت ظروف الاستثناء ذلك .

ويرى الأستاذ بلس شاوش أن المجلس الدستوري الجزائري عن طريق التحفظات التي يوردها عند ممارسته لرقابة الدستورية، من شأنها أن تكون تحفظات منشئة وهذا للإبقاء على النص القانوني وتلافي الإلغاء الكلي للقاعدة القانونية، وهذه التحفظات هي ما تسمح بتبين أسباب الإبقاء عليها ، فهي تحفظات بناءة، وهذا عن طريق ممارسة المجلس الدستوري لتقنية التفسير، حيث يظهر هذا الأخير كمشرع مساعد أو مشارك.(1)

وإن كان من شأن الأحكام التفسيرية المضيفة سد النقص الذي يعتري النص القانوني، فهناك من الأحكام ما انتهج فيها القاضي الدستوري أسلوب استبدال ما يحتويه من قواعد تشريعية بقواعد ذات قيمة قضائية عن طريق اللعب على محتوى النص، وهي ما يطلق عليها الأحكام التفسيرية الاستبدالية وذلك لمعالجة الإغفال التشريعي النسبي وذلك ما نوضحه في الجزئية الموالية .

### ثانيا : الأحكام التفسيرية الاستبدالية

إذا كان الهدف من الأحكام التفسيرية المضيفة هو سد النقص الذي يعتري النص التشريعي، فإن هذا النوع من الأحكام لا يهدف لنفس الغرض، بل أن القاضي الدستوري في هذه الحالة يصل إلى أقصى نقطة في التفسير (2)، والسبب في ذلك هو أنه في الأولى يكون النص ناقصا ويقوم القاضي بتضمينه قاعدة ذات طبيعة قضائية، بمعنى أن القاضي تدخل لتضمين النص قاعدة سلبية كان لا بد أن يتضمنها، أما في الثانية فإن القاضي لا يهدف أساسا إلى سد نقص تشريعي معين أصاب النص، وإنما ينصب عمله على قاعدة ايجابية يحتويها النص حيث يقوم بإقصائها واستبدالها بقاعدة أخرى من عنده (3)، لذلك اعتبر الفقه الأحكام التفسيرية الاستبدالية

<sup>1</sup> Bachir Yelles Chaouche, la technique des réserves dans la jurisprudence du conseil constitutionnel Algérien, la justice constitutionnelle au Maghreb, 4 journées maghrébines de droit constitutionnel Mustapha Chaker, 6-7 mars 2008, faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, www .atdc.org,tn, p 15.

<sup>2</sup> محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص 137.

<sup>3</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 316.

وسيلة لمراقبة الامتثال التشريعي الجزئي، وذلك لأن القاضي قام بإقصاء القاعدة التي احتواها النص واستبدالها بقاعدة أخرى تتفق وأحكام الدستور، بمعنى أن القاضي تدخل لسد النقص الذي أصاب النص من جراء إهمال المشرع أو امتناعه عن تنظيم المسألة بصورة تتفق و أحكام الدستور<sup>(1)</sup>.

وإذا كان القاضي الدستوري من خلال الحكم التفسيري الاستبدالي يقوم باستبدال المعنى الذي يحمله النص بمعنى آخر يأتي به من خلال القاعدة القانونية المكتوبة الموجودة التي هي محل الرقابة ويفترض عدم دستوريته، حيث يقوم باستبدال معناها بمعنى آخر حتى وإن اضطر لاستبدال ألفاظها، فإن ذلك يكون باليتين أو مرحلتين هما:

1- استنباط القاعدة المخالفة للدستور وسحبها.

2- إدخال قاعدة مطابقة للدستور نشرحها تباعاً<sup>(2)</sup>:

1- استنباط القاعدة المخالفة للدستور وسحبها:

تفترض آلية التفسير الاستبدالي بداية وجود قاعدة أو جزء من قاعدة مخالفة للدستور في النص محل الطعن بالدستورية، ويقوم القاضي باستقراء هذه القاعدة و ييحب منها الجزء المخالف للدستور، وعلى هذا يختلف التفسير المضيف عن التفسير الاستبدالي الذي يقوم به القاضي الدستوري، لأنه في الأولى تتعلق حالة عدم الدستورية بالقصور التشريعي، أي فيما لا تتضمنه القاعدة محل الرقابة، أما في التفسير الاستبدالي فإن عدم الدستورية تتعلق بما نطق به النص صراحة<sup>(3)</sup>، حيث يقوم القاضي باستئصال القاعدة أو جزء من القاعدة المخالف للدستور. وإذا تم التوقف عند هذا الحد فهنا ينطوي النص على فراغ تشريعي متى تم تطبيقه، بمعنى يصبح النص غير كاف للتعبير عن معنى مترابط، لذلك تم إدخال قاعدة أخرى دستورية هي المرحلة الثانية .

2- إدخال قاعدة مطابقة للدستور:

بعد استئصال القاعدة المخالفة للدستور من النص محل الرقابة يأتي دور القاضي الدستوري الايجابي بإحلاله قاعدة جديدة تتوافق مع الدستور<sup>(4)</sup>، لذلك أطلق الفقه الفرنسي على هذا النوع

<sup>1</sup> نفس المرجع، ص 317.

<sup>2</sup> محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص 138.

<sup>3</sup> أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 280.

<sup>4</sup> محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص 139.

من التفسير أنه الحل الوسط بين الرفض والبطلان لأنه يعطي للنص التشريعي تفسيراً يعصمه من البطلان لعيب عدم الدستورية (1).

ومن أمثلة هذه الأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري الإيطالي وتعد السبابة في إصدار هذا النوع من الأحكام، حكمها رقم 76 الصادر 1993 (2) بشأن مدى دستورية الفقرة الأولى من المادة 23 من قانون الإجراءات الجزائية والتي تقضي: (بأن قاضي الموضوع إذا ما قدر عدم اختصاصه بنظر المسألة المعروضة عليه فإنه يأمر بإحالة الموضوع إلى القاضي المختص)، إلا أن المحكمة الدستورية الإيطالية رأت أن هذا الضابط معيب بعدم الدستورية، لأن تقرير عدم الاختصاص من وجهة نظر المحكمة يكشف في حد ذاته عن انتهاك للقواعد الإجرائية والجنائية التي يقوم عليها توزيع الاختصاص بحسب الموضوع، والمخالفة هنا لا تخص فقط تحديد العضو المدعو إلى ممارسة الاختصاص القضائي، ولكنها تمس كذلك جوهر الدعوى الجنائية، وتأسيساً على قانون الإجراءات الجنائية يملك المتهم حق طلب محاكمته وفق إجراءات خاصة وأن إحالة الأوراق إلى المحكمة المختصة بدلاً من إحالتها إلى النيابة العامة يحرمه من تقديم القاضي هذا الطلب إلى النيابة العامة الأمر الذي ينطوي على إخلال بحقوق الدفاع.

ولهذا السبب ووفقاً لهذا المبدأ المقرر بالمادة 24 من الدستور فإن المحكمة قدرت أنه في حالة تقدير القاضي الذي ينظر الدعوى عدم اختصاصه، فإن إحالة الإجراءات تتم أمام النيابة العامة وليس أمام القاضي المختص، لأن ذلك يتيح للمتهم أن يقرر من جديد ما إذا كان اللجوء إلى الإجراءات الخاصة سوف يكون مقيداً له من عدمه.

وبناء عليه أعلنت المحكمة الدستورية عدم دستورية المادة محل الطعن من قانون الإجراءات الجنائية، وذلك في الجزء الذي نص على أنه: (حينما يقرر قاضي المحكمة عدم اختصاصه في المسألة التي ينظرها فإنه يأمر بنقل الملف إلى القاضي المختص بدلاً من نقله إلى النيابة العامة لدى هذا الأخير (3)).

ويتضح من هذا الحكم أن المحكمة الدستورية الإيطالية فضلت أن تلجأ إلى الحكم الاستبدالي الذي أتاح فقط نقض القاعدة غير الدستورية المعلنة، بل وكذلك أتاح سد الفراغ التشريعي الناجم عن هذا البطلان، وذلك عن طريق إدخال القاعدة المطابقة للدستور دون أن يصبح النص

1 احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 280.

2 أورده محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص 143.

3 محمد فوزي النويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص 144.

الكامل غير قابل للتطبيق انتظارا لتدخل المشرع في المستقبل<sup>(1)</sup>، الذي قد يطول ويمكن أن يكون مستحيلا نظرا لعدم الاستقرار السياسي للبرلمان نظرا لتكوينه من جهة .

واعتبر الفقيه الايطالي Di Mano أن المحكمة الدستورية الايطالية وعن طريق الأحكام التفسيرية الاستبدالية قد عثرت على وسيلة فعالة لتصحيح الأخطاء المادية التي يرتكبها المشرع حينما تؤدي إلى انتهاك الدستور<sup>(2)</sup>.

- أما المجلس الدستوري الفرنسي فقد اعتمد صورة أخرى من هذا الأحكام، ونظرا لموقعه بين مؤسسات الدولة ودوره في الرقابة على دستورية القوانين، لم تكن هذه الأحكام ترقى إلى النطق بعدم الدستورية، ولكنها تسمح بالوصول إلى نفس النتائج التي توصلت إليها المحاكم الأخرى لإدانة حالات الامتناع التشريعي الجزئي، وهو ما أطلق عليه بالأحكام الصادر بالتطابق مع الدستور شرط مراعاة التفسير الاستبدالي *Les décisions de conformité sous réserve d'interprétation substitutive*<sup>(3)</sup>، وتتضمن هذه الأحكام خطابا تفسيريا استبداليا يحقق الغرض من الرقابة على الامتناع التشريعي الجزئي دون اللجوء إلى إلغاء النص أو الجزء من النص التشريعي الخاضع للرقابة، على عكس ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية الايطالية، حيث يكون حكمها بعدم دستورية النص الخاضع للرقابة متضمنا استئصال لقاعدة و استبداله صراحة بقاعدة أخرى، ولكن هذين الحكمين يشتركان في إفراغ النص من القاعدة المخالفة للدستور وإعادة شحنها بمحتوى آخر أكثر اتفاقا مع الدستور لذلك يشتركان في إدانتها لحالات الامتناع التشريعي الجزئي<sup>(4)</sup>.

ويكتفي المجلس الدستوري الفرنسي بإدخال قاعدة جديدة في النص مكان القاعدة غير الدستورية، وهنا يختلف الأمر عن المحكمة الدستورية التي تقوم باستئصال القاعدة المخالفة للدستور ثم إحلال مكانها قاعدة مطابقة للدستور، فالمجلس الدستوري في هذه الحالة يحدد هذه القاعدة الجديدة على ضوء الدستور، حيث يبين وخلافا لما يذهب إليه الطاعنون بالدستورية إلى

<sup>1</sup> أشار إليه محمد فوزي نوبجي، نقلا Di mano, le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et Italie, Economica, 1997, p 265 عن التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص144.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 145.

<sup>3</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الإختصاص السلبي للمشرع مرجع سابق، ص332.

<sup>4</sup> نفس المرجع، ص333.

أن النص لن يكون غير دستوري إذا ما جرى تفسيره على النحو الذي يحدده المجلس الدستوري ، وفي مثل هذه الظروف تبدو عملية استبدال قاعدة مكان أخرى مسألة غاية في التحايل (1).

ومن أمثلة هذه القرارات، قراره رقم 76-7 الصادر في 15 أكتوبر 1976 الخاص بملف الموظفين<sup>(2)</sup>، حيث فصل المجلس في القانون الصادر بشأن تعديل الأمر الصادر 1959

بخصوص النظام الأساسي العام للموظفين الذي نص بخصوص المسابقات الداخلية على أن اللجنة تستطيع أن تكمل تقديرها من خلال الرجوع إلى الملفات الفردية للمرشحين، وفي خطاب الإحالة إلى المجلس الدستوري المقدم من بعض أعضاء مجلس الشيوخ الطاعنين بالدستورية ضد القانون، وعلى الأخص بشأن هذا النص علاوة على أن هذا الأمر يؤدي إلى عدم احترامه سرية الاختبارات، لأن مبدأ المساواة بين المرشحين سوف يختل، لأن اللجنة لن تلتزم بالرجوع إلى الملفات الفردية، لأن هذا الأمر سوف يكون محض اختيار لها تملك اللجوء إليه من عدمه، كذلك أوضح أن اللجنة لا تملك الوقت الضروري لنظر كافة الملفات الفردية ،حيث أن البعض من المرشحين هم وحدهم الذين سوف يستفيدون من نظر ملفاتهم. في الواقع أن هذا التفسير كان من الممكن أن يؤدي إلى بطلان هذا النص لكن المجلس قدر من جانبه أن يتجنب ذلك وأوضح في قراره أنه : ( يستنتج من هذه المواد أن اللجنة إذا ما قررت اللجوء إلى آلية الاطلاع على الملفات الفردية فإن هذا الاطلاع يجب أن يركز على ملفات كافة المرشحين، ومن ثم وعلى هذا التفسير الذي قال به المجلس الدستوري لن تتعارض هذه النصوص مع مبدأ المساواة في المعاملة بين الموظفين).

من خلال هذا التفسير فقد تم استبدال القواعد حيث علق العميد Favoureu على هذا القرار قائلاً: ( إن حق اللجنة في الاطلاع على ملفات بعض الموظفين يصبح التزاماً بالاطلاع على كافة الملفات ) (3).

- أما المحكمة الدستورية المصرية العليا فقد اعتمدت ما ذهب إليه المجلس الدستوري الفرنسي ،حيث تلجأ إلى تفسير النص تفادياً للحكم بعدم دستوريته، وقد استخدمت في أحد أحكامها أسلوب التفسير الاستبدالي لتفادي الحكم بعدم دستورية النص، في حكمها الصادر في القضية رقم 6 لسنة 17 قضائية دستورية والذي تفادت فيه المحكمة بعد استخدام سلطتها في التفسير إلى

<sup>1</sup> محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص 147.

<sup>2</sup> أورده محمد فوزي نويجي، نفس المرجع، ص 147.

<sup>3</sup> محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص 139.

القضاء بعدم دستورية القرار بقانون رقم 42 لسنة 1967 في شأن التفويض في بعض الاختصاصات، وعليه حكمت بعدم بطلان قرار وزير المالية رقم 381 لسنة 1982 الذي يخول مدير عام الجمارك أن يطلب من النيابة العامة رفع الدعوى الجنائية بعد أن أنابه وزير المالية عنه في ذلك استنادا إلى المادة 124 مكرر من قانون الجمارك، حيث قالت المحكمة في حكمها "... قرار وزير المالية رقم 381 لسنة 1982 - حتى وإن صح القول ببطلانه لصدوره بناء على تنظيم باطل ممثلا في القرار بقانون رقم 42 لسنة 1967 في شأن التفويض في الاختصاصات - إلا أن قرار وزير المالية يظل محمولا على نص الفقرة الثانية من المادة 124 مكرر من القانون الجمركي - التي أحال فعلا إليها - والتي لا يجوز بمقتضاها رفع الدعوى الجنائية في شأن الجرائم المنصوص عليها بفقرتها الأولى إلا بناء على طلب وزير المالية أو من ينيبه. متى كان ذلك فإن الخوض في بطلان القرار بقانون رقم 42 لسنة 1967 - وهو ما تصوره المدعي سندا للقرار رقم 381 لسنة 1982 الصادر عن وزير المالية - لا يكون منتجا (1)".

- وفي التطبيق الجزائري يظهر أن المجلس الدستوري الجزائري قد عرف هذا الأسلوب، حيث يقوم بإلغاء جزئي للنص غير الدستوري ويعطي له البديل (2)، ومثال ذلك ما جاء في رأيه رقم 08/99 المؤرخ في فبراير 1999 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما، وعلاقتها الوظيفية (3) بينهما وبين الحكومة للدستور "...فيما يخص المادة 1/64 من القانون العضوي موضوع الإخطار المحررة كالاتي يكون التصويت بالثقة بالأغلبية المطلقة".

- اعتبارا أن المشرع أقر صراحة، بموجب هذه الفقرة، أن يكون التصويت بالثقة بالأغلبية المطلقة.

- اعتبارا أن المؤسس الدستوري قد بين صراحة على سبيل الحصر الحالات التي يشترط فيها أن يكون التصويت بالأغلبية المطلقة دون أن يشترط بمقتضى المادة 5/84 من الدستور، تلك الأغلبية للموافقة على لائحة الثقة .

- واعتبارا أنه يستنتج من أحكام المادة 5/84 من الدستور أن المؤسس الدستوري يكتفي بالتصويت بالأغلبية البسيطة للموافقة على لائحة الثقة .

<sup>1</sup> أورده عيد أحمد الغفلول عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 336.

<sup>2</sup> رشيدة العام، المجلس الدستوري الجزائري، مرجع سابق، ص 214.

<sup>3</sup> الجريدة الرسمية العدد 15.

- واعتبارا بالنتيجة أن المشرع حيث اشترط أن يكون التصويت بالثقة بالأغلبية المطلقة فإنه يكون قد خالف مدلول أحكام المادة 5/84 من الدستور "...

وبناء على ذلك نستشف أن المجلس قد استبدل قاعدة التصويت بالأغلبية المطلقة التي نص عليها القانون موضوع الإخطار بقاعدة الأغلبية البسيطة التي استنتجها من أحكام المادة 5/ 84 من الدستور.

ونفس المنهج اتبعه في رأيه رقم 02/11 الصادر في 6 يوليو 2011 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 98-01 الصادر في 30 ماي 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور <sup>(1)</sup> الذي جاء فيه: "...في الموضوع:

- فيما يخص كلمة "وجوبا" التي تضمنتها المادة 39 الواردة في المادة 8 من القانون العضوي موضوع الإخطار، وعبارة "يتعين عليه" التي تضمنتها المادة 41 مكرر 1 الواردة في المادة 9 من نفس القانون المأخوذتين معا لإتحادهما في العلة و المحررتين كالآتي:

المادة 39 " يعين ممثلو كل وزارة الذين يحضرون وجوبا في جلسات الجمعية العامة واللجنة الدائمة في القضايا التابعة لقطاعاتهم، من بين أصحاب الوظائف العليا برتبة مدير إدارة مركزية على الأقل "

والمادة 41 مكرر 1 " يحدد رئيس مجلس الدولة تاريخ دراسة المشروع و يخطر الوزير المعين الذي يتعين عليه حضور أشغال مجلس الدولة أو يعين من ينوب عنه وفقا لأحكام المادة 39 أعلاه"

- اعتبارا أن عبارة " يتعين عليه " وكلمة "وجوبا" تحملان إلزامية الحضور على التوالي من الوزير المعني أو ممثله، وأصحاب الوظائف العليا الذين لهم على الأقل رتبة مدير الإدارة المركزية، حسب الحالة لأشغال مجلس الدولة و جلسات العامة و اللجنة الدائمة في القضايا التابعة لقطاعاتهم.

- واعتبار أن مبدأ الفصل بين السلطات يقتضي أن كل سلطة أخرى التزامات تدخل ضمن مجال اختصاص كل سلطة أخرى ،

<sup>1</sup> الجريدة الرسمية العدد 43.

- واعتبارا بالنتيجة، فإن المشرع بإقراره التزامات على الوزير المعني أو من يمثله وأصحاب الوظائف العليا الذين لهم على الأقل رتبة مدير الإدارة المركزية ، يكون قد أدخل بمبدأ الفصل بين السلطات .

...ولهذه الأسباب:

...في الموضوع:

4- تعد كلمة "وجوباً" التي تضمنتها المادة 39 الواردة في المادة 8 وعبارة "يتعين عليه" التي تضمنتها المادة 41 مكرر 1 الواردة في المادة 9 من القانون العضوي موضوع الإخطار، غير مطابقتين للدستور، وتعاد صياغة المادتين المذكورتين أعلاه كالاتي :

المادة 39 "يعين ممثلو كل وزارة الذين يحضرون جلسات الجمعية العامة و اللجنة الدائمة في القضايا التابعة لطاعتهم من بين أصحاب الوظائف العليا برتبة مدير إدارة مركزية على الأقل" المادة 41 مكرر 1 "يحدد رئيس مجلس الدولة دراسة المشروع و يخطر الوزير المعني الذي يبين من ينوب عنه لحضور أشغال مجلس الدولة وفقا لأحكام المادة 39 أعلاه".

يظهر من صياغة المادتين 39 و 41 مكرر 1 أن حضور ممثل الوزير (الذي يكون من أصحاب الوظائف العليا برتبة مدير ادارة مركزية على الأقل ) جلسات مجلس الدولة عندما يمارس وظيفته الاستشارية- فيما يخص مشاريع القوانين- وجوبي وينتج عن غيابه بطلان هذه الجلسة، بينما اعتبرها المجلس الدستوري مسألة اختيارية ، و علل ذلك بأن صياغة هاتين المادتين على هذا النحو من شأنه أن يضيف التزامات على الوزير أو من يمثله أو أصحاب الوظائف العليا الذين لهم على الأقل رتبة مدير إدارة مركزية يعد إخلالا بمبدأ الفصل بين السلطات الدستوري الذي يمنع أن تتدخل أي سلطة في اختصاص أي سلطة أخرى ، بمعنى أن المجلس الدستوري قد قام باستئصال قاعدة الحضور الوجوبي لممثل الوزير جلسات مجلس الدولة عند ممارسته لوظيفته الاستشارية واستبدالها بقاعدة الحضور الاختياري.

## الفرع الثاني

### نوعية الأحكام والقرارات الصادرة لمعالجة الإغفال التشريعي الكلي

رأينا فيما سبق كيف يتصدى القاضي الدستوري لحالات النقص التشريعي، وذلك من خلال التفسير الإنشائي أو البنائي، وذلك إما بإضافة قواعد جديدة إلى المحتوى القاعدي للنص الذي



كان على المشرع تضمينها إياه إلا أنه أغفل ذلك، أو باستبدال محتوى النص بقاعدة أخرى من عنده و ذلك لضمان اتساقه مع الدستور، وفي هذه الحالة يمكن القول أن القاضي الدستوري قد ساهم بصورة مباشرة في صياغة القاعدة القانونية المطابقة للدستور بعد صدورها عن المشرع الأصلي على غير ذلك، ولهذا يعتبر الفقه القضاء الدستوري من مصادر القانون ويحتل مكانة مهمة بين مصادر القاعدة القانونية،و ذلك نظرا لدوره الايجابي، فكيف يكون دوره في حالة السكوت المطلق للمشرع وكيف عالجه ؟

يرى الأستاذ عبد الحفيظ علي الشيمي - ويسانده في ذلك الأستاذ محمد فوزي نويجي - أن معالجة القاضي الدستوري لحالات القصور التشريعي التام وأو الكلي تختلف عن الحالة الأولى، فلا يستطيع هذا الأخير أن يتدخل و يحل محل إرادة المشرع بإصدار تفسير في هذا الشأن حتى لا نكون أمام اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات المكرس دستوريا، وإنما كل ما يقوم به هو أحد الحلين : إما مجرد الكشف عن وجود إغفال تشريعي ويخطر السلطة التشريعية بوجود هذا الإغفال وتسمى الأحكام التي يصدرها في هذه الحالة بالأحكام الكاشفة Le jugement déclaratifs دون الحكم بعدم دستورية السكوت التشريعي (1).

أو توجيه نداء إلى المشرع بضرورة التدخل لتنظيم مسألة معينة عن طريق إصدار نوع من الأحكام التفسيرية يطلق عليها الأحكام التوجيهية أو الندائية Arrêts appellatifs (2) وهو ما نوضحه على النحو التالي :

- أولا: الأحكام الكاشفة

- ثانيا: الأحكام التوجيهية أو الندائية

أولا : الأحكام الكاشفة

يكتفي القاضي الدستوري في هذه الصورة من الأحكام بمجرد الكشف عن وجود إخلال دستوري بصفة عامة، ومن بين هذا الإخلال الدستوري وجود إغفال تشريعي، ولا يتجاوز دوره مجرد الكشف عنه وإخطار السلطة التشريعية به Révélation de l'inconstitutionnalité دون أن يكون له مكنة الحكم بعدم الدستورية (3) . وقد عرفت الكثير من المحاكم الدستورية هذا النوع من الأحكام نورد أمثلة عنها في بعض النظم الدستورية المقارنة :

<sup>1</sup> محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص 189.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 190

<sup>3</sup> عبد العزيز محمد سلمان، مقالة بعنوان: رقابة الاغفال في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 9 .

أ- من أبرز مثال لهذه الصورة من الأحكام ما هو عليه في الدستور البرتغالي، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 283 منه على أنه: (يقوم القاضي الدستوري بإخطار السلطة التشريعية المختصة بوجود إغفال تشريعي مخالف للدستور)، فمن استقراء هذه المادة نجد أن هناك قيداً دستورياً مفاده: أنه في حالة وجود إغفال تشريعي ما على المحكمة الدستورية سوى إخطار السلطة التشريعية بهذا الإغفال دون أن يكون لها سلطة أخرى عليه، وهكذا لا يمكن للقاضي الدستوري أن يرسم للمشرع منهجاً معيناً لمعالجة الإغفال التشريعي، وإنما ترك المؤسس الدستوري مسألة معالجة الإغفال التشريعي للسلطة التشريعية المختصة بمعالجته دون غيرها وذلك باتخاذ الإجراءات الضرورية<sup>(1)</sup>.

وبسبب هذا الدور السلبي للقاضي الدستوري البرتغالي في معالجة الإغفال التشريعي - وإن كان يؤدي إلى الضغط على المشرع بضرورة التدخل نظراً للأهمية القانونية لقراراته - إلا أنه يمكن اعتبار موقفه هذا يكفل في نفس الوقت حماية استقلال السلطة التشريعية، وتجنب أن تكون طلباته حبيسة أدرج السلطة التشريعية، ويختلف هذا عما كان عليه الوضع قبل تعديل دستور 1982، حيث كان النص القديم ينص على أنه: ( يتقدم مجلس الثورة -الذي يباشر الرقابة قبل دستور 1982 - بطلب إلى السلطة التشريعية المختصة بالتدخل لمعالجة الإغفال التشريعي )، وقد وصف الفقه آنذاك هذه الخطابات بأنها خطابات شبه مينة لأنها كانت تظل حبيسة أدرج السلطة التشريعية المختصة<sup>(2)</sup>.

ب- في ألمانيا: طبقت المحكمة الدستورية الألمانية أسلوب الأحكام الكاشفة في عام 1991 في قضية تتلخص وقائعها في أن المشرع الألماني أصدر قانوناً ينظم الحق في المعاش، وكان ينص على حق الأرملة في استرداد جميع الأقساط المؤداة لصندوق الخدمات الاجتماعية إذا لم يكن بالفعل قد ثبت لها هذا الحق، وكان هذا النص قد أغفل إقرار نفس المبدأ للأرمل، وانتهت المحكمة إلى أنه يوجد إغفال تشريعي، وأشارت في هذا الحكم بأنها لا تملك أن تحدد الحل الذي يجب إتباعه لمعالجة الإغفال التشريعي غير الدستوري<sup>(3)</sup>.

ج- في إسبانيا: ذهبت المحكمة الدستورية الإسبانية لنفس الحل، وهذا بالرغم من أن المادة 164 من الدستور الإسباني والمادة 1/39 من قانون المحكمة تنشئان علاقة حتمية وضرورية بين الحكم بعدم دستورية نص تشريعي وبين بطلانه، ومن ثم فإن المحكمة الدستورية قد

<sup>1</sup> أنظر عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 138  
<sup>2</sup> أورده عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 13.  
<sup>3</sup> أورده عبد الحفيظ علي الشيمي، نفس المرجع ص 140.

اختارت خيار الأحكام الكاشفة عن وجود إغفال تشريعي مخالف للدستور، تاركة بذلك للمشرع سلطة تقديرية مطلقة في تقدير الوقت والظروف لمعالجة هذا الإغفال غير الدستوري، وهذا ما أعلنته في حكمها رقم 45 لسنة 1989 بعدم دستورية نصين من قانون الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعية، في ما لم يتضمنه نص المادة الأولى بصورة مباشرة أو بإحالة على المعاملة الضريبية المنفصلة لكل من أعضاء الأسرة بصورة مستقلة، ولم تتضمن المادة الثانية منه في فترة فرض الضريبة النص على معالجة الفترة الأدنى للسنة وبالتالي عدم خضوع من يبرمون عقود الزواج خلال السنة الضريبية لهذا النوع من الضرائب.

وفي حكمها بشأن عدم دستورية المادة الأولى في القانون المذكور، ذهبت إلى أن الحكم بعدم دستورية هذا النص لا يقتضي أن يكون مصحوبا بالحكم ببطلانه، لأن تطبيق النص لا يتضمن مخالفة أي نص دستوري في جميع الأحوال، لأنه بدون شك سوف نجد جميع الأفراد هم أعضاء في أسرة أو عائلة، وهم في النهاية مشتركون أو متضامنون في دفع الضريبة .

أما بخصوص نص المادة الثانية فقد أخذت المحكمة الدستورية بنفس المنهج، وحتى لا تتعارض مع مبدأ المساواة المنصوص عليه في الدستور ولتفادي ما سكت عنه القانون فإنه يكفي أن تقول عدم سريان هذا النص إلا على الحالات التي تتولد منذ دخول القانون نطاق التنفيذ. وما يستشف من هذا الحكم أن المحكمة كشفت عن الإغفال التشريعي دون أن يتعدى دورها توجيه خطابا معين للمشرع، بل تركت كيفية معالجته والظروف الملائمة لذلك لتقدير المشرع وبصورة مطلقة<sup>(1)</sup>.

ولكن ونظرا لخلو هذه الأحكام من الإلزام ذهبت المحكمة الألمانية في أحد أحكامها إلى أنه لا ينظر إلى هذه الأحكام أنها مجرد إعلان نظري عن وجود إغفال تشريعي، بينما أعتبر الفقه أنه ليس لهذا الاتجاه إقافة أدبية أو معنوية في مواجهة السلطة التشريعية<sup>(2)</sup>.

نستنتج أن طبيعة هذه الأحكام تظهر عدم فعاليتها وذلك من وجهتين، الأولى : عدم تأثيرها في إرادة المشرع مادام أنها تكشف فقط عن حالة سكوته التشريعي مما يفقدها أي قيمة قانونية تجاهه، بل ستبقى حبيسة إرادته لاسيما اصطدامها بالسلطة التقديرية التي يتمتع بها هذا الأخير ، والثانية: أنها تكشف ضعف الهيئة التي تمارس الرقابة الدستورية بين الهيئات الدستورية الأخرى .

<sup>1</sup> أورده عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق ، ص 140.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 142.

أما المحكمة الدستورية العليا المصرية فلم تعرف هذا النوع من الأحكام عند معالجتها للإغفال التشريعي<sup>(1)</sup>.

د- في التطبيق الجزائي : نلاحظ أن المجلس الدستوري قد عرف هذا النوع من الأحكام، حيث يكتفي بالكشف عن وجود إغفال تشريعي والتتويه عنه دون أن يضمن رأيه ما يفيد الزام المشرع بممارسة اختصاصه بل تركه لسلطته التقديرية، ومثال ذلك رأيه رقم 02/11 الصادر في 6 يوليو 2011 المشار إليه آنفا<sup>(2)</sup> والذي جاء فيه : "...في الموضوع :

فيما يخص العبارة "نصوص خاصة" المنصوص عليها في الفقرات الأخيرة من المواد 9 و 10 و 11 من المادة 2 من القانون موضوع الإخطار المأخوذة معا لإتحداهما في الموضوع والعللة والمحركة كالاتي :

- أ-المادة 9 "...- ويختص أيضا بالفصل في القضايا المخولة بموجب نصوص خاصة "
- المادة 10 "...- ويختص أيضا كجهة إستئناف في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة "
- المادة 11 "...- ويختص بالنظر في الطعون بالنقض المخولة بموجب نصوص خاصة"
- اعتبارا أن الفقرات الأخيرة من المواد 9 و 10 و 11 من القانون العضوي موضوع الإخطار، حددت اختصاصات مجلس الدولة استنادا إلى نصوص خاصة
- واعتبارا أن المادة 153 من الدستور تنص على أنه : " يحدد قانون عضوي تنظيم المحكمة العليا ومجلس الدولة ومحكمة التنازع ، وعملهم واختصاصاتهم الأخرى "
- واعتبارا أن المؤسس الدستوري قد حدد بعض اختصاصات مجلس الدولة وأحال تحديد اختصاصات أخرى لمجال القانون العضوي .
- واعتبارا أن هذا التوزيع الدستوري للاختصاصات يهدف إلى تحديد صارم لمجال اختصاص كل من المؤسس الدستوري ومجال اختصاص المشرع العضوي ،
- واعتبارا بالنتيجة، فإن اعتماد اختصاصات أخرى لمجلس الدولة بالإحالة الى " نصوص خاصة" بدون تحديد طابع ومضمون هذه النصوص، يكون المشرع العضوي قد أغفل مجال اختصاصه في الموضوع" .

<sup>1</sup> نفس المرجع، ص 141.

<sup>2</sup> الجريدة الرسمية العدد 43.

وهكذا يكون المجلس الدستوري قد نوه عن إغفال المشرع ممارسة اختصاصه في مجال تحديد الاختصاصات الأخرى لمجلس الدولة، لكنه ولتفادي النطق بعدم دستوريته أورد تحفظاً مفاده أن هذه المواد إذا كان قصد المشرع منها هو تحديد هذه الاختصاصات في قوانين أخرى لها نفس الطبيعة (أي قوانين عضوية) فإن هذه المواد تعتبر مطابقة للدستور .

إن فشل القاضي الدستوري في إلزام المشرع بالتدخل لمعالجة الإغفال التشريعي، وعدم إثبات هذا الأخير حسن نيته في ذلك، جعله يعتمد وسيلة أخرى أكثر قوة من شأنها أن تؤثر في إرادة المشرع وجعله يتجاوب أكثر مع أحكامه محاولة منه إعطاءها طابعاً أكثر فعالية عن طريق تضمينها نداءً أو خطاباً له ، و يظهر هذا في الأحكام الندائية أو التوجيهية، موضوع الفقرة الموالية.

### ثانياً : الأحكام الندائية

نتيجة لعدم تأكيد المشرع لحسن نيته في مواجهة الإغفال التشريعي وعدم تنفيذه لأحكام القاضي الدستوري الصادرة بالإعلان المجرد لهذا الإغفال، لجأ القاضي الدستوري إلى صياغة أخرى لأحكامه، بحيث تتضمن إيعازاً للسلطة التشريعية بضرورة التدخل للتشريع وهو ما يطلق عليه " الأحكام التفسيرية التوجيهية أو الندائية " (1) Arrêts appellatifs ، ويقصد بها الخطاب التفسيري الموجه بصورة أساسية إلى المشرع بضرورة التدخل لتنظيم مسألة أو مسائل معينة في ضوء المبادئ التي يحملها الحكم، بما يؤدي في النهاية إلى وضع حد لحالة الفراغ التشريعي السابقة في وجودها على تدخل القاضي الدستوري ، أو ناتجة عن تدخله والحكم بعدم دستورية التشريع الخاضع لرقابته (2). وتصدر هذه الأحكام في أساليب متعددة فقد تتضمن توجيه طلبات للمشرع demandes أو توصيات ، أو نصائح recommandations أو تأنيب admonestation أو تتضمن نداءً للسلطة التشريعية وهذه الصيغ كلها تجمع تحت اسم الأحكام الندائية، وهذا ما عرفه القضاء الدستوري بإسبانيا وفرنسا ، أو الأحكام المنبهة أو المرشدة Décisions monitrices في إيطاليا (3)، ولكن مهما اختلفت الصيغ التي يخاطب بها القاضي الدستوري المشرع - بناء على هذه الأحكام - إلا أنها كلها تطلب عملاً إيجابياً من المشرع (4).

<sup>1</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 143.

<sup>2</sup> عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 363.

<sup>3</sup> محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، مرجع سابق ، ص 190.

<sup>4</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 144.

ومن الناحية العملية، فإنه وبناء على طلب القاضي الدستوري ستختلف تدخلات المشرع، فقد يُضمّن القاضي الدستوري حكمه مجموعة من الضمانات التي كان يجب على القانون أن يتضمنها بمناسبة معالجته لموضوع معين، أو يحدد له مدة زمنية معينة معقولة لمعالجة الإغفال التشريعي، يتعين على المشرع أن يتدخل لمعالجته أو لتفادي ما قد يحدث في المستقبل من إغفال، وهذا ما ذهب إليه القضاء الدستوري في كل من إسبانيا وألمانيا وإيطاليا، وقد يكون المطلوب هو التدخل لتنظيم مسألة معينة<sup>(1)</sup>، إلا أن تدخل المشرع ومدى انصياعه لهذا الخطاب يتوقف على درجة حساسية العلاقة بينه وبين الهيئة التي تمارس الرقابة على دستورية أعماله التشريعية، فأحياناً لا ينطوي هذا النوع من الأحكام على مجرد توجيه نصيحة للمشرع بل يضمّن القاضي الدستوري طبيعة الأمر والإلزام.

وقد اعتبر الفقه أن هذا النوع من الأحكام يشكل خطورة على المشرع لأنها تضيق من سلطته في تقدير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية الملائمة لمباشرة وظيفته التشريعية، بينما اعتبرها الفقه الألماني غير ذلك، لأن مضمون هذه الأحكام يتوقف على مجرد اقتراحات و يبقى للمشرع دون غيره في أن يجيب على هذه التوصيات أو الإيعازية أو هذه الاقتراحات، كما يبقى له تحديد كيف ومتى يتدخل لمعالجة الإغفال التشريعي ؟ .

وفي هذا السياق قام الفقيه Ribes بتحليل موقف القضاء الدستوري في كل من ألمانيا وإسبانيا وإيطاليا وذلك للوقوف على السياسة القضائية لمعالجة الإغفال التشريعي عن طريق الأحكام الإيعازية مختلفة<sup>(2)</sup> و توصل الى النتائج التالية:

**1- فبالنسبة لموقف المحكمة الإسبانية، فكان قضاؤها الدستوري ينفادى الاصطدام بالسلطة التشريعية، وبناء على ذلك مر قضاؤها في هذا الشأن بمرحلتين :**  
**الأولى :** كان القاضي يكفي فيها بتحديد الضمانات التي يجب أن يتضمنها القانون .

**والمرحلة الثانية :** لجأ فيها القاضي الدستوري إلى تحديد المدة الزمنية المعقولة لمعالجة الإغفال التشريعي غير الدستوري، وقد استخدم القاضي الدستوري هذه الآلية في قراره بمناسبة نظره تنظيم المشرع لحرية التعبير بواسطة الإذاعة والتلفزيون، ففي عام 1991 نبهت المحكمة المشرع إلى المخالفة الدستورية المتمثلة في عدم تضمين القانون المنظم لهذه الحرية بعض

<sup>1</sup> أنظر محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص 191.

<sup>2</sup> أشار إليه عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، ص 145، نقلاً عن الأستاذ Ribes , Existe-t-il un droit à la norme ,contrôle de constitutionnalité et omission législative, op. cit, p 265.

الضمانات، وحيث أن المشرع قد استمر على موقفه إلى عام 1994، فإن المحكمة قضت في عام 1994 بعدم دستورية القانون لتمسك المشرع بموقفه الصامت مخالفاً بذلك حرية التعبير والاتصال المكفولة دستورياً<sup>(1)</sup>.

2- ومن جهتها اتبعت المحكمة الألمانية نفس المنهج باستخدامها لفكرة الأحكام الإيعازية أو التوجيهية، فكانت في الأول تعمل على الكشف عن الإغفال و الإعلان عنه دون الحكم ببطلانه، ودون تنبيه المشرع إلى أن هناك إغفالاً يتوجب عليه التدخل لسد الفراغ التشريعي، وبذلك تكون قد تجنبت التعرض للسلطة التقديرية للمشرع. ثم توجهت فيما بعد إلى أسلوب الأحكام الإيعازية عن طريق توجيه نداء للمشرع ليتبنى قوانين إصلاحية خلال مدة زمنية حددتها المحكمة بنفسها، حيث تستمر المخالفة الدستورية بسبب الإغفال التشريعي إلى غاية تدخل المشرع لمعالجته، وذلك خلال المدة المعقولة من أجل الإصلاح الضروري لتفادي المخالفة الدستورية الناتجة عن الإغفال التشريعي<sup>(2)</sup>، ومثال ذلك قرارها الصادر في 14 مارس 1972، والقرار الصادر في 29 أكتوبر 1974 بخصوص النظام الإصلاحي للمؤسسات العقابية، فالقانون الأساسي لسنة 1949 كان يفرض على المشرع تحديد الضمانات الأساسية للمسجونين بهذه المؤسسات، وحتى عام 1972 لم يكن المشرع قد قام بتنظيم هذا الموضوع بموجب القانون، وكانت القرارات التي تصدر بشأن هذا الأمر إنما كانت تركز على أساس المبادئ التي تحكم المرفق العام وضرورة استمرارية هذا المرفق، وبالتالي فإنها بمقتضى الحكم الصادر في 14 مارس 1972 بعد أن أقرت سلامة الإجراءات الصادرة بشأن هذا المرفق على الرغم من غياب الغطاء القانوني لهذه الإجراءات، توجهت إلى المشرع بضرورة وضع تنظيم لهذا الموضوع قبل نفاذ المدة التشريعية - الفصل التشريعي - أو قبل ربيع 1973، ولكن بسبب حل السلطة التشريعية في ربيع 1972 فقد مدت المحكمة المدة الزمنية إلى غاية أول يناير 1977، وقد وجهت المحكمة في هذه المدة عدة توجيهات للمشرع بشأن التنظيم المستقبلي لهذا الموضوع<sup>(3)</sup>.

3- أما المحكمة الإيطالية فقد لجأت إلى أسلوب الأحكام التوجيهية مع تحديد المدة المعقولة لتدخل المشرع، وكانت أحكامها بمثابة إرشاد للمشرع لتصرفاته المستقبلية، واستنتج الفقه الإيطالي من هذه الأحكام أنها زيادة على إدانة ما سكت المشرع عن تنظيمه فإنها تتضمن مبدأ معيناً تفرض على المشرع تبنيه، وبالتالي لا يعد هذا الحكم إخلالاً بالسلطة التقديرية للمشرع،

<sup>1</sup> أورده عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 145.

<sup>2</sup> أورده عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، ص 147.

<sup>3</sup> أورده عبد الحفيظ علي الشيمي، نفس المرجع، ص 148.

ومن بين هذه الأحكام، حكمها رقم 497 لسنة 1988 المتعلق بفحص قانون صدر عام 1974 يحدد مبلغا من المال في إطار المساعدة الاجتماعية ضد البطالة، حدد المشرع 800 ليرة لليوم الواحد، وقد ذهب القاضي إلى أن القيمة المحددة من قبل المشرع قليلة ولا تعين الأفراد على توفير حاجاتهم بصورة كافية ملائمة، وبالتالي يكون هذا التنظيم متعارضا مع الدستور، وذلك استنادا إلى قيمة العملة في ذلك الوقت، حيث كانت تتسم بالانخفاض، وأن المشرع أغفل معالجة هذه المسألة بعدم وضع جدول يلاءم تطور سعر العملة مستقبلا .

ومن خلال هذا الحكم لم يكن القاضي الدستوري قد تعدى على السلطة التقديرية للمشرع، لأن المحكمة لم تحدد القيمة الفعلية لإعانة البطالة ولكنها حددت المبدأ الذي على المشرع إتباعه، وهو مراعاة هذا الأخير لعامل الزمن بمعنى مراعاة تقلبات سعر العملة ، والذي يتعين عليه أن يضعه في اعتباره بمناسبة تنظيم هذا الموضوع مستقبلا (1) .

وبهذا تكون المحكمة الألمانية قد أوجدت حلا وسطا يراعي من جهة السلطة التقديرية للمشرع وعدم الاصطدام بهذا الأخيرة، ومن جهة كفالة احترام المشرع لأحكام الدستور.

4- أما المجلس الدستوري الفرنسي فلم يرغب عنه هذا الأسلوب، فقد أصدر قرارا في 27 يوليو 1982<sup>(2)</sup> تطلب فيه تعددية المعلومات والبرامج التي تبث بواسطة الإذاعة و التلفزيون وتجنب انحصار هذا البرامج في مجال واحد، وترتيباً على ذلك صدر قراره رقم 86-217 الصادر في 19 سبتمبر 1986 قضى فيه المجلس بعدم تطابق المواد 39، 41 من القانون المتعلق بحرية الاتصالات مع الدستور لعدم مراعاته لمبدأ التعددية في مجالات الاتصالات السمعية والبصرية ، وقد جاء في حيثيات هذا القرار أنه : (طبقاً لنص المادة 34 من الدستور (يحدد القانون القواعد التي تخص .... الضمانات الممنوحة للمواطنين لممارسة الحريات العامة)

ومن حيث أنها وبسبب عدم كفاية القواعد التي تضمنتها المادتان 39، 41 من القانون الخاضع للرقابة للحد من الاتفاقات التي من شأنها إهدار مبدأ التعددية ، يكون المشرع قد تنكر لاختصاصه الوارد بالمادة 34 من الدستور، ومن حيث أن حاصل ذلك وسبب ما أصاب القانون من نقص يمكن أن تنشأ داخل كل قطاع جغرافي واحد تحالفات متعددة ليس فقط في مجالات الاتصالات السمعية والبصرية وإنما في مجال الاتصالات بوجه عام، والتي تعد الاتصالات السمعية والبصرية عنصراً أساسياً من عناصرها، ومن حيث أنه والحالة هذه فإن أحكام المواد

<sup>1</sup> أورده عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 152.

<sup>2</sup> أورده محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص 193.



39، 41 لا تكفي في ذاتها للحفاظ على التعددية بالمعنى السابق لا في مجال الاتصالات السمعية والبصرية ولا في مجال الاتصالات بوجه عام، وبالتالي وجب إعلان عدم تطابق المادتين 39، 41 من القانون الخاضع للرقابة مع الدستور ) .

5- أما فيما يتعلق المحكمة الدستورية المصرية العليا فقال بشأنها الأستاذ عبد الحفيظ علي الشيمي: "أنا نستطيع القول أن المحكمة قد تبنت هذه الطريقة ، ولكن ليس بصورة كاملة كما فعلت المحكمة الدستورية بكل من إسبانيا وألمانيا وإيطاليا" (1) .

ولعل لجوء القاضي الدستوري إلى هذا الأسلوب من الأحكام لمعالجته الإغفال التشريعي له ما يبرره، ذلك أنه يجد نفسه أمام انعدام مادي كلي للقاعدة القانونية التي يوقع عليها رقابته، الذي يفرض عليه حد التوقف عند الكشف عن حالة السكوت التشريعي مع إمكانية تضمين أحكامه ما يفيد دعوة المشرع لممارسة اختصاصه الدستوري أو توجيهه ببعض المبادئ التي يستند عليها لمعالجة حالة السكوت هذه، دون أن يكون له سلطة خلق قاعدة قانونية لم تكن موجودا أصلا، لأنه بهذا التصرف لا يكون مشرعا مساعدا وإنما مشرعا أصليا، وهو اعتداء صريح على الاختصاص الأصلي للمشرع بالتشريع وتعديل غير مبرر لقواعد توزيع الاختصاص الدستورية .

خلاصة ذلك، أنه يتبين لنا مما تقدم كيف اختلفت الأحكام الصادرة عن هيئات الرقابة الدستورية لإدانة الإغفال التشريعي، وكيف اختلفت طرق معالجته، يبقى البحث عن حجية هذه التفسير الذي انتهجه القاضي الدستوري، ثم موقف المشرع من هذا التفسير، وكيف نظر إليه ؟ خاصة وأن المعالجة في هذه الحالة تتعلق بالانعدام الجزئي والكلي للقاعدة القانونية، ومحاولة القاضي الدستوري سد هذا الفراغ، وهنا يطرح مشكل الاصطدام مع مبدأ الفصل بين السلطات، والسلطة التقديرية للمشرع، وهو ما سوف نظهره في المطلب الثاني الموالي .

### المطلب الثاني

#### حجية الأحكام والقرارات الصادرة بإدانة الإغفال التشريعي وموقف المشرع منها

وضحنا فيما سبق نوعية الأحكام والقرارات الصادرة بإدانة الإغفال التشريعي في صورتيه، سواء أن كان هناك نقص تشريعي، أو حالة الانعدام الكلي للنص التشريعي، وبيننا أن اختلاف سلوكيات المشرع أثرت في نوعية الأحكام التي ينطق بها القاضي الدستوري . كما وضحنا أن

<sup>1</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 154.

هذا النوع من الرقابة قد تنص عليه الدساتير صراحة وقد تسكت عنه ، و كل هذا من شأنه أن يؤثر في القيمة القانونية لهذه الأحكام، زيادة على طبيعة العلاقة الحساسة بين هيئة الرقابة الدستورية والسلطة التشريعية التي قد تجعل من هذه الأحكام فارغة من أي قوة إلزامية لها، دون أن ننسى أصل الموضوع في حد ذاته وهو أن مسألة التشريع وملاءمته من تقديرات هذا الأخير، مما يجعل من هيئة الرقابة مجرد مستشارا له، كما أن هذه الأحكام قد تشكل سلطة على سلطة المشرع عندما توجه له أمرا بضرورة التدخل خلال المدة الزمنية التي تحددها المحكمة الدستورية، وفي هذه الحالة ما هو موقف المشرع من هذه الأحكام؟ وهل أن نوعيتها قد تؤثر في قيمتها وحجبتها القانونية ؟

نجيب على هذه الأسئلة في فرعين، نتناول في الأول: القيمة القانونية للأحكام والقرارات الصادرة بإدانة الإغفال التشريعي، والثاني : لموقف المشرع منها.

## الفرع الأول

### القيمة القانونية للأحكام والقرارات الصادرة بإدانة الإغفال التشريعي

قبل التطرق للقيمة القانونية للأحكام والقرارات الصادرة بإدانة الإغفال التشريعي، لا بأس في أن نخرج على حجية هذه الأحكام والقرارات الصادرة عن هيئة الرقابة الدستورية عند إعمال رقابتها على الأعمال التشريعية ( السلوك الايجابي للمشرع ).

### أولا : حجية الأحكام والقرارات الصادرة عن هيئة الرقابة الدستورية

بالرجوع إلى أنظمة الرقابة الدستورية في الدساتير المقارنة نجد أنها تجمع على إضفاء القيمة الإلزامية للأحكام والقرارات الصادرة عن هيئة الرقابة الدستورية وذلك بالنص عليها ضمن أحكامها أو القوانين المنظمة لاختصاصات هذه الهيئة الرقابية من ذلك مثلا :

1- ما نصت المادة 48 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1989 من أن: " أحكام المحكمة و قراراتها نهائية وغير قابلة للطعن " ، يستفاد من أحكام هذه المادة أن أحكام المحكمة الدستورية نهائية وغير قابلة للطعن بالطرق المقررة قانونا<sup>(1)</sup>، أما المادة 49 من نفس القانون فقد أشارت هي الأخرى إلى أن أحكام المحكمة الدستورية في الدعاوي الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة، على أن تنشر هذه الأحكام في الجريدة

<sup>1</sup> لمزيد من الشرح أنظر محسن خليل ، القانون الدستوري ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 1996، ص486.

الرسمية، وذلك خلال خمسة عشر يوم ا على الأكثر من تاريخ صدورها، ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم نظرا لدورها القاعدي و الانشائي للقواعد قانونية قضائية<sup>(1)</sup>.

أما إذا تعلق هذا الحكم بنص جنائي فإن آثار الحكم لا تتعلق بالمستقبل فقط، بل تمتد إلى الوقائع السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص الجنائي، وهذا ما استقر عليه القضاء واستخلصه من أحكام المادة 49.

ومما ذهب إليه الفقه المصري عند تعليقه على أحكام المادة 49 السابقة الذكر، هو إعطاء الحجية المطلقة للحكم الصادر بعدم دستورية النص القانوني أو اللائحي، بمعنى أن حجية هذا الحكم لا تقتصر على أطراف النزاع وعلى الدعوى المطروحة فقط. ومن ثم فإن النزاع بشأن دستورية هذا النص تنقضي بصفة نهائية ولا يجوز إثارتها بعد ذلك إذا ما أثبتت في نزاع آخر، ويستشف من ذلك أن هذا الحكم يلزم جميع المحاكم سواء العادية أو الإدارية<sup>(2)</sup>، وهو ما وضحته المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في 17 مارس 1984 بقولها "الدعاوي الدستورية بطبيعتها دعاوي عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية -المطعون فيها بعيب دستوري- تكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوي التي صدرت فيها، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وتلتزم بها جميع سلطات الدولة سواء كانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأساس... والرقابة القضائية على دستورية القوانين التي اختصت بها المحكمة الدستورية العليا دون غيرها هي رقابة شاملة تمتد إلى الحكم بعدم دستورية النص فتلغي قوة نفاذه أو إلى تقرير دستوريته وبالتالي سلامته من جميع العيوب وأوجه البطلان"<sup>(3)</sup>.

وبناء على هذا الحكم تلتزم السلطة التشريعية بإلغاء النص القانوني الذي قضى بعدم دستوريته وكذلك تعديل تشريعاتها النافذة على ضوء ما قضى به الحكم إذا كانت هناك علاقة بين أحكام هذه التشريعات والنص المقضي بعدم دستوريته، وعليها أيضا أن تراعي هذا الحكم بالنسبة لما تضعه من تشريعات في المستقبل<sup>(4)</sup>، كما تلزم السلطة التنفيذية هي الأخرى بهذا

<sup>1</sup> للاستزادة أنظر محسن خليل ، القانون الدستوري، مرجع سابق ،ص 486.

<sup>2</sup> ابراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، مرجع سابق ،ص 467.

<sup>3</sup> أورده محسن خليل، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 477.

<sup>4</sup> ابراهيم عبد العزيز شيحا، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2003، ص 356.

الحكم إذا كان النص المقضي بعدم دستورية نص لا ئحي، وذلك إما بإلغائه أو تعديل اللوائح التي لها علاقة به، كما يجب عليها مراعاته عنه وضعها للوائح مستقبلا<sup>(1)</sup>.

لكن ما تجب الإشارة إليه في هذا الصدد هو أن السلطة التشريعية، وبالرغم من هذا الحكم إلا أنها في بعض الأحيان لا تتعامل مع ما قضى به القاضي الدستوري بحسن نية، خاصة إذا تعلق هذا الحكم بسلطة عامة أخرى موازية أو تعلق بها. فيما تتبناه وتعمل على تنفيذه إذا كان يتعلق بعلاقات الأفراد<sup>(2)</sup>، بل أن السلطة التشريعية أقرت مبدأ هام فيما يتعلق بذلك ومفاده هو أن المجلس التشريعي سيد قراره أي أنه صاحب الكلمة الأخيرة في كل ما يخصه<sup>(3)</sup>.

2- وفي النظام الدستوري الفرنسي فإن نفس الحجية تتمتع بها قرارات المجلس الدستوري الفرنسي وهو ما أقرته المادة 1/62 من الدستور الفرنسي من أنه: (يترتب على إعلان المجلس عدم دستورية القانون استحالة إصدار هذا القانون أو تطبيقه).

كما تتمتع قراراته بالطابع النهائي وغير قابلة لأي طعن، وهي ملزمة للسلطات العامة سواء الإدارية أو القضائية وهو ما نصت عليه المادة 2/62، من أن تتمتع هذه القرارات بالحجية المطلقة.<sup>(4)</sup>

3- وفي النظام الدستوري الجزائري لا تختلف هذه الحجية عن حجية قرارات وآراء المجلس الدستوري الجزائري، وذلك استنادا لما تنص عليه المادة 168 والمادة 169 من الدستور، والمادة 54 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الصادر في 3 ماي 2012<sup>(5)</sup>، التي تنص على أنه " آراء وقرارات المجلس الدستوري نهائية و ملزمة للكافة "

وأكد المجلس هذا الطابع في قراره رقم 01/95 المؤرخ في 6 أوت 1995 المتعلق بدستورية البند السادس من المادة 10 من قانون الانتخابات<sup>(6)</sup>، بأن قراراته تكتسي الصبغة النهائية وذات

<sup>1</sup> نفس إبراهيم عبد العزيز شيحا، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 357.

<sup>2</sup> إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 593.

<sup>3</sup> محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008، ص 232.

<sup>4</sup> محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 232.

<sup>5</sup> الجريدة الرسمية العدد 26.

<sup>6</sup> الجريدة الرسمية العدد 26.

النفاز الفوري، وتلزم كل السلطات العمومية فهي تتسم بقوة الشيء المقضي فيه، وتلزم السلطات ذات التشريعية والتنفيذية والقضائية. (1)

وبناء على ما سبق ، يمكننا أن نتساءل أنه إذا كانت الأحكام والقرارات الصادرة عن هيئة الرقابة الدستورية عند بسط رقابتها العادية على الأعمال التشريعية (السلوك الايجابي) تتمتع بهذه الحجية، فهل تتمتع الأحكام والقرارات الصادرة عن نفس الهيئة والتي تدين فيها سكوت المشرع أو حالات الإغفال التشريعي بنفس القيمة ؟

### ثانيا : حجية القرارات والأحكام التي تدين حالات الإغفال التشريعي

تختلف حجية الأحكام الصادرة عن رقابة الدستورية على الإغفال التشريعي عن رقابة الدستورية العادية على الأعمال التشريعية، والسبب في ذلك هو طبيعة الأحكام الصادرة وطبيعة المعالجة التي ينتهجها القاضي الدستوري، ونقصد بذلك المنهج التفسيري المتبع الذي يختلف من حيث الطبيعة عن المنهج المتبع من طرف هذا الأخير في رقابته العادية، نظرا لأن هذا المنهج في هذه الحالة قد يتعرض حتى لشرعية المحاكم الدستورية. والمشكلة التي تطرح في هذه الحالة هي موضوع وآثار رقابة الدستورية التي تنصب على بطلان أو تحليل قرارات المشرع التي تصدر تعبيرا عن الإرادة العامة ومنه عن السيادة الوطنية من جهة (2)، والاصطدام بمبدأ الفصل بين السلطات من جهة أخرى .

بالإضافة إلى نوعية الأحكام، ف انطلاقا مما سبق توضيحه فيما يتعلق بالأحكام والقرارات الصادرة عن القاضي الدستوري التي يدين فيها سكوت المشرع، يمكن القول أن مواقف هذا الأخير اختلفت وعلى ذلك اختلفت الأحكام التي ينطق بها، فهناك من الأحكام التي اقتصر فيها على مجرد الكشف عن وجود إغفال تشريعي مع إخطار السلطة التشريعية ودعوتها للتدخل التشريعي مما يؤدي إلى التقليل من فعاليتها وجعلها رهن الإرادة السياسية للمشرع . وقد شبه الأستاذ عبد الحفيظ علي الشيمي هذا بمرحلة الإدارة القضائية قبل أن يتحول مجلس الدولة

<sup>1</sup> أشار إليه خالد دهنه، مقالة بعنوان: أساليب عمل المجلس الدستوري في مجال رقابة المطابقة للدستور رقابة الدستورية، مرجع سابق، ص 52.

<sup>2</sup> محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص 226.

الفرنسي إلى جهة قضائية حقيقية، كما اعتبر الأحكام الكاشفة تقلل من هيبة وقدسية القضاء الدستوري مع ترجيح الكفة لصالح المشرع<sup>(1)</sup>.

وقد انتقد الفقه البرتغالي النظم القانونية التي تبنت الأحكام الكاشفة لإدانة الإغفال التشريعي، لأنها تكفي بالكشف عنه وإخطار السلطة التشريعية به، مما يجعل دورها غير فعال لرد المخالفة الدستورية، لأن القاضي في هذه الحالة لا يملك أن يحكم بعدم دستورية مسلك المشرع، وإنما مجرد توجيه دعوة إليه لكي يباشر اختصاصه، ونظرا لعدم فعاليتها، فإن مصير طلبات القاضي الدستوري تبقى حبيسة أدراج السلطة التشريعية، بل ويحكم عليها بالموت<sup>(2)</sup>، وهنا يمكن القول أن هذا النوع من الأحكام يفتقد إلى القوة الإلزامية التي تتمتع بها الأحكام الصادرة عن هيئة الرقابة الدستورية، و بالتالي تغليب فكرة رفض الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع وصلاحياته في تقدير ملاءمة التشريع التي نادى به الاتجاه الفقهي الراض للرقابة على السكوت التشريعي التي سبقت الإشارة إليه في موضع سابق هذا البحث<sup>(3)</sup>.

ويرى الأستاذ عبد الحفيظ علي الشيمي أن هذا الوضع سبق وإن عانت منه المحكمة الدستورية العليا المصرية، وأكبر دليل على ذلك أن هذه الأخيرة سبق وإن وجهت دعوة للمشرع منذ عام 1985 لكي يتدخل لتعديل القوانين السابق صدورها قبل تعديل المادة الثانية من الدستور لتصبح أكثر اتفاقا مع الدستور ولم يحدث ذلك إلى حد الساعة<sup>(4)</sup>، حيث وجهت المحكمة هذه الدعوة في حكمها الصادر في 4 ماي 1985، "حيث أنه- بعدما تم تعديل المادة الثانية من الدستور سنة 1980، وأصبحت بموجب هذا التعديل الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع- فإن هذا التعديل الدستوري يوجب على المشرع أمرين : الأول: تقيده مستقبلا بأحكام الشريعة الإسلامية فيما يصدره من تشريعات، و الثاني : أن يقوم المشرع بمراجعة التشريعات الصادرة قبل التعديل لتوفيقها مع الشريعة الإسلامية وإزالة أي مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية"<sup>(5)</sup>، إلا أن المشرع لم يفي بهذا الالتزام، وهنا تكون المحكمة الدستورية قد انتهجت نفس الخيار الذي تبناه المشرع الدستوري في البرتغال والبرازيل، حيث اقتصر دورها

<sup>1</sup> أنظر مؤلفه، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 184.

<sup>2</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 184.

<sup>3</sup> أنظر الفصل الأول من هذا البحث، ص 31.

<sup>4</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 185.

<sup>5</sup> أورده عبد الحفيظ علي الشيمي، نفس المرجع، ص 125.

على الكشف عن الإغفال التشريعي وإخطار المشرع به دون أن تفرض عليه مدة زمنية معينة للوفاء بالتزامه الدستوري مما يفقد حكمها الطبيعة الإلزامية<sup>(1)</sup>.

أما فكرة الأحكام الإيعازية لم تسلم هي الأخرى من الانتقاد، وذلك لإخلالها بمبدأ التوازن القائم بين السلطتين التشريعية والقضائية لصالح القاضي الدستوري، وإن كانت في النهاية سلطة التقرير بيد السلطة التشريعية من حيث الاستجابة لقرار القاضي الدستوري وكيفية التدخل التشريعي، إلا أن هذه السياسة القضائية تبقى تشكل خطراً على السلطة التشريعية<sup>(2)</sup>، وتكمن هذه الخطورة في إمكانية توجيه القاضي الدستوري أوامر للمشرع ويشبه هذا الوضع القاضي الإداري الذي يمكنه توجيه أوامر للإدارة، مما قد يؤثر على سلطة الملاءمة التي يملكها المشرع.

أما الأحكام المضيفة فإنها تشكل اعتداء صريحاً من القاضي الدستوري على اختصاص سلطة البرلمان من جهة، وانتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات من جهة أخرى، ذلك لأن هذا الأخير بتصرفه هذا أصبح كأنه غرفة تشريعية ثالثة، تاركا بذلك وظيفته التقليدية باعتباره مشرعاً سلبياً ليصبح مشرعاً حقيقياً<sup>(3)</sup>.

وفي هذا الصدد نشير إلى أن الفقه الإيطالي حاول الدفاع عن فكرة الأحكام المضيفة ضد ما وجه لها من انتقادات، وأهم ما قاله في هذا الصدد: ( أن القاضي الدستوري لا ينشئ القاعدة القانونية بحرية كما يفعل ذلك المشرع، وإنما يتمثل عمله في تمديد القاعدة القانونية الموجودة لتشمل ما أغفله المشرع بمعنى سلطته مقيدة بالقاعدة القانونية موضوع الرقابة).<sup>(4)</sup>

ويبدو أن هذا التبرير صائب لأن القاضي الدستوري لم يحدث قاعدة قانونية من العدم وإنما قام بتوسيع مدى هذه القاعدة لتستغرق الحالات المماثلة بناء على ما تنص عليه أحكام الدستور، بمعنى أن هذه القاعدة تضمنتها القاعدة القانونية الصريحة في فحواها والقاضي الدستوري لم يخلقها بداءة وإنما أخرج هذه القاعدة إلى الواقع، بمعنى آخر أن هذه القاعدة كانت موجودة ولكنها غير ظاهرة فقام هذه الأخير بإظهارها، وما يبرر هذا الرأي هو طريقة معالجة القاضي الدستوري لحالة السكوت التشريعي الكلي، فهو لم يقم في هذه الحالة بوضع قواعد قانونية لم

<sup>1</sup> نفس المرجع ص 125

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 176.

<sup>3</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 176.

<sup>4</sup> نفس المرجع، ص 176.

تكن موجودا أصلا وإنما اكتفى إما بمجرد الكشف عن هذا الإغفال أو توجيه دعوة لصاحب الاختصاص الأصلي بالتشريع للتدخل و سد هذا الفراغ التشريعي.

ويرجح الأستاذ عبد الحفيظ علي الشيمي -من بين صور الأحكام الصادرة لمعالجة الإغفال التشريعي- الأحكام الكاشفة عن الإغفال التشريعي مع الحكم ببطلان النص الضمني غير الدستوري *Le jugement ablatif*، و حجته في ذلك أنها تتفق مع وظيفة القاضي الدستوري من جهة، وتحافظ وتبقي على توازن العلاقة بين السلطة التشريعية وبين القاضي الدستوري من جهة أخرى، وذلك لأنها لا تمس بالسلطة التقديرية للمشرع، مما يجعلها في منأى عن إهمال المشرع وهي تعادل تماما الرقابة على النصوص الصريحة.<sup>(1)</sup>

بناء على ما سبق وتقييما لآلية معالجة القاضي الدستوري لسكوت المشرع من خلال أحكامه والتي سبق توضيحها، فإن دور القاضي الدستوري لا يعدو أن يكون دور استشاريا للمشرع<sup>(2)</sup>، وذلك لأنه لا يستطيع أن يلزمه باتخاذ موقف معين، بمعنى أنه لا يلزمه بملء الفراغ التشريعي، فهو يكفي إما بالكشف عن وجود إغفال تشريعي أو دعوة البرلمان لاتخاذ الإجراءات الضرورية لتنفيذ النص الدستوري . ولعل السبب المهم في ذلك هو أن هذا الأخير يملك السلطة التقديرية في التشريع من حيث تقدير الملاءمة الاجتماعية والسياسية لسن القانون أي تقدير الظروف والمعطيات وتقييمها ، لذلك يمكن القول أن أحكام القاضي الدستوري عند معالجته لسكوت المشرع تفتقد للقيمة الإلزامية التي تتمتع بها الأحكام التي يصدرها هذا الأخير عند بسط رقابته على الأعمال التشريعية .

بينما نجد الأمر غير ذلك في القانون المجري، الذي لا يكتفي فيه القاضي الدستوري بمجرد الكشف عن وجود إغفال تشريعي أو دعوة البرلمان لسد الفراغ التشريعي - وبالتالي ترك الأمر أولا وأخيرا في يد السلطة التشريعية- وإنما ذهب إلى أبعد من ذلك، وذلك بنصه على المدة المحددة التي يتعين فيها على السلطة التشريعية أن تتدخل بالتشريع، وهي المدة المحددة في حكم المحكمة الدستورية، وهو ما تضمنته المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية المجرية رقم 32 لسنة 1989 بقولها عنها:

Elle invite l'organe en manquement ,en lui fixant un délai , à remplir sa mission.

<sup>1</sup> نفس المرجع ،ص 177.

<sup>2</sup> نفس المرجع ، ص 178.



لذلك يجب على البرلمان الانصياع لهذه الأحكام والتدخل بالتشريع في المدة التي حددتها المحكمة (1).

أما فيما يتعلق بحجية المنهج التفسيري في فرنسا، فنقول الأستاذة Olivier Dutheillet عضو المجلس الدستوري الفرنسي بشأنها أنه: (خلال الأعوام العشرة الأخيرة رفضت الحكومة والبرلمان بعض قرارات المجلس الدستوري مما دفعهما إلى المطالبة بتعديل الدستور حتى يمكن تجاوز هذا الطريق المسدود) (2)، واستشهدت ببعض قرارات المجلس الدستوري التي حدث بشأنها خلاف ترتب عليه تعديل الدستور الفرنسي. ومن ذلك ما حدث عام 1993 وعقب النقص الجزئي لتعديل الحق في اللجوء المرتبط بتطبيق اتفاقيات Schengen صدر القرار رقم 93-325 الصادر في 13 أوت 1993 وترتب عليه تعديل الدستور في 25 نوفمبر 1993. (3)

وتقول بشأن العلاقة بين المحاكم الدستورية والسلطات الأخرى: ( أن ما بين المحاكم الدستورية والسلطات الأخرى من توتر يعتبر ظاهرة صحيحة بل ومأمولة، لأن الانتقاد يلعب دوره هنا في فرض الحراسة على حراس الدستور أنفسهم، و أن بعض العناصر تلعب دورها في تأجيج هذا التوتر بين المحكمة الدستورية و السلطات الأخرى، و من بين هذه العناصر يميز هذان الجانبان حجية التفسير الدستوري في مواجهة الدولة و التصور الخاص بمبدأ الفصل بين السلطات الذي يعتبر أحد العناصر الهامة التي تحدد حجية التفسير الدستوري) (4).

وعليه، إذا كانت الأحكام والقرارات التي يصدرها القاضي الدستوري عند إدانته لسكوت المشرع تبقى في النهاية بيد السلطة التشريعية فكيف تعاملت هذه الأخيرة معها مادامت تفنقد للقيمة الإلزامية؟

## الفرع الثاني

### موقف المشرع من الأحكام والقرارات التي تدين الإغفال التشريعي

<sup>1</sup> للزيد من الشرح أنظر عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 47.

<sup>2</sup> أورده محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص 227، نقلا عن Olivier Dutheillet, l'autorité de l'interprétation constitutionnelle . <http://www. Conseil constitutionnel/ fra.p6>.

<sup>3</sup> أورده محمد فوزي نويجي، نفس المرجع، ص 228، نقلا عن Olivier Dutheillet, op . cit , p 6.

<sup>4</sup> محمد فوزي نويجي، نفس المرجع، ص 228، نقلا عن Olivier Dutheillet, op . cit , p 6.

توصلنا في الفقرات السابقة إلى أن القاضي الدستوري لا يمكنه أن يلزم السلطة التشريعية التي تملك السلطة التقديرية في التشريع بأحكامه، بل يكفي إما بالكشف عن وجود حالة الإغفال التشريعي، أو أنه يدعوها للتدخل بالتشريع، وفي النهاية يبقى الأمر بيد هذه الأخيرة، وهذا بسبب حساسية العلاقة بين سلطات القاضي الدستوري والسلطة التشريعية .

وقد تفادت المحكمة الدستورية المصرية منذ أول أحكامها حساسية السلطة التشريعية عند تنفيذ أحكامها<sup>(1)</sup>، حيث لم تخرج هذه الأخيرة عن وظيفتها التقليدية وهي الرقابة على دستورية القوانين، على عكس ما ذهب إليه القضاء الدستوري الأوروبي الذي خاطب السلطة التشريعية بضرورة تنفيذ أحكامه، وإذا لم تفعل ذلك خلال مدة معقولة لتفادي الإغفال التشريعي، فإن القاضي الدستوري لا يكون أمامه سوى الحكم بعد دستورية الإغفال التشريعي<sup>(2)</sup>.

لكن ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا المصرية لمواجهة تباطؤ المشرع في أعمال حكمها لتفادي الإغفال التشريعي كان واضحا، ففي حكمها الصادر في عام 1993 وضعت هذه الأخيرة مبدأ قانوني هام فيما يتعلق بتنفيذ أحكامها الصادرة بعدم الدستورية، حيث حددت في البداية حرصها على كفالة استقلال السلطتين التشريعية والتنفيذية من حيث عدم جواز حملها على التصرف أو التدخل في زمن معين، أو على نحو معين، لإقرار قانون أو إصدار قرار بقانون في موضوع معين وأن قعودها عن ذلك لا يعتبر بمثابة عقبة قانونية تحول بذاتها دون إنفاذ أحكام المحكمة الصادرة في المسائل الدستورية.

ففي هذا الحكم المهم ذهبت إلى أن: " إقرار قانون أو قرار بقانون في موضوع معين هو مما تستقل السلطان التشريعية والتنفيذية بتقديره وفقا لأحكام الدستور، ولا يجوز بالتالي حملها على التدخل في زمن معين، أو على نحو ما، كذلك فإن قعودهما عن إقرار تنظيم تشريعي في هذا النطاق لا يعتبر بمثابة عقبة قانونية تحول بذاتها دون إنفاذ الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية وفرضها على المعارضين لها لضمان النزول عليها بل يعتبر موقفا سلبيا لا يكشف عن إجراء يناهض مضمونها."<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 184.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 185.

<sup>3</sup> راجع هذا الحكم في رقم 243 لسنة 21 المشار إليه في الفصل الأول ص 23 من هذا البحث .

ويستخلص من هذا الحكم المبادئ القانونية التي تناقض تماما ما ذهب إليه القضاء الدستوري الأوروبي في غالبية أحكامه المعالجة للإغفال التشريعي نلخصها في الآتي (1):

1- أن أحكام المحكمة الدستورية العليا نافذة في مواجهة السلطات العامة، وهو ما تنص عليه كافة القوانين التي تنظم الرقابة على دستورية القوانين .

2- أن أحكام المحكمة نافذة في مواجهة السلطة التشريعية، و لو لم تتدخل هذه السلطة بإقرار تشريعي إعمالا للحكم الصادر بعدم الدستورية.

3- إن تنفيذ الحكم بعدم دستورية الإغفال التشريعي يرتب أثره في الحال ودون تحويل المشرع مدة زمنية معقولة كما ذهب إليه القضاء الدستوري الأوروبي في بعض أحكامه عند معالجة الإغفال التشريعي .

4- أن صمت أو سكوت المشرع لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية لا يناهض مضمون الحكم، ومن ثم إنهاء العمل بالنص التشريعي الضمني المخالف للدستور .

من هنا، ووفقا لهذا الحكم الذي يعبر عن سياسة المحكمة الدستورية العليا نستطيع القول إنها استطاعت أن تتجنب حساسية السلطة التشريعية، لاسيما ما تتمتع به من سلطة تقديرية مستندة على النصوص القانونية التي تنص على إلزامية أحكامها لجميع السلطات العامة وللکافة .

لكن الأستاذ محمد فوزي نويجي له رأي مخالف فيما يتعلق بمدى انصياع المشرع للأحكام التفسيرية التي تصدر عن القضاء الدستوري، واستنتج أن السلطة التشريعية يمكن أن تمتنع عن تنفيذ الحكم التفسيري و يكون ذلك بلحد الأسلوبين التاليين (2):

**الأول:** أن تقوم السلطة التشريعية بإصدار قانون تفسيري مخالف للتفسير الذي إنتهت إليه المحكمة الدستورية العليا في حكمها، وفي هذه الحالة ينفذ التفسير الصادر عن السلطة التشريعية نظرا لأنها كما سبقت الإشارة إليه هي صاحبة الاختصاص الأصيل في التشريع والتفسير، ومن ثم لا ينفذ الحكم التفسيري الدستوري .

**الثاني:** إذا أصدر البرلمان تشريعات تفسيرية لنصوص لا يختص بتفسيرها مثل نصوص الدستور أو اللوائح العادية وكانت متعارضة مع التفسير الدستوري فيجب في هذه الحالة الأخذ بالتفسير الدستوري دون التشريعي .

<sup>1</sup>عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص186.

<sup>2</sup>للاستزادة أكثر أنظر محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص 237.

وطرح التساؤل التالي: ماذا لو امتنعت السلطة التشريعية في الحالة التي تكون ملزمة فيها بالأخذ بالتفسير الدستوري: هل يترك الأمر هكذا أم أن هناك وسيلة معينة يمكن بها إجبار السلطة التشريعية على الأخذ بهذا التفسير؟

يجيب الفقه المصري على هذا التساؤل، بأنه لا توجد في هذه الحالة وسيلة قانونية يمكن من خلالها إجبار السلطة التشريعية على الأخذ بالتفسير الدستوري، وفي هذه الحالة تتصدع العلاقة بين السلطة التشريعية والهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية ويؤدي الأمر إلى حدوث أزمة سياسية بينهما. (1)

وفي سبيل ذلك، وأمام تقاعس السلطة التشريعية عن تدخلها لسد الفراغ التشريعي غير الدستوري، الذي وصف به موقفها وموقف السلطة التنفيذية بأنه موقف سلبي لا يمكنه أن يكون مناهضا لمضمون أحكام المحكمة الدستورية العليا، لما تتمتع به أحكامها من حجية في مواجهة السلطات العامة والكافة، فقد ذهبت إلى أن محكمة الموضوع هي التي تتولى بنفسها إنزال قضاء المحكمة الدستورية العليا على المسألة المنظورة، على أساس أن حكم المحكمة الدستورية العليا إنما يحدد بصورة قاطعة ونهائية القاعدة اللازمة للفصل في النزاع، والتي يتعين على محكمة الموضوع تطبيقها، كما أن إهدار الأحكام الصادرة بعدم الدستورية أو التقاعس عن عدم تنفيذها إنما ينحل إلى إنكار لحجيتها المطلقة ويشكل ركن الخطأ في المسؤولية التي يقوم الحق في التعويض بتوافر أركانها (2).

أخيرا فقد خلصت المحكمة الدستورية العليا في المبادئ التي وردت عنها في حكمها الصادر بتاريخ 19 يونيو 1993 إلى أنه: "لا حاجة في القول بأن تنفيذ الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية لن يكون ممكنا بغير التدخل التشريعي على النحو المنقذ بيانه، وذلك لأنه بالإضافة إلى الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية -أي كانت الجهة التي أصدرتها - من قبل المسؤولين عن أعمال مقتضاها يعد جريمة معاقبا عليها قانونا وفقا لنص المادة 82 من الدستور، فإن إهدار الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية أو التقاعس عن تنفيذها إنما ينحل إلى إنكار لحجيتها المطلقة، ويشكل ركن الخطأ في المسؤولية التي يقوم الحق في التعويض عنها بتوافر أركانها، ودون ما إخلال بالحق في اقتضاء تنفيذ قضاء هذه المحكمة عينا، كلما كان ذلك ممكنا، وكلا الأمرين -التعويض والرد - منوط بمحكمة الموضوع وحدها ولكل ذي الشأن - ولو لم يكن

<sup>1</sup> محمد فوزي نويجي، نفس المرجع، ص 238.

<sup>2</sup> أورده عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 188.

طرفا في الدعوى الدستورية- أن يقيم دعواه أمام محكمة الموضوع التي تتولى بنفسها إنزال قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن موافقة النصوص التشريعية العليا المطعون عليها لأحكام الدستور أو مخالفتها، إما أن يكون كاشفا عن صحتها منذ صدورها، أو مقررًا بطلانها وملغيا قوة نفاذها اعتبارا من تاريخ العمل بها، وهو بذلك يعتبر محددًا -وبصفة نهائية - للقاعدة القانونية اللازمة للفصل في النزاع الموضوعي، والتي يتعين على محكمة الموضوع أن تطبقها -دون تعديل في مضمونها - على العناصر الواقعية التي حصلت لها، وليس ذلك إلا إنفاذاً لقضاء المحكمة الدستورية العليا، والتزاما بإبعاده بإعمال أثره على الناس كافة دون تمييز، وبإخضاع الدولة بمضمونه دون قيد<sup>(1)</sup>.

ومن ثم، فإن المحكمة الدستورية العليا أعملت المبدأ القانوني المقرر بنص المادة 82 من الدستور والمادة 49 من قانون المحكمة في شأن تنفيذ الأحكام القضائية بصفة عامة، وأحكامها الصادرة بعدم الدستورية بصفة خاصة، وبالتالي فإن سكوت المشرع عن التدخل بالتشريع لإعمال حكم المحكمة الدستورية ومعالجة الإغفال التشريعي لا يحول دون تنفيذ هذا الحكم بما انتهت إليه المحكمة الدستورية، وهو ما يضع على عاتق المحاكم القضائية المختلفة تنفيذ حكم المحكمة الدستورية الذي انتهى إلى عدم دستورية الإغفال التشريعي.

وبهذا تكون المحكمة الدستورية العليا المصرية قد أوجدت طريقا آخر لمعالجة الإغفال التشريعي من جهة، ومعالجة تقاعس المشرع من تنفيذ أحكامها من جهة أخرى، وذلك دون أن تلجأ إلى تكملة النصوص القانونية كما فعل القضاء الدستوري الأوروبي على نحو يصبح فيه القاضي الدستوري متخليا عن وظيفته الأساسية ليشترك المشرع في وظيفته التشريعية .

<sup>1</sup> أورده عبد الحفيظ علي الشيمي ، نفس المرجع ،ص 189.

## خاتمة

عالجنا في الفصل الأول من هذا البحث الإغفال التشريعي كفكرة مستوحاة من نظرية السكوت في القانون الإداري، وتوصلنا إلى أنها حالة إحجام المشرع عن ممارسة اختصاصه الدستوري، ما يشكل تعديلا غير مبررا لضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية التي أصبحت تنافسه في الوظيفة التشريعية، ونقصد بها تلك الضوابط الموضوعية مسبقا من قبل المؤسس الدستوري، الذي لاشك أنه يصوغها وفقا لعدة اعتبارات تاريخية واجتماعية وسياسية وحتى الاقتصادية، بما يتفق مع ما تسمو إليه الجماعة . ويتعلق هذا الاختصاص بالالتزام القانوني للمشرع المتمثل في الالتزام بالتشريع، انطلاقا من مبدأ انفراد المشرع، وما يفرضه هذا المبدأ من ضرورة التدخل لسن القواعد القانونية العامة والمجردة لتنظيم المجتمع.

انطلاقا من هذا، نستنتج أنه بالرغم من إنفراد البرلمان بالتشريع إلا أن هذا لا يمنحه سلطة التعسف في هذا الاختصاص، لأن هذه الوظيفة اختصاص مخول بأحكام الدستور وليست حقا أو امتياز له، حتى وإن سلمنا له بالسلطة التقديرية، إلا أن هذا لا يمنحه سلطة التعسف في ممارستها، بل من واجبه أن يكون وفيما لتطلعات من وضعوا ثقنتهم فيه باعتباره اللسان الذي يعبر عن إرادة الشعب .

كما توصلنا إلى أن تخلي البرلمان عن ممارسة اختصاصه الدستوري سيؤدي الموضوعات التي تدخل ضمن اختصاصه بدون تنظيم، مما سيفسح المجال أمام تدخلات السلطة التنفيذية التي تم الاعتراف لها بقدر من التدخل في الوظيفة التشريعية، بل أصبحت تنافسه فيها، وذلك عن طريق إصدار اللوائح المستقلة وتنظيم الموضوعات بداءة فيما كان الأصل أن تصدر لوائح تنفيذية لقانون كان يفترض أن يضعه البرلمان لكنه لم يفعل ذلك، مما يؤثر على الحقوق والحريات الدستورية نظرا لوجودها دائما في اتجاه مضاد لسلطات الإدارة العامة، حتى وإن

كانت أعمالها خاضعة هي الأخرى لرقابة القاضي الإداري إلا أن هذه الأعمال تبقى في منأى عن رقابته لأنها ذات طابع تشريعي، كما نقلت من رقابة القاضي الدستوري، وإن كانت تخضع لرقابة البرلمان فهي رقابة ضعيفة لا يعول عليها، خاصة إذا كان الحزب الذي يحوز الأغلبية البرلمانية هو من نفس الحزب الذي يكون السلطة التنفيذية.

وفي نفس الوقت لا يجب اعتبار سكوت المشرع دائما مخالفة دستورية يجب قمعها فقد تحيط بهذا الأخير ظروف معينة تجعل من سكوته أمرا مبررا، فقد تطرأ ظروف معينة تستلزم تدخلا مباشرا من المشرع لكنه يبقى في حالة سكون مما يجعل موقفه غامضا، مثال ذلك ما يتعلق بملف المفقودين قسريا في الجزائر، وهم ضحايا العشرية السوداء فبالرغم من النداءات التي وجهتها الكثير من المنظمات الحقوقية الدولية للسلطات المعنية لتسوية ملف المفقودين إلا أن المسألة بقيت طي الكتمان، ومن هذه السلطات البرلمان الذي وجهت له العديد من الانتقادات لعدم إصدار قانون يعالج حقوق هذه الفئة من المجتمع وذويهم ، فيما يبقى سكوت المشرع مبررا بضرورات الأمن العام و الظروف السياسية السائدة .

أما الفصل الثاني فخصصناه للرقابة التي يمارسها القاضي الدستوري على سكوت المشرع على أساس مخالفته لسمو الدستور، فرقابة الدستورية لا تنحصر فيما صدر عن المشرع صراحة بل تشمل ما سكت عنه أيضا، وكلها سلوكات مخالفة لأحكام الدستور نظرا لسمو هذه الأخيرة على باقي القواعد القانونية المكونة للنظام القانوني للدولة من جهة، وعدم وفاءه بالالتزامات الإيجابية التي تفرضها عليه من جهة ثانية. مع الإشارة إلى أن هذه الرقابة قد نصت عليها بعض الدساتير المقارنة صراحة مثل الدستور البرتغالي، فيما اعتمدت على اجتهادات القاضي الدستوري في الدول التي لم تفعل ذلك مثل مصر وفرنسا.

إلا أن دور القاضي في معالجة الإغفال التشريعي تراوح بين القوة والضعف، فأحيانا يكون موقفه محتشما في بعض الدول فيشير إلى حالة الإغفال التشريعي فقط، بينما يكفي بتوجيه دعوة إلى البرلمان لممارسة اختصاصه في أحيان أخرى . فيما كان موقفه في بعض الدول الأخرى أكثر جرأة و قوة، حيث توصل إلى غاية وضع القاعدة القانونية أو استبدال بعض منها بأحكام أخرى أكثر انفاقا مع الدستور وهذا لتلافي عدم دستوريته، إعمالا لسلطته في التفسير المخولة له بأحكام الدستور أو بموجب القانون المنظم لاختصاصه الرقابي.

وما يلاحظ على هذا الدور للقاضي الدستوري هو أنه بالرغم من أنه وجد تقنية لمعالجة سكوت المشرع وتفاذي الحكم بعدم دستورية أعماله التشريعية وبالتالي عدم الاصطدام به، وذلك

عن طريق الإضافة إلى النص القانوني أو استبداله بقاعدة أخرى مطابقة للدستور، إلا أن موقفه هذا لا يخلو من التجاوز من جهة والمخاطرة من جهة ثانية، فالتجاوز يكون بمخالفته لقواعد الاختصاص الدستورية بأن يمارس هذا الأخير وظيفة التشريع التي ينفرد بها حسب الأصل البرلمان، لاسيما إن كانت الهيئة التي تمارس الرقابة الدستورية تابعة للسلطة القضائية، والمخاطرة تتمثل في أن يصبح القاضي الدستوري ونتيجة لتدخلاته المتكررة والمستمرة مشرعا أصليا بدلا من أن يكون مشرعا مساعدا أو يكتفي بالدور الاستشاري، كما أن هذا الدور من شأنه أن يرتب حالة من التضخم التشريعي، ويتعلق الأمر في هذه الحالة بالدول التي تسمع تشريعاتها للأفراد بإثارة المسألة الدستورية في حالة الإغفال التشريعي عن طريق الدفع كما هو الحال بالنسبة للتشريع المجري .

فبالرغم من أن القاضي الدستوري هو الحارس الذي توكل له مهمة حماية سمو القواعد الدستورية بما تتضمنه من تنظيم للسلطات العامة و توزيع للاختصاصات فيما بينها إضافة إلى حماية الحقوق والحريات الدستورية، إلا أن الدور الإنشائي للقاضي الدستوري يبقى أمرا مرفوضا - فزيادة على تعديده وظيفته الدستورية (الرقابة على دستورية القوانين) - فإن طريقة تكوينه وعمله لا تسمو به إلى قيمة المشرع الذي هو مكون بطريقة ديمقراطية ، فهو يمثل الشعب وبالتالي سوف يكون القانون تعبيراً عن إرادته، بينما يكون القاضي الدستوري معيناً، كما أن هذا الأخير وأن كفل مصلحة الفرد فإنه لا يكفل مصلحة الجماعة .

لكن هذا لا يعني إنكار كل دور للقاضي الدستوري في التعرض للسكوت التشريعي، وفي هذا وعلى سبيل المفاضلة بين أساليب وآليات معالجته لهذه الحالة، فيبدو أن أسلوب الأحكام التوجيهية هو الأسلوب الأمثل لمعالجة الإغفال التشريعي، بحيث يكتفي القاضي الدستوري بوضع وتحديد التوجيهات والمبادئ التي يعتمد عليها المشرع لتنظيم المسألة محل الإغفال دون أن ينم عن الإضافة أو استبدال القاعدة القانونية، ويكون بموقفه هذا قد وازن بين أمرين :

الأول: أنه تجنب الاصطدام بسلطة المشرع وعدم الاعتداء على اختصاصه مما يكفل حماية مبدأ الفصل بين السلطات.

والثاني: أنه مارس اختصاصه بما يحمي الحقوق والحريات الدستورية. لأن الإضافة والاستبدال تعد مصادرة لسلطة المشرع وغلا ليده عن ممارسة اختصاصه الدستوري، بمعنى يبقى دور القاضي الدستوري دورا استشاريا فحسب، إضافة إلى سلطته الرقابية في الإلغاء في حالة السلوك الإيجابي للمشرع في الحالات العادية لنظام الرقابة على دستورية القوانين.



## قائمة المراجع

أولاً: الكتب:

أ- كتب عامة:

- 1- إبراهيم عبد العزيز شيحا، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
- 2- أحمد فتحي سرور :
  - الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، طبعة 1999.
  - القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، سنة 2002.
- 3- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة الثانية متممة ومنقحة في ضوء القانون رقم 20-12، دار هومة، 2009.
- 4- بوكرا إدريس، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، دار الكتاب الحديث، 2003.
- 5- جعفر عبد السادة بهير الدراجي، التوازن بين السلطة والحرية في الأنظمة الدستورية - دراسة مقارنة- الطبعة الأولى، دار الحامد، 2008.
- 6- رمزي علي دراز، السكوت التشريعي في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، 2004.
- 7- سالم بن راشد العلوي، القضاء الإداري - دراسة مقارنة- الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.

8- سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.

9- سعيد بوشعير :

- النظام السياسي الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، بدون سنة نشر.
- القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الطبعة الرابعة منقحة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة نشر.

10- شطاب كمال، حقوق الإنسان في الجزائر بين الحقيقة الدستورية والواقع المفقود، دار الخلدونية ، 2003.

11- عبد الغني بسيوني، النظم السياسية، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002.

12- عبد الله بوقفة :

- أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري-دراسة مقارنة- دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2002.
- الدستور الجزائري، نشأة، تشريعا، فقها، طبعة مزيد ومنقحة، 2005.
- أساليب ممارسة السلطة في التنظيم الدستوري الجزائري -دراسة مقارنة- طبعة مزيدة ومنقحة، دار هومة للطباعة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

13- عبد الكريم علوان، النظم السياسية والقانون الدستوري، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.

14- عقيلة خرباشي العلاقة الوظيفية بين البرلمان والحكومة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة نشر.

15- عمر صادق ، دراسة في مصادر حقوق الانسان ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2005.

16- محسن خليل، القانون الدستوري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ، 1996.

17- محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، طبعة مزيدة ومنقحة، دار العلوم للنشر والتوزيع ، 2008.

18- محمد أمين الشوابكة، جرائم الحاسوب والانترنت، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2004

19- محمد رفعت عبد الوهاب:

- مبادئ وأحكام القانون الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون سنة نشر.
- القانون الدستوري والمبادئ الدستورية العامة، النظام الدستوري المصري، دار راوي، مصر، بدون سنة نشر.

20- محمد فوزي النويجي، فكرة تدرج القواعد الدستورية، دراسة تحليلية نقدية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

21- محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة- راجعه ونقحه محمد محمود عاطف طبعة مزيدة ومنقحة، دار الفكر العربي، 2006 .

22- مهند الطراونة، العلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية، الطبعة الأولى، دار الوراق للنشر، سنة 2009.

23- ميلود ذبيح، الفصل بين السلطات في التجربة الجزائرية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة نشر.

ب- كتب متخصصة:

1 -إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2003.

2 -رشيدة العام، المجلس الدستوري الجزائري، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2006.

3 عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - دراسة مقارنة- دار النهضة العربية، طبعة 2003.

4 عبد العزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1995.

5 عصام أنور سليم، موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون ، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000.

6 عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشرابي، الدعوى الدستورية، منشأة المعارف، الاسكندرية، طبعة 2002.

7 عزاوي عبد الرحمن :

• ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية - دراسة مقارنة في تحديد مجال القانون واللائحة - الجزء الأول، دار الغرب للنشر والتوزيع ، 2009.

• ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية - دراسة مقارنة- في تحديد مجال القانون و اللائحة - الجزء الثاني، دار الغرب للنشر والتوزيع ، 2011.

8 عوض المر، الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز جان ديون للقانون والتنمية ، 2003

9 محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008.

10 - عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع-دراسة مقارنة- دار الفكر العربي، 2001.

11- محمد فوزي النويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري -دراسة مقارنة - الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008.

ثانيا :الرسائل والمذكرات:

أ -باللغة العربية

1 -بركات أحمد، الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية في النظام الدستوري الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون عام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008.

2 -حافظي سعاد، الضمانات القانونية لتطبيق القواعد الدستورية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون عام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008.

3 -دايم نوال، القرارات الإدارية الضمنية والرقابة القضائية عليها - دراسة مقارنة- مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون عام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، أكتوبر 2010.

4 -طبيبي عيسى، طبيعة نظام الحكم في الجزائر على ضوء التعديل الدستوري 2008، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، 2010-

2011

5 يعيش مجيد، دور السكوت في التصرفات القانونية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008.

ب - باللغة الفرنسية :

- Anne Marie Ho Dihnhle, « vide juridique » et « le besoin de loi » Etude d'un enjeu politique, juridique et social , Mémoire pour l'obtention du master II de recherche en sociologie du droit, Session de septembre 2006 , Université Panthéon-Assas Paris II .

ثالثا:المجلات والدوريات:

1 خالد دهيته، مقالة بعنوان: أساليب عمل المجلس الدستوري في مجال رقابة المطابقة للدستور ورقابة الدستورية، مجلة الفكر البرلماني، نوفمبر 2006، العدد 14.

2 عزوي عبد الرحمن :

- مقالة بعنوان : فئة القوانين الجديد، القوانين العضوية النظامية وفقا للدستور الجزائري المعدل سنة 1996، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، سنة 2002.
- مقالة بعنوان: الرقابة على السلوك السلبي للمشرع : الإغفال التشريعي نموذجا، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2010، العدد 10.
- محاضرات في مقياس قانون التهيئة والتعمير، أقيمت على طلبة الماجستير، تخصص قانون عام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، دفعة 2010 / 2011.

3 عمار بوضياف، محاضرات في القانون الإداري، أقيمت على طلبة الدراسات العليا، الاكاديمية العربية، الدانمارك، 22 أكتوبر 2011.

4 -مراد بدران :

- مقالة بعنوان : الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة 124 من الدستور، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ، سنة 2000، العدد 2.
- مقالة بعنوان: ضوابط إنشاء القاضي الإداري للقانون، قضية بن خدة ضد وزير الداخلية نموذجا، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2010، العدد 10.

5 مسعود شيهوب، مقالة بعنوان: المبادرة بالقوانين بين المجلس الشعبي الوطني والحكومة، مجلة النائب، العدد 2.

6 -نبيل صقر، قراءة نقدية في دستورية التشريعات المقيدة للحريات في النظامين الجزائري والفرنسي، مجلة النائب، سنة 2003، العدد 5.

7 -نسيمة بلحاج، مقالة بعنوان: العلاقة بين النصوص التشريعية والنصوص التنظيمية، مجلة تحليل الفكر البرلماني، مارس 2008، العدد 19.

رابعاً:المواقع الالكترونية:

1 الدستور الألماني الصادر في 23 آيار 1949 Eberrt Stiftung [www.Fes.de.FRICH](http://www.Fes.de.FRICH)

2 الدستور الايطالي الصادر في 27 ديسمبر 1947 H .P.L.E cooperativa sociale onlus coophep @ Fast web net it

3 الدستور الفرنسي الصادر في 4 أكتوبر 1958 [www.conseil](http://www.conseil) .fr .constitutionnel

4 أحمد براك، مقالة بعنوان :القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي

[www.ahmadbarak.com](http://www.ahmadbarak.com)

5 -إطلالة على الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ضوء مبدأ الفصل بين السلطات، ورقة مقدمة من وفد جمهورية مصر العربية الى المؤتمر العالمي الثاني حول العدالة الدستورية، ريودي جانييرو، البرازيل، 16-18 يناير 2011 <http://www.Venice.cae.int/>

6 -خير الدين كاظم، مقالة بعنوان :دور القضاء في العلاقات الخاصة الدولية ، منقول عن محمد أحمد رمضان، دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية المدنية، رسالة ماجستير كلية الحقوق، جامعة بغداد، 1985.

7 -فارس حامد عبد الكريم، مقالة بعنوان:بحث في فلسفة القانون ( القصور التشريعي ) [http://www.alnoor.se / article.asp ? id](http://www.alnoor.se/article.asp?id)

8 -سالم رضوان الموسوي، مقالة بعنوان: الفصل بين السلطات [www.airss](http://www.airss) forum .com

9 - عبد العزيز محمد سالم، مقالة بعنوان : الاغفال في القضاء الدستوري،

[www.F.Law.Net](http://www.F.Law.Net)

10-Bachir Yelles Chaouche,la technique des réserves dans la jurisprudence du consiel constitutionnel Algérien,la justice constitutionnelle au Maghreb,4 journées maghrébines de droit constitutionnel Mustapha Chaker,6-7 mars2008, faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, [www .atdc.org,tn](http://www.atdc.org.tn)

11-Didier Ribes ,Le juge constitutionnel peut-il se faire législateur ?à propos de la décision de la cour constitutionnelle d’Afrique du sud du 2décember1999,[www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais).

12-Fiche 9 : La fonction législative , [www.emploi public.com](http://www.emploi-public.com)

13-Le recours à l’incapacité négative dans le cadre du control a prosederiori de la loi : une construction inachevée ,[http// :m2-5 dd .u-paris 2 .fr / francais](http://m2-5 dd .u-paris 2 .fr / francais)

14- L’omission législative dans jurisprudence constitutionnelle, rapport établi pour la cour constitutionnelle de Belgique ,[www.confcoconsteu org .](http://www.confcoconsteu.org)

15-Pierre Brutnet, le juge constitutionnel est -il un juge comme les autres ? Réflexion métrologiques sur la justice constitutionnelle, [www. Confcoconsteu org.](http://www.Confcoconsteu.org)

16-Problèmes de l’omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle ,cour constitutionnelle république de Moldova, conférence des cours constitutionnelles Européennes, [www.confcoconsteu org .](http://www.confcoconsteu.org)

**خامسا :النصوص القانونية:**

1 الدستور الجزائري الصادر في 8 ديسمبر 1996 المعدل بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 يتضمن التعديل الدستوري الجريدة الرسمية العدد 63.

- 2 القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 ماي 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 الصادر في 12 ماي 2007.
- 3 قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المؤرخ في 11 سبتمبر 1984 المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الجريدة الرسمية العدد 15.
- 4 القانون العضوي 01/98 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وعمله المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 13/11 الصادر في 26 يوليو 2011 الجريدة الرسمية العدد 43.
- 5 القانون رقم 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الصادر بالأمر رقم 156/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966، الجريدة الرسمية 71.
- 6 القانون العضوي رقم 12/11 الصادر في 26 يوليو 2011 يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصها الجريدة الرسمية 42.
- 7 قرار المجلس الدستوري رقم 01/95 المؤرخ في 6 أوت 1995 المتعلق بدستورية البند السادس من المادة 10 من قانون الانتخابات، الجريدة الرسمية العدد 26.
- 8 رأي المجلس الدستوري 08/99 المؤرخ في 21 فبراير 1999 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي رقم 02/99 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملها وعلاقتها الوظيفية بينها، الجريدة الرسمية 15.
- 9 رأي المجلس الدستوري 01/11 الصادر في 26 يوليو 2011 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصها الجريدة الرسمية العدد 42.
- 10 - رأي المجلس الدستوري رقم 02/11 الصادر في 6 يوليو 2011 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 01/98 الصادر في 30 ماي 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور، الجريدة الرسمية العدد 43.
- 11 - القانون المدني المصري لسنة 1948.



## الفهرس

الإهداء

كلمة الشكر

1..... مقدمة

6..... الفصل الأول : مفهوم الإغفال التشريعي وأسبابه وآثاره

7..... تمهيد وتقديم

المبحث الأول : المقصود بالإغفال

7..... التشريعي

المطلب الأول : تعريف فكرة الإغفال التشريعي وأساسها

7..... الدستوري

الفرع الأول : تعريف فكرة الإغفال

7..... التشريعي

الفرع الثاني: الأساس الدستوري لفكرة الإغفال التشريعي : الاغفال التشريعي ومبدأ الانفراد

12..... التشريعي

أولاً - المفهوم التقليدي لمبدأ الانفراد بالتشريع

13.....

..... ثانياً- المفهوم الحديث لمبدأ الانفراد التشريعي

16

1- التمييز بين الانفراد التشريعي المطلق والانفراد التشريعي النسبي 16.....

2- الانفراد التشريعي العادي والانفراد التشريعي

المدعم 18.....

20..... ثالثاً - نتائج مبدأ الانفراد التشريعي

الفرع الثالث : تمييز الإغفال التشريعي عن غيره من السلوكات السلبية

للمشرع 21.....

أولاً : فكرة الإغفال التشريعي وعدم الاختصاص السلبي

للمشرع.....22

1 - التميز بين الإغفال التشريعي وعدم الاختصاص

السلبى.....22

أ-الصورة الأولى:عدم الاخ بصااص التشريعي غير المقترن بالتفويض التشريعي.....22

ب-الصورة الثانية : عدم الاختصاص السلبى المقترن بتفويض تشريعي.....23

2- الإغفال التشريعي صور من صور عدم الاختصاص السلبى.....24

ثانيا: فكرة الإغفال التشريعي والقصور التشريعي.....25

المطلب الثاني : صور الإغفال التشريعي.....27

الفرع الأول :الإغفال أو السكوت التشريعي

الكلى(الترك).....27

أولا: موقف الفقه من رقابة الإغفال التشريعي الكلى ( الامتناع التشريعي).....28

1- الاتجاه الرافض للرقابة على دستورية الامتناع التشريعي(الإغفال التشريعي الكلى).....28

2-الاتجاه المؤيد للرقابة على الإغفال التشريعي الكلى.....32

ثانيا: موقف القضاء الدستوري من الرقابة على الإغفال أو السكوت التشريعي.....33

ثالثا: موقف التشريعات من رقابة الدستورية على الإغفال التشريعي(السكوت الكلى).....34

الفرع الثاني :الإغفال التشريعي الجزئي أو النسبي.....37

الفرع الثالث :الإغفال التشريعي بطرق

41.....	ملتوية.
	أولاً: إفراط البرلمان في تفويض اختصاصه التشريعي.
42.....	ثانياً: التوسع في الإحالة إلى اللائحة.
51.....	ثالثاً: أسلوب الإفراط في العمومية.
59.....	المبحث الثاني: أسباب الإغفال التشريعي وآثاره.
61.....	المطلب الأول: أسباب الإغفال التشريعي.
61.....	الفرع الأول: أسباب خارجة عن إرادة المشرع.
61.....	أولاً: مدى كفاية الصياغة الدستورية لمبدأ الفصل بين السلطات ووضع الضوابط الدقيقة لتوزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية.
62.....	ثانياً: عدم الاستقرار السياسي والأمني.
65.....	الفرع الأول: أسباب ذاتية تعود لإرادة المشرع.
67.....	أولاً: مدى استعمال المشرع لسلطته التقديرية في وضع القوانين.
67.....	ثانياً: عدم تعرف البرلمان على اختصاصه.
68.....	المطلب الثاني: آثار الإغفال التشريعي.
72.....	الفرع الأول: تعديل قواعد توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية.
73.....	1- معيار الظروف والأوضاع السياسية السائدة.
76.....	2- معيار الأهمية السياسية والقانونية.
77.....	الفرع الثاني: عدم تفعيل الحقوق والحريات الدستورية.
78.....	

82.....	الفرع الثالث :حالة الفراغ التشريعي.....
82.....	أولا : تأثير الفراغ التشريعي على الأفراد.....
84.....	ثانيا : تأثير الفراغ التشريعي على القاضي.....
	<b>الفصل الثاني : الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي</b>
87.....	تمهيد وتقديم.....
89.....	المبحث الأول: أساس وموضوع الرقابة على الإغفال التشريعي.....
89.....	المطلب الأول: أساس الرقابة على الإغفال التشريعي.....
90.....	الفرع الأول:سمو الدستور.....
93.....	أولا :الإغفال التشريعي المخالف للسمو الشكلي للدستور.....
95.....	ثانيا:الإغفال التشريعي المخالف للسمو الموضوعي للدستور.....
96.....	الفرع الثاني:الدستور مصدر للالتزامات الإيجابية للمشرع.....
97.....	أولا: نصوص دستورية لا يثور بشأنها إغفال تشريعي.....
97.....	1- نصوص دستورية نافذة بذاتها.....
98.....	2- نصوص دستورية تتضمن رخصة للمشرع.....
100.....	ثانيا : نصوص دستورية يثور بشأنها إغفال تشريعي.....
100.....	1- نصوص دستورية يفرض تدخلا تشريعيا.....
	2- نصوص دستورية تتعلق بالحقوق والحريات تفرض على المشرع التزاما ايجابيا
102 .....	بالحماية.....
104.....	المطلب الثاني: موضوع الرقابة على الإغفال التشريعي.....
105.....	الفرع الأول :موقف الدساتير المقارنة من موضوع الرقابة على الإغفال التشريعي.....
105.....	أولا :الدستور البرتغالي.....
107.....	ثانيا : الدستور المجري.....
109.....	ثالثا : الدستور البرازيلي.....

- 110..... رابعا : دستور جنوب إفريقيا.....
- الفرع الثاني : موقف القضاء الدستوري من موضوع الرقابة على الإغفال التشريعي.....112
- 117..... الفرع الثالث :موقف الفقه من موضوع الرقابة على الإغفال التشريعي.....
- أولا:موضوع الرقابة هو إخلال المشرع بالتزامه بالتشريع.....118
- 121..... ثانيا: موضوع الرقابة هو نشوء قاعدة قانونية ضمنية مخالفة للدستور.....
- 124..... المبحث الثاني :آلية معالجة الإغفال التشريعي.....
- المطلب الأول : نوعية الأحكام والقرارات الصادرة عن هيئة الرقابة الدستورية لإدانة الإغفال التشريعي.....126
- الفرع الأول : نوعية الأحكام والقرارات الصادرة لمعالجة الإغفال التشريعي الجزئي.....127
- 129..... أولا : الأحكام التفسيرية المضيفة.....
- 1- الأحكام المضيفة الخالصة.....129
- 2- الأحكام التفسيرية بالرفض ذات القيمة المكمل.....131
- 142..... ثانيا : الأحكام التفسيرية الاستبدالية.....
- 1- استتباط القاعدة المخالفة للدستور وسحبها.....142
- 2- إدخال قاعدة مطابقة للدستور.....143
- 149..... الفرع الثاني : نوعية الأحكام والقرارات الصادرة لمعالجة الإغفال التشريعي الكلي.....
- أولا : الأحكام الكاشفة.....150
- 153..... ثانيا : الأحكام الندائية.....
- المطلب الثاني : حجية الأحكام والقرارات الصادرة بإدانة الإغفال التشريعي وموقف المشرع منها.....158
- الفرع الأول : القيمة القانونية للأحكام والقرارات الصادرة بإدانة الإغفال

التشريعي.....158

أولا : حجية الأحكام والقرارات الصادرة عن هيئة الرقابة

الدستورية.....158

ثانيا : حجية القرارات والأحكام التي تدين حالات الإغفال

التشريعي.....161

الفرع الثاني :موقف المشرع من الأحكام والقرارات التي تدين الإغفال

التشريعي.....165

خاتمة.....177

المراجع.....180

الفهرس.....188

## ملخص البحث

- باللغة العربية:

تختص السلطة التشريعية في جميع الأنظمة الدستورية - في إطار مبدأ الفصل بين السلطات - بممارسة الوظيفة التشريعية، التي تفرض عليها التزاما قانونيا دستوريا يطلق عليه " الالتزام بالتشريع " .

وهي في سبيل ذلك تملك سلطة تقديرية، بمعنى سلطة تقدير الحاجة إلى التشريع من عدمه، كما لها سلطة تقدير الملاءمة السياسية والاجتماعية وحتى الاقتصادية في وضعه، هذا ما يجعل امكانية الامتناع عن ممارسة وظيفة التشريع أمرا واقعا طالما أنها تتمتع بهذه السلطة. لكن القاضي الدستوري لم يكن قاضيا عاديا، حيث استطاع أن يفرض رقابته على هذه السلطة التقديرية للمشرع، ويطوقها عن طريق إيجاد حلول وآليات تجعل من هذا السلوك السلبي مخالفة تصم العمل التشريعي بعدم الدستورية في صورة إغفال تشريعي، وذلك انطلاقا من سلطته في التفسير الممنوحة له بموجب الدساتير والقانون المنظم لاختصاصاته.

**الكلمات المفتاحية:** السلطة التشريعية- مبدأ الفصل بين السلطات - الوظيفة التشريعية- التزام بالتشريع - السلطة التنفيذية -إغفال تشريعي- سلطة تقديرية - المشرع - الدستور- القاضي الدستوري - الرقابة الدستورية- تفسير .

- باللغة الفرنسية:

Le pouvoir législatif est l'organe compétent dans tous les systèmes constitutionnels -le principe de la séparation des pouvoirs- ou l'exercice de la fonction législative, impose une obligation juridique et constitutionnelle dite " obligation de légiférer " .

Dans ce terme le parlement fuit du pouvoir discrétionnaire vis-à-vis du besoin de légiférer ou de s'abstenir tout en prenant en considération les conditions politiques, sociales et économiques, ce qui fait la possibilité d'abstention législative une réelle tant qu'elle la cette autorité.

Mais cette liberté n'est pas absolue car avec les pouvoirs exceptionnels du juge constitutionnel que lui confère la loi, celui-ci peut contrôler et limiter l'étendue du pouvoir du parlement en qualifiant son omission législative d'un acte anticonstitutionnels.

**Mots-clés :** pouvoir législatif- séparation de pouvoirs - La fonction législative- obligation de légiférer - pouvoir exécutif- omission législative- discrétionnaire - législateur- constitution - Le juge constitutionnel- contrôle constitutionnelle-interprétation.

- باللغة الانجليزية:

The legislative power is the competent organ in all constitutional systems -in the area of the principle of separation between powers- to exercise the legislation function, which imposes legal and constitutional "obligation to legislate".

In this case the parliament has the power of appreciation vis-à-vis the need of legislating or not by taking into consideration political, social and economic conditions.

But this freedom is not absolute with the exceptional powers of the constitutional justice this later can control and limit the extent of the power of parliament by qualifying his legislative omission to an unconstitutional act.



**Key word** : legislative power– principle of three separate powers– legislation function– obligation to legislate – executive power– legislative omission – power of appreciation– legislator – constitution – constitutional justice – constitutional control – interpretation.