

موقف المحكمة الدستورية في الكويت من الرقابة على
دستورية الاغفال التشريعي
"دراسة تأصيلية - تحليلية - مقارنة"

الدكتور/ فهد يوسف عبدالله الجمعة
أستاذ القانون العام المساعد
قسم القانون- كلية الدراسات التجارية
الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب

المخلص

تهدف هذه الدراسة لبيان موقف المحكمة الدستورية الكويتية من الرقابة على الإغفال التشريعي، أو الصمت التشريعي، أو السكوت التشريعي، أو عدم نشاط المشرع أو إغفاله في تنظيم أمر معين في ضوء النص الدستوري، وهل بسطت المحكمة الدستورية رقابتها على ها الإغفال التشريعي اسوة بالعديد من الأنظمة الدستورية في دول العالم، وترجع أهمية الموضوع الي حداثة الرقابة من قبل قضاء المحكمة الدستورية على الإغفال التشريعي، وعدم وجود نصوص دستورية وقانونية تبيح للمحكمة الدستورية بسط رقابتها على الإغفال التشريعي، الامر الذي جعلنا نبحث في الاجتهادات القضائية الدستورية والنصوص الدستورية والقانونية واستخلاص المبادئ القانونية التي تتطرق لهذا الامر، حتى نبين موقف المحكمة الدستورية من الاخذ بهذه الرقابة من عدمه، حتى نقدم حلاً للقضاء الدستوري لبسط رقابته على هذا الإغفال عن طريق طرح مبررات وأسباب تدعوه الي ذلك، ونتيجة لذلك استخدمنا المنهج الوصفي التحليلي والاستقرائي والمنهج المقارن عن طريق مقارنة النصوص القانونية والاحكام الدستورية المتعلقة بالموضوع في الأنظمة الدستورية المختلفة ومقارنتها بدولة الكويت وبيان أوجه الاختلاف والتشابه بينهما، لنقل الحلول المختلفة للقاضي الدستوري الكويتي من خلال السوابق القضائية ذات الصلة بموضوع الإغفال التشريعي، وقد تم تقسيم البحث الي ثلاثة مباحث، في المبحث الأول تعرضنا لبيان ماهية الإغفال التشريعي، وقد قسمناه الي مطلبين في المطلب الأول تعرضنا لتعريف الإغفال التشريعي، وفي المطلب الثاني بينا الفرق بين الإغفال التشريعي وما يتشابهه معه من مصطلحات، وفي المبحث الثاني وضعنا أساس الرقابة على الإغفال التشريعي وصور الإغفال والذي تم تقسيمه الي مطلبين،

المطلب الأول بينا فيه الأساس القانوني والقضائي لإعمال الرقابة على الإغفال التشريعي، والمطلب الثاني وضحنا فيه صور الإغفال التشريعي، ثم تعرضنا في المبحث الثالث لبيان أسباب الإغفال التشريعي ووسائل معالجته والذي تم تقسيمه الي مطلبين، المطلب الأول تحدثنا فيه عن الأسباب التي تؤدي الي وجود الإغفال التشريعي، بينما المطلب الثاني بينا فيه الأسباب التي تدعو القضاء الدستوري الكويتي الاخذ بالرقابة على الإغفال التشريعي.

وانتهينا بخاتمة بينا فيها النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها واهمها عدم اخذ المحكمة الدستورية في الكويت بالرقابة على الاغفال التشريعي على الرغم من تشابه المبادئ الدستورية والقانونية التي تستمد منها المحكمة اختصاصها، مع المبادئ الدستورية والقانونية التي يستمد منها القضاء الدستوري المقارن اختصاصا، كما توصلنا من خلال البحث الي جملة من التوصيات أهمها نهيب بقضاء المحكمة الدستورية الكويتية عدم التقيد بحرفية نص المادة رقم (173) من دستور الكويت الصادر عام 1962م، الذي يفرض رقابة دستورية القوانين واللوائح، والتوسع في بسط رقابته على الإغفال التشريعي الوارد بالقوانين واللوائح على غرار القضاء الدستوري المقارن.

الكلمات المفتاحية: الرقابة الدستورية - الاغفال التشريعي - السكوت التشريعي
- المحكمة الدستورية - المادة (173) دستور الكويت - المادة (الاولي) القانون
رقم 14 لسنة 1973 - القانون رقم 109 لسنة 2014.

مقدمة

لا شك اننا في هذا البحث لا نتعرض لبيان موقف المحكمة الدستورية الكويتية من الرقابة على دستورية القانونين واللوائح ومدى توافقها مع احكام الدستور من عدمه، وإنما نتعرض لبيان موقف المحكمة الدستورية الكويتية من الرقابة على الإغفال التشريعي، أو الصمت التشريعي، أو السكوت التشريعي، أو عدم نشاط المشرع أو إغفاله في تنظيم أمر معين في ضوء النص الدستوري، وهل بسطت المحكمة الدستورية رقابتها على الإغفال التشريعي اسوة بالعديد من الأنظمة الدستورية في دول العالم⁽¹⁾.

ومما لا شك فيه ان الرقابة الدستورية بصفة عامة مرت بتطورات عدة حتى أمست ركيزة هامة من ركائز الدولة المعاصرة، والأداة الرئيسة لحماية أحكام الدستور، ولا سيما حماية الحقوق والحريات العامة. فبعد أن استطاع القاضي الدستوري تجاوز عقبة إخضاع التشريعات الصادرة عن الهيئات المنتخبة - والتي تنوب عن الجماعة في التعبير عن إرادتها - للرقابة من قبل هيئات غير

(1) لا شك أن الرقابة على الإغفال التشريعي وجدت لدفع المشرع لعدم تخليه عن اختصاصه الأساسي المتمثل في سن القوانين بما يتوافق مع احكام الدستور، كونها الأداة المباشرة لتفعيل دور الدستور وجعله منتجا على أرض الواقع، وتجنب الفراغ القانوني الذي يؤدي إلى الفوضى داخل المجتمع لعدم وجود قوانين تتماشى مع حاجات الناس، بالإضافة إلى مخالفة قواعد توزيع الاختصاص الدستوري بين السلطات المحددة في نصوص الدستور ذات الصبغة الأمرة، مما يؤدي بالسلطة التنفيذية إلى سن ما أغفله المشرع بحكم تسييرها للشأن العام واحتكاكها اليومي بالمسائل المستجدة. ويحاول القضاء الدستوري التوفيق بين السلطة التقديرية للمشرع والحفاظ على سمو الدستور من خلال الرقابة على الإغفال التشريعي الذي يعد أحد أوجه مخالفة المشرع لاختصاصه الدستوري وذلك بالانحراف عن ممارسة صلاحياته.

منتخبة - قضائية أو سياسية - انتقل برقابة الدستورية إلى آفاق جديدة بدأت بمرحلة الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة لأحكام الدستور، ثم بسط الرقابة على الجوانب الموضوعية للتشريع، مروراً بالرقابة على الانحراف بالتشريع، وانتهاءً بالرقابة على الإغفال التشريعي⁽¹⁾، سواء أكان ثم نص تشريعي يجيز تلك الرقابة صراحة أم لم يكن ذلك.

وبالتالي فإن بزوغ فكرة رقابة الدستورية على الإغفال التشريعي تعد نتاجاً طبيعياً، ومطلباً ملحا لمعالجة قصور النصوص التشريعية عن الوفاء بالمتطلبات الدستورية للحقوق والحريات الفردية، وذلك إعلاءً للشرعية الدستورية من ناحية، وحمايةً للحقوق والحريات من ناحية أخرى؛ إلا أن هذه الفكرة قد أثارت جدلاً فقهيًا كبيراً فيما يتعلق بضبط مفهوم الإغفال التشريعي ومعياري الاستدلال عليه، فضلاً عن الخطورة البالغة لعمل القاضي الدستوري في بحث تلك الظاهرة، إذ يهدد عمل المشرع - وهو المعبر عن الإرادة العامة - بالرغم من عدم وقوع المخالفة الدستورية بالمضمون المنصوص عليه في عبارة النص التشريعي الخاضع للرقابة.

كما تعتبر فكرة الرقابة على الإغفال التشريعي من الأفكار الحديثة الدخيلة على القضاء الدستوري الكويتي والتي لا تجد لها سنداً دستورياً أو قانونياً يبررها الأمر الذي يشكل إشكالية حقيقية تتطلب دراستها لمعرفة مدى إمكانية بسط رقابة القاضي الدستوري الكويتي على الإغفال التشريعي أسوة بالأنظمة الدستورية الأخرى في الدول محل الدراسة.

(1) د. حسين أحمد مقداد، العدالة الاجتماعية كميّار لديمقراطية الدستور في القانونين الإداري والدستوري، الحالة المصرية نموذجاً، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ت. ص 227-228. مثبت لدى المستشار الدكتور، رمضان دسوقي شعبان حافظ، رقابة القضاء الدستوري على الإغفال التشريعي - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2022، ص 1.

أولاً: أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في حداثة موضوع الرقابة من قبل قضاء المحكمة الدستورية على الإغفال التشريعي في الكويت، وعدم وجود نصوص دستورية وقانونية تبيح للمحكمة الدستورية بسط رقابتها على الإغفال التشريعي، الامر الذي يجعلنا ان نبحث في الاجتهادات القضائية الدستورية واستخلاص المبادئ القانونية التي تتطرق لهذا الامر، حتى نبين موقف المحكمة الدستورية من الاخذ بهذه الرقابة من عدمه، وحتى نقدم حلولاً للقضاء الدستوري لبسط رقابته على هذا الإغفال عن طريق طرح مبررات وأسباب تدعوه الي ذلك.

ثانياً: إشكالية البحث: تتمثل إشكالية البحث الرئيسية في الإجابة على التساؤلات التالية:

- 1- ماهية الإغفال التشريعي وصورة والفرق بينه وبين ما قد يتشابه معه؟
- 2- هل تمارس المحكمة الدستورية دور المشرع في سعد الثغرات التشريعية التي أغفل تنظيمها؟
- 3- موقف دستور الكويت وقانون انشاء المحكمة الدستورية من الرقابة على الإغفال التشريعي؟
- 4- وهل يتشابه دستور الكويت مع دستور فرنسا ومصر فيما تضمناه من الرقابة على الإغفال التشريعي؟
- 5- وهل اخذت المحكمة الدستورية بالرقابة على الإغفال التشريعي الوارد في القوانين واللوائح؟
- 6- وما هي اسباب رفض المحكمة الدستورية في الكويت ممارسة رقابتها على الإغفال التشريعي؟
- 7- وهل يعد رفض المحكمة الدستورية يتماشى مع احكام الدستور ومبادئه

وقانون انشائها؟

8- وما هو دور القضاء الدستوري في سد الثغرات التشريعية؟

9- وما هي الأسباب التي تدعو المحكمة الدستورية الكويتية الي رقابة

الإغفال التشريعي؟

ثالثاً: أسباب اختيار موضوع البحث: تكمن اسباب اختيار الموضوع في الآتي:

1- أن موضوع الإغفال التشريعي يعد من الموضوعات الهامة في قضاء النظم الدستورية، وما أفرزته التجربة الدستورية الحديثة الناجمة من مباشرة الاختصاص التشريعي الذي شابه النقص والقصور والفراغ التشريعي وما ترتب عليه من آثار دستورية وقانونية وسياسية واجتماعية واقتصادية.

2- خطورة الآثار المترتبة على الإغفال التشريعي والمتمثلة بانتهاك الدستور والمساس بمبدأ سمو الدستور والاخلال بالضمانات الدستورية التي قررها المشرع الدستوري بالتقييد أو بالانتقاص.

3- محاولة إلقاء الضوء على موقف المحكمة الدستورية الكويتية في الكشف عن الإغفال التشريعي والتنبيه إليه مقارنة بالنظم القضائية التي سبقتها في اعتبار الإغفال التشريعي كعيب دستوري يحرك الرقابة الدستورية وصولاً لرسم أبعاد وملامح لرقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية.

رابعاً: منهج البحث:

من أجل معالجة موضوع البحث والتوصل الي الغاية المبتغاة منه فقد استخدمنا المناهج الاتية:

1- المنهج الوصفي التحليلي والاستقرائي: الذي يركز على تشخيص الفكرة محل البحث وبيان طبيعتها وتمييزها عن غيرها ومعرفة أسبابها، ثم إبداء الرأي واقتراح الحل

المناسب لها.

2- المنهج المقارن: عن طريق مقارنة النصوص القانونية والاحكام الدستورية المتعلقة بالموضوع في الأنظمة الدستورية ومقارنتها بدولة الكويت وبيان أوجه الاختلاف والتشابه بينهما، لنقل الحلول المختلفة للقاضي الدستوري الكويتي من خلال السوابق القضائية ذات الصلة بموضوع الإغفال التشريعي، في كلاً من فرنسا ومصر والكويت وبعض الدول الأجنبية كألمانيا والنمسا وإيطاليا وإسبانيا والبرتغال وجنوب أفريقيا والمجر.

خامساً: خطة البحث: تم تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية الإغفال التشريعي.

المطلب الأول: تعريف الإغفال التشريعي.

المطلب الثاني: الفرق بين الإغفال التشريعي وما يتشابه معه من مصطلحات.

المبحث الثاني: أساس الرقابة على الإغفال التشريعي وصور الإغفال.

المطلب الأول: الأساس القانوني والقضائي لإعمال الرقابة على الإغفال التشريعي.

المطلب الثاني: صور الإغفال التشريعي.

المبحث الثالث: أسباب الإغفال التشريعي ووسائل معالجته.

المطلب الأول: الأسباب التي تؤدي الي وجود الإغفال التشريعي.

المطلب الثاني: الأسباب التي تدعو القضاء الدستوري الكويتي الاخذ بالرقابة على الإغفال التشريعي.

الخاتمة: النتائج والتوصيات:

المبحث الأول ماهية الإغفال التشريعي

تمهيد وتقسيم:

يعد مصطلح الإغفال التشريعي⁽¹⁾ من المصطلحات الحديثة نسبياً التي لم يتسن

⁽¹⁾ بدء ظهور مصطلح الإغفال التشريعي legislative omission في الفقه الألماني عام ١٩٦٩، يراجع في ذلك:

Ahmed Oudah AL-DULAIMI, From Negative to Positive Legislator? Response to Unconstitutional Legislative Omission as a Case Study in the Changing Roles of Constitutional Courts, PhD Thesis, School of Government & International Relations, Griffith University, Queensland, Australia, 2018, p.83-84.

كما ظهرت نظرية الإغفال التشريعي غير الدستوري في كتابات الفقه الإيطالي في بدايات العقد السابع من القرن العشرين في تفاصيل ذلك انظر:

Virginie BLONDIO-MONDOLONI, Finances Publiques et Droits Fondamentaux, Essai sur les relations entre les finances publiques et les droits fondamentaux, Thèse de doctorat, université d'Aix-Marseille, 2014, p.292.

إذ استخدمت المحكمة الدستورية الإيطالية هذه النظرية لإصدار العديد من القرارات المضيفة التي تعالج الأحكام التي لم يتضمنها النص التشريعي، وليس الأحكام التي نص عليها، انظر في ذلك:

Italian Report for the 14th Congress of the Conference of European Constitutional Courts on "Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence", Vilnius – May 2008, p.7.

بعد للفقهاء التعرض له بالقدر الكافي للاتفاق على تحديد معناه أو مضمونه رغم مواجهة القضاء الدستوري له، إذ يتحقق الإغفال التشريعي إذا اغفل المشرع بمناسبة تنظيمه لموضوع من الموضوعات الواردة بالدستور احد جوانبه مما قد يؤدي إلى الحد من فاعلية الموضوع محل التنظيم من ناحية، ومخالفة احد أو بعض النصوص الدستورية من ناحية اخرى⁽¹⁾.

الأمر الذي يتطلب أن نبين ما هو الإغفال التشريعي والفرق بينه وبين ما قد يتشابه معه من مصطلحات، وما هي صور الإغفال التشريعي وهو ما نوضحه على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف الإغفال التشريعي

المطلب الثاني: الفرق بين الإغفال التشريعي وما يتشابه معه من مصطلحات.

وحيزت لرقابة دستورية الإغفال التشريعي مساحة واسعة من النقاشات الفقهية من قبل المنظرين القانونيين في البرتغال، في ظل النص في المادة (٢٨٣) من الدستور البرتغالي الصادر عام 1976 على رقابة الدستورية بسبب الإغفال التشريعي انظر في تفاصيل ذلك: Portuguese Report for the XIV Congress of the Conference of European Constitutional Courts, on "Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence", Vilnius – May 2008, p.9.

(1) م. د على مدلول محسن الخفاجي، أساس رقابة القضاء الدستوري على الاغفال التشريعي، بحث منشور على مجلة كلية اهل البيت، العدد 29، ص 17.

Abdulhaleem Qasim MOHAMMED, The Monitor ing of Legislative Omission by the Constitutional Judiciary, a Comparative Study, thesis of Doctor, School of Law, University of Reading, United Kingdom, 2019, p.87.

المطلب الأول

تعريف الإغفال التشريعي⁽¹⁾

يعد مصطلح الإغفال التشريعي من المصطلحات الحديثة نسبياً التي لم يتسنى بعد للفقهاء التعرض له بالقدر الكافي للاستقرار على تحديد معناه أو مضمونه رغم مواجهة القضاء الدستوري له، ويتحقق الإغفال التشريعي إذا أغفل المشرع بمناسبة تنظيمه لموضوع من الموضوعات الواردة بالدستور أحد جوانبه مما قد يؤدي إلى الحد من فاعلية الموضوع محل التنظيم من ناحية، ومخالفة أحد أو بعض النصوص الدستورية من ناحية أخرى.

ولبيان تعريف الإغفال التشريعي سوف نبين في هذا المطلب تعريف الإغفال التشريعي موضحين المفهوم الاصطلاحي للإغفال التشريعي، والمفهوم القضائي على النحو الآتي:

أولاً: المفهوم اللغوي للإغفال التشريعي:

1- الإغفال في اللغة العربية:

يرجع الأصل اللغوي لكلمة (الإغفال) في المعجم الوسيط إلى المصدر (غفل) أي ترك الشيء إهمالاً من غير نسيان، ويقال غفل عن الشيء غفولاً، و(غفلة)

⁽¹⁾ يطلق البعض من الفقهاء المقارن على الإغفال التشريعي مسمى الفجوة التشريعية legislative gapp، أو الثغرة القانونية legal gay انظر:

Italian Report for the 14th Congress of the Conference of European Constitutional Courts, op. cit, pp.3-5; Portuguese Report for the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts, op. cit, p.2.

أي سها من قلة التحفظ والتيقظ، وأغفل الشيء، أي غفل عنه، والجمع (غفول)،
و(غفل)⁽¹⁾.

وفي ذات السياق تعود كلمة (الإغفال) في المعجم الوجيز إلى المصدر (غفل)؛
فيقال غفل عن الشيء (غفلة) أي سها من قلة التحفظ والتيقظ، فهو غافل،
(وأغفل) الشيء، أي تركه إهمالاً من غير نسيان؛ و(تغافل) أي تعمد الغفلة أو
تظاهر بها، و(الغفل) ما لا علامة فيه، ولا أثر يميزه؛ ويقال (رجل غفل) أي لم
تُحيكه التجارب⁽²⁾.

2- الإغفال في اللغة الإنجليزية: يقصد به القصور الجسيم، ومن ذلك القول
بوجود بعض الأخطاء والقصور الجسيم في الكتاب⁽³⁾.

أما الإغفال التشريعي في اللسان الانجليزي فيطلق على "عدم إدراج شئ كان
يجب إدراجه"، ومثال ذلك " وجوب وجود آليات لرقابة تشغيل الأطفال، ومن ثم
فإن إهمال المشرع وضع تشريعات جديدة لحماية الأطفال يعد إغفالا تشريعيا من
جانبه⁽⁴⁾.

(1) المعجم الوسيط، ص 657.

(2) المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم صادرة عن مجمع اللغة العربية،
١٩٩٨/١٩٩٧، ص ٤٥٢.

(3) ambridge dictionary, Available at:
<http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/omission?q=omission>
s.

(4) "when something has not been included, that should have been
Measures to control child employment are a glaring omission from
new legislation to protect children "Cambridge dictionary, Available at:

كما يطلق الإغفال أيضا في اللسان الانجليزي عندما لا يتم إدراج أو تضمين شخص ما، أو عدم القيام بشيء ما، فيقال "هذا التقرير مليء بالأخطاء والإغفالات"⁽¹⁾.

3- الإغفال في اللغة الفرنسية:

يطلق الإغفال على إهمال قول أو فعل ما يجب قوله أو فعله⁽²⁾؛ كما يطلق أيضا على ما تم حذفه من الشيء، أو على الفجوة، فيقال هناك عدة إغفالات مؤسفة في هذا النص⁽³⁾.

وصفوة القول إن المقصود بالإغفال في اللغة هو التزك أو الإهمال من غير عمد، وإنما من طريق قلة اليقظة وعدم العناية؛ ومن ثم فإن المدلول اللغوي لمصطلح الإغفال التشريعي يكاد يكون متطابقا في اللغات الثلاث، إذ لا يخرج

<http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/omission?q=omission>
s.

(1) when someone is not included or something is not done: this report is full of mistakes and omissions " LONGMAN DICTIONARY, international students edition, new edition for egyptian secondary school, p.458.

(2) "Action de negliger de dire ou de faire ce que l'on devait dire ou faire ".

(3) – Ce qui est omis dans quelque chose; lacune: Il y a plusieurs omissions regrettables dans ce texte ".

– dictionnaire Larousse en ligne, disponible sur le site internet:
<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/omission>.

مفهومه اللغوي عن كونه "إهمال أو ترك أو عدم سن قاعدة قانونية كان يجب سننها أو عدم إهمالها"⁽¹⁾.

ثانياً: المفهوم الاصطلاحي للإغفال التشريعي:

1- المفهوم التشريعي للإغفال التشريعي:

لم يتعرض المشرع الكويتي لبيان مفهوم الإغفال التشريعي أو حتى تقرير اختصاص المحكمة الدستورية بالرقابة على دستوريته سواء أكان في النصوص الدستورية أو في التشريعات العادية المتعلقة ببيان اختصاصاتها.

وهو ذات النهج الذي انتهجته التشريعات المصرية سواء أكانت في النصوص الدستورية أو في نصوص القوانين العادية لإنشاء المحكمة الدستورية العليا وبيان اختصاصاتها، حيث خلت تماما من التعرض لبيان ماهية الإغفالات التشريعية⁽²⁾.

بينما على النقيض نجد أن دستور البرازيل قد نص في الفقرة الثانية من المادة 103 على بيان ماهية الإغفال التشريعي حينما نص على أن الإغفال التشريعي غير الدستوري يعد بمثابة ثغرة أو فجوة قانونية تحول دون تفعيل القاعدة الدستورية نتيجة عدم اعتماد التدابير اللازمة⁽³⁾.

كما تضمنت المادة رقم (46) الفقرة الثانية من قانون المحكمة الدستورية في

(1) م. د. رمضان دسوقي شعبان حافظ، رقابة القضاء الدستوري على الإغفال التشريعي - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2022، ص 17.

(2) م. د رمضان دسوقي شعبان حافظ، مرجع سابق، ص 18.

(3) Art (103/2) of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, 1988.

المجر رقم 151 لسنة 2011 ثلاث حالات لما يعد إغفالا تشريعيًا مخالف للدستور؛ أولها: إهمال الهيئة التشريعية في أداء مهمة مستمدة من معاهدة دولية؛ وثانيها: عدم وضع تنظيم قانوني بالرغم من أن مهمة المشرع مستمدة من تفويض صريح من قاعدة قانونية؛ وثالثها: أن يكون المحتوى الأساسي للتنظيم القانوني المنفذ للنصوص الدستورية غير متكامل⁽¹⁾.

2- المفهوم الفقهي للإغفال التشريعي:

أختلف الفقه بشأن إيجاد تعريف للإغفال التشريعي، إذ أن هذا المصطلح ظهر بعد ظهور عده مصطلحات أخرى مثل (عدم الاختصاص السلبي للمشرع- القصور التشريعي- الانحراف التشريعي- الامتناع التشريعي) مما أثار جدلاً فقهيًا وتنوع التعريفات التي تعرضت لهذا الأمر، فقد ذهب أحد الفقه في تعريفه للإغفال بأنه "قيام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات الواردة علي الوجه المبين بالدستور على نحو منقوص وقاصر لا يحيط به من كافة جوانبه التي لا يكتمل التنظيم إلا بها مما يؤدي إلى عدم الإحاطة بالموضوع محل التنظيم

(1) Art (46): " (1) ... (2) The following shall be considered as omission of the law-maker's tasks: a) the law-maker fails to perform a task deriving from an international treaty, b) a legal was not adopted in spite of the fact that the law-maker's task derives from explicit authorisation by a legal regulation, or c) the essential content of the legal regulation that can be derived from the Fundamental Law is incomplete....".

ومخالفة أحد أو بعض نصوص الدستور⁽¹⁾.

ويرى احد الفقه ان الإغفال التشريعي يعني "قيام البرلمان بتنظيم مسألة أو مسائل معينة بصورة منقوصة يمكن أن يترتب عليها فراغ تشريعي لا يتماشى مع التزام البرلمان بضرورة ممارسة اختصاصه التشريعي على الوجه المبين بالدستور⁽²⁾.

وقد عبر الفقه الفرنسي عن فكرة الإغفال التشريعي بأنها "الحالة التي يكون فيها تنظيم القانون لا يستوي مع القواعد والمعايير العامة للقانون والذي يتمثل في ثغرات تخل في تكامل النظام القانوني وآلياته"⁽³⁾.

(1) د. جواهر عادل العبد الرحمن، الرقابة الدستورية على الاغفال التشريعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص ٣٠.

(2) د. عيد أحمد الغفول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، دراسة مقارنة، ط٢، منقحة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص 159.

(3) Michel MELCHIOR & Claude COURTOY, L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle, Rapport établi pour la Cour constitutionnelle de Belgique, 4 décembre 2007, p.7.

ولمزيد من التعريفات الفقهية للإغفال التشريعي يراجع كلا من:

– Thomas Bustamante & Evanilda de Godoi Bustamante, Constitutional Courts as "negative Legislators" The Brazilian Case, Revista Jurídica Piélagos, November 2010, p.144.

– Juan Luis Requejo Pagés, the problems of legislative omission in constitutional jurisprudence, Paper from the Constitutional Court of Spain presented at the 14th Congress of the Conference of European

في حين عرف أحد الفقه الإغفال التشريعي بأنه "هو ذلك الذي تكمن فيه ارادة
المشرع عن الإمساك عن التشريع في مسألة عهد اليه الدستور بتنظيمها"⁽¹⁾.
وعرف كذلك بأنه عدم تناول المشرع بالتنظيم ما كان يتعين النص عليه صراحة
ليوافق مقتضى الدستور⁽²⁾. ويلاحظ ان هذا التعريف مختصر وغير واضح في
بيان معنى الإغفال التشريعي من جميع صوره.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه في تعريفه للإغفال بقوله "أن المشرع تناول
الموضوع محل التنظيم على نحو منقوص لا يحيط به من كافة جوانبه"،

Constitutional Courts on "Problems of Legislative Omission in Constitut
ional Jurisprudence", Vilnius – May 2008, p.3.

د. محمد باهي ابو يونس، أصول القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٧،
ص ٣٣٠.

ولمزيد من التعريفات الفقهية للإغفال التشريعي يراجع كلا من: د. سمير داود سلمان، الاغفال
التشريعي وامكانية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق، مجلة كلية الحقوق، جامعة
النهريين، المجلد الحادي والعشرون، العدد الرابع، ٢٠١٩، ص ٩٠؛ م.د. جواهر عادل العبد
الرحمن، الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، مرجع سابق، ص 2؛ م.د. عبد العزيز
سالمان، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، مجلة الدستورية، العدد الخامس عشر، السنة
السابعة، أبريل ٢٠٠٩، ص 58؛ د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد، رقابة الملاءمة في
القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص
444، 445؛ وفي هذا المعنى أيضا، د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين
واللوائح في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه جان دبوي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣، ص 1416؛
(1) د. محمد باهي ابو يونس، أصول القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 336.

(2) د. محمد عماد النجار، قضاء عدم دستورية الاغفال التشريعي، المجلة الدستورية صادرة عن
المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد 17، السنة الثامنة، 2010، ص 30.

ويضيف اصحاب هذا الرأي بأن المشرع قد أوجد القاعدة القانونية، ولكنه أوجدها منقوصة وغير متكاملة بأن أغفل مراعاة أحد جوانب الموضوع الذي استهدفت القاعدة القانونية تنظيمه على نحو من شأنه الإخلال أو عدم الإحاطة بالموضوع محل التنظيم من ناحية نصوص الدستور أو بعضها من ناحية أخرى⁽¹⁾.

بينما اعتبر جانب آخر من الفقه أن الإغفال التشريعي يعد مخالفة موضوعية لأحكام الدستور حيث عرفه بأنه "هو الأعمال النسبي للمشرع في معالجة موضوع معين خلافاً للدستور قد تمس الضمانات القانونية التي يجب التمتع بها فضلاً عن الاحلال بمبدأ المساواة"⁽²⁾.

ويستوي في الإغفال التشريعي ليرتب اثره في عدم الدستورية أن يكون جاء عمداً أم عن خطأ، لأنه ليس جزاء أم عقاباً للمشرع على غفله، وإنما هو جزاء على

(1) د. إبراهيم محمد حجي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا (دراسة مقارنة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص 396 و398. ويراجع أيضاً د. وليد محمد الشناوي، دور المحاكم الدستورية كمشرع إيجابي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر العدد 62، ابريل 2017، ومشار إليه في مؤلف د. عبد الكريم ربيع العنزي، مدى التزام الدولة بتعويض الأضرار الناجمة عن الكوارث العامة جائحة فيروس كورونا المستجد أنموذجاً: دراسة وصفية تحليلية في القانون الكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة التاسعة - العدد 2 - العدد التسلسلي 34 - شوال - ذو القعدة 1442هـ، يونيو 2021م، ص 171 وما بعدها. ويراجع د. مستشار. محمد عبد الوهاب خفاجي، ومضات مضيئة للقضاء الإداري في طريق الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد 2، 2015، ص 113.

(2) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، ١٩٩٩، ص ٢٠٢.

النقص التشريعي في التنظيم وعدم الإحاطة بجوانب المسألة كلها محل هذا التنظيم، وفق النموذج الدستوري لها، فالقضاء الدستوري ليس سلطة تعلقو المشرع ولا ينبغي أن تكون بمثابة سلطة رئاسية عليه حتى يقال بأن عدم الدستورية جزء على إغفاله وإنما لابد أن تفهم ذلك في إطار مبدأ الفصل بين السلطات الذي يفرض توازن السلطات وتعاونها إعلاء لمبدأ سمو الدستور وسيادة القانون، فالقضاء الدستوري عندما يقوم بمهمة مراقبة الإغفال التشريعي فهو يراقبه أداء لدوره في الاستيثاق من قدر التطابق أو التباين بين النصوص التشريعية والدستور وهذا ما يحقق موجبات فلسفة الإغفال التشريعي ذاتها⁽¹⁾.

وصفوة القول مما تقدم أنه بالرغم من عدم اتفاق الفقه في ايجاد تعريف للإغفال التشريعي الا انه يمكن تعريفه بأنه "اغفال السلطة المختصة بعملية التشريع بممارسة اختصاصاتها التشريعية المنصوص عليها بالدستور اغفالا كلياً أو جزئياً، أو التخلي عنها لسلطة أخرى دون سند دستوري، مما يؤدي الى فراغ تشريعي".

ثانياً: المفهوم القضائي للإغفال التشريعي:

لم يتطرق القضاء الدستوري في الانظمة القانونية الى مفهوم الإغفال التشريعي بشكل محدد، الا انه استخدم العديد من المصطلحات والعبارات التي تعبر عن فكرة الإغفال التشريعي، والتي أكد فيها ان الإغفال يعد عيباً دستورياً يستوجب القضاء بعدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه فيما تضمنه. حكم قاصر أو عدم دستورية التنظيم التشريعي القاصر فيما لم يتضمنه النص المطعون فيه من حكم كان يتعين أن يتضمنه، وأن تدخل المشرع يغدو واجباً حال يدعوه

(1) د. د. محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص 330.

الدستور الى تنظيم حق من الحقوق⁽¹⁾.

فقد ذهبت المحكمة الدستورية في إسبانيا في قرارها رقم 1982/24 الصادر في 13 مايو 1982 إلى أن الإغفال التشريعي يقع فقط في الحالات التي يفرض فيها الدستور على المشرع ضرورة سن قواعد تشريعية لتطوير النصوص الدستورية، ولا يقوم المشرع بذلك⁽²⁾؛ كما ذهبت المحكمة ذاتها في قرارها رقم 1985/98 الصادر في 29 يوليو 1985 إلى أنه لا يمكن استنتاج عدم دستورية قاعدة بسبب عدم تنظيم مسألة معينة ما لم يكن هناك تكليف دستوري

(1) P. Blacher, V. Larssonier, T. Meindl, J. Roux, A. Viala, « Cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité », Rev. adm., n° 295, 1er janvier 1997, p. 34-45; G. Alberton, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle: les cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité », Rev. adm., n° 302, 1er mars 1998, p. 267-274; S. Bollé, « Les cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité », Rev. adm., n° 313, 1er janvier 2000, p. 32-42.

أعتبرت المحكمة الدستورية الاتحادية في ألمانيا في قرارها الصادر بتاريخ 29 مايو 1969 أن المادة (1712) من القانون المدني تتعارض مع أحكام الدستور، نظرا لعدم تضمينها شروط متساوية بين الأطفال الشرعيين وغير الشرعيين، وحثت السلطة التشريعية على معالجة هذا الإغفال، وذلك بإيجاد الشروط التي تضمن المساواة بينهما قبل نهاية الفصل التشريعي. انظر: Ahmed Oudah AL-DULAIMI, From Negative to Positive Legislator, op. cit, pp.83-84.

ويراجع د. جواهر عادل العبد الرحمن، مرجع سابق، ص 32

(2) Juan Luis Requejo Pagés, The problems of legislative omission in constitutional jurisprudence, op. cit, p.14.

صريح يهدف إلى تشريع هذه القاعدة بذاتها، وليس قاعدة غيرها⁽¹⁾.

وفي البرازيل ذهبت المحكمة الاتحادية العليا إلى أن الإغفال التشريعي هو " عدم اعتماد الدولة للتدابير اللازمة لوضع المبادئ الدستورية موضع التنفيذ، بحيث تصبح فعالة ونافذة، وذلك نتيجة للامتناع عن القيام بالواجب الدستوري المقرر، بما يمثل انتهاكا لنص الدستور بطريقة سلبية، وبما ينشأ عنه إغفال تشريعي غير دستوري، قد يكون كلياً، عند عدم اتخاذ أية تدابير، أو جزئياً، حال عدم كفاية التدابير التي اتخذتها السلطة العامة"⁽²⁾.

وقد تضمن التعريف الذي قالت به المحكمة الاتحادية العليا بالبرازيل بيان كافة العناصر والشروط المتطلبية لقيام الإغفال التشريعي غير الدستوري، إذ بينت المحكمة أن سبب الإغفال التشريعي هو عدم اعتماد التدابير اللازمة لوضع المبادئ الدستورية موضع التنفيذ، وأوضحت أن الإغفال التشريعي قد ينشأ نتيجة عن عدم اعتماد التدابير اللازمة كلياً أو جزئياً، وأشارت أيضاً إلى الأثر المترتب على وجود الإغفال التشريعي، وهو انتهاك أحكام الدستور بطريقة سلبية، كما أنها أوضحت أساس وجود الإغفال التشريعي، وهو وجود واجب دستوري بالتدخل بالقاعدة القانونية اللازمة لتنفيذ الحق الذي كفله الدستور.

ومع ذلك فإن هذا التعريف لا يسلم من سهام النقد، إذ إن المحكمة قد أرجعت

(1) Juan Luis Requejo Pagés, The problems of legislative omission in constitutional jurisprudence, op. cit, pp.14 and 24,

(2) C.S.F.B, Déc. du 22/05/1996; Rapporteur: Min. Celso de MELLO; disponible sur le site internet: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347058>

وجود الإغفال التشريعي للدولة بصفة عامة، ولم ترجعه إلى السلطة المختصة بالتشريع (أصليا أو فرعيا)، كما أنها لم توضح كيفية وقوع الإغفال التشريعي، وما إذا كان المشرع قد تعمد إيقاعه، أم أنه وقع دون إرادته، إهمالاً أو نسياناً؛ بالإضافة إلى أنها أدخلت في مفهوم الإغفال التشريعي ما ليس منه، وهو ما يسميه معظم الفقه بالإغفال التشريعي الكلي أو الامتناع التشريعي.

بينما في فرنسا لم يتعرض المجلس الدستوري الي بيان تعريف الإغفال التشريعي وانما اعترف بالرقابة علي الإغفال التشريعي، وذلك بموجب القرار الدستوري رقم DC 31-67، والمتعلق باستقلال القضاة وعدم قابليتهم للعزل الصادر في 26 يوليو 1967⁽¹⁾، ويعتبر أول قرار يصدر من المجلس ويعاقب على عدم دستورية القانون بسبب "الإغفال التشريعي للمشرع"، وهو تعبير لم يثير دائماً اهتمام الفقه الدستوري، ويمثل بداية فقه دستوري بسبب عدم الكفاءة السلبية للمشرع، الذي تم بناؤه بشكل أساسي منذ عام 1982 والتي يواصل المجلس بنائها من خلال عدة قرارات سنوية⁽²⁾.

(1) CC, n° 67-31 DC, Indépendance et inamovibilité des magistrats, Rec. 19, RJC I-16.

(2) CC, n° 67-31 DC, Indépendance et inamovibilité des magistrats, Rec., p. 19, RJC I-16; CC, n° 70-40 DC du 9 juillet 1970, Rec. p. 25, RJC I-22, GD, n° 15; CC, n° 72-46 DC du 20 janvier 1972, Incompatibilités parlementaires, Rec., p. 21, RJC I-25; CC, n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, Juge unique, Rec. p. 22, RJC I-32; CC, n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Nationalisations, Rec., p. 18, RJC I-104, GD, n° 31; CC,

n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, Blocage des prix, Rec. 57, RJC I-130, GD, n° 33; CC, n° 83-160 DC du 19 juillet 1983, Convention fiscale avec la Nouvelle-Calédonie, Rec., p. 43, RJC I-154; CC, n° 83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983, Démocratisation du secteur public, Rec., p. 49, RJC I-157; CC, n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, Lois de finances pour 1984, Rec., p. 67, RJC I-166; CC, n° 83-166 DC du 29 décembre 1983, Prix de l'eau, Rec., p. 177, RJC I-175; CC, n° 84-167 DC du 19 janvier 1984, Établissements de crédit, Rec. p. 23, RJC I-177; CC, n° 83-168 DC du 20 janvier 1984, Difficultés des entreprises, Rec., p. 38, RJC I-180; CC, n° 83-168 DC des 19 et 20 janvier 1984, (aspects de Fonction publique territoriale), Rec., p. 38, RJC I-180; CC, n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, Réseaux câblés, Rec., p. 63, RJC I-187; CC, n° 84-176 DC du 25 juillet 1984, Communication audiovisuelle, Rec., p. 55, RJC I-192; CC. 84-183 DC 18 janvier 1985, Rec., p. 213; CC, n° 85-189 DC du 17 juillet 1985, Principes d'aménagement, Rec., p. 49, RJC I-224; CC, n° 85-191 DC du 10 juillet 1985, Dispositions d'ordre économique et financier, Rec., p. 46, RJC I-228; CC, n° 85-198 DC du 13 décembre 1985, Amendement Tour Eiffel, Rec., p. 78, RJC I-242; CC, n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Liberté de communication, Rec., p. 141, RJC I-183; CC, n° 86-223 DC du 29 décembre 1986, Loi de finances rectificative pour 1986, Rec., p. 184, RJC I-301; CC, n° 87-233 DC du 5 janvier 1988, Rec., p. 9, RJC I-322; CC, n° 87-239 DC du 30 décembre 1987, Loi de

finances rectificative, Rec. p. 69, RJC I-328, CC, n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché, Rec. p. 71, RJC I 365; CC, n°90-277 DC du 25 juillet 1990, Loi relative à la révision générale des évaluations des immeubles retenus pour la détermination des bases des impôts directs locaux, JO du 27 juillet 1990, p. 9021, Rec., p. 70, RJC I-406; CC, n° 91-283 DC du 8 janvier 1991, Contribution fiscale, Rec., p. 11, RJC I-417; CC, n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, Rec., p. 204, JO, p. 10750, RJC I-533; CC, n° 93-323 DC du 5 août 1993, Rec., p. 213, RJC I-535; CC, n° 93-329 DC du 13 janvier 1994, Rec., p. 9, RJC I-562 CC, n° 94-353/356 DC du 11 janvier 1995, Rec., p. 166, RJC I-615; CC, n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, Rec., p. 183, RJC I-624; CC, n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, Rec., p. 99, RJC I-675; CC, n° 98-399 DC du 5 mai 1998, JO, 12 mai 1998, p. 7092, Rec., p. 245; CC, n° 98-401 DC du 10 juin 1998, JO, 14 juin 1998, p. 9033, Rec., p. 258; CC, n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, JO, 31 juillet 1998, p. 11770, Rec., p. 276; CC, n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, JO, 27 décembre 1998, p. 19663, Rec., p. 312, GD, n° 50; CC 98-405 DC du 29 décembre 1998, Rec., p. 326; CC 99-416 DC du 23 juillet 1999, Rec., p. 100; CC 99-419 DC du 9 novembre 1999, 1998, Rec., p. 116; CC, n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, JO, 20 janvier 2000, p. 992; CC, n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, JO, 20-22 août 2000, p. 11922...

وقد ذهب المجلس الدستوري الفرنسي الى ان البرلمان يكون متنازلا عن اختصاصه إذا تراجع عن التدخل التشريعي حيث يلزمه الدستور بالتدخل، اضافة الى ذلك انه يكون متخليا عن اختصاصه التشريعي إذا أفرط في تفويضه الى السلطة اللائحية.

كما أكد المجلس الدستوري في قرار حديث له⁽¹⁾ وفي اكثر من مناسبة الى انه وفقا للمادة الثامنة من إعلان 1789 لا تكون هناك عقوبة إلا بناء على نص في القانون ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة على تطبيق القانون، واستنادا الى ذلك يجب على المشرع ان يحدد الجرائم والعقوبات بشكل محدد وكاف من اجل ابعاد ثمة تحكم من جانب السلطات العامة والا كان التشريع غير دستوري⁽²⁾،

CC, n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Nationalisations, Rec., p. 18, RJC I-104, GD, n° 31, CC, n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, Blocage des prix, Rec. 57, RJC I-130, GD, n° 33 (intérêt de la décision dans son aspect de sanction du renvoi à un décret d'application pour la fixation de la fin du blocage des prix).

⁽¹⁾ Décision n° 2022-1009 QPC du 22 septembre 2022. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2022/20221009QPC.htm>

⁽²⁾ Cf. notamment CC, n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001, Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier; CC, n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001, commentée par B. Matthieu, M. Verpeaux, à propos de la décision du Conseil constitutionnel 2001-456 DC du 22 août 2002, « Chronique de Jurisprudence constitutionnelle », LPA, n°192,25 septembre 2002,

كما أعلن المجلس الدستوري في قراره الصادر في ٢٣ نوفمبر عام ٢٠١٢ عدم دستورية المادة ١٢٠ الفقرة الأولى، وذلك بسبب ما اغفلته من وجوب تفعيل مبدأ المشاركة بالنسبة للقرارات الإدارية التي ليس لها الصفة اللائحية الصادرة عن الإدارة وأجهزتها، وذلك بالمخالفة للنص الدستوري الوارد بالمادة السابعة من الميثاق الدستوري لحماية البيئة⁽¹⁾.

بينما في مصر لم تتعرض أي من محكمة النقض العليا، أو المحكمة الدستورية العليا لمفهوم فكرة الإغفال التشريعي، والمقصود منها، ولم تضعها تعريفاً محدداً لما يمكن اعتباره إغفالاً تشريعياً، وما لا يمكن اعتباره كذلك، إلا أن المحكمة الدستورية العليا قد بينت حقيقة الإغفال التشريعي، وحددت عناصره في غير موضع من أحكامها، وذلك بأن ذهبت إلى أن "الرقابة على الشرعية الدستورية - وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا - تتناول - بين ما تشتمل عليه - الحقوق التي كفلها الدستور، وأهدرها النص المطعون فيه ضمناً؛ سواء

p. 4-18; « Jurisprudence constitutionnelle, 1re partie, Chron. », JCP, éd. G., n° 46 du 13 novembre 2002, p. 2011-2016; CC, n° 2002-461 DC du 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, décision au JO du 10 septembre 2002, p. 14953.

د. عبد الحفيظ الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في المحكمة الدستورية العليا "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 63.

(1) Décision n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012.

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012283qpc.htm..>

أكان الإخلال بها مقصودا ابتداء، أم كان قد وقع عرضاً⁽¹⁾.

وفي المعنى ذاته ذهبت المحكمة إلى أن " ... الدستور قد خول السلطة التشريعية أصلاً اختصاص سن النصوص القانونية باعتبار أن ذلك مما يدخل في نطاق الدائرة الطبيعية لنشاطها، إلا أنه لا يعصمها من الخضوع للرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن دستورتها، وهي رقابة غايتها إبطال ما يكون منها مخالفاً للدستور ولو كان ذلك من زاوية الحقوق التي أهدرتها ضمناً، سواء أكان إخلالها بها مقصوداً ابتداء أم كان قد وقع عرضاً⁽²⁾.

وقضت المحكمة حديثاً إلى أن " ... التنظيم الذي أتى به النص المطعون فيه لم يتضمن تقرير الحق في إجازة وجوبية للعاملين المسيحيين المخاطبين بأحكام قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة، لمدة شهر باجر كامل، ولمرة واحدة طوال حياتهم الوظيفية، لزيارة بيت المقدس، مع عدم احتسابها ضمن الإجازات الاعتيادية المقررة بذلك القانون، وقصر منحها على أداء فريضة الحج، فإن هذا التنظيم يغدو تنظيماً قاصراً غير متكامل، لا يحيط بالحقوق والحريات التي كفلها الدستور من مختلف أقطارها وجوانبها، ويكون بذلك قد اخل إخلالاً جسيماً بها، بما يفقدها تكاملها وترابط أجزائها، ويقع من ثم مخالفاً لنصوص المواد (١)، (٤)،

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 5 لسنة 8 ق. د، جلسة 6 يناير 1996؛ الجريدة الرسمية، العدد (3) في 18 يناير 1996، ص 79.08. والمشار إليه لدى المستشار الدكتور، رمضان دسوقي شعبان حافظ، رقابة القضاء الدستوري على الإغفال التشريعي - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2022، ص 26.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية 31 لسنة 17 ق. د، جلسة 2 يناير 1999؛ الجريدة الرسمية، العدد (2) في 14 يناير 1999، ص 126-134.

١٢، ١٣، ١٠، ٥٣، ٦٤، ١٢) من الدستور"^(١).

كما اعتبرت المحكمة الدستورية العليا إخلال المشرع بالتزام ناشئ عن معاهدة دولية بمثابة إغفال تشريعي يخضع للرقابة الدستورية؛ فذهبت إلى أن... مؤدي ما تقدم، نشوء التزام على الدولة بتعديل قوانينها الداخلية بما يتفق وتعهداتها الدولية الناشئة عن الاتفاقية المشار إليها، وذلك إنفاذاً لمقتضى أحكام المادة (٩٣) من الدستور، والتي تنص على أن " تلتزم الدولة بالاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان التي تصدق عليها مصر، وتصبح لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً للأوضاع المقررة"، وما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (151) على أن يمثل رئيس الجمهورية الدولة في علاقاتها الخارجية، ويبرم المعاهدات، ويصدق عليها بعد موافقة مجلس النواب...". ليضحي تراخي المشرع في تعديل النص المطعون فيه بإنفاذ مقتضى نص الاتفاقية المشار إليه، في شأن أحقية الأولاد القصر للأم الأجنبية التي اكتسبت الجنسية المصرية في اكتساب هذه الجنسية تبعاً لأهمهم، وبقوة القانون، أسوة بالأب الأجنبي الذي يكتسب الجنسية المصرية، إخلالاً من المشرع بالتزامه الدستوري المتقدم، بما يوقعه في حومة مخالفة أحكام الدستور، ولا يقبله من هذه المخالفة النص في المادة (٢٦) من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ سالف الذكر على أن " يعمل بأحكام المعاهدات والاتفاقيات الدولية الخاصة بالجنسية التي أبرمت بين مصر والدول الأجنبية، ولو خالفت أحكام هذا القانون"، ذلك أن إنفاذ مقتضى الاتفاقية يستوجب تضمين القانون ما يكفل هذا الحق للأولاد القصر للأم الأجنبية التي

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية 153 لسنة ٣٢ ق. د، جلسة 4 فبراير ١٢٠١٧

الجريدة الرسمية، العدد (1) مكرر (ب) في 15 فبراير ٢٠١٧، ص ١٨-٢٧.

اكتسبت الجنسية المصرية، وهو ما خلا منه النص المطعون فيه، الأمر الذي يغدو معه هذا النص مصادقا لأحكام الدستور على النحو المتقدم بيانه، مما يتعين معه القضاء بعدم دستوريته في حدود النطاق المتقدم⁽¹⁾.

وقد شايعت محكمة النقض مفهوم المحكمة الدستورية العليا للإغفال التشريعي، فذهبت إلى أن " الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح المنوطة بالمحكمة الدستورية العليا تستهدف صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه، وسبيل هذه الرقابة تكون بالتحقق من التزام سلطة التشريع بما يورده الدستور في مختلف نصوصه من ضوابط وقيود، بما مؤداه أن مجال الرقابة على الشرعية الدستورية لا ينحصر فيما أخل به المشرع بصورة مباشرة من الحقوق التي كفلها الدستور، ولكنها تتناول أيضا ما أهدره أو أغفله من هذه الحقوق، فكلما كان تنظيم المشرع لأحد هذه الحقوق قاصرا بما يجعله في غير الصورة التي تكفل فاعلية مباشرة هذا الحق أخل هذا القصور بالحماية الدستورية، وهو ما يسمى بالرقابة القضائية على قصور النص التشريعي أو رقابة الإغفال، بمعنى أن إغفال المشرع تقرير بعض القواعد في النص التشريعي، بما يخل بما يورده الدستور من ضوابط وقيود، يجعل هذا الإغفال

(1) وانتهت المحكمة إلى الحكم " بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (6) من القانون رقم ٢٦ لسنة 1975 بشأن الجنسية المصرية، فيما تضمنه من قصر الحق في اكتساب الجنسية المصرية بالنسبة للأولاد القصر على حالة اكتساب الأب الأجنبي لهذه الجنسية، دون حالة اكتساب الأم الأجنبية لها "؛ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية 131 لسنة 39 ق. د، جلسة 6 أبريل ٢٠١٩؛ الجريدة الرسمية، العدد (15 مكرر) في 15 أبريل ٢٠١٩، ص ٣-١٢.

مخالفا للدستور⁽¹⁾.

ويتبين مما تقدم أن المحكمة الدستورية العليا - وشايعتها في ذلك محكمة النقض المصرية - قد اشترطت توافر عدة عناصر للقول بوجود الإغفال التشريعي الذي يخضع لرقابة الدستورية، فتطلبت أن يكون المشرع الدستوري قد كفل الحق أو الحرية دستوريا، وأن يتدخل المشرع لتنظيم هذا الحق أو الحرية فيأتي تنظيمه تنظيما قاصرا، لا يحيط بكافة جوانب الحق أو الحرية محل التنظيم، وأن يهدر التنظيم التشريعي جانبا من جوانب هذا الحق أو تلك الحرية، سواء أقصد المشرع هذا الإخلال، أم كان قد وقع منه إهمالاً بغير قصد وأن يخل الجانب الذي أهمل المشرع تنظيمه من الحق أو الحرية بالانتفاع بها انتفاعا كاملا، وأن يؤدي إهمال المشرع في تنظيم الحق أو الحرية إلى الإخلال بأحكام الدستور. كما يتضح مما سبق أن المحكمة الدستورية العليا، وكذا محكمة النقض، قد قصدتا من حديثهما عن الإغفال التشريعي في الأحكام المشار إليها ما يسميه معظم الفقه بـ " الإغفال التشريعي الجزئي "، إذ اشترطتا أن يكون المشرع قد نظم الحق المكفول دستوريا تنظيما قاصرا، وهو ما يستفاد منه ضمنا أن المشرع قد تدخل بالتشريع فعلاً، إلا أن التنظيم جاء قاصرا، أي أن المشرع قد استخدم سلطته في التشريع، ولم يتمتع أو يلتزم الصمت كلية حيال الحق المنصوص عليه دستوريا.

وبمطالعة احكام المحكمة الدستورية الكويتية يتضح انها لم تتعرض لتعريف الإغفال التشريعي، وذلك على عكس المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية العليا المصرية كما سبق وان وضعنا على النحو سالف الذكر، وانما جاء في أحد احكامها انها لا تتعدي اختصاصاتها المنصوص عليها في قانون

(1) حكم محكمة النقض في الطعن رقم 44 لسنة 73 قضائية، جلسة ٢٩ سبتمبر ٢٠٠٤.

انشائها ولا تتعرض لما يظهر في النص من قصور ومثالب (إشارة الي الإغفال التشريعي) حيث أكدت على "أن هذه المحكمة مقيدة في قضائها بنطاق الطعن المطروح عليها، والمناطق في أعمال رقابتها الدستورية . وحسبما استقر عليه قضاؤها . أن يكون أساس الطعن هو مخالفة النصوص التشريعية المطعون عليها لنص في الدستور، ولا شأن للمحكمة في بحث مدى ملاءمة هذه النصوص، ولا ما ظهر فيها من قصور ومثالب من جراء تطبيقها، ولا بالإدعاء بأن تلك النصوص لم تؤت أكلها وتحقق غاياتها، فهذه الأمور قد يستدعي معها النظر في تعديلها إذا كانت غير وافية بالمرام وذلك بالأداة القانونية المقررة طبقاً للدستور، بيد أنها لا تصلح أن تكون سبباً للطعن عليها بعدم الدستورية لخرج ذلك عن مجال الرقابة القضائية لهذه المحكمة"⁽¹⁾.

ومما تقدم يمكن القول إن الأحكام التي جاءت بها المحكمة الدستورية العليا المصرية والمجلس الدستوري الفرنسي لم يضعاً مفهوماً محدداً للإغفال التشريعي، وإنما قد عبرا عنه باستخدام عبارة فيما لم يتضمنه النص من حكم كان يتعين أن يتضمنه أو فيما تضمنه حكماً قاصراً، بينما المحكمة الدستورية الكويتية لم تتعرض لبيان الإغفال التشريعي ولم تتعرض له في رقابته علي النصوص القانونية لا من قريب أو بعيد بشأن تعريف الإغفال التشريعي سواء أكان اغفال كلي أو اغفال جزئي، وإنما تعرضت لبيان فقط أنها لا تتعرض لما ظهر في النص من قصور ومثالب من جراء تطبيقه.

(1) حكم المحكمة الدستورية الكويتية، الطعن رقم 26 لسنة 2012 دستوري، جلسة 2012/9/25.

المطلب الثاني

الفرق بين الإغفال التشريعي وما يتشابهه معه من مصطلحات

تقوم فكرة الإغفال التشريعي على إغفال المشرع عن ممارسة اختصاصه المحدد في الدستور وهو التشريع، في إطار مبدأ الانفراد التشريعي بصورتيه المطلق (الكلي) والنسبي (الجزئي)، بمعنى أن البرلمان يتخذ موقفاً سلبياً تجاه اختصاصه الدستوري، وبالرغم من ذلك نجد أن هناك تشابهاً واختلافاً بين الإغفال التشريعي وغيره من السلوكيات التي قد يتخذها المشرع خاصة منها فكرة السكوت التشريعي، وعدم الاختصاص السلبي للمشرع:

أولاً: الفرق بين الإغفال التشريعي والسكوت التشريعي:

عرف أحد الفقه الإغفال الكلي أو السكوت التشريعي بأنه "حالة الغياب الكلي أو عدم الوجود الكلي للتشريع أو لقاعدة قانونية تتعلق بحالة قانونية محددة بالدستور".

في حين ذهب البعض الآخر في تعريفه بأنه "السكوت عن تنظيم مسألة ما أو عدم التدخل بالتشريع في موضوع معين"⁽¹⁾.

في حين عرفه آخر بأنه "امسك المشرع عن التشريع في شأن معين وهو ما يعد مما يترخص فيه، ولذا يعد من الملائمات التي يستقل وحده بتقديرها"⁽²⁾.

وعارض السكوت أو الصمت التشريعي بعده أوثق بمجال رقابة الملائمة التشريعية التي تمتع على القضاء الدستوري، تفرق عن عارض آخر يمكن أن نطلق عليه بالإغفال التشريعي، فهذا الأخير تكمن فيه ارادة المشرع عن

(1) د. عبد الحفيظ الشيمي، مرجع سابق، ص 120 - 121.

(2) د. محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص 335.

الامساك عن التشريع في مسألة عهد اليه الدستور بتنظيمها، فهو يختلف عن السكوت التشريعي من ناحيتين: الأولى عنصر مادي مفاده عدم قيام المشرع بسن القانون الذي أوجب عليه الدستور صدوره.

والثانية عنصر معنوي مفاده إنصراف إرادة المشرع إلى عدم إصدار هذا التشريع، وهو ما يكون حاصلة أن الإغفال التشريعي هو إمساك المشرع عن سن تشريع كان يجب عليه سنه دستوريا. لذلك فانه على خلاف السكوت التشريعي لا يدخل في نطاق الملائمة التشريعية، ومن ثم يخضع لرقابة الدستورية، وخير دليل على ذلك ما ذهبت اليه المحكمة الدستورية العليا بقولها "...تنظيم الحقوق منوط بالمشرع، وإذا كان استعماله لسلطته في هذا الشأن رخصة يباشرها، كلما اقتضاها الصالح العام، وفي الوقت الذي يراه مناسبا، إلا أن تدخله يغدو عزيمة إذا ما دعاه الدستور إلى تنظيم حق من الحقوق، كما هو الحال بالنسبة لحق التقاضي، فإذا أغفل أو أدى مسلكه الى الإخلال بهذا الحق، كان ذلك مخالفا للدستور"⁽¹⁾.

إضافة الى ذلك أن الإغفال التشريعي يختلف عن السكوت التشريعي ايضا من عدة نواحي، فمن ناحية نجد أن الإغفال التشريعي يكون فيه المشرع قد تناول الموضوع محل التنظيم بصورة قاصرة أو على نحو منقوص، إما السكوت التشريعي يكون عندما لا يتناول المشرع أحد الموضوعات بالتنظيم من الأساس على الرغم من التزامه دستورياً بذلك، ومن ناحية اخرى فأن مسلك المشرع اتجاه السكوت التشريعي يعد مسلكاً إرادياً بحسب الأصل، بينما مسلك المشرع بصدد

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم 193 لسنة 19 قضائية دستورية، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء التاسع، 6 مايو 2000، ص 548.

الإغفال التشريعي هو بحسب الأصل غير إرادي⁽¹⁾.

كذلك نجد أن الإغفال التشريعي يختلف عن السكوت التشريعي من حيث مدى الخضوع للرقابة الدستورية من قبل القضاء، فالإغفال التشريعي يخضع لرقابة القضاء الدستوري ويعد أساسه في مبدأ سمو الدستور والذي يعني علو القواعد الدستورية على غيرها من القواعد القانونية المطبقة في الدولة، أما لسكوت التشريعي أو ما يسميه الفقه بالإغفال الكلي ليس مدعاة لرقابة المشرع من قبل القضاء الدستوري، إذ لا توجد صلة بين الحاجة إلى التشريع وبين دستوريته⁽²⁾.

وخلاصة ما تقدم يمكن القول إن امتداد الرقابة على السكوت التشريعي تعني حلول القاضي الدستوري محل السلطة التشريعية في تقدير كثير من الأمور من بينها مدى الحاجة إلى التشريع، وضرورة وأهمية هذا التشريع، وتقدير الظروف الملائمة لصدور التشريع، إذ تعد هذه الأمور هي من أبرز وأخص سمات السلطة التقديرية للمشرع فضلا عن ذلك أن تنظيم موضوع ما ومدى الحاجة إلى وجود التشريع أمر تختص به السلطة التشريعية وفقا للملائمات التي تراها، فهي التي تقدر متى تتدخل لوضع تشريع معين ومتى لا تتدخل، فإذا قعد المشرع عن أن يتناول مسألة ما بالتنظيم فإنه لا يجوز حمله على التدخل كأصل مالم يكن الدستور قد أوجب عليه التدخل وحدد له وقت تدخله وهو امر لا يحدث كثيرا⁽³⁾.

(1) د. جابر محمد حجي، مرجع سابق، ص 401.

(2) د. هالة محمد طريح، حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات العامة والضمانات المقررة لممارستها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 257.

(3) د. عبد العزيز محمد سلمان، رقابة دستورية القوانين، ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1995م، ص 109.

إما من ناحية التشابه بين الإغفال التشريعي والسكوت التشريعي فنجد أن كلا منهما يرد على التزام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات الواردة بالدستور.

ثانياً: التمييز بين الإغفال التشريعي وعدم الاختصاص السلبي للمشرع:

إن فكرة الإغفال التشريعي تعد من الافكار الحديثة فهي قد تختلط بغيرها من السلوكيات السلبية التي قد يتخذها المشرع، خاصة فكرة عدم الاختصاص السلبي أو ما يطلق عليه بالتسلب التشريعي⁽¹⁾، والتي استعارها فقه القانون العام من مفهوم فكرة عدم الاختصاص السلبي⁽²⁾، وتجد هذه الفكرة اساسها في التزام البرلمان بالتشريع حيث يوجب عليه الدستور ذلك، وإلا عد ممتنعاً عن ممارسة اختصاصاته التشريعية، كما تعني عدم تخليه عنها لغيره من السلطات العامة الأخرى، وإذا حدث وامتنع البرلمان عن ممارسة اختصاصاته التشريعية أو تخلى

(1) أي تنازل المشرع عن اختصاصه بالتشريع لغيره من السلطات؛ انظر: م. د. عبد العزيز سالم، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، مرجع سابق ص 59؛ د. هالة محمد طريح، حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات العامة والضمانات المقررة لممارستها، اطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٠، ص ٢٥٠؛ أ. كيلالي زهرة، مبدأ الانفراد بالتشريع، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، بحث متاح بموقع المجلة الالكترونية على الرابط: <http://www.droitentreprise.org/web/?p=1964/>

(2) Ariane VIDAL-NAQUET & ILF-GERJC, L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence negative, Les nouveau cahiers du conseil constitutionnel, N° 46 (l'incompétence en droit Pillouer Le constitutionnel), janvier pp.7-20; Arnaud L'incompétence négative des autorités administratives: retour sur une notion ambivalente, Revue française de droit administratif, Dalloz, 2009 p.1203.

عنها لتمارسها هيئة أخرى عوضا عنه فإنه يكون قد خالف الدستور بما احدث
بغير وجه حق من تعديل لقواعد توزيع الاختصاصات الدستورية بما احدث بغير
وجه حق من تعديل لقواعد توزيع الاختصاصات الدستورية⁽¹⁾.

اضافه الى ذلك ان عدم الاختصاص السلبي يعد أحد عوارض الاختصاص
التشريعي، فهو يتبدى في حالة ما إذا عهد الدستور الى السلطة المشرعة بتنظيم
مسألة معينة، فبدلا من ان تقوم بهذه المهمة بذاتها، تنتازل عنها الى جهة أخرى
لتنطوي تنظيمها، كأن توكل السلطة التشريعية الى السلطة التنفيذية ما أناط
الدستور تأديته بما ففي هذه الحالة تتسلب الأولى من اختصاصها لتعهد به الى
الأخرى، وعلى ذلك يقوم التسلب على عناصر ثلاثة وهي النص الدستوري
المانح للاختصاص، نزول الجهة المختصة عن هذا الاختصاص، والجهة
المتنازل لها عن الاختصاص⁽²⁾.

(1) د. عيد أحمد الغفلول، مرجع سابق، ص 43. د. خالد بالجيلالي، السلطة التقديرية
للمشرع، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراة، كلية الحقوق علوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد،
تلمسان، الجزائر، ٢٠١٧/٢٠١٦، ص 50.

Florence Galletti, Existe-t-il une obligation de bien légiférer? Propo
sur << l'incompétence négative du législateur >> dans la jurisprudence d
Conseil constitutionnel, R.F.D.C, n° 58, 2004, p.391.

(2) د. محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص 333.

وإيضاحاً لفكرة التسلب من الاختصاص فقد أوردت المحكمة الدستورية العليا أن "حرية الانتقال
تتخرط في مصاف الحريات العامة، وأن تقييدها دون مقتض مشروع، إنما يجرد الحرية
الشخصية من بعض خصائصها، ويقوض صحيح بنيانها؛ وقد عهد الدستور بهذا النص إلى
السلطة التشريعية دون غيرها بتقدير هذا المقتضى، ولازم ذلك، أن يكون تعيين شروط إصدار

كذلك نجد أن فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع تتعلق بتنظيم بعض الدساتير لاختصاصات السلطة العامة، ولاسيما فيما يتعلق بالوظيفة التشريعية التي ينفرد بها البرلمان دون غيره بمعنى التشريع في المسائل المحجوزة له دون أن يعهد في ذلك إلى سلطة أخرى، متأثراً في ذلك بعملية توزيع الاختصاص بين السلطات التي تبناها الدستور الفرنسي عام 1958، إذ أعتبر ان الموضوعات المحجوزة للبرلمان لا يمكنه في إطارها ان يتنازل عن تنظيمها لصالح سلطة أخرى عن طريق التفويض التشريعي. وما يمكن ملاحظته على ذلك ان فكرة

وثيقة السفر بيد هذه السلطة، والأصل فيها هو المنح، استصحاباً لأصل الحرية في الانتقال؛ والاستثناء هو المنع؛ وأن المنع من التنقل لا يملكه إلا قاض، أو عضو نيابة عامة، يعهد إليه القانون بذلك دون تدخل من السلطة التنفيذية.

وحيث إن 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 في جهة معينة إلا في الأحوال التي يبينها القانون، وتبعتها المادة (51) لتمنع إبعاد المواطن عن البلاد وأحرامانه من العودة إليها، وجاءت المادة (52) لتؤكد حق المواطن في الهجرة الدائمة أو الموقوتة على أن ينظم القانون هذا الحق وإجراءات وشروط الهجرة ومغادرة البلاد؛ ومقتضى هذا أن الدستور لم يعقد للسلطة التنفيذية اختصاصاً ما بتنظيم شئ مما يمس الحقوق التي كفلها الدستور 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 تقيداً في ذلك بضوابط عامة وأسس رئيسية تلتزم بالعمل في إطارها، فإذا ما خرج المشرع على ذلك وناط بالسلطة التنفيذية، تنظيم الحق من أساسه، كان متخلياً عن اختصاصه الأصلي المقرر بالمادة (86) من الدستور، ساقطاً - بالتالي - في هوة المخالفة الدستورية. " حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم 243 لسنة 21 قضائية "دستورية" جلسة 2000/11/4.

عدم الاختصاص السلبي للمشرع تظهر في صورتين الأولى تتمثل في عدم الاختصاص التشريعي غير المقترن بالتفويض التشريعي ويحصل ذلك عندما يتخلى البرلمان عن اختصاصه، ولكن من دون إحالة إلى سلطة أخرى لممارسة هذا الاختصاص بمعنى دون تفويض تشريعي، أما الصورة الثانية فهي تتعلق بعدم الاختصاص السلبي المقترن بتفويض تشريعي ولكن ذلك يكون فقط في الظروف الاستثنائية، إذ يتنازل المشرع عن جزء من اختصاصاته لصالح السلطة التنفيذية⁽¹⁾، وتجد هذه الصورة أساسها في القرار الصادر من المجلس الدستوري الفرنسي وكذلك المحكمة العليا الذي تصدى لحالة التفويض من خلال تحديد الضوابط الدستورية التي يجب على السلطة التشريعية أن تتقيد بها، حيث قضت المحكمة الدستورية العليا ما يلي "انه يشترط لسلامة التفويض وصحته ان تطراً ظروف استثنائية تبرره وان يكون محدد المدة، معين الموضوعات التي يجري فيها والأسس التي يقوم عليها، وكلها قيود على السلطة التنفيذية⁽²⁾ حتى لا تمارس ذلك الاختصاص الاستثنائي بإصدار قرارات لها قوة القانون إلا أن تقوم مبرراته ودواعيه على ان يكون ذلك في الحدود ووفقاً للضوابط التي تضعها السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الاصيل في ممارسة وظيفة التشريع"⁽³⁾.

وبالتالي فإن المشرع لا يملك أن يتخلى عن اختصاصه لصالح السلطتين التنفيذية والقضائية تحت ستار التنظيم التشريعي، أو تحت ستار التفويض

(1) قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في ٢٠،١٩ يناير ١٩٨١، ص ١٦.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 9 لسنة 4 قضائية دستورية والصادرة في

التشريعي وفي هاتين الصورتين، إذا ما تخلى البرلمان عن اختصاصه فإنه يكون بدون شك مخالفاً للتتظيم الدستوري بشأن توزيع الاختصاصات بين السلطات العامة⁽¹⁾.

وفي ضوء ما تقدم نجد أن فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع تختلف عن فكرة الإغفال التشريعي وهذا الاختلاف يكمن من خلال عدة نواحي:

يقصد بعدم الاختصاص السلبي مخالفة مسلك المشرع لقواعد الاختصاص المحددة بالدستور بأن يتخلى عن اختصاصه لصالح السلطة التنفيذية، بينما نقصد بالإغفال التشريعي قعود المشرع عن مباشرة اختصاصه أو مباشرته على نحو قاصر ومن ثم فلا يترك المشرع اختصاصه لسلطة أخرى⁽²⁾.

أما من ناحية المسلك الذي يتخذه المشرع ففي عدم الاختصاص السلبي يكون مسلك المشرع إرادياً، ما في الإغفال التشريعي فإن مسلك المشرع وخاصة في الإغفال الجزئي الذي يعد أكثر مراقبة، هو بحسب الأصل غير إرادي⁽³⁾.

ومن ناحية الأساس القانوني للرقابة الدستورية على كل من الإغفال التشريعي

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 7 لسنة 35 قضائية "رقابة سابقة"، جلسة ٢٥ مايو ٢٠١٣؛ الجريدة الرسمية، العدد (٢١ مكرر "١") في ٢٦ مايو ٢٠١٣.

Jordane ARLETTAZ, L'incompétence négative à l'étranger, op. cit. p.57.

د. عبير حسين السيد، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١٦٨.

(2) د. عبد الحفيظ الشيمي، مصدر سابق، ص ٢٢. ٢٧.

(3) د. عبد المجيد إبراهيم، السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار الجامعات الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص 580.

وعدم الاختصاص السلبي للمشرع، نجد أن أساس الرقابة على الإغفال التشريعي تتمثل في مخالفة التشريع لمبدأ الدستور وعلوه من جانب، ومخالفة الضمانات التي هيأها الدستور لحماية الحقوق والحريات العامة من جانب آخر⁽¹⁾.

أما فيما يتعلق بفكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع نجد أن أساس الرقابة عليها هو مبدأ الانفرد التشريعي بمسائل معينة ومن ثم مخالفة القانون لقواعد الاختصاص إذا ما ترك القانون هذه الموضوعات للسلطة اللائحية⁽²⁾.

إضافة إلى ذلك إن فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع تعد من العيوب الخارجية للتشريع فهي تتمثل في مخالفة قواعد الاختصاص المنصوص عليها في الدستور ويترتب على ثبوتها القضاء بعدم دستورية التشريع المطعون فيه وذلك لمخالفته لقاعدة شكلية واردة بالدستور، في حين لا يمكن اعتبار فكرة الإغفال التشريعي من العيوب الخارجية للتشريع بل إنها تعد مخالفة صريحة لمضمون أحد نصوص الدستور أو بعضها ويترتب على وجوده القضاء بعدم

(1) د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه، جان دبوي للقانون والتنمية، 2003، ص 141.

(2) م. د. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية في مصر، الجزء الثاني، د. ن، 2006، ص 77؛ د. عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 37؛ د. خالد بالجيلالي، الاختصاص السلبي للمشرع والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق، ص 77؛ وانظر أيضا في الفقه المقارن:

Florence Galletti, Existe-t-il une obligation de bien légiférer? op. cit, p.397; Ariane VIDAL-NAQUET & ILF-GERJC, L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative, op. cit, pp.7-20.

دستورية ما أغفل المشرع بيانه للمخالفة الموضوعية للدستور⁽¹⁾.

وصفوة القول أن الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي وعدم الاختصاص السلبي للمشرع تهدف الى تحقيق غاية معينة فنجد، أن الهدف من الرقابة على الإغفال التشريعي تكمن من خلال حماية مبدأ سمو الدستور وعلوه وهيمنته على قواعده ومبادئه على ما دونها من قواعد قانونية سواء كانت صريحة أو ضمنية من جانب، وكفالة وحماية الحقوق والحريات التي تضمنها الدستور بأن يكون الانتفاع بها في الصورة التي تصورها الدستور نطاقا فاعلا لها من جانب آخر، وذلك لان حالة الإغفال التشريعي تهدف الى تصحيح النص التشريعي وليس حماية المجال المحجوز للقانون (التشريع)⁽²⁾، في حين ان الهدف من الرقابة على فكرة عدم الاختصاص السلبي تتمثل في حماية المجال المحجوز للقانون (التشريع) وعدم إقحام السلطات الأخرى مباشرة اختصاصات السلطة التشريعية⁽³⁾.

(1) د. جابر محمد حجي، مرجع سابق، ص 401.

(2) د. محمد عماد النجار، مرجع سابق، ص 37.

(3) د. عبد المجيد إبراهيم، مرجع سابق، ص 579.

المبحث الثاني

أساس الرقابة على الإغفال التشريعي وصور الإغفال

تمهيد وتقسيم:

تستمد المحاكم الدستورية سلطتها في رقابة الإغفال التشريعي من النصوص الدستورية وقوانين انشاء المحاكم الدستورية والتي قد تصن صراحة على رقابة الإغفال التشريعي، أو قد تنص ضمناً على الرقابة الإغفال التشريعي، وقد تستند أيضاً إلى الأحكام القضائية التي تصدر من الأحكام الدستورية أو المجلس الدستوري على حسب المسميات التي تعنتقها الدول، في أعمال الرقابة على الإغفال التشريعي.

وتتعدد صور الإغفال التشريعي ما بين الإغفال التشريعي الكلي، أو الإغفال التشريعي الجزئي وهو ما سوف نبينه في المطلب الثاني، ولمعالجة هذه التفاصيل سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: الأساس القانوني والقضائي لإعمال الرقابة على الإغفال التشريعي.

المطلب الثاني: صور الإغفال التشريعي.

المطلب الأول

الأساس القانوني والقضائي لإعمال الرقابة على الإغفال التشريعي

تستند كلا من المحكمة الدستورية في مصر والكويت وكذلك المجلس الدستوري الفرنسي في إعمال الرقابة على دستورية القوانين إلى نصوص الدستور وكذلك إلى قوانين انشاء القضاء الدستوري في تلك الأنظمة، وهو ما يجب أن نوضحه في النقاط التالية:

أولاً: الأساس القانوني لإعمال الرقابة على الإغفال التشريعي:

1- الأساس الدستوري والقانوني لإعمال الرقابة على الإغفال التشريعي في

فرنسا:

نظم الدستور الفرنسي اختصاص المجلس الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين حينما نص في المادة رقم (61) منه على ان تعرض القوانين على المجلس الدستوري قبل إصدارها لمراقبة دستورتها من عدمه⁽¹⁾، وأيضاً أجاز

⁽¹⁾ [Article 61: Modifié par LOI constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet... art. 28](#)

Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à [l'article 11](#) avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel, qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.

Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours.

الرقابة اللاحقة على دستورية أو عدم دستورية القوانين إذا ما أثير نص ينظر أمام المحكمة شبهة انتهاك الحقوق والحريات⁽¹⁾.

2- الأساس الدستوري والقانوني لإعمال الرقابة على الإغفال التشريعي في مصر:

يستند الأساس الدستوري لرقابة المحكمة الدستورية المصرية على الإغفال التشريعي في المبدأ الوارد بالمادة 192 من دستور مصر الصادر عام 2014 والمعدل عام 2019 والتي تنص على أن "تتولي المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية علي دستورية القوانين، واللوائح، وتفسير النصوص

Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation."

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/2019-07-01/>

⁽¹⁾ [Article 61-1: Création LOI constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet... - art. 29](https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/2019-07-01/)

Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article."

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/2019-07-01/>

التشريعية،⁽¹⁾. في حين نصت المادة رقم 25 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979 والمعدل بالقانون رقم 137 لسنة 2021⁽²⁾ والتي نصت على أن "تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي: الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح".

بينما يرجع الأساس القانوني لرقابة القضاء الدستوري على الإغفال التشريعي، الي قاعدة أعمال النصوص خير من اهمالها، وأن الضرورة تقدر بقدرها، ذلك أنه متي جاز تصحيح النص الدستوري خير من اهداره، وعلي الرغم من عدم نص المشرع الدستوري علي سلطة المحكمة الدستورية في رقابة الإغفال التشريعي بشكل صريح إلا أن هذه المكنة متضمنة بحكم اللزوم العقلي بمقتضي النص علي سلطة المحكمة في القضاء بعدم الدستورية، وإذا كانت المحكمة تملك حق إعدام النص من خلال القضاء بعدم دستوريته، فأنها تملك من باب اولي تعليق علي دستوريته علي شرط يضمن براءته من العيب الدستوري الذي اغفله

(1) انظر نص المادة 192 من دستور مصر الصادر عام 2014 والمعدل عام 2019 والتي نصت على أن "تتولي المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية علي دستورية القوانين، واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية، والفصل في المنازعات المتعلقة بشئون أعضائها، وفي تنازع الاختصاص بين جهات القضاء، والهيئات ذات الاختصاص القضائي، والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أي جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها، والقرارات الصادرة منها ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة، وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها".

(2) القانون رقم 137 لسنة 2021 والمنشور بالجريدة الرسمية - العدد 32 مكرر (أ) في 15 أغسطس 2021م.

المشرع⁽¹⁾. فمهمة المحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية القوانين تقف عند الحكم بدستورية النص أو عدم دستوريته، دون أن يكون لها سلطة تصحيحه أو تعديله، إذ أن تصحيح التشريع أو تعديله هو اختصاص ينفرد به المشرع علي استقلال، لا ينازعه في ذلك سلطة أخرى اياً كانت، وأن الاستناد في رقابة الإغفال التشريعي إلي قاعدة أعمال النصوص خير من اهمالها، ومن ثم متي جاز تصحيح النص انتفي موجب إعدامه، إذ أن تصحيح العيب الدستوري خير من أهدار النص.

3- الاساس الدستوري والقانونى لإعمال الرقابة على القوانين واللوائح في الكويت:

حددت المادة رقم (173) من دستور الكويت الصادر عام 1962⁽²⁾ اختصاص المحكمة الدستورية حينما نصت على أن: "يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها. ويكفل القانون حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح. وفي حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن".

وتأكيداً على ذلك فقد انشأت المحكمة الدستورية الكويتية بموجب القانون رقم 14 لسنة 1973 والمعدل بالقانون رقم 109 لسنة 2014 واصبح من ضمن

(1) د. محمد عماد النجار، القضاء بعدم دستورية الإغفال التشريعي، مرجع سابق، ص27.
(2) صدر في قصر السيف في 14 جمادى الثاني 1382 هـ الموافق 11 نوفمبر 1962 م، المنشور على موقع الامة على الانترنت على الرابط التالي:

اختصاصها الفصل في دستورية القوانين واللوائح، فقد نصت المادة الاولى من القانون علي أن " تنشأ محكمة دستورية تختص دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية وبالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح وفي الطعون الخاصة بانتخاب مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم، ويكون حكم المحكمة الدستورية ملزماً للكافة ولسائر المحاكم".

الا أن التساؤل الذي يتبادر الى الذهن هنا هل المحكمة الدستورية الكويتية تمارس رقابتها على الإغفال التشريعي للنصوص القانونية مثلما تمارس المحكمة الدستورية العليا المصرية والمجلس الدستوري الفرنسي من عدمة؟

المتأمل لقانون المحكمة الدستورية الكويتي رقم 14 لسنة 1973 يجد أن اختصاص المحكمة الدستورية ينحصر في ثلاثة اختصاصات:

الاختصاص الأول: تفسير النصوص الدستورية⁽¹⁾:

تختص المحكمة الدستورية بتفسير النصوص الدستورية عند الطلب منها ذلك من مجلس الوزراء أو مجلس الأمة، ويشترط عند تقديم طلب التفسير بيان النص الدستوري المراد تفسيره ومبرراته⁽²⁾.

(1) يري الدكتور محمد الفيلي أن الدستور الكويتي لم ينص على الاختصاص التفسيري للمحكمة الدستورية، انظر في ذلك: د. محمد الفيلي، الاختصاص التفسيري للمحكمة الدستورية في الكويت ما له وما عليه، مجلة الحقوق الصادر عن جامعة الكويت، السنة (23)، العدد (3)، سبتمبر 1999، ص 36.

(2) د. عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت "دراسة مقارنة"، مكتبة الكويت الوطنية، الطبعة الخامسة، 2009، ص 1131 وما بعدها.

وينحصر اختصاص المحكمة في تفسير احكام الدستور⁽¹⁾ في تجلية ما يكون قد لحق النص المطلوب تفسيره من لبس وغموض بغية رفع هذا البس وتجلية ذلك الغموض توصلًا إلى تحديد غرض المشرع الدستوري من إقراره وذلك ضماناً لوحدة التطبيق الدستوري واستقراره. ويقتصر اختصاص المحكمة في نطاقه على تفسير احكام الدستور ولا يمتد إلى تفسير نصوص القوانين العادية التي تواجهها المحكمة عن طريق البحث في دستوريته وطبقاً للأوضاع المقررة.

كما تلتزم المحكمة عند تفسيرها للأحكام الدستورية بتلك المعاني التي أوردتها المذكرة التفسيرية لبعض نصوصه، لما لتفسيرها من قوة ملزمة لكافة السلطات والهيئات في الدولة ومنها بطبيعة الحال المحكمة الدستورية.

الاختصاص الثاني: النظر في الطعون الخاصة بانتخاب مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم⁽²⁾:

اعطي المشرع للمحكمة الدستورية حق الفصل في الطعون الانتخابية كاختصاص اصيل يضاف الي اختصاصاتها السابقة⁽³⁾.

(1) لمزيد من التفاصيل حول اختصاص المحكمة الدستورية في الكويت انظر عقيد د. فهد مرزوق العنزي، التنظيم القانوني للدعوي الدستورية في الكويت ومصر لرقابة دستورية القوانين، مجلة الفتوي والتشريع، العدد الثامن عشر، ديسمبر 2013، ص 163 وما بعدها. ويراجع أيضاً أ.د. يسري محمد العصار، سلطة القاضي الدستوري في تفسير القوانين "دراسة مقارنة"، مجلة معهد القضاء، الكويت، السنة الثانية عشرة، العدد الحادي والعشرون، فبراير 2019، ص 12 وما بعدها.

(2) د. خليفة ثامر الحميده، النظام الدستوري الكويتي، بدون دار نشر، الطبعة الثانية، 2015، ص 243.

(3) د. خليفة ثامر الحميده، النظام الدستوري الكويتي، المرجع السابق، ص 173.

فقد نصت المادة (الخامسة) من قانون انشاء المحكمة على أن "تقدم الطعون الانتخابية الخاصة بمجلس الأمة إلي المحكمة مباشرة أو بطريق المجلس المذكور وفقاً للإجراءات المقررة لديه في هذا الشأن".

كما نصت المادة (الخامسة) من القانون رقم 33 لسنة 2016 بشأن بلدية الكويت على ان "تختص المحكمة الدستورية بالنظر في الطعون الانتخابية المقدمة في شأن انتخابات المجلس البلدي، ولكل ناخب أن يطلب إبطال الانتخاب الذي تم في دائرته الانتخابية، ولكل مرشح طلب ذلك في الدائرة التي كان مرشحاً فيها، ويقدم الطلب إلى المحكمة الدستورية خلال خمسة عشر يوماً من إعلان نتيجة الانتخاب والإعتبر الطلب غير مقبول.

وتتظر المحكمة هذه الطعون وفقاً للإجراءات المقررة في نظر الطعون المقدمة في انتخابات مجلس الأمة..".

الاختصاص الثالث: الفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح⁽¹⁾:

وهذا الاختصاص هو الهدف من وراء إنشاء المحكمة، أما الاختصاصات الأخرى فهي فرعية أعطيت لها، حيث يشمل اختصاص المحكمة بالرقابة، اختصاصها بمراقبة دستورية القوانين والمراسيم بقوانين ودستورية اللوائح، كما

⁽¹⁾ لمزيد من التفاصيل حول اختصاص المحكمة الدستورية في الكويت انظر عقيد د. فهد مرزوق العنزي، التنظيم القانوني للدعوي الدستورية في الكويت ومصر لرقابة دستورية القوانين، مجلة الفتوي والتشريع، العدد الثامن عشر، ديسمبر 2013، ص 163 وما بعدها د. فواز ثامر الجدي، القضاء الدستوري الكويتي، مكتبة الكويت الوطنية، الطبعة الاولى، 2020، ص 44 وما بعدها.

يشمل اختصاصها بنظر شرعية اللوائح.

فقد عقد المشرع لواء الاختصاص للمحكمة الدستورية بالرقابة، ويتضح ذلك من نص المادة الأولى من القانون والتي تقضي باختصاص المحكمة دون غيرها. .. بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح. فأخذ المشرع بذلك بمركزية الرقابة حين حصرها بمحكمة واحدة دون سواها من المحاكم⁽¹⁾.

وصفوة القول اتفاق النصوص الدستورية والقانونية في كلاً من فرنسا والكويت ومصر على اختصاص القضاء الدستوري برقابة مدي دستورية القوانين واتفاقها مع نصوص الدستور دون النص على أعمال الرقابة على الإغفال التشريعي، وأن أعمال الرقابة في تلك الانظمة القانونية جاء إعمالاً لمبدأ أعمال النصوص خير من اهمالها، وأن الضرورة تقدر بقدرها، وهو ما لم تأخذ به المحكمة الدستورية الكويتية، مما نهيب معه من القضاء الدستوري الكويتي أن يحذو حذو القضاء الدستوري المقارن بفرض رقابته على الإغفال التشريعي ورد الأساس في ذلك، إلي ذات الأساس الذي تقوم عليه فكرة الرقابة علي الدستورية عموماً، إلا وهي فكرة "سمو الدستور" والذي بمقتضاه تسمو قواعد الدستور وأحكامه علي ما عداها من قواعد داخل الدولة، وهي قواعد قانونية أمره وملزمة، وتفرض علي المشرع التزامات ايجابية بالتشريع لحماية موضوعات دستورية كموضوع الحقوق والحريات⁽²⁾، وفكرة الدولة القانونية تكفل خضوع جميع سلطات الدولة للقانون،

(1) لمزيد من اختصاصات المحكمة الدستورية يراجع د. عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت "دراسة مقارنة"، مكتبة الكويت الوطنية، الطبعة الخامسة، 2009، 1061 وما بعدها، ويراجع د. تركي سظام المطيري، الجوانب الإجرائية في الدعوي الدستورية "دراسة مقارنة فرنسا ومصر والكويت"، بدون دار منشور، 2012، 101 وما بعدها.

(2) د. عبد الحفيظ الشيمي - مرجع سابق ص 99.

سواء في تصرفاتها الايجابية أو السلبية التي تشكل مخالفة دستورية⁽¹⁾.

ثانياً: المبادئ المستمدة من القضاء الدستوري بشأن الرقابة على الإغفال التشريعي:

1- المبادئ المستمدة من المجلس الدستوري الفرنسي على الإغفال التشريعي:

يقوم المجلس الدستوري بمراقبة الإغفال التشريعي وتتسم سياسته إزاءها بالتوسع حيث لم يقتصر على الحالة التي يكون فيها مخالفاً لنص دستوري بطريق مباشر وإنما مد رقابته إلى حالات يكون فيها الإغفال التشريعي مخالفاً لنص تشريعي سابق⁽²⁾.

ولقد راقب المجلس الدستوري الفرنسي امتناع المشرع عن إصدار قاعدة قانونية واجبة، مستصحباً في ذلك ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي من مراقبة القرارات الإدارية السلبية. وذهب الفقه الفرنسي إلى أن امتناع المشرع هو عدم الاختصاص السلبي ينطوي في ذاته على تجاوز البرلمان لسلطته، وإن عدم الاختصاص السلبي يشبه تماماً عدم الاختصاص الإيجابي المتمثل في إصدار قواعد تشريعية خارج مجال اختصاصه⁽³⁾.

(1) د. عبد العزيز محمد سالم رقابة الإغفال في القضاء الدستوري - مجله الدستورية، العدد 15 السنة 7- أبريل 2009، ص 60 و61.

(2) يراجع: د. أحمد فتحي سرور في مؤلفه عن الحماية الدستورية للحقوق والحريات، طبعة نادي القضاة ص 199 وما بعدها، د. عبد الحفيظ الشيمي: المرجع السابق ص 31 وما بعدها.

(3) د. عبد الحفيظ الشيمي: المرجع السابق ص 62.

وذهب المجلس الدستوري في أكثر من موضع إلى أن تنظيم المشرع للموضوع إما أن يكون كافياً أو غير كاف ويقرر عدم الدستور لأي تنظيم تشريعي يكون غير كاف ومن أهم قراراته في هذا الشأن في مجال الرقابة على الإغفال التشريعي - القرار الصادر في 18 يناير 1985 حيث قضى بعدم دستورية أحد النصوص لأن المشرع أغفل تحديد الجريمة بصورة تحول دون وقوع ثمة تعسف من جانب السلطات العامة. كذلك قراره الذي انتهى فيه إلى عدم تحديد المشرع للجريمة بصورة كافية فيما يتعلق بجرائم الإرهاب والجرائم الصحفية وقراره الصادر بشأن حرية الصحافة حيث نظم المشرع بعض الجرائم الصحفية بصورة غير محددة مما يؤدي إلى عدم تحديد مرتكبي هذه الجرائم وبالتالي الإخلال بمبدأ المساواة الوارد بالدستور⁽¹⁾.

2- المبادئ المستمدة من أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية على الإغفال التشريعي:

أخذت المحكمة الدستورية المصرية برقابتها على الإغفال التشريعي على الرغم من أن البعض يرى أنها ترددت في البداية من الأخذ بالرقابة على الإغفال التشريعي⁽²⁾ إلا أنها قد أكدت في العديد من أحكامها على أخذها بهذه الرقابة

(1) د. أحمد فتحي سرور المرجع السابق ص 202.

(2) يرى بعض الفقه أن المحكمة الدستورية المصرية قد ترددت في بادئ الأمر في اعتبار الإغفال التشريعي عيباً دستورياً يمكن أن يصم التشريع المطروح عليها بعدم الدستورية، إذ اعتبرت في مرحلة أولى من حكمها أن اغفال المشرع أو قصوره في تنظيم أحد الموضوعات، يعد من قبيل ملاءمات التشريع التي يستقل المشرع بتقديرها، ومن ثم لا تخضع لرقابتها، ويستند هذا الرأي في تأكيد هذا الاتجاه الأولي للمحكمة، إلى حكم وحيد صدر عنها في باكورة مباشرتها لمهملها، إلا وهو حكمه في الدعوي رقم 13 لسنة 1ق. دستورية والصادر بجلسة

ويظهر ذلك من العديد من احكامها ومنها:

أ- ما أكدت عليه في حكم لها إن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن كل مخالفة للدستور، سواء تعمدتها المشرع أم انزلق إليها بغير قصد، يتعين قمعها. كما 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 وحررياتهم، والتي يعتبر إنفاذها شرطاً للانتفاع بها في الصورة التي تصورها الدستور نطاقاً فاعلاً لها، وهذه الضمانة ذاتها هي التي يفترض أن يستهدفها المشرع، وأن يعمل على تحقيق وسائلها من خلال النصوص القانونية التي ينظم بها هذه الحقوق وتلك الحريات، وشرط ذلك بطبيعة الحال أن يكون تنظيمها كافلاً تنفسها في مجالاتها الحيوية، وأن يحيط بكل أجزائها التي لها شأن في ضمان قيمتها العملية، فإذا نظمها المشرع تنظيمًا قاصراً، وذلك بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها، كان ذلك إخلالاً بضمانتها التي هيأها الدستور لها، وفي ذلك مخالفة للدستور⁽¹⁾.

16 فبراير ١٩٨٠. والذي كان مطعوناً فيه امامها بعدم دستورية المادة الثالثة من القانون رقم ٥٢ لسنة 1966 من قانون الاصلاح الزراعي فيما لم يتضمنه من عدم تنظيم طريق لاشهار صفة المستأجر الأرض الزراعية حتى يتأتى لمن كان قد تعامل معه أن يكون على بينه من التزامه القانوني باخطار الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بالدين.

وهذا الحكم يعد غير كافي للسند حيث كانت المحكمة الدستورية في بداية قضائها قد مرت بمرحلتين في شأن رقابة الإغفال، ذلك أن ما يستند اليه هذا الراي هو حكم وحيد كما يقول هذا الاتجاه، وهو ما يصعب التأسيس عليه للقول بوجود اتجاه قضائي للمحكمة في شأن مسألة ما.

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 177 لسنة ٢٦ قضائية الدستورية

ب- تطرقت أيضاً إلي ما اغفل المشرع تنظيمه حين قضت بعدم دستورية عجز الفقرة الثانية من المادة (١٠٣) من قانون الضرائب على الدخل الصادر بالقانون رقم 157 لسنة 1981 المعدل بالقانون رقم 187 لسنة 1993 فيما تضمنه من تخويل مصلحة الضرائب عدم الاعتماد بالإقرار وتحديد الإيرادات والأرباح بطريق التقدير، دون وضع ضوابط أو معايير لهذا التقدير.

وقد أسست المحكمة قضاءها على أن المشرع منح مصلحة الضرائب في النص المطعون عليه سلطة عدم الاعتماد بالإقرار وتحديد الإيرادات والأرباح بطريق التقدير الجزافي، دون تقييد سلطتها في هذا الشأن بضوابط ومعايير حاكمة، يعد التزامها شرطاً لعدالة الضريبة، وصون كل من الممولين والخزينة العامة، وتكفل أن يكون وعاء الضريبة ممثلاً في المال المحمل بعبتها محققاً ومحدداً على أسس واقعية يمكن معها الوقوف على حقيقته بعيداً عن شبهة الاحتمال أو الترخص بالمخالفة لنصوص المواد ٣٨، 61، 119 من دستور سنة 1971 الذي صدر القانون المطعون عليه في ظله، وتم إلغاؤه بمقتضى قانون الضريبة على الدخل الصادر بالقانون رقم 91 لسنة ٢٠٠٥، قبل نفاذ الإعلان الدستوري الصادر بتاريخ ٢٠١١/3/30م، والدستور الحالي الصادر في 2012/12/25م، ومن ثم يتعين الاحتكام في شأن المسألة الدستورية المتعلقة بالنص المطعون فيه إلى نصوص دستور ١٩٧١، الذي صدر القانون المشتمل على النص المطعون فيه، وتم العمل به إلى أن تم إلغاؤه خلال مدة سريان ذلك الدستور⁽¹⁾.

وقد أكدت المحكمة في حيثيات حكمها أن: "رقابة الدستورية التي تباشرها هذه

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا، الدعوي رقم ٢٢٩ لسنة ٢٩ "دستورية" بجلسة

٢٠١٣/5/12.

المحكمة يقف مجالها عند حد التحقق من مدى موافقة التشريع المطعون عليه لأحكام الدستور، وهي رقابة لها طبيعة قانونية لا جدال فيها"، وزادت بأنه: "لا يسوغ- كأصل عام- التحدي بأن التشريع الذي تراقب المحكمة دستوريته- مهما بلغت أهميته وأبعاده وآثاره- له قوة الدستور"، معتبرة بأنها: "جهة الرقابة على الشرعية الدستورية"، وأنها: "لا تتخلى عن مسؤوليتها"، وأنها: "الحارسة على أحكام الدستور تدعيماً لسيادته وعلوه بوصفه المعبر عن إرادة الأمة على ما عداه". وأضافت المحكمة في حيثيات حكمها أنه: "لا مجال للقول بأن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الصادرة بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٦٣ لها قوة الدستور أو أنها عسوية على الخضوع لرقابة هذه المحكمة.."^(١).

ت- وفي سبيل رقابة المحكمة الدستورية المصرية على الإغفال التشريعي من جهتها، فقد قضت المحكمة الدستورية العليا بخروج الأعمال البرلمانية من نطاق رقابتها، وذلك بمناسبة النظر في طعن على قرار برلماني بترشيح رئيس الحزب الوطني الحاكم لولاية رئاسية جديدة، حيث أشارت إلى أن: "الدستور عهد، بنص المادة (175) منه، إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بتولي الرقابة القضائية على دستورية القوانين إليه الرقابة القضائية لهذه المحكمة على دستورية القوانين واللوائح". وانتهت إلى الحكم بعدم اختصاصها بنظر الدعوى^(٢).

كما سلك قضاء مجلس الدولة المصري المسلك نفسه عندما قضى في أحد أحكامه بأن: "الأعمال التي تصدر عن السلطة التشريعية ليست من طبيعة

(١) د. محمد عبد المحسن المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية،

الكويت، ٢٠٠٦، ص 467.

(٢) حكم الدستورية العليا في القضية رقم ١٦٢ لسنة ٢١ قضائية بجلسة ٢٠٠٣/12/14.

قانونية واحدة، فمنها القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية وصدق عليها رئيس الجمهورية وأصدرها، ويخرج الطعن عليها من ولاية محاكم مجلس الدولة وينعقد الاختصاص بنظر الطعن على دستوريته للمحكمة الدستورية العليا دون سواها. كما أن السلطة التشريعية يصدر عنها أعمال برلمانية تتعلق بإدارة شؤون البرلمان الداخلية كإنتخاب رئيس مجلس الشعب ورئيس مجلس الشورى وإنتخاب كل مجلس والأعمال المتعلقة بالرقابة على أعمال السلطة التنفيذية كتوجيه الأسئلة وطلبات الإحاطة والاستجابات وغير ذلك من الأعمال المتعلقة بمباشرة السلطة التشريعية لاختصاصها الدستوري والقانوني، وكل هذه الأعمال تخرج عن ولاية محاكم مجلس الدولة، ولم يسند لها المشرع إلى ولاية أية جهة قضائية أخرى، فهي تخرج عن ولاية المحاكم، فضلاً عن أن الأعمال البرلمانية لم تخضع يوماً لرقابة أية جهة قضائية في مصر، ولم يتضمن تاريخ التشريع في مصر إسناد أية رقابة على الأعمال البرلمانية إلى إحدى جهات القضاء بما في ذلك المحكمة الدستورية العليا⁽¹⁾.

فالاحكام التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص ما فيما لم يتضمنه من أحكام معينة أدت إلى أن يكون ثمة قصور في التنظيم التشريعي لحق أو لحرية، شأنها شأن سائر أحكام المحكمة الدستورية العليا تحوز حجية مطلقة قبل الكافة سلطات الدولة، ولها من الآثار ما لسائر الأحكام. وأن امتداد رقابة القضاء الدستوري لحالة تخلي المشرع عن واجباته أو تفريطه في مسؤولياته يعد منهجاً قضائياً متطوراً، إذ مؤداه إخضاع المشرع كسلطة عامة لمبدأ سيادة

(1) يراجع مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا في أربعين عاماً. إصدارات المحكمة الدستورية، 1969- 2009. الجزء المتعلق باختصاصات المحكمة الدستورية، ص 172 وما بعدها.

القانون، بوصفها أفضل وسيلة لتقاضي أن يصبح القانون أداة تعسف، وهذا ضمان أكيد للأفراد لأنه يعني حماية حقوقهم من التحكم، كما يمنع الإخلال بضماناتها التي كفلها الدستور، كما يعد في الوقت ذاته بمثابة وضع نهاية لمخالفة من شأن استمرارها أن يضر بالمصلحة العامة للمجتمع ككل، يضاف الى أنها لا تتماشى مع التزامه بضرورة ممارسة اختصاصه التشريعي على الوجه المبين في الدستور.

ومن جانباً نري أن رقابة الإغفال التشريعي باتت راسخه مستقره في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية، بوصفها أداة من ادوات رقابة المحكمة على السلطة التقديرية للمشرع في تنظيم الحقوق علي الصورة الأوفي لها، دون اخلال بضماناتها او فصور ينتقص فاعليته. انطلاقاً من إن قصور المشرع عن الاحاطة بكافة مناحي المسألة التشريعية وعدم تكامل احكامها، يعد مخالفة تصم النص بمخالفة الدستور ومن ثم سبباً للحكم بعدم دستوريته.

3- موقف المحكمة الدستورية في الكويت من الرقابة على الإغفال التشريعي:

مما لا شك فيه ان القضاء الدستوري في الكويت ممثلا في المحكمة الدستورية قد اكد علي أن فصل السلطات من القواعد الأولية للدستور، التي تضمن التوازن واستقلالية السلطات وعدم تعدي كل منها على اختصاصات الأخرى، مؤكدة على أن ما يصدره مجلس الأمة من قرارات وما يتخذه من إجراءات يعد من الأعمال البرلمانية التي لا تتسم بالصفة التشريعية وتتحسر عنها رقابة هذه المحكمة، لكنها استطردت وقالت بأن ذلك لا يمنعها من بسط رقابتها على أي نص تشريعي، مستعرضة نصي المادة (٨٢) من الدستور والمادة (16) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة، وما أورده الطاعن بشأن مخالفة الثانية للأولى، معلنة بأن نعيه بشأن ذلك في جملته شديد، مشيرة إلى عدم جواز تدخل السلطة

التشريعية في اختصاصات السلطة القضائية أو المساس بالأحكام القضائية الصادرة عنها وتقويض آثارها، أو إهدار حجيتها وذلك وفقاً لأحكام المادة (50) من الدستور. وبينت المحكمة أن المادة (٢٩) من الدستور لا تمنح النائب حقوقاً تختلف عن المواطن العادي فيما يتعلق بالخضوع للقانون، وأن الحصانة النيابية مقررة للمصلحة العامة وليست لمصلحة عضو المجلس الشخصية، وأنها لا تعدو أن تكون مانعاً إجرائياً مؤقتاً⁽¹⁾.

الا أن التساؤل الذي يتبادر الى الذهن هنا هل المحكمة الدستورية الكويتية تمارس رقابتها على الإغفال التشريعي للنصوص القانونية مثلما تمارس المحكمة الدستورية العليا المصرية والمجلس الدستوري الفرنسي من عدمة؟

القاعدة العامة ان المحكمة الدستورية الكويتية تباشر رقابتها فقط على دستورية او عدم دستورية القوانين واللوائح وأنها لم تتخطي هذا الاطار ولم تقم باي رقابة على الإغفال التشريعي للنصوص القانونية على الرغم من توحد المبادئ العامة الدستورية في الكويت مع نظرائها في مصر وفرنسا، الامر الذي يتضح معه تساوي المبادئ الدستورية في كلا من فرنسا والكويت ومصر، وعلى الرغم من ذلك نجد ان المحكمة الدستورية المصرية تمارس رقابتها على الإغفال التشريعي وكذلك المجلس الدستوري الفرنسي تطبيقاً للقاعدة التي تقول إعمال النصوص خير من اهمالها، وأن الضرورة تقدر بقدرها، ذلك أنه متي جاز تصحيح النص

(1) راجع في ذلك قرار المحكمة الدستورية رقم 6 لسنة 1996 والذي قضى بأن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة تتمتع بصفة دستورية وأنها متممة لأحكام الدستور، وراجع ايضاً حكم المحكمة الدستورية في الطعن رقم (6) لسنة ٢٠١٨ الصادر في ٢٠١٨/12/19، والذي قضى بعدم دستورية المادة (16) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الصادرة بالقانون رقم ١٢ لسنة 1963.

الدستوري خير من اهداره، وعلي الرغم من عدم نص المشرع الدستوري علي سلطة المحكمة الدستورية في رقابة الإغفال التشريعي بشكل صريح إلا أن هذه المكنة متضمنة بحكم اللزوم العقلي بمقتضي النص علي سلطة المحكمة في القضاء بعدم الدستورية، وإذا كانت المحكمة تملك حق إعدام النص من خلال القضاء بعدم دستوريته، فأنها تملك من باب اولي تعليق علي دستوريته علي شرط يضمن براءته من العيب الدستوري الذي اغفله المشرع.

كما أكدت المحكمة الدستورية الكويتية علي "أن هذه المحكمة مقيدة في قضائها بنطاق الطعن المطروح عليها، والمناطق في أعمال رقابتها الدستورية . وحسبما استقر عليه قضاؤها . أن يكون أساس الطعن هو مخالفة النصوص التشريعية المطعون عليها لنص في الدستور، ولا شأن للمحكمة في بحث مدى ملاءمة هذه النصوص، ولا ما ظهر فيها من قصور ومثالب من جراء تطبيقها، ولا بالإدعاء بأن تلك النصوص لم تؤت أكلها وتحقق غاياتها، فهذه الأمور قد يستدعي معها النظر في تعديلها إذا كانت غير وافية بالمرام وذلك بالأداة القانونية المقررة طبقا للدستور، بيد أنها لا تصلح أن تكون سببا للطعن عليها بعدم الدستورية لخروج ذلك عن مجال الرقابة القضائية لهذه المحكمة"⁽¹⁾.

وعادت المحكمة في ذات الطعن سالف الذكر وقد أكدت ان "رقابة الدستورية التي تباشرها هذه المحكمة يقف مجالها عن التحقق من مدي موافقة التشريع المطعون عليه لأحكام الدستور، وهي رقابة لها طبيعة قانونية لا جدال فيها".

كما أكدت ايضا علي أن "الرقابة القضائية لهذه المحكمة التي تمارسها علي

(1) حكم المحكمة الدستورية الكويتية، الطعن رقم 26 لسنة 2012 دستوري، جلسة

.2012/9/25

دستورية التشريعات لا تمتد الي البحث عن مدي ملاءمة التشريع ولا تستطيل الي البحث والتنقيب عن النوايا والبواعث التي عساها أن تكون قد دفعت السلطة التشريعية الي اقرارها بالصيغة التي صدر بها⁽¹⁾.

مما يتضح معه ان المحكمة لا تتعدي اختصاصاتها المنوط بها ولا يجب ان تنطرق الي الطعن على الإغفال التشريعي أو القصور التشريعي، فهي تلتزم بحدود اختصاصاتها في حدود أعمال مبدء الفصل بين السلطات .

ومما سبق يتبين لنا أن رقابة الإغفال التشريعي رقابة مستقرة في قضاء المحكمة الدستورية العليا، سواء في فرنسا او مصر، وبصرف النظر عن النتيجة التي تتوصل إليها المحكمة من خلال إخضاعها لرقابة الإغفال، سواء قضت برفض الطعن على دستوريه ما أغفل المشرع تنظيمه أم قضت بعدم دستوريته، إذ ان ما يهم هو أن المحكمة تعتد بالإغفال التشريعي بوصفه عيبا يصم النص بمخالفة الدستور، وقيدا على سلطة المشرع في تنظيم الحقوق بما يضمن تكامل أحكامها، وعلى النقيض نجد أن المحكمة الدستورية في الكويت لا تأخذ بمبدأ الرقابة على الإغفال التشريعي وانها ملتزمة باختصاصها المنصوص عليه في الدستور وقانون انشائها، الامر الذي نري معه ضرورة ان يتجرأ القاضي الدستوري وان يبسط رقابته على الإغفال التشريعي للنص الذي اغفل المشرع تنظيمه سواء كان كليا او جزئيا.

الامر الذي يستتج منه أن المحكمة الدستورية الكويتية تتعامل بحذر في بسط رقابتها على النصوص التشريعية للمشرع حرصا منها على عدم التعدي في

(1) حكم المحكمة الدستورية الكويتية، الدعوى رقم 1 لسنة 2010 "دستوري"، جلسة 2010/3/15.

اختصاصاتها، ولا نعتقد أن هذا التوجه حري بالتأييد في حالة اذا ما كان هناك اغفال تشريعي الذي يتطلب تدخل المحكمة للقضاء بعدم دستورية نص اغفل المشرع تنظيم امر ما، الامر الذي نري معه ضرورة ان تنتهج المحكمة الدستورية الكويتية نهج المحكمة الدستورية المصرية والمجلس الدستوري الفرنسي في التصدي للاغفال التشريعي مثلما تتصدي لاعمال رقابتها على دستورية القوانين، ولا يعتبر ذلك تعدي على مبدأ الفصل بين السلطات وتوزيع الاختصاصات بين السلطات العامة في الدولة، اعمالا لقاعدة أعمال النصوص خير من اهمالها، وأن الضرورة تقدر بقدرها.

ويتساءل الباحث هل الرقابة الدستورية علي الإغفال التشريعي تجعل المحكمة الدستورية تحل محل المشرع من خلال رقابة الإغفال؟

يري بعض الفقه إن هناك فوارق جوهرية تنفي عن المحكمة شبهة التدخل في عملية التشريع من خلال رقابة الإغفال وتتمثل هذه الفوارق في الآتي: أولها: إن ذلك الحكم المغفل والذي قضت المحكمة بعدم دستوريته، قد اتجهت إليه إرادة المشرع يوم إن قام بتنظيم أصل الحق واتجاه إرادته إلي تمنع المواطنين به علي الوجه الأكمل دون انتقاص، ومن ثم يصبح حكم المحكمة بعدم دستوريه ما أغفله المشرع بمثابة تعبير عن إرادة المشرع في الاستفادة من الحق وحماية له، وليس اعتداء عليه أو فرضا لأحكام لم نتجه إليها إرادته وبالتالي يكون قضاء الإغفال بما يتضمنه من استمرارية تطبيق النص معلقا علي شرط مراعاة حكم المحكمة فيما أغفله المشرع من أحكام، وبعد ذلك حماية للحق وممارسيه وإنفاذ لإرادة المشرع بمفهوم المخالفة، إذ لان إرادة المشرع كانت متجهة بالأساس إلي أعمال الحق ووضعه موضع التطبيق لا التعطيل ومن هنا يصبح حكم المحكمة وكأنه كاشف عن إرادة المشرع لا منشئا لها. وثانيها: إن رقابه المحكمة علي الإغفال

لا تخرج عن نطاق دورها الرقابي دون إن تتعداه إلى وظيفة التشريع، إذ إن رقابتها هنا تنصب علي قاعدة قانونية ضمنية مخالفه للدستور، أنشأها سكوت المشرع بما أغفلة من أحكام ذلك إن المشرع في حالة الإغفال، قد تدخل لممارسة اختصاصه الدستوري بنفسه، ولكن أسفر تدخله وكننتيجة لقصور المعالجة التشريعية، وإغفال تنظيم بعض جوانب الموضوع عن تشويه النص الدستوري، وعدم تحقيق إرادته بصورة كاملة، بحيث يترتب علي ذلك مخالفه ضمنه للدستور، وبالتالي تنصب الرقابة القضائية علي السكوت التشريعي أو الإغفال التشريعي المنشى لقاعدة قانونية ضمنية مخالفة للدستور. ويرى بعض الفقه المؤيد الرقابة علي الإغفال التشريعي إن الحق لسلطه المحكمة الدستورية العليا إذا ما قضت بعدم دستورية الإغفال، قد تتشابه مع سلطه المشرع، إذ انها تستحدث حكما تشريعيا لم يكن المشرع قد نص عليه من قبل وان استحداث المشرع لتشريع جديد، هو عمل يتصدي به لوظيفة التشريع بما لها من سلطة الاختيار بين البدائل المختلفة، والانتقاء بين الحلول المتاحة، كما انها قد تتسع نطاقا فتنشأ تنظيمًا متكاملًا، يحوي علي التعديد من التفاصيل، وهو مما يدخل في صميم اختصاص المشرع، الذي يتعين عليه إن ينهض بوظيفة التشريع، احترامًا لمبدأ الفصل بين السلطات وان ما يعينه حكم المحكمة الدستورية العليا من أحكام قانونيه مغللة ترتبط بالنص، لا تعدو إن تكون استكمالًا لمقتضيات الدستور علي النص المطعون عليه، ويأتي بمثابة حكم ظاهر واضح ومحدود احذته المشرع لإغفاله مقتضي حكم الدستور في النص، ويقوم الحكم بإنزال هذا المقتضي ليتطابق النص مع أحكام الدستور⁽¹⁾. ولكن هذا الامر يصعب مسابته

(1) د. محمد عماد النجار - القضاء بعدم دستورية الإغفال التشريعي - مرجع سابق، ص ٢٧.

لأنه يقوم بالأساس علي التسليم بان المحكمة الدستورية تقوم بدور تشريعي، وذلك باستحداثها حكما تشريعيا جديدا لم ينص عليه المشرع بهدف استكمال مقتضيات الدستور علي النص المطعون عليه، ومن ثم فهو يلزم المحكمة بأن تقوم بدور تشريعي، فالتفرقة بين ما تقوم به المحكمة في رقابة الإغفال وبين وظيفة المشرع علي أساس أن المحكمة حال رقابة الإغفال تقوم بمجرد استحداث حكم تشريعي محدود أحدثه المشرع لإغفاله مقتضي حكم الدستور في النص المطعون عليه، وذلك علي عكس ما لسلطة المشرع من سلطة واسعة في الاختيار بين البدائل المختلفة.

ويشترط لقضاء المحكمة الدستورية بعدم دستورية ما اغفله المشرع، أن يكون التنظيم التشريعي المطعون عليه ليس منطويا علي مخالفة دستورية في ذاته، أي أن تكون المخالفة الدستورية التي لحقت به، مردها فقط إلي ذلك الحكم الذي أغفله المشرع ليس إلا، والذي يترتب علي اغفاله عيب النص بمخالفة الدستور، ومن ثم يكون القضاء بعدم الدستورية ذلك الحكم تجريدا وتبرئة لباقي النص من أوجه المخالفة الدستورية، اما إن كان ذلك النص منطويا علي مخالفات دستورية اخري بخلاف ذلك الحكم المغفل،، أي إن يكون النص منطويا علي عوار دستوري فيما تضمنه من أحكام قررها المشرع في النص الصادر عنه فإنه علي المحكمة الدستورية في هذه الحالة إن تقضي بعدم دستورية تلك النصوص المخالفة للدستور كلها وليس بعدم دستورية الحكم المغفل فقط، إذ في هذه الحالة لا تملك المحكمة إلا إن ترد كامل التنظيم التشريعي إلي المشرع⁽¹⁾.

(1) د. محمد عماد النجار - القضاء بعدم دستورية الإغفال التشريعي - مرجع سابق، ص ٢٨،

يذكر ان المحكمة الدستورية في بلجيكا قد حلت نفسها محل المشرع في بعض الحالات كاستثناء، حينما يمتنع المشرع عن اصلاح الخطأ التشريعي وقالت صحيح انها تؤكد على أن الأمر متروك للمشرع لتقديم التعديلات اللازمة لتصحيح الإغفال التشريعي، الا انها لا تلتزم باحترام احكامها في كل الأحوال اذا ما اصلح المشرع الإغفال. وهو ما يتضح في قضيتين تتعلقان بوضع الأشخاص عديمي الجنسية المعترف بهم حيث نقضت المحكمة حكمها التي كانت قد تركت فيه الحرية للمشرع بتصحيح الإغفال التشريعي⁽¹⁾.

فقد أكدت على أن مجرد الاعتراف بك كلاجئ يمنحك تلقائياً حق الإقامة في بلجيكا، ومع ذلك، فإن الاعتراف بشخص عديم الجنسية لا يترتب عليه تلقائياً مثل هذه النتيجة، ففي حكمها رقم 2009/198، نكرت المحكمة أن عدم الدستورية لا ينجم عن قصور في القاعدة المتعلقة باللاجئين، ولكن تم تكريسها في غياب قاعدة مماثلة للأشخاص عديمي الجنسية المعترف بهم. بعد حوالي عامين، أكدت المحكمة صراحة عدم وجود استجابة تشريعية وبالتالي غيرت صياغة حكمها؛ فقررت المحكمة أن القاعدة الحالية تنتهك مبادئ المساواة وعدم التمييز لدرجة أنها لا تمنح الأشخاص عديمي الجنسية المعترف بهم حق الإقامة كما هو منصوص عليه للاجئين. حتى أن المحكمة منحت القضاة العاديين سلطة سد الفجوة التشريعية، بشكل أكثر دقة من خلال اعطائهم حق الإقامة والسماح بفائدة دعم الأسرة للأشخاص المعترف بهم كأشخاص عديمي

(1) S. Verstraelen, 'The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity', (2013) 14 German Law Journal, pp. 1694 et seq

- BCC n° 1/2012.

الجنسية⁽¹⁾.

وذلك كله من خلال منح القضاة العاديين إمكانية سد الفجوة التشريعية، تتولى المحكمة الجنائية المركزية (BCC) الأمور بنفسها من خلال توفير الإنصاف اللازم في القضايا المعلقة والمستقبلية الملموسة. وبهذه الطريقة، تلزم المحكمة المشرع بالرد عندما لا يوافق على الحل الذي تقدمه المحكمة؛ بعد كل شيء، حتى يتم إجراء تعديل تشريعي، فإن القضاة العاديين سوف يتبعون التعليمات الصادرة عن المحكمة الدستورية.

علاوة على ذلك، في عام 2014، ابتعدت لجنة التنسيق عن التقسيم بين الأحكام حيث وجد أن عدم وجود قاعدة تشريعية غير دستورية، مما يعني أن المشرع يحتاج إلى رد فعل، والأحكام التي يعلن فيها أن المعيار المتنازع عليه غير دستوري "إلى الحد الذي" يتم استبعاد فئة معينة، وبالتالي إصدار تعليمات للمحاكم العادية لملء الفراغ. في هذه الحالة المحددة، كان على المحكمة أن تحكم على الفرق في حساب أجر الإجازة⁽²⁾، وفقاً لنظام واحد، تم أخذ أيام المرض في الاعتبار لحساب مبلغ أجر الإجازة، ولكن في النظام الآخر، لم يكن هذا هو القضية. يمكن للبلديات الاختيار بين النظامين. وجدت المحكمة الدستورية أن عدم وجود قاعدة تصحيحية من شأنها أن تزيل الاختلاف في الحساب غير دستوري. هذه المرة، لم تشر المحكمة إلى صلاحيات المشرع لملء هذه الفجوة غير الدستورية، لكنها أصدرت تعليمات صريحة إلى المحاكم العادية لسد الفجوة التشريعية ووضع حد لانتهاك مبادئ المساواة وعدم التمييز. لا يقع

(1) BCC n° 1/2012.

(2) BCC n° 191/2014.

في القاعدة المعينة المتنازع عليها⁽¹⁾، ولكن في "غياب" التشريع ذي الصياغة الأوسع نطاقاً، يوفر BCC للمحاكم العادية قدرًا كبيرًا من الفسحة لسد الفجوة التشريعية.

وصفوة القول أن الرقابة الدستورية علي الإغفال التشريعي لا تجعل المحكمة الدستورية تحل محل المشرع من خلال الرقابة على الإغفال التشريعي وسد الفجوة الا انها كاستثناء في بعض الدولة المقارنة (الرتغال- المجر) اجازت للمحاكم العادية بسد الفجوة التشريعية حينما يمتنع المشرع عن اصلاح الإغفال التشريعي، بينما لم نجد حالات تصدي للمحكمة الدستورية الكويتية في هذا الشأن نظرا لعدم نظرها أي دعاوي متعلقة بالإغفال التشريعي.

⁽¹⁾ See also BCC n° 151/2015

المطلب الثاني

صور الإغفال التشريعي

انقسم فقه القانون الدستوري المصري والمقارن تجاه صور الإغفال التشريعي؛ فمعظم الفقه⁽¹⁾ يقسم الإغفال التشريعي من حيث نطاق الإغفال التشريعي ذاته، أو القاعدة التشريعية المغفلة، إلى إغفال نسبي أو جزئي، وإغفال مطلق أو كلي.

(1) انظر تفصيلات ذلك: المستشار الدكتور، رمضان دسوقي شعبان حافظ، رقابة القضاء الدستوري على الاغفال التشريعي- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2022، ص 72 وما بعدها؛ د. عبد الحفيظ على الشيعي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 116 وما بعدها؛ د. سلوى فوزي الدغيلي، الإغفال التشريعي في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 172-173؛ د. عزاوي عبد الرحمن، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 89 وما يليها؛ أ. كيلاي زهرة، الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق، ص 104 وما يليها؟

Wolfgang Zeidler, Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany: Decisions on the Constitutionality of Legal Norms, Notre Dame Law Review, Vol. 62. N° 4, 1987, p.507; Allan R. Brewer-Carias, Constitutional Courts as Positive Legislator in comparative law, General Report for the XVIII International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Washington, July 26-30, 2010, p.118 and next; Manuel Eduardo GONGORA MERA, Inter-American judicial constitutionalism, op. cit, p.50

كما يقسم البعض في الفقه⁽¹⁾ الإغفال التشريعي من حيث النص الدستوري محل المخالفة إلى إغفال مخالف لنص دستوري شكلي⁽²⁾، وإغفال مخالف لنص دستوري موضوعي.

وسوف نقصر هذا البحث علي بيان الإغفال الكلي والاعغال النسبي أو الجزئي والإغفال التشريعي بالطريق الملتوي، علي اعتبار انهما الأكثر شيوعاً، وذلك على النحو التالي⁽³⁾:

أولاً: الإغفال الكلي أو السكوت التشريعي:

ويقصد به إحجام المشرع عن إصدار قانون معين لتنظيم أحد الحقوق أو الحريات التي كفلها الدستور، وهو حالة الغياب الكلي أو عدم الوجود الكلي للتشريع أو القاعدة القانونية المتعلقة بحالة قانونية محددة بالدستور⁽⁴⁾.

وقد أعتبر جانب كبير من فقه القانون العام المصري والمقارن ان الإغفال

(1) د. عبد الحفيظ على الشيعي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 116.

(2) ويقصد به إغفال إجراء من الإجراءات المنصوص عليها في الدستور، كإغفال نشر القانون في الجريدة الرسمية، أو إغفال أخذ رأي الجهات المحددة في الدستور في التشريعات المتعلقة بها، أو إغفال الموافقة على القوانين المكملة للدستور بأغلبية الثلثين.

(3) د. الحسين عبد الدايم صابر محمد علي، رقابة الإغفال ووسائل معالجتها في القضاء الدستوري وأثرها على الإصلاح التشريعي، مجلة كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد 79، مارس 2022، ص 785 - 788.

(4) د/ عبد الرحمن عزوي، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع (الإغفال التشريعي نموذجاً)، بحث بمجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد 79، بكر بلقايد، تلمسان، ابن خلدون للنشر، الجزائر، 2010، ص 89.

التشريعي المطلق أو الكلي أحد صور الإغفال التشريعي. ووفقا لهذا الجانب الفقهي يقع الإغفال التشريعي المطلق أو الكلي⁽¹⁾. أو ما يسميه البعض بـ "الامتناع التشريعي"⁽²⁾ أو "السكوت عن التنظيم"⁽³⁾ - في حالة الغياب التام للقاعدة القانونية من النظام القانوني⁽⁴⁾، بالرغم من وجود التزام دستوري يفرض

(1) وقد جمع البعض من الفقه بين صورتَي الإغفال التشريعي، وعدم الاختصاص السلبي للمشرع، تحت مسمى "الامتناع التشريعي، وعزفه بأنه "امتناع السلطة المختصة بعملية التشريع عن ممارسة اختصاصاتها التشريعية المنصوص عليها بالدستور امتناعا كلياً أو جزئياً أو التخلي عنها لسلطة أخرى دون سند دستوري مما يؤدي إلى فراغ تشريعي"؛ انظر: د. عبد الفتاح عبد الرزاق محمود، أ. محمد عبد الكريم شريف، الرقابة القضائية على الامتناع التشريعي، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة قه لاي زانست العلمية، المجلد الثالث، العدد الثالث، أربيل، كوردستان، العراق، ٢٠١٨، ص 195.

(2) م. د. جابر محمد حجي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص ١٣٩٨ أ. حيدر محمد حسن، معالجة امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي في القانون الوضعي، مرجع سابق، ص 555 وما يليها

(3) م. د. عبد العزيز سالم، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 54. يذهب البعض من الفقه إلى التمييز بين الإغفال التشريعي المطلق أو الامتناع التشريعي والسكوت عن التنظيم، وذلك من حيث كون الامتناع التشريعي يمثل تقاعساً من المشرع عن تنفيذ واجبه الدستوري بالتشريع، وسلطته في التدخل سلطة تقديرية؛ بينما في حالة السكوت عن التنظيم فإن سلطة المشرع سلطة تقديرية، إذ لا يوجد إلزام دستوري عليه بالتدخل تشريعياً، ومن ثم فإن إمساكه عن التشريع وعدم تدخله لا يمكن اعتباره مخالفة دستورية؛ انظر: أ. سفيان على عبود، امتناع السلطة التشريعية عن أداء وظيفتها التشريعية، مرجع سابق، ص

63

(4) Manuel Eduardo GONGORA MERA, Inter-American judicial constitutionalism, op. cit, p.50; Sc. R. Dürr et autres, Rapport général

على المشرع التدخل لتنظيم بعض المسائل التشريعية⁽¹⁾؛ فغياب النص التشريعي اللازم لتطبيق وتفعيل النص الدستوري يخلق مركزا قانونيا مخالفا للدستور⁽²⁾، ما دام ثم التزام دستوري على المشرع بتنظيم مسألة تشريعية معينة⁽³⁾.

وعلى ذلك، فإن وجود الالتزام الدستوري بالتشريع أمر ضروري ولازم لإمكان القول بوقوع الإغفال التشريعي الكلي⁽⁴⁾، وهذا الالتزام قد ينص عليه صراحة، وقد يستفاد ضمنا من خلال مجموعة كبيرة من النصوص الدستورية⁽⁵⁾؛ فإذا ما انتفى وجود مثل هذا الالتزام، وباتت سلطة المشرع حيال التشريع في مسألة معينة

du XIVE Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles européennes, op. cit, p. 17-18; GILMAR MENDES, Constitutional Jurisdiction in Brazil, op. cit, p.9.

⁽¹⁾Thomas Bustamante & Evanilda de Godoi Bustamante, Constitution al Courts "negative Legislators" The Brazilian Case, op. cit, p.144;

⁽²⁾ Allan R. Brewer-Carias, Constitutional Courts as Positive Legislator in comparative law, op. cit, p.118.

⁽³⁾ Ilan R. Brewer-Carias, Constitutional Courts as Positive Legislator in comparative law, op. cit, p.17- 118.

⁽⁴⁾ Sc. R. Dürr et autres, Rapport général du XIVème Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles européennes, op. cit, une marge de la page 17.

⁽⁵⁾ Mélanie TRIENBACH, Les normes non directement applicables en droit public français, Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, septembre 2012, p.120.

سلطة تقديرية، بات القول بوجود الامتناع التشريعي "الإغفال التشريعي الكلي" عبثاً لا أساس له⁽¹⁾.

ومن ثم، فإذا كان المشرع يملك سلطة تقديرية في إنشاء أو تعديل أو إلغاء القاعدة القانونية، إلا أنه عندما يصبح مسلك المشرع غير دستوري، بأن يحول مسلكه دون أعمال الحق الذي كفلته أحكام الدستور، أو القواعد التي يتضمنها، ففي هذه الحالة تصبح السلطة التقديرية للمشرع واجبا تشريعيا، ويضيق نطاق هذه السلطة في تحديد وقت تفعيل النص الدستوري⁽²⁾؛ فإذا لم يقدم المشرع على إيجاد الأصول التشريعية اللازمة لتفعيل احكام الدستور، فإن مسلكه يمثل إغفالاً تشريعياً كلياً غير دستوري⁽³⁾.

وإذا كان تنظيم الحقوق منوطاً بحسب الأصل - بالمشرع وحده، واستعماله لسلطته في هذا الشأن رخصة يباشرها، كلما افتضاها الصالح العام، وفي الوقت الذي يراه مناسباً، إلا أن تدخله يغدو واجبا إذا ما دعاه الدستور إلى تنظيم حق من الحقوق⁽⁴⁾؛ فالتعاس التام عن التدخل التشريعي في هذه الحالة يؤدي إلى

(1) Juan Luis Requejo Pagés, The problems of legislative omission in constitutional jurisprudence, op. cit, p.24.

(2) Denise TEIXEIRA DE OLIVEIRA, Le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles au Brésil, op. cit, p.8.

(3) GILMAR MENDES, Constitutional Jurisdiction in Brazil, op. cit, p.10.

(4) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٩٣ لسنة ١٩ ق. د، جلسة 6 مايو ٢٠٠٠، الجريدة الرسمية، العدد (٢٠) في ١٨ مايو ٢٠٠٠، ص ١٣٣٣-١٣٤٢.

عدم تنفيذ القاعدة الدستورية⁽¹⁾، خاصة في حالة تحديد المشرع الدستوري موعداً نهائياً تلتزم السلطة التشريعية بالتدخل التشريعي خلاله⁽²⁾.

وبناء عليه، فإذا حدد النص الدستوري القاعدة التشريعية التي يجب إقرارها، ينشأ بذلك واجب دستوري، مفاده ضرورة إنشاء القاعدة التشريعية التي تعطي الفاعلية للحق الذي كفله الدستور⁽³⁾؛ وفي هذه الحالة يكون تدخل المشرع لإنشاء القاعدة القانونية إلزامياً⁽⁴⁾، بهدف تجسيد القواعد الدستورية ووضعها موضع التنفيذ، والذي قد يتطلب تدخل المشرع لسن أو اعتماد نص تشريعي أو أكثر خلال فترة زمنية معينة⁽⁵⁾؛ فأكثر النصوص الدستورية تحتاج إلى وساطة المشرع كي ينقلها إلى دائرة التطبيق، وتلك النصوص يسميها البعض بالنصوص البرمجية Règle

(1) GILMAR MENDES, Constitutional Jurisdiction in Brazil, op. cit, p.14.

(2) Portuguese Report for the XIV Congress of the Conference of European Constitutional Courts, op. cit, p.15.

(3) Denise TEIXEIRA DE OLIVEIRA, Le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles au Brésil, op. cit, une marge de la page 24; Juan Luis Requejo Pagés, The problems of legislative omission in constitutional jurisprudence, op. cit, p.4

(4) انظر في هذا المعنى، د. عليان بوزيان، القيمة الدستورية لمبدأ العدالة الاجتماعية والحماية القضائية له، دراسة تطبيقية مقارنة على الدساتير العربية الحديثة، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد العاشر، يونيو ٢٠١٣، ص ١١٢.

(5) Mélanie TRIENBACH, Les normes non directement applicables en droit public français, op. cit, p.120.

(1)de programme.

وفي ضوء ذلك، فإن وقوع الإغفال التشريعي المطلق، وفقا لهذا الجانب الفقهي - يتطلب الا تكون القاعدة الدستورية قابلة للتطبيق مباشرة، وأن تنتهك الأجهزة المختصة باعتماد التدابير التشريعية التزامها بإصدار النصوص التشريعية، إلى حد تعطيل أحكام الدستور بسلوكها السلبي⁽²⁾، ومن ثم فلا يكفي مجرد عدم وفاء المشرع بواجبه العام بالتشريع، بل يتعين أن يكون ثم التزام دستوري بتشريع محدد للقول بقيام الإغفال التشريعي الكلي⁽³⁾.

والإغفال الكلي يخرج عن رقابة المحكمة الدستورية العليا، نظرا لأن فلسفة القضاء الدستوري قائمة على رقابة المشروعية، وليس رقابة الملاءمة، كأصل عام، فمن ضوابط الرقابة الدستورية عدم بحث ملاءمة التشريع أو بواعثه أو ضروراته، فكل أولئك من اطلاقات السلطة التقديرية للمشرع، فضلا عن أن رقابة الإغفال الكلي تعد اعتداء صارخا على مبدأ الفصل بين السلطات من خلال تغول السلطة القضائية على اختصاصات السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية

(1) د. أحمد فتحي سرور، منهج الإصلاح الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص53.

(2) Jose Julio Fernandez Rodriguez, La inconstitucionalidad por omission. Teoría general Derecho comparado, El caso español, Civitas, Madrid 1998, pp. 265-266; Cited by: Allan R. Brewer-Carias, Constitutional Courts as Positive Legislator in comparative law, op. cit, p.119.

(3) Portuguese Report for the XIV Congress of the Conference of European Constitutional Courts, op. cit, p.13.

في الأحوال الاستثنائية التي تباشر فيها سلطة التشريع⁽¹⁾.

وفي مصر فكان أول حكم للمحكمة الدستورية العليا بشأن رقابة الإغفال قد اتجه إلى رفض رقابة الإغفال التشريعي والذي اعتبر أن إغفال المشرع أو قصوره في التنظيم لأحد الموضوعات يعد من قبيل الملائمات التي يستقل بتقديرها المشرع ومن ثم عدم امتداد الرقابة إليه⁽²⁾.

كما بينت المحكمة الدستورية العليا المصرية المقصود بالإغفال التشريعي الكلي فذهبت إلى أنه بمثابة نكول من السلطة التشريعية عن أداء مهمتها أو تراخيها في ولوج أبوابها؛ ورفضت المحكمة أعمال رقابتها على الإغفال التشريعي الكلي بسند من أن الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة تثبتا للشرعية الدستورية، مناطها تلك النصوص القانونية التي أقرتها السلطة التشريعية أو التي أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها التي بينها الدستور، ولا شأن لها بتخلي إحداهما عن واجباتها، ولا بتفريطها في مسئوليتها⁽³⁾.

الا ان المحكمة الدستورية في البرتغال ذهبت في قرارها رقم 474 لسنة 2002 إلى أن حالة عدم الدستورية الناشئة عن الإغفال الكلي لا تقوم إلا عندما يفرض الدستور على السلطات التشريعية التزاما محددًا ولا تقوم هذه السلطات بالوفاء

(1) د. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطين التشريعية والقضائية، ص 447.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 13 لسنة 1 قضائية " دستورية"، جلسة 16 من فبراير 1980.

(3) انظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 34 لسنة 17 ق. د، جلسة 4 يناير

1997؛ الجريدة الرسمية، العدد (3) في 16 يناير 1997، ص 131-140.

به⁽¹⁾، وبالتالي فإذا تخلى البرلمان - قصداً أو سهواً - عن تنظيم بعض المسائل التشريعية بصورة كاملة إلى الحد الذي يفقد النصوص الدستورية فاعليتها، نكون أمام إغفال تشريعي مطلق أو أمتناع كلي للبرلمان⁽²⁾؛ فإذا نص الدستور مثلاً على ضمان حق المغتربين المقيمين في الخارج في التصويت في الانتخابات الوطنية مثلاً، فإن ذلك يستلزم - بالضرورة - تدخل المشرع بالتدابير التشريعية اللازمة لممارسة هذا الحق، وذلك بإنشاء نظام تشريعي للتصويت في الخارج، فإذا لم يتدخل المشرع باتخاذ تلك التدابير لفترة معينة، فإن ذلك يعد إغفال تشريعياً كلياً غير دستوري، يمكن إخضاعه لرقابة القاضي الدستوري استثناء - وفقاً لرؤية البعض من الفقه . كما أنه يمكن أن يؤدي في الوقت ذاته - إلى مسؤولية الدولة عن تعويض الأفراد عن الأضرار الناشئة عن وجود هذا الإغفال⁽³⁾.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الاتحادية العليا في البرازيل بعدم دستورية امتناع الهيئة التشريعية عن إصدار تشريع لتعيين الحدود الإقليمية للوحدات المحلية بالرغم من وجود التزام دستوري على عاتقها بإصدار هذا التشريع على وجه السرعة، وقد حددت المحكمة للهيئة التشريعية مدة ثمانية عشر شهراً من

(1) Portuguese Report for the XIV Congress of the Conference of European Constitutional Courts, op. cit, p.28

(2) د. وليد محمد الشناوي، دور المحاكم الدستورية كمشرع إيجابي، راسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد الثاني والستون، ابريل ٢٠١٧، ص ١٨٣.

(3) Jun-ichi SATOH, Judicial Review in Japan, op. cit, p.619.

تاريخ نشر الحكم لتقوم خلالها بمعالجة هذا الإغفال التشريعي غير الدستوري⁽¹⁾. كما قضت المحكمة ذاتها بأنه إذا كان الدستور قد نص في المادة (7/195) على بعض المزايا الضريبية للهيئات المستفيدة بالمساعدة الاجتماعية، وذلك بتقرير إعفاءات ضريبية لها ما دامت ملتزمة بأحكام القانون، وترك للمشرع مهمة تحديد شروط هذه الإعفاءات، ومع ذلك لم يقيم الكونجرس بإصدار تشريع ينظم أحوال هذه الإعفاءات، فمن ثم يكون هناك إغفال تشريعي غير مبرر، وحددت المحكمة للكونجرس مدة ستة أشهر يتعين إصدار هذا التشريع خلالها، ونصت المحكمة في حكمها على حق هذه الهيئات في الاستفادة من الإعفاء الضريبي تلك المدة⁽²⁾.

هذا، ويعد الإغفال التشريعي المطلق "التشريع السلبي" نوعا من الثغرة الفنية التي لا يرغبها المشرع التأسيسي، نظرا لأن النص الدستوري يبين القاعدة التشريعية التي يجب إقرارها، وينشئ بذلك واجبا دستوريا، مفاده ضرورة إنشاء القاعدة التشريعية التي تعطى الفاعلية للحق الذي كفله الدستور⁽³⁾، ومن ثم فإن اتخاذ

(1) Thomas Bustamante & Evanilda de Godoi Bustamante, Constitution al Courts as "negative Legislators" The Brazilian Case, op. cit, p.145.

(2) Thomas Bustamante & Evanilda de Godoi Bustamante, Constitution al Courts as "negative Legislators" The Brazilian Case, op. cit, p.145.

(3) Denise TEIXEIRA DE OLIVEIRA, Le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles au Brésil, op. cit, une marge de la page 24; also in the same sense, Juan Luis Requejo Pagés, The problems of legislative omission in constitutional jurisprudence, op. cit, pp.3 and 4

السلطة التشريعية موقفاً سلبياً من ممارسة وظيفتها التشريعية، بحيث تمتنع عن تشريع قانون كان من الواجب عليها التشريع فيه، وفقاً للدستور، يعد بمثابة تشريعاً سلبياً⁽¹⁾.

وبهدف معالجة هذه الثغرة الفنية أو حالة غياب القاعدة القانونية (الإغفال التشريعي الكلي)، أو وجود فجوة قانونية تحول دون الممارسة المشروعة للحقوق المكفولة دستورياً، وضعت بعض التشريعات بعض الآليات المستجدة لرقابة الدستورية تختلف عن الآليات التقليدية المعروفة، يكون موضوعها امتناع المشرع عن وضع قاعدة قانونية كان يتعين وضعها بحكم نصوص الدستور، بيد أن هذه الآليات نادرة نسبياً في التشريعات المعاصرة⁽²⁾.

ومن التشريعات التي نصت صراحة على جواز الرقابة الدستورية على الإغفال

(1) د. سفيان على عبود، امتناع السلطة التشريعية من أداء وظيفتها التشريعية، مرجع سابق، ص 44.

(2) Denise TEIXEIRA DE OLIVEIRA, Le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles au Brésil, op. cit. pp.1-2

التشريعي الكلي، الدستور البرازيلي الصادر عام ١٩٨٨⁽¹⁾، والدستور البرتغالي الصادر عام ٢٠٠٥⁽²⁾، ودستور جنوب إفريقيا الصادر عام ١٩٩٦⁽³⁾.

ونجد أن المجلس الدستوري الفرنسي قد راقب امتناع المشرع كلية عن اصداره لقاعدة قانونية واجبة، وهو ما أطلق عليه الفقه الفرنسي عدم الاختصاص

⁽¹⁾ Art (58/2): The committees have the power, on account of the matter under their authority: - ... IV. to receive petitions, claims, statements or complaints from any person against acts or omissions of Government authorities or entitie ..."; Art (103/2): When unconstitutionality is declared on account of lack of a measure to render a constitutional provision effective, the competent Power shall be notified for the adoption of the necessary actions and, in the case of an administrative body, to do so within thirty days..."

⁽²⁾ Art (283): "(Unconstitutionality by omission): 1. At the request of the President of the Republic, the Ombudsman, or, on the grounds of the breach. of one or more rights of the autonomous regions, presidents of Legislative Assemblies of the autonomous regions, the Constitutional Court shall review and verify any failure to comply with this Constitution by means of the omission of legislative measures needed to make constitutional rules executable. 2. Whenever the Constitutional Court determines that unconstitutionality by omission exists, it shall notify competent legislative body thereof".

⁽³⁾ Art (167/4): " Only the Constitutional Court may: ...(e) decide that Parliament or the President has failed to fulfil a constitutional obligation

السلبى، و أيضا على تجاوز البرلمان لسلطنه في التشريع، أو أن يصدر البرلمان قرارا يدخل في اختصاص سلطة أخرى⁽¹⁾.

ومع ذلك فإن بعض الدول تعتبر القاضي الدستوري شريكا مع السلطة التشريعية في عملية التشريع كما هو الحال في جنوب إفريقيا⁽²⁾.

ويتساءل الباحث هل ورد بالتشريعات أو اللوائح الكويتية ما يشكل إغفالا تشريعيا كليا؟

المتأمل لأحكام المحكمة الدستورية، يجد انها رفضت اعمال رقابتها على دستورية القوانين واللوائح على غير المنصوص عليها دستوريا وقانونياً طبقاً لقانون انشائها، الامر الذي جعلنا ان نبحت عن صورة الإغفال التشريعي الكلي في التشريعات الكويتية، ونجد ان هذه الصورة تجد مداها فيما لم ينظمه المشرع الكويتي بالمخالفة لنص المادة (25) من دستور الكويت والتي نصت على أن "تكفل الدولة تضامن المجتمع في تحمل الأعباء الناجمة عن الكوارث والمحن العامة، وتعويض المصابين بأضرار الحرب أو بسبب تأدية واجباتهم العسكرية"⁽³⁾.

(1) George Schmitter, Lincompetence negative du legislateur et des ministratives: Annuaire International de justice autorites ad constitutionnelle, Economica, 1989, p. 141-142

(2) م. د/ عبد العزيز محمد محمد سالم، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص7.

(3) يراجع نص المادة رقم 25 من دستور الكويت الذي صدر في قصر السيف في 14 جمادى الثاني 1382 هـ الموافق 11 نوفمبر 1962م.

فوجد انه حتي كتابة هذا السطور لم يصدر قانون للتعويض عن الكوارث التي وردت في المادة رقم 25 سالفه الذكر، الامر الذي اعتبره بعض الفقه حالة من حالات الإغفال التشريعي الكلي، والذي يري ونحن من جانباً نؤيده بأن الإقرار بحق المضرورين في التعويض يعتبر في الدستور دون النص عليه وتنظيمه واقاره بتشريع يعتبر من الإغفال التشريعي، لا ينبغي أن يرتبط بتبني القضاء الدستوري لهذه الفكرة من عدمه، وذلك لاختلاف مجال وشروط وآثار كل منهما عن الآخر⁽¹⁾.

وقد اقترح أحد الفقه اللجوء إلى الطعن المباشر⁽²⁾ بعدم دستورية الإغفال التشريعي الكلي بعدم تنظيم موضوع التعويضات عن الأضرار الناجمة عن الكوارث والمحن العامة، وذلك بالمخالفة لنصي المادتين 25 و 155 من الدستور وما يترتب على ذلك من آثار، أو إبداء هذا الدفع أثناء نظر دعوى التعويض بحسب الأحوال⁽³⁾.

وعلى المحكمة الدستورية إما أن تجيب الطاعنين إلى طلبهم وتقضي بعدم

(1) د. عبد الكريم ربيع العنزي، مدى التزام الدولة بتعويض الأضرار الناجمة عن الكوارث العامة جائحة فيروس كورونا المستجد نموذجاً: دراسة وصفية تحليلية في القانون الكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة التاسعة - العدد 2- العدد التسلسلي 34- شوال - ذو القعدة 1442هـ، يونيو 2021م، ص 175 وما بعدها

(2) أقر المشرع الكويتي طريق الطعن المباشر بعدم الدستورية بموجب القانون رقم 109 لسنة (2014) بتعديل بعض أحكام القانون رقم 14 لسنة 1973 بإنشاء المحكمة الدستورية، منشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم 1196، السنة 60 - ب - بتاريخ 2014/8/10.

(3) وذلك طبقاً للبند (ب) من المادة الرابعة من القانون رقم 14 لسنة 1973 بإنشاء المحكمة الدستورية سالف الإشارة

دستورية الإغفال التشريعي، وفي هذه الحالة إما أن تنفذ الدولة الحكم أو تمتنع عن تنفيذه، فإذا نفذته وأصدرت التشريع فقد تحققت الغاية، مع مراعاة أنه إذا كان القانون الذي سيصدر بتنظيم التعويض عن أضرار الكوارث العامة تشريعاً عاماً، أن يتضمن أثراً رجعياً لكي يستفيد منه مضررو كارثة كورونا.

أما إذا امتنعت الدولة عن تنفيذ الحكم، فلا سبيل أمام المضرورين سوى اللجوء إلى القضاء العادي وطلب التعويض عن هذا الامتناع، وسيكون بحوزتهم دليل حاسم على توافر خطأ الدولة التقصيري الذي يرتب مسؤوليتها عن التعويض.

أما في حال رفض أو عدم قبول المحكمة الدستورية الطعن بعدم الدستورية في الحالة السابقة، فإن أثر هذا الحكم على دعوى التعويض يحتمل فرضين هما:

- **الفرض الأول:** أن تصدر المحكمة الدستورية حكماً لا تفصل فيه في مسألة عدم دستورية الإغفال التشريعي، كالحكم بعدم الاختصاص أو بعدم قبول الدعوى الدستورية لانتفاء المصلحة المباشرة، فمثل هذه الأحكام لا تأثير لها على دعوى التعويض، لأن المحكمة لم تفصل في مدى سلامة موقف الدولة في امتناعها عن إصدار القانون، وبالجمله لم تنف مسألة الإغفال التشريعي، وبالتالي فإن الاستشهاد بهذا الحكم في دعوى التعويض لا يجدي الدولة نفعاً.

- **الفرض الثاني:** أما إذا قبلت المحكمة الدستورية الطعن بعدم الدستورية من حيث الشكل، ونظرت الموضوع، وقضت برفض الطعن لعدم توافر حالة الإغفال التشريعي من جانب الدولة، فإن هذا الحكم لا شك سيضعف مركز المضرورين في دعوى التعويض، حيث ستسعى الدولة جاهدةً إلى توظيفه واستثماره

لصالحها بشتى السبل لتصل إلى مبتغاها برفض دعوى التعويض⁽¹⁾.

وصفوة القول ان حالة الإغفال التشريعي الكلي تجد مداها في التشريع الكويتي الا ان المحكمة الدستورية لم تعرض عليها مثل هذه الرقابة حتي يتضح مدي بسط رقابتها على هذه الصورة من صور الإغفال التشريعي، الامر الذي نري معه ان تبسط المحكمة من اختصاصاتها على الإغفال التشريعي خاصة مع تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بإضافة المادة رقم 4 مكرر بموجب القانون رقم 109 لسنة 2014م، والصادر بتعديل بعض أحكام القانون رقم (14) لسنة 1973م⁽²⁾ بإنشاء المحكمة الدستورية والتي نصت على أن "الكل شخص طبيعي أو اعتباري الطعن بدعوى أصلية أمام المحكمة الدستورية في أي قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة إذا قامت لديه شبهات جدية بمخالفته لأحكام الدستور، وكانت له مصلحة شخصية مباشرة في الطعن عليه، على أن تكون صحيفة الطعن موقعة من ثلاثة محامين مقبولين أمام المحكمة الدستورية، ويجب على الطاعن أن يودع عند تقديم صحيفة الطعن على سبيل الكفالة خمسة آلاف دينار. ولا تقبل إدارة الكتاب صحيفة الطعن إذا لم تصحب بما يثبت إيداع الكفالة ويكفي إيداع كفالة واحدة في حالة تعدد الطاعنين إذا أقاموا طعنهم بصحيفة واحدة ولو اختلفت أسباب الطعن، ويعرض الطعن على

(1) د. عبد الكريم ربيع العنزي، مدى التزام الدولة بتعويض الأضرار الناجمة عن الكوارث العامة جائحة فيروس كورونا المستجد نموذجاً: دراسة وصفية تحليلية في القانون الكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة التاسعة - العدد 2- العدد التسلسلي 34- شوال - ذو القعدة 1442هـ، يونيو 2021م، ص 177 وما بعدها.

(2) المنشور بالجريدة الرسمية العدد 1196 السنة الستون (ب) الاحد 14 شوال 1435هـ، الموافق 10-8-2014.

المحكمة منعقدة في غرفة المشورة، فإذا رأت أنه يخرج عن اختصاصها أو أنه غير مقبول شكلاً أو أنه غير جدي، قررت عدم قبوله ومصادرة الكفالة بقرار غير قابل للطعن بأسباب موجزة تثبت في محضر الجلسة. وإذا رأت المحكمة غير ذلك حددت جلسة لنظر الطعن". وبالتالي أصبح الوضع التشريعي مهياً للمحكمة الدستورية للأخذ بما اخذت به المحاكم الدستورية في غالبية دول العالم بفرض رقابة على الإغفال التشريعي.

ثانياً: الإغفال النسبي أو الجزئي:

ويقصد بالإغفال الجزئي تناول المشرع أحد الموضوعات التي يختص بها بالتنظيم بتنظيم غير مكتمل أي بتنظيم قاصر عن أن يحيط بكافة جوانبه بعدم أو بغير عمد أيضاً مما يؤدي إلى الإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم⁽¹⁾.

ويتضح من هذا التعريف أن الإغفال التشريعي النسبي أو الجزئي يتحقق عندما تكون القاعدة القانونية المنظمة لمسألة معينة من العلاقات الاجتماعية غير قادرة على تغطية كافة حالات تلك المسألة⁽²⁾، فالإغفال التشريعي الجزئي يعبر عن وجود ثغرة قانونية تبين إخفاق التنظيم القانوني القائم في تلبية بعض المتطلبات الدستورية⁽³⁾، وبعبارة أخرى فإن الإغفال التشريعي الجزئي يظهر

⁽¹⁾د/ عبد الرحمن عزوي، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع، المرجع السابق، ص ٩٠.

⁽²⁾ Sc. R. Dürr et autres, Rapport général du XIVe Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles européennes, op. cit, pp.12, 17-18.

⁽³⁾ Manuel Eduardo GONGORA MERA, Inter-American judicial constitutionalism, op. cit, p.50.

عندما يكون المحتوى الأساسي للتنظيم القانوني الذي أعتمده المشرع غير متكامل، ولا يفي بالقواعد الدستورية المنبثق منها⁽¹⁾.

فنجد أن المشرع يتدخل بالقاعدة القانونية فعلاً، إلا أن هذه القاعدة تأتي غير مكتملة، لحرمانها فئة معينة من الاستفادة بالحق الذي تقرره⁽²⁾، بدون وجود أسباب موضوعية معقولة تبرر الاختلاف في المعالجة بين الفئتين⁽³⁾؛ ولذلك يتمثل النموذج التقليدي للإغفال التشريعي الجزئي في إقرار المشرع حق لفئة من الأفراد دون فئة أخرى بالمخالفة لمبدأ المساواة⁽⁴⁾.

وبالتالي، فإن وقوع الإغفال التشريعي الجزئي يكون نتيجة لعدم قيام المشرع بتنفيذ واجبه الدستوري تنفيذاً كاملاً، أو عدم انصياعه الكامل للقواعد المقررة في الدستور⁽⁵⁾؛ وذلك من خلال تقرير، أو استبعاد، مزايا أو منافع لبعض الفئات

(1) H.C.C, Decision N° 6/2018. (VI. 27.), 19 June 2018.

(2) Jordane ARLETTAZ, L'incompétence négative à l'étranger, op. cit, p.68.

(3) Portuguese Report for the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts, op. cit, p.17.

(4) Thomas Bustamante & Evanilda de Godoi Bustamante, Constitutional Courts as "negative Legislators" The Brazilian Case, op. cit, p.144.

(5) Allan R. Brewer-Carias, Constitutional Courts as Positive Legislator in comparative law, op. cit. p.117; Dimitri LÖHRER, La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé, l'exemple de l'Ombudsman spécialisé portugais, espagnol et

دون البعض الآخر بالمخالفة لأحكام الدستور⁽¹⁾، مما يؤدي إلى عدم استفادة الأفراد بالحقوق والحريات المقررة دستوريا في صورتها المثلى⁽²⁾.

وبناء عليه، فإذا تناول المشرع أحد الموضوعات التي يختص بها بالتنظيم، لكنه أتى - عمداً أو إهمالاً - غير مكتمل، أي تنظيمًا قاصراً عن أن يحيط بكافة جوانب الموضوع محل التنظيم، وبما يؤدي إلى الإخلال بالضمانات الدستورية المقررة لهذا الموضوع⁽³⁾، فهنا نكون بصدد إغفال تشريعي جزئي، لأن القاعدة القانونية لا تغطي كافة جوانب المسألة محل التنظيم التشريعي الواجب تغطيتها امتثالاً لأحكام الدستور⁽⁴⁾، مما يشكل مخالفة دستورية يتعين مجابتهها.

français, Thèse de doctorat, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2013, p.634.

(1) GILMAR MENDES, Constitutional Jurisdiction in Brazil, the Problem of Unconstitutional Legislative Omission, VERSÃO FINAL, 27 MAI 2008, p.14.

(2) Thomas Bustamante & Evanilda de Godoi Bustamante, Constitution al Courts as "negative Legislators" The Brazilian Case, op. cit, p.147.

(3) م. د. عبد العزيز محمد سالم، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 458، م. د. رمضان دسوقي شعبان حافظ، رقابة القضاء الدستوري على الاغفال التشريعي - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2022، ص 76-77.

Sarah VERSTRAELEN, Constitutional Dialogue in the Case of Legislative Omissions: Who Fills the Legislative Gap? Utrecht Law Review (U.L.R), Vol. 14, Issue 21, 2018, p.63.

(4) Sc. R. Dürr et autres, Rapport général du XVe Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles européennes sur les

وعلى ذلك، فإن التنظيم الذي يرد بالنص المطعون عليه . في حالة الإغفال التشريعي الجزئي - يأتي تنظيمًا قاصراً وغير متكامل، ولا يحيط بالحق أو الحرية التي كفلها الدستور من مختلف أقطارها وجوانبها، بما يشكل إخلالاً جسيماً بها، ويفقدها تكاملها وترابط أجزائها، بالمخالفة لأحكام الدستور⁽¹⁾، وبالتالي فإن المشرع في حالة الإغفال التشريعي النسبي يكون قد تدخل بالتشريع بالفعل، إلا أن تدخله لم يفي بالمتطلبات الدستورية للمسألة محل التنظيم⁽²⁾.

وقد أعمل المجلس الدستوري الفرنسي الإغفال الجزئي عند عدم ممارسة المشرع لاختصاصاته بصورة كاملة على النحو الذي رسمه الدستور، وبوجه خاص المادة 34 من الدستور الفرنسي، كإغفال المشرع تحديد وعام الضريبة وفئات الممولين وكيفية تحصيلها⁽³⁾.

problèmes de l'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle, op. cit, p.18; Allan R. Brewer-Carias, Constitutional Courts as Positive Legislator in comparative law, op.cit. p.118; Thomas Bustamante & Evanilda de Godoi Bustamante, Constitutional Courts as "negative Legislators" The Brazilian Case, op. cit, p.144.

⁽¹⁾ في هذا المعنى، حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٥٣ لسنة ٣٢ ق.د، جلسة 4 فبراير ٢٠١٧؛ الجريدة الرسمية، العدد (6 مكرر "ب") في 15 فبراير ٢٠١٧، ص ٢٧ - ١٨

⁽²⁾ Abdulhaleem Qasim MOHAMMED, The Monitoring of Legislative Omission by the Constitutional Judiciary, op. cit, pp.96-97

⁽³⁾ Des no. 90- 283 du 8 janvier 1991, Recueil, Jur. Const (59- 93) p. 417.

كما سايرته المحكمة الدستورية العليا المصرية عندما قضت بعدم دستورية نص المادة (١٩) من لائحة العاملين بالهيئة القومية للبريد الصادرة بقرار وزير النقل والمواصلات والنقل البحري رقم 70 لسنة ١٩٨٢، فيما تضمنه من قصر نطاق تطبيق أحكامه على العاملين بالهيئة الذين يحصلون أثناء الخدمة على مؤهل علمي أعلى دون العاملين بها الحاصلين على ذلك المؤهل قبل التحاقهم بالخدمة، ولم يتم معاملتهم به وظيفياً⁽¹⁾.

كما قضت ذات المحكمة بعدم دستورية المادة (13) من قانون حماية الآثار الصادر بالقانون رقم 117 لسنة ١٩٨٣ في مجال تطبيقها على الملكية الخاصة، وذلك فيما لم تتضمنه من تعويض المالك عن اعتبار ملكه اثراً⁽²⁾.

وقد أسست المحكمة قضاءها على أن الحماية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة تفترض ألا ترهق القيود التي يفرضها المشرع عليها، في إطار وظيفتها الاجتماعية- جوهر بنيانها، وألا يكون من شأنها تعطيل الانتفاع بها بما يفقدها علة وجودها، وينحدر بالحماية المقررة لها إلى ما يفرغها من مضمونها.... وحيث إن إخراج أموال بنواتها من السلطة الفعلية لمالكيها مع حرمانهم من الفائدة التي يمكن أن تعود عليهم منها، يعدل، في الآثار التي يرتبها. نزع الملكية

(1) واستندت المحكمة في قضائها المشار إليه إلى أن " الدستور في المادة (١٤) منه جعل الوظيفة العامة حقاً لكل مواطن، واعتبرها في الوقت ذاته تكليفاً للقائمين بها لخدمة الشعب ورعاية مصالحه، لذلك كان التطوير الدائم لها ولشاغليها ورفع كفاءتهم العلمية والعملية التزاماً قانونياً على الدولة، وواجباً على الموظف، ليغدو التمكين له والتحفيز عليه أحد وسائل الدولة في الوفاء بهذا الالتزام،

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسته 1999/5/2 في القضية رقم ١٨٢ لسنة

١٩ قضائية دستورية.

من أصحابها دون تعويض، بما يعتبر غصبا لها، بل إن اغتيالها على هذا النحو يمثل أسوأ صور العدوان عليها، لاتخاذها الشرعية ثوبا وإطارا وانحرافه عنها قصداً ومعنى، فلا تكون الملكية التي يكفل الدستور صوتها الا سرايا أو وهما. كما أخذت به المحكمة الدستورية البلجيكية بصلاحيته مراجعة القوانين الفيدرالية التي تصدر من البرلمان ضد الشروط التي تحدد السلطات بين السلطات الاتحادية والمجتمعات والأقاليم، وضد الحقوق الأساسية المنصوص عليها في الدستور⁽¹⁾ في حالة الإغفال التشريعي.

وذلك تأكيد لمبدأ المساواة المنصوص عليه في المادتين 10 و11 من الدستور البلجيكي، وفي الغالبية العظمى من الحالات سيكون الإغفال غير الدستوري موجوداً عندما يستثنى القانون فئة واحدة من الأشخاص من مجالها. التطبيق دون مبرر معقول⁽²⁾.

ومع ذلك لا تتمتع المحكمة الدستورية بالسلطة الصريحة لمراجعة الإغفال التشريعي؛ يشدد القانون الخاص على أنه لا يمكن إعادة النظر إلا في الانتهاك بموجب قانون أو مرسوم أو أمر⁽³⁾ فيما يسمى بالأغفال النسبي فقط.

⁽¹⁾Arts. 1 and 26 Special Act on the Constitutional Court (1989); P. Popelier & K. Lemmens, *The Constitution of Belgium* (2015), p. 201.

⁽²⁾The equality clause was violated in almost 80% of the unconstitutional omissions determined in the past two years, see the yearly reports of the Constitutional Court on (last visited 23 August 2017).

⁽³⁾ Brewer-Carias, *supra* note 2, pp. 125–126.

وبالتالي، فإن المحكمة ليست مختصة بمراجعة الإغفالان المطلقة (الإغفال الكلي) التي تحدث في حالة عدم وجود أي نص تشريعي. اسوة بما يتم العمل به في البرتغال والبرازيل والمجر⁽¹⁾.

فقد قضت المحكمة الدستورية في جمهورية المجر الديمقراطية بعدم دستورية إغفال المشرع تنظيم مسألة تغيير اسم المواطنين غير المجري المستقرين في المجر بطرق قانونية، وذلك بالمخالفة لأحكام المادتين (٢)، و (١٥/٢) من القانون الأساسي المجري، والفنان نصنا على حماية الحق في الكرامة الإنسانية، ومبدأ المساواة وحظر التمييز، ثم حددت المحكمة للجمعية الوطنية تاريخ 31 ديسمبر ٢٠١٨ للوفاء بهذا الالتزام التشريعي⁽²⁾.

وعلى النقيض من ذلك، فإن الإغفالات النسبية التي تحدث عندما يتم سن التشريع ولكن بطريقة جزئية أو غير كاملة أو معيبة من وجهة نظر دستورية قد تخضع لمراجعة من قبل المحكمة الدستورية البلجيكية، يتضح أن المشرع لم يأخذ هذه الصلاحية في الاعتبار عندما ننظر إلى النتائج المحددة لاكتشاف عدم الدستورية. حيث تنص المادة 8 من القانون الخاص بالمحكمة الدستورية على أنه إذا كان إجراء الإلغاء قائمًا على أسس سليمة، يتعين على المحكمة إلغاء القاعدة المخالفة للدستور كليًا أو جزئيًا. ومع ذلك، فليس هذا هو الحل المطلوب. على الرغم من استعادة المساواة من خلال نهج المستوى، حيث يرغب

(1) Art. 283(2) Portuguese Constitution; Section 46(2) Act CLI of 2011 on the Constitutional Court Hungary; Art. 103, §2 Brazilian Constitution 1988.

(2) Constitutional Court, Dec N°. 6/2018. (VI. 27.), Budapest, 19 June 2018.

المتقدمون في توسيع مجال التطبيق غير الشامل، بدلاً من إلغاء القاعدة بأكملها. في الحالات التي يكفي فيها إعلان عدم دستورية الاستثناء لقاعدة ما من أجل توسيع مجال التطبيق أقل شيوعاً. وبالتالي، تلجأ المحكمة الدستورية إلى بعض الأفكار "الإبداعية" للإجابة على الأسئلة المتعلقة بثغرة تشريعية⁽¹⁾.

على وجه الخصوص، تستخدم المحكمة نوعين مختلفين من القرارات للإشارة إلى وجود إغفال تشريعي. أولاً طورت المحكمة قانوناً قضائياً يُعلن فيه أن القاعدة المطعون فيها دستورية، لكن عدم وجود قاعدة مماثلة للفئة المستبعدة يعتبر غير دستوري. غالباً ما تطلب المحكمة من المشرع صراحةً على تقديم قانون جديد، يوجه بشكل واضح المحادثة الدستورية نحو البرلمان، وعادةً ما تقدم إرشادات حول كيفية صياغة هذا القانون الجديد⁽²⁾ ثانياً، تنص المحكمة بانتظام على أن النص المطعون فيه ينتهك الدستور إلى أي مدى يتم استبعاد بعض الأشخاص أو المؤسسات من مجال تطبيقها. لأن المحكمة تعلن فقط أن الفجوة التشريعية غير دستورية، فإن القاعدة المتنازع عليها على هذا النحو تظل كما هي ويمكن

(1) P. Popelier, 'The Belgian Constitutional court as positive legislator: in search of a balance between right's protection and respect for acts of parliament', in A.R. Brewer-Carias (ed.), *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study* (2011), p. 267.

(2) All cases of the Belgian Constitutional Court (BCC) are published in full text in Dutch and French on the official website and several cases are translated into English. The last part of the case number refers to the year the judgment was pronounced. Consequently, hereinafter it suffices to mention the case number in order to identify the judgment.

تطبيقها بشكل أكبر. مرة أخرى (1)، لا يؤدي هذا النوع من الحكم إلى التوسع المطلوب في مجال التطبيق. وقد حلت المحكمة هذه المشكلة من خلال منح القضاة العاديين صراحة إمكانية سد الفجوة التشريعية "عندما يتم تحديد عدم الدستورية بشروط دقيقة وكاملة بما فيه الكفاية". الفئة المستبعدة لا تزال توضح موقف المحكمة كمشرع سلبي (2)، ومن الواضح أن التفويض الصريح للقضاة العاديين لملء الفراغ التشريعي هو عمل للمحكمة كمشرع إيجابي.، كثيرا ما تلجأ المحكمة إلى هذا الاعتبار (3).

وقد أرجعت المحكمة الدستورية العليا المصرية - في العديد من أحكامها وقوع الإغفال التشريعي الجزئي إلى مخالفة مبدأ المساواة المقرر دستورا (4)؛ فقضت "بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (6) من القانون رقم ٢٦ لسنة

(1) The BCC explicitly ruled in this manner for the first time in case n° 111/2008.

(2) Brewer-Carias, supra note 2, pp. 148-149; M. de Visser, Constitutional Review in Europe (2014), p. 283

(3) Cf. Section 4.1.1, infra.

(4) من ذلك الإغفال التشريعي الذي أظهرته المحكمة الدستورية العليا المصرية بالأحكام الصادرة في القضايا أرقام ٢١٤ لسنة ٣٢ ق. د، جلسة 1 أكتوبر ٢٠١٦، الجريدة الرسمية، العدد (40 مكرر) في ١٢ أكتوبر ٢٠١٦؛ و١٥٣ لسنة ٣٢ ق. د، جلسة 4 فبراير ٢٠١٧، الجريدة الرسمية، العدد (6 مكرر "ب") في 15 فبراير ٢٠١٧؛ و٤٤ لسنة ٢٨ ق د، جلسة ٢٣ أكتوبر ٢٠١٨، الجريدة الرسمية، العدد (٤٢ مكرر) في ٢٢ أكتوبر ٢٠١٨ و١٢٥ لسنة 35 ق. د، جلسة 3 نوفمبر ٢٠١٨، الجريدة الرسمية، العدد (45 مكرر) في ١٣ نوفمبر ٢٠١٨.

1975 بشأن الجنسية المصرية، فيما تضمنه من قصر الحق في اكتساب الجنسية المصرية بالنسبة للأولاد القصر على حالة اكتساب الأب الأجنبي لهذه الجنسية، دون حالة اكتساب الأم الأجنبية لها⁽¹⁾؛ وذلك على سند من أن " ... الدستور وإن أوكل للمشرع بمقتضى نص الفقرة الثانية من المادة (1) تحديد شروط اكتساب الجنسية المصرية، إلا أن ممارسة المشرع السلطة التقديرية في هذا المجال يحدها القيد العام الذي سمنه الدستور نص المادة (١٢) والذي بمقتضاه لا يجوز لأي قانون ينظم ممارسة الحقوق والحريات أن يقيد بها بما يمس أصلها وجوهرها، بما لازمه وجوب التزام التنظيم الذي يقره المشرع بالمبادئ

(1) وأوردت المحكمة في قضائها أن "الدستور قد حرص في العديد من مواده على التأكيد على مبدأ مساواة المرأة بالرجل، فاعتمد بمقتضى نص المادة (4) مبدأ المساواة إلى جانب مبدأ العدل وتكافؤ الفرص، أسامنا لبناء المجتمع وصيانة وحدته الوطنية، كما ساوى بينهما طبقاً لنص المادة (6) في مجال منح الجنسية المصرية الأصلية للأبناء، باعتبار الجنسية حقاً لمن يولد لأب مصري أو أم مصرية، وجعل بمقتضى نص المادة (١١)، كفالة تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في جميع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التزاماً دستورياً على عاتق الدولة، وحظر بموجب نص المادة (53) التمييز بينهما في مجال حقوقهم وحرياتهم، على أساس الجنس، بما مؤده: تكامل نصوص الدستور المتقدمة جميعاً واتجاهها لتحقيق الأعراس عنها التي رصدها المشرع، لتجمعها جينا تلك الوحدة العضوية التي تقيم بنيانها نسيجاً متضافراً، غايته تحقيق مقاصد الدستور، في إقامة المساواة بين أبناء الوطن الواحد رجالهم ونسألهم، دون تمييز لأي محب، والذي أخبر الدستور اقتراه جريمة يعاقب عليها القانون، كما ألزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للقضاء على كافة أشكال التمييز، وأوجب إنشاء مفوضية مستقلة لهذا الغرض، وليعدر تحقيق ذلك هدفاً أسمى لكل تنظيم يسنه المشرع يتناول هذه المسألة، وضابطاً لصحته من زاوية دستورية...". يراجع في تفاصيل ذلك م. د. رمضان دسوقي شعبان حافظ، رقابة القضاء الدستوري على الاغفال التشريعي - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2022، ص 79-80 وما بعدها.

الضابطة لسلطته في هذا الشأن، والتي يعد تحقيقها غاية كل تنظيم يسنه، وفي المقدمة منها العدل والمساواة وتكافؤ الفرص، خاصة بين المرأة والرجل في كافة الحقوق والحريات، والقضاء على كافة أشكال التمييز بينهما، فضلا عن الحفاظ على تماسك الأسرة المصرية واستقرارها باعتبارها أساس المجتمع، والذي جعله الدستور بمقتضى نص المادة (١٠) التزاما على الدولة، والتي يتصادم معها جميعا حرمان الأولاد القصر للأم الأجنبية من اكتساب الجنسية المصرية بقوة القانون تبعا لاكتسابها هذه الجنسية، أسوة بالأب الأجنبي الذي قرر المشرع بالنص المحال حق أولاده القصر في ذلك، وليضحى النص المطعون فيه وقد قصر هذا الحق على الأولاد القصر للأب الأجنبي دون الأم الأجنبية، متضمنا تمييزا تحكيميا لا يستند إلى أسس موضوعية، ذلك أنه باعتباره الوسيلة التي اعتمدها المشرع لتنظيم موضوع اكتساب الأولاد القصر للأجانب المتجنسين بالجنسية المصرية لهذه الجنسية، يتناقض مع الأهداف التي رسدها الدستور، وأقام عليها بناء المجتمع، ليقع النص المطعون فيه . في الإطار المشار إليه - مخالفاً لنصوص المواد (٤، ٩، ١٠، ١١، ٥٣) من الدستور، فوق كونه يُعد مجاوزة من المشرع لنطاق سلطته التقديرية المقررة له بمقتضى نص المادة (٩٢) من الدستور، في مجال تنظيم الحقوق والحريات ..."^(١).

والتساؤل الذي يتبادر الي الذهن بعد ان استعرضنا موقف القضاء الدستوري المقارن في العديد من الدول بالنسبة للإغفال التشريعي الجزئي هل تنطبق هذه الصورة على النصوص القانونية بدولة الكويت؟ أو بمعنى ادق هل صورة

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 131 لسنة 39 ق. د، جلسة 6 أبريل

٢٠١٩؛ الجريدة الرسمية، العدد (١٥ مكرر) في 15 أبريل ٢٠١٩، ص 3-12.

الإغفال التشريعي الجزئي تجد لها تطبيق في النصوص القانونية في الكويت؟ سبق وان بينا ان المحكمة الدستورية الكويتية لا تأخذ بفكرة رقابة الدستورية على الإغفال التشريعي من الأساس، ولم تتطرق لا من قريب أو من بعيد الي صور الإغفال التشريعي، وإنما إذا بحثنا في الاحكام القضائية الدستورية لوجدنا أنها قضت بعدم دستورية نص قانوني لإخلاله بمبادي المساواة اثناء فرض رقابتها على دستورية القوانين بشكل مباشر، ولكن المتمعن لحكم المحكمة الدستورية يجد انه يعتبر صورة من صور الإغفال التشريعي الجزئي⁽¹⁾، حيث تتلخص وقائع هذه الدعوي فيما يلي:

الادعاء العام أقام الدعوى الجزائية رقم (٢٣٣٧) لسنة ٢٠٠٧ جرح ضد (الطاعنة) بأن أسند إليها أنها بتاريخ ٢٠٠٧/1/17 بدائرة مخفر شرطة الروضة:

1. أهانت بالقول المجني عليها (...) المكلفة بخدمة عامة (كاتبة بمستوصف الروضة) ووجهت إليها الألفاظ المبينة بالمحضر أثناء تأدية وظيفتها وبسببها وذلك على النحو المبين بالتحقيقات.

٢. سبت المجني عليها سالفه الذكر بأن وجهت إليها الألفاظ المبينة بالمحضر في مكان عام وعلى مرأى ومسمع من الغير وعلى نحو يخدش شرفها واعتبارها وذلك على النحو المبين بالتحقيقات. وطلب الادعاء العام عقابها وفقا لنص المادة (١٣٤) و (٢١٠) من قانون الجزاء.

(1) حكم المحكمة الدستورية برقم (43) لسنة ٢٠٠٨ «دستوري» الحكم الصادر بجلسة ٢٠٠٩/4/7م، المنشور بالجريدة الرسمية (الكويت اليوم) العدد رقم (٩١٨) السنة الخامسة والخمسون بتاريخ ٢٠٠٩/4/12م.

وأثناء نظر القضية أمام محكمة الجناح قامت المجني عليها بالادعاء مدنياً قبل المتهمه بمبلغ (5001) د.ك على سبيل التعويض المؤقت، وبجلسة 2008/2/17 حكمت المحكمة حضورياً بتغريم المتهمه عشرين ديناراً عن كل تهمة من التهم المسندة إليها، وبإحالة الدعوى المدنية إلى الدائرة المدنية المختصة لنظرها، استأنفت المتهمه هذا الحكم بالاستئناف رقم (2148) لسنة 2008. مستأنفة (2007/14) الروضة. وأثناء نظر الاستئناف أمام المحكمة قدم المحامي الحاضر عن المستأنفة مذكرة دفع فيها بعدم دستورية المادة (5) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية فيما جنح تضمنته من النص على أن الحكم الصادر في جنحة بالغرامة التي لا تجاوز أربعين ديناراً لا يجوز استئنافه من المحكوم عليه ويجوز استئنافه من المدعي، وذلك تأسيساً على مخالفة هذا النص لأحكام المادتين (29) و(166) من الدستور.

وبجلسة 2008/6/8 قضت المحكمة بوقف الفصل في الاستئناف، وإحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية للفصل في مدى دستورية النص الطعين لما يحيط به من شبهة عدم الدستورية لإخلاله بمبدأ العدالة والمساواة وبالضمانات الأساسية لحق التقاضي التي كفلها الدستور.

هذا وقد ورد ملف الدعوى إلى إدارة كتاب هذه المحكمة، وتم قيدها بسجلها برقم (43) لسنة 2008 «دستوري»، وجرى إخطار ذوي الشأن بذلك، وأودعت (الطاعنة) مذكرة طلبت في ختامها الحكم بعدم دستورية المادة (5) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية، وذلك فيما تضمنته تلك المادة من حرمان المحكوم بإدانته في جنحة من استئناف الحكم إذا كانت العقوبة المقضي بها لا تجاوز أربعين ديناراً، حال أن هذا الاستئناف جائز من المدعي، كما أودعت إدارة الفتوى والتشريع مذكرة بدفاع الحكومة طلبت في ختامها الحكم برفض

الدعوى.

وقد بينت المحكمة إن المادة (5) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية تنص على أن "الحكم الصادر في جنحة بالغرامة التي لا تجاوز أربعين ديناراً لا يجوز استئنافه من المحكوم عليه ويجوز استئنافه من المدعي والحكم الصادر في جنحة بالبراءة يجوز استئنافه من المدعي وما عدا ذلك من الأحكام الصادرة في الجنح تكون قابلة للاستئناف من المحكوم عليه ومن المدعي»

وحيث إن مبنى النعي على هذا النص - حسبما يبين من حكم الإحالة . أنه أقام تفرقة بين أطراف الخصومة أمام القضاء بالنسبة للمدعي والمتهم، إذ قصر الحق في - استئناف الحكم الصادر في جنحة بإدانة المتهم المحكوم عليه بعقوبة الغرامة التي لا تجاوز أربعين ديناراً على المدعي، وصادر حق المتهم المحكوم عليه بتلك العقوبة في استئناف ذلك الحكم، متخذاً . هذا النص . من مقدار الغرامة الذي قضى بها الحكم في هذه الحالة قاعدة لنهائيته في حق من صدر ضده، يستند به مرحلة التقاضي التي صدر فيها بالنظر إلى صالة الغرامة المحكوم بها، وأنشأ بهذه التفرقة تمييزاً بين أطراف الخصومة في إتاحة استئناف الحكم للمدعي لا يحظى بها المتهم الصادر ضده الحكم على نحو يجافي مبدأ المساواة الذي كفله الدستور في المادة (٢٩) منه، كما أقام النص الطعين بموجب هذه المفارقة مانعاً قانونياً يحول في حد ذاته بين المحكوم عليه بهذه العقوبة وبين التقاضي على درجتين الذي أفسح مجاله للمدعي، مسقطاً في المقابل عن المتهم حقه في الدفاع ونفي الاتهام المنسوب إليه ومراجعة الحكم الصادر ضده أمام محكمة موضوعية أعلى حتى تتاح له فرصة تبرئة ساحته من هذا الاتهام، وحرمة طبقاً لذلك من المحاكمة المنصفة من خلال اختصارها واختزال إجراءاتها على نحو يفقدها ضماناتها وهو ما يشكل إهداراً لحق النفاذ إلى

القضاء والإخلال بحق الدفاع وموجبات العدل والإنصاف بالمخالفة لحكم المادة (166) من الدستور .

وحيث إن هذا النعي - في أساسه . سديد، ذلك أن من مقتضيات حق النقاضي اللازمة واللصيقة به حق الدفاع، وهذا الحق لا تقوم له قائمة إلا بتوفير المساواة الحقة بين أطراف الخصومة، ومن أُلزم وسائل تحقيق هذه المساواة أن تكون للخصومة ذاتها قواعد موحدة سواء في مجال التداعي بشأنها أو وسائل الدفاع أو الطعن في الأحكام الصادرة فصلا فيها، والحاصل أن القواعد الموضوعية والإجرائية التي يقرها المشرع في المجال الجزائي وإن كان تباينها أمرا متصوراً بالنظر إلى تغاير وقائعها والمراكز التي تواجهها والأشخاص المخاطبين بها، إلا أن دستورية هذه القواعد تفترض في المقام الأول ألا يقيم المشرع بينهم تمييزاً في نطاق القواعد الإجرائية التي تحكم الخصومة عينها، ولا في طرق الطعن التي تنظمها، وألا تحول هذه الفوارق بينها دون تساويهم في الانتفاع بضماناتهم، وبخاصة ما يتصل منها بحق الدفاع، كما أنه من المقرر أيضاً أنه وإن كان النص على عدم جواز الطعن في بعض الأحكام القضائية وقصر النقاضي بالنسبة لما فصلت فيه على درجة واحدة من الأمور التي تدخل في إطار السلطة التقديرية للمشرع وبالقدر وفي الحدود التي تقتضيها مصلحة عامة لها اعتبارها، إلا أن المشرع إذا اختار النقاضي على درجتين فإنه لا يجوز أن يقصره على طرف في الخصومة ذاتها دون الطرف الآخر فيها، وهو الأمر الذي يستتبع معه القول بأن الخصومة القضائية لا تبلغ نهايتها إلا بعد استغراقها لمراحلها بالفصل استثنافيا فيها، وبما يقتضي بالضرورة أن يكون حق الدفاع منسحباً إليهما معاً، فلا يكون لموجبات العدل والإنصاف من قوام إذا انغلق طريق إحداهما، لا سيما إذا كانت تلك الأحكام أحكاماً جزائية تقارنهما مخاطر

تتعاضم وطأتها لاتصالها بحقوق الأفراد وحررياتهم، وهي أبعد أثراً لمساسها بحقوقهم المادية والأدبية، وبالتالي لا يجوز إسباغ الشرعية الدستورية على نص تشريعي لا تتكافأ معه وسائل الدفاع التي أتاحتها للمدعي والمتهم في الدعوى الجزائية فلا تتعادل أسلحتهم بشأنها إثباتاً ونفيًا، وهو ما حرص الدستور على توكيده بالنص في المادة (34) منه على أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع.

لما كان ذلك، وكان النص المطعون فيه في مجال حظره استئناف الحكم الصادر في جنحة بالغرامة التي لا تتجاوز أربعين ديناراً من جانب المتهم المحكوم عليه، وإفساح مجال هذا الاستئناف للمدعي قد مايز بين أطراف الخصومة بما من شأنه الإخلال بمبدأ المساواة في مجال حق التقاضي، والإخلال بضمانة الدفاع التي لا ينفصل حق التقاضي عنها في إطار من المحاكمة العادلة، فإنه يكون مخالفاً لأحكام المواد (29) و(34) و(166) من الدستور، ويتعين من ثم القضاء بعدم دستوريته فيما تضمنه في هذا الصدد.

فلهذه الأسباب حكمت المحكمة: بعدم دستورية المادة (5) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية فيما تضمنته من النص على أن «الحكم الصادر في جنحة بالغرامة التي لا تتجاوز أربعين ديناراً لا يجوز استئنافه من المحكوم عليه ويجوز استئنافه من المدعى».

ولنا عدة ملاحظات على هذا الحكم:

1- هذا الحكم يمثل صورة من صورة الإغفال التشريعي الجزئي الناتج عن الإخلال بالمساواة التي نص عليها الدستور الكويتي في المواد (29) و(34) و(166)، لأنه قصر الاستئناف في الحكم الصادر بالغرامة التي لا تتجاوز

أربعين دينار على المدعي دون المحكوم عليه مما يعتبر اغفال تشريعي جزئي للتمييز في الحقوق بين الأشخاص.

2- باشرت المحكمة الدستورية العليا رقابتها على النص التشريعي لا على الإغفال التشريعي للنص، وشتان بينهما وإن كانت المحكمة توصلت الي نتيجة واحدة الا وهي عدم دستورية المادة (5) من قانون الإجراءات والمحاکمات الجزائية وهو ما يعتبر بداية الاخذ بالرقابة على دستورية الإغفال التشريعي في القضاء الدستوري الكويتي.

ثالثاً: الإغفال التشريعي بالطريق الملتوي:

أضاف بعض الفقه⁽¹⁾ صورة ثالثة إلى الصورتين المشار إليهما من صور الإغفال التشريعي تحت مسمى "الإغفال التشريعي بالطريق الملتوي" أو "الإغفال التشريعي المبطن"، ويعنى هذا النوع من الإغفال أن المشرع يمارس اختصاصاته المهارة، إلا أن حقيقة الأمر هو يتنازل عن بعض اختصاصاته للسلطة التنفيذية، مما يؤدي إلى قيام السلطة التنفيذية ببعض الدور المخول دستوريا للسلطة التشريعية⁽²⁾، ويكون ذلك من خلال مسلكين: إما الإفراط في

(1) م. د. رمضان دسوقي شعبان حافظ، رقابة القضاء الدستوري على الاغفال التشريعي - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2022، ص 91؛ د. سلوى فوزي الدغلي، الإغفال التشريعي في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 173؛ د. عزوي عبد الرحمن، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص 90، 91؛ د. كلالتي زهرة، الدور الإنشائي للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص 40 وما بعدها؛ أ. كلالتي زهرة، الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق، ص 48 وما بعدها؛ د. إيناس كمال كامل، حدود وضوابط السلطة التقديرية للمشرع وأسس الرقابة عليها، مرجع سابق، ص 256، 230 سابق.

(2) مقال أ / سهام صديق، الإغفال التشريعي وسبل معالجته، على الموقع:

العمومية في المسائل ذات القواعد التفصيلية، مما يجعل القانون غير ذي فائدة على أرض الواقع، وإما عن طريق كثرة الإحالة إلى السلطة التنفيذية، مما يعد خرقاً لقواعد توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية.

ونحن من جانباً ننضم للرأي الذي يرفض هذا الصورة، إذ إن هذه الصورة لا تعدو أن تكون صورة من صور عدم الاختصاص السلبي للمشرع، ولا تندرج ضمن صور الإغفال التشريعي.

كما عد البعض من الفقه⁽¹⁾ الإغفال التشريعي أحد صور الامتناع التشريعي، فذهب إلى أنه " إذا نص الدستور على أن موضوعاً ما ينظمه القانون، فإن عدم صدور هذا القانون يمثل حالة امتناع؛ وإذا نظم القانون مسألة معينة ولكن بصورة ناقصة، فإن الجزء الذي لم يتناوله القانون يمثل حالة امتناع".

ونحن من جانباً نؤيد الرأي الذي لا يشاطر هذا الاتجاه الفقهي وجهته، بالنظر إلى أن القول بوقوع الامتناع التشريعي "التشريع السلبي" يتطلب وجود التزام على المشرع بالتشريع في مسألة معينة في وقت محدد، حال أن الإغفال التشريعي قد يقع دون وجود هذا الالتزام، فقد يتدخل المشرع بسلطته التقديرية لتنظيم مسألة معينة، فيأتي تنظيمه قاصراً بما يخل بالضمانات الدستورية المقررة لهذه المسألة؛ ولا يشكل ذلك في حقه امتناعاً تشريعياً؛ فضلاً عن أن الامتناع قرين الموقف السلبي المتعمد للمشرع، وهو ما لا يتوافر بشأن الإغفال التشريعي، إذ أن المشرع يتخذ موقفاً إيجابياً بالفعل، إلا أن تنظيمه للمسألة يأتي قاصراً، ولا يفي

<https://www.droitentreprise.com>.

(1) د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٤٠٢.

بالمتطلبات الدستورية، وعلى غير إرادته غالباً⁽¹⁾.

ويرى أحد الفقه أن المفهوم الصحيح للإغفال التشريعي لا يتحقق إلا بشأن ما أطلق عليه غالبية الفقه المصري والمقارن الإغفال التشريعي الجزئي، أما ما يسميه الفقه بالإغفال التشريعي الكلي فإنه لا يدخل ضمن صور الإغفال التشريعي؛ وذلك بالنظر إلى أن الإغفال التشريعي الكلي يتمثل في غياب الحلول التشريعية كلية من التنظيم القانوني؛ ومن ثم فهو يقع بين احد احتمالين؛ **أولهما:** أن يكون غياب تلك الحلول بالمخالفة لالتزام دستوري صريح بالتشريع في وقت محدد فيصير تشريعاً سلبياً بالمخالفة لأحكام الدستور، وهو مفهوم مستقل بذاته عن مفهوم الإغفال التشريعي، وله أساسه القانوني المستقل، وإن كان الباحث يرى ضرورة خضوعه لرقابة الدستورية أيضاً ولكن بمعالجة قانونية مختلفة عن معالجات الإغفال التشريعي. **والآخر:** ألا يمثل غياب الحلول التشريعية أي مخالفة لأحكام الدستور، أي أن التدخل بالتشريع يدخل في إطار السلطة التقديرية للمشرع، وبالتالي فإن عدم التدخل بالتشريع يصير من قبيل القصور التشريعي الذي يختص قاضي الموضوع بمعالجته، وذلك عن طريق القيام بالبحث في المبادئ العامة للقانون، وقواعد العدالة عن حلول تصلح لحكم المسألة المعروضة عليه، ومن ثم فلا علاقة للقاضي الدستوري بتناول دستورية غياب تلك الحلول لعدم تعارضها مع أحكام الدستور، ودخولها في نطاق سلطة التقدير المنوطة بالمشرع، والتي لا يجوز محاسبته دستورياً عليها، باعتبار أن المشرع وحده هو المنوط به تقرير مدى الحاجة للتشريع في ضوء عدم إلزام الدستور له بالتدخل بالتنظيم خلال فترة معينة.

(1) م. د. رمضان دسوقي شعبان حافظ، مرجع سابق، ص 92.

وتطبيقا لذلك، ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أنه " ... متى كان ذلك، وكانت الوظائف الخاضعة لأحكام قانون الخدمة المدنية الصادر بالقانون رقم 81 لسنة ٢٠١٦ تقسم طبقا لنص المادة (١٠) من هذا القانون إلى مجموعات وظيفية رئيسة هي: مجموعة الوظائف التخصصية، ومجموعة الوظائف الفنية، ومجموعة الوظائف الكتابية، ومجموعة الوظائف الحرفية والخدمة المعاونة. وكان نطاق الإحالة كما حددته محكمة الموضوع بمنطوق حكمها، والأسباب المرتبطة به ارتباطا لا يقبل الفصل أو التجزئة، التي وردت بمدونات هذا الحكم، إنما يقتصر على ما تضمنته المادة (٧٠) من قانون التعليم المشار إليه من إغفال النص على سريان أحكام الباب السابع من قانون التعليم المشار إليه على شاغلي الوظائف التخصصية والوظائف الفنية للتعليم، عدا ما ورد النص عليه في المادة (٧٠) المشار إليها، قاصدة بإطلاق على هذا النحو إلى إدراج جميع هذه الوظائف وشاغليها في التنظيم القانوني الذي تضمنه النص المحال، ومد نطاق تطبيق أحكام الباب السابع من قانون التعليم المشار إليه ليسري على تلك الفئات بغض النظر عن مدى ارتباط أعمال وظائفهم ارتباطا مباشرا وجوهريا بصميم العملية التعليمية وتحقق مشاكتهم الفاعلة فيها، وتوافر الرابطة المنطقية والعقلية بينها، وبين الأغراض التي هدف المشرع إلى تحقيقها من وراء التنظيم الذي ضمنه الباب السابع من قانون التعليم وتحديد نطاق تطبيق أحكامه بالنص المحال، وهي الإسهام الفاعل والحقيقي في تطوير العملية التعليمية والارتقاء بها، وهي العلة من وراء تقرير هذا التنظيم، ومن ثم فإن ما طرحه الإحالة الواردة من محكمة الموضوع، في حدود نطاقها المتقدم، لا يدعو أن يكون استحداثا لحكم تشريعي يجاوز تقريره نطاق الولاية المقررة لهذه المحكمة، ويعد تدخلا في عمل السلطة التشريعية بالمخالفة لنص المادة (١٠١) من الدستور،

مما يتعين معه القضاء بعدم قبول الدعوى⁽¹⁾.

كما ذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية إلى أن " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الرقابة القضائية التي تباشرها تثبتاً للشرعية الدستورية، مناطها تلك النصوص القانونية التي أقرتها السلطة التشريعية أو التي أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها التي بينها الدستور، وبالتالي يخرج عن نطاقها إلزام أي من هاتين السلطتين بإقرار قانون أو إصدار قرار بقانون في موضوع معين. إذ إن ذلك مما تستقل بتقديره تلك السلطتان وفقاً لأحكام الدستور، ولا يجوز بالتالي حملهما على التدخل لإصدار تشريع في زمن محدد أو على نحو معين. ... وعلى ذلك، فإن أحكام المادة الثالثة من القانون المشار ذكره، لا تخاطب المدعين، سواء باعتبارهم أولاداً لأم مصرية، أو أحفاداً لجدّة مصرية متى كان ذلك، وكان موضوع الإحالة المررد أمام هذه المحكمة هو في حقيقته طلب إلزام المشرع بإقرار نص جديد بمقتضاه يضيف حالة استثنائية لمنح الجنسية المصرية. لأبناء الأم التي لم تحصل على الجنسية المصرية إلا في تاريخ لاحق لسريان أحكام القانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ السار ذكره، ومنح هذه الجنسية لأحفاد الجدّة لأم، التي لم تحصل على الجنسية المصرية إلا في تاريخ لاحق - أيضاً - لسريان أحكام القانون المشار إليه. حال أن ذلك أمر يستقل المشرع بتقديره وفقاً لأحكام الدستور، ولا يجوز حمله لإقرار تشريع في هذا الشأن، وهو الأمر الذي ينحسر عنه اختصاص هذه المحكمة، وتقضى المحكمة

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 11 لسنة ٤٢ ق. د، جلسة 3 يوليو

٢٠٢١؛ الجريدة الرسمية، العدد (٢٧ تابع) في 8 يوليو ٢٠٢١، ص 35-41.

تبعاً لذلك بعدم قبول الدعوي⁽¹⁾.

وبالتالي ليس صحيحاً ما يمكن أن يذهب إليه البعض من أن كل قصور تشريعي يعد مناقضاً لأحكام الدستور، ويقع في نطاق رقابة الدستورية؛ إذ إن القول بذلك يعني أن سلطة المشرع سلطة مقيدة على الدوام، ومن ثم يعد سكوته عن التنظيم بمثابة مخالفة دستورية؛ وهو قول غير جائز، باعتبار أن الأصل في سلطة المشرع هو إطلاقها ما لم يقيد الدستور بضوابط أو قيود محددة؛ كما أن القول بذلك يناقض الطبيعة البشرية للمشرع التأسيسي، والتي لا يتصور معها وضع تصور لكافة مناحي الحياة في المجتمع؛ ويناقض كذلك طبيعة الدساتير ذاتها، والتي تعكف على بيان الخطوط الرئيسية لملامح الحياة في المجتمع، ولا سيما ما يخص تنظيم سلطات الدولة وعلاقتها ببعضها البعض، وكذا علاقتها بالمواطنين، وبيان الحقوق والحريات العامة، تاركة للمشرع أمر تنظيم كافة المسائل التشريعية وفقاً لسلطته التقديرية في ضوء ظروف المجتمع، ومراحل تطوره.

ومن جانباً نتساءل هل عرف القضاء الدستوري في الكويت الرقابة على الإغفال التشريعي بالطريق الملتوي؟

سبق وأن بينا مراراً وتكراراً أن القضاء الدستوري في الكويت لم يباشر أي رقابة على الإغفال التشريعي بكافة صورة وأشكاله حتي وإن كان هناك نص تشريعي يشوبه قصور تشريعي بصورتيه السابقتين الكلي والجزئي، مكتفياً بالقول في أحكامه التي يصدرها على أن "الرقابة القضائية لهذه المحكمة التي تمارسها على

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٤٥ لسنة 39 ق. د، جلسة 8 مايو 2021

الجريدة الرسمية، العدد (١٩ تابع) في 17 مايو ٢٠٢١، ص ٧٢.٦٦.

دستورية التشريعات لا تمتد الي البحث عن مدي ملاءمة التشريع ولا تستطيل الي البحث والتنقيب عن النوايا والبواعث التي عساها أن تكون قد دفعت السلطة التشريعية الي إقراره بالصيغة التي صدر بها"⁽¹⁾.

وصفوة القول ان المحكمة الدستورية في الكويت لا تفرض رقابتها على الإغفال التشريعي بكافة صورة لأنها تعتبر ذلك من اختصاص السلطة التشريعية، ولا يجوز لها ان تتعدي اختصاصاتها اعمالا لمبدأ الفصل بين السلطات، وهو ما لا نرجحه من قبل المحكمة الدستورية التي يجب ان تفرض رقابتها على الإغفال التشريعي الجزئي إعمالا لما انتهجه القضاء الدستوري المقارن.

(1) حكم المحكمة الدستورية، الدعوي رقم (1) لسنة 2010 "دستوري"، جلسة 2010/3/15م. نشر الحكم بالجريدة الرسمية (الكويت اليوم) (العدد رقم 976 السنة السادسة والخمسون بتاريخ 2010/3/21).

المبحث الثالث

أسباب الإغفال التشريعي

والأسباب التي تدعو القضاء الدستوري الكويتي

الي الاخذ بالرقابة عليه

تمهيد وتقسيم:

تكثر الأسباب التي تؤدي الي وجود اغفال تشريعي في القوانين واللوائح ومنها ما يرجع إلى المشرع ذاته صاحب الاختصاص الأصيل بالتشريع كضعف خبرة أعضاء مجلس الامة، والطبيعة البشرية للمشرع الوضعي، أو ترجع لأسباب أو دوافع سياسية أو اقتصادية، أو عدم دقة صياغة القواعد التشريعية التي يقررها البرلمان؛ ومنها ما يخرج عن إرادة السلطة التشريعية كعدم صياغة مبدأ الفصل بين السلطات صياغة دقيقة، وكذا قد ترجع الي تعاضم الدور التشريعي للسلطة التنفيذية.

ولا شك ان هناك عدة أسباب ومبررات تدعو القضاء الدستوري الكويتي في بسط رقابته على الإغفال التشريعي، وهذا ما سوف نوضحه من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: الأسباب التي تؤدي الي وجود الإغفال التشريعي

المطلب الثاني: الأسباب التي تدعو القضاء الدستوري الكويتي الاخذ بالرقابة على الإغفال التشريعي.

المطلب الأول

الأسباب التي تؤدي الي وجود الإغفال التشريعي

لا شك ان حماية الحقوق والحريات الأساسية وضمان تطبيقها تستلزم تدخلاً تشريعياً بهدف تحديد التدابير اللازمة لضمان الممارسة الفعالة لهذه الحقوق والحريات⁽¹⁾، وفي ظل تعدد العلاقات، الاجتماعية، والاقتصادية، والسياسية في المجتمع الحديث، وقد أصبحت عملية التشريع صناعة معقدة، وتحتاج إلى مهارة وفن للقائمين عليها؛ وهذه المهارة يجب أن تحيط بالظروف، الواقعية، والقانونية، السائدة في المجتمع من كافة نواحيها سواء السياسية أم الاقتصادية أم الاجتماعية، وبقدر توافر هذه المهارة بقدر ما يصدر التشريع متسقاً مع هذا الواقع، مما يكفل للقانون الصادر عن السلطة التشريعية قناعة اجتماعية لدى المخاطبين به، ويضمن تطبيقه تطبيقاً سليماً⁽²⁾. ولذلك، فإن السياسة التشريعية الرشيدة يجب أن تقوم على عناصر متجانسة، فإن قامت على عناصر متنافرة نجم عن ذلك افتقاد الصلة بين النصوص ومراميها، بحيث لا تكون مؤدية إلى تحقيق الغاية المقصودة منها لانعدام الرابطة المنطقية بينها، تقديراً لأن الأصل في النصوص التشريعية - في الدولة القانونية - هو ارتباطها عقلاً بأهدافها، باعتبار أن أي تنظيم تشريعي ليس مقصوداً لذاته، وإنما هو مجرد وسيلة لتحقيق

(1) Pauline GERVIER, La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public, op. cit, p.520.

(2) د. جابر جاد نصار، الأداء التشريعي لمجلس الشعب والرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ت، ص ٢٤.

تلك الأهداف⁽¹⁾.

وبالتالي فإن وقوع إغفال تشريعي من جانب السلطة التشريعية يرجع إلى عدة أسباب؛ منها ما يرجع إلى المشرع ذاته صاحب الاختصاص الأصيل بالتشريع؛ ومنها ما يخرج عن إرادة السلطة التشريعية، ويعود لأسباب تتعلق بتكوين البرلمان أو لعمل المؤسس الدستوري ذاته⁽²⁾، والتي نبينها على النحو التالي:

أولاً: أسباب ذاتية ترجع الي المشرع:

تتمثل الأسباب الذاتية التي ترجع للمشرع، والتي يترتب عليها وقوع الإغفال التشريعي في الطبيعة البشرية لعمل المشرع، وضعف خبرة أعضائه، وعدم إلمامهم بالأحكام والقواعد الدستورية، وما تفرضه من التزامات وحدود على سلطة التشريع حال تدخلها لتنظيم مسألة تشريعية معينة، وكذا عدم دقة صياغة القواعد التشريعية التي يقرها البرلمان حال تصديه لأعمال التشريع، بالإضافة إلى عوامل الانضباط الحزب التي قد تجبر أعضاء البرلمان على التصويت وفقاً لقناعات أحزابهم، دون اعتبار لأراءهم وقناعاتهم الشخصية وخلافا لما تستلزمه أحكام النصوص الدستورية أحياناً.

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢٢٧ لسنة ٢٥ ق د، جلسة 4 فبراير ٢٠١٧، الجريدة الرسمية، العدد (6 مكرر "ب") في 15 فبراير ٢٠١٧، ص ٣-١٧.

(2) د. كيلالي زهرة، الدور الإنشائي للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص 67 وما يليها؛ د. عزاوي عبد الرحمن، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص ٩١ وما يليها؛

Abdulhaleem Qasim MOHAMMED, The Monitoring of Legislative Omission by the Constitutional Judiciary, op. cit, P.105 and next.

1- ضعف خبرة أعضاء مجلس الأمة:

يعتبر من أسباب الإغفال التشريعي ضعف خبرة أعضاء البرلمان، وعدم إلمامهم بالإمام الكافي بالقواعد والمبادئ الدستورية التي تحكم عمل المشرع، وما تفرضه تلك القواعد والمبادئ من حدود وقيود لممارسة سلطة التشريع، إنما يمثل عامل أساس في وقوع الإغفال التشريعي المخالف لأحكام الدستور؛ بالنظر إلى أن التشريعات الصادرة عن البرلمان تأتي تشريعات قاصرة عن الوفاء بالمتطلبات الدستورية، ولا توفر الحماية الكاملة للحقوق والحريات محل التنظيم على نحو ما أرادها المشرع التأسيسي، وذلك ليس نتاجا لسوء قصدهم، وإنما بسبب عدم إلمامهم بما تفرضه النصوص الدستورية على المشرع من أحكام قانونية لازمة⁽¹⁾.

⁽¹⁾ إذا قررت السلطة التشريعية ممارسة اختصاصها التشريعي فيتعين عليها أن تتقيد في تشريعاتها بأحكام الدستور، وذلك بأن يكون تنظيمها للحقوق والحريات تنظيما متكاملًا، محققًا كافة الضمانات الدستورية المقررة لها، فإذا لم يراع المشرع في عمله التشريعي هذه الضمانات، فجاء تنظيمه للحق أو الحرية تنظيما قاصرا، وذلك بأن أهمل جانبا من جوانبها التي لا يكتمل التنظيم إلا بها، كان ذلك إخلالاً بالضمانات الدستورية التي هيأها الدستور لها⁽¹⁾، الأمر الذي يوقع هذا التنظيم في حومة المخالفة الدستورية. كما أنه إذا قرر المشرع الدستوري تقييد سلطة المشرع العادي في تقدير التدخل بالتشريع، ونص على ضرورة إصدار تشريع معين في وقت محدد، فيتعين عليه أن يتدخل بإصدار التشريع في الوقت المحدد لذلك، فإذا لم يقدم المشرع على الوفاء بالتزامه الدستوري، كان من شأن مسلكه السلبي الإخلال بأحكام الدستور، وذلك عند من يقولون بأن الإغفال التشريعي الكلي بعد صورة من صور الإغفال التشريعي، وترد عليه رقابة الدستورية. انظر في هذا المعنى، د. عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 437. د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص

فوجد أن القانون رقم (109) لسنة (2014) الصادر بتعديل قانون المحكمة الدستورية رقم 14 لسنة 1973م، يكشف عن ضعف واهتزاز ثقة مجلس الأمة الكويتي بذاته، وفيما يصدر عنه من تشريعات، وسعيه للحصول على تأكيد من المحكمة الدستورية بتوافقها مع الدستور، من خلال إتاحة الطعن الأصلي بعدم الدستورية غير مكثف بدراسة لجنة الشؤون التشريعية والقانونية في المجلس للقانون قبل التصويت عليه وإصداره ونشره، وقد أفصح المجلس عن ذلك صراحة في المذكرة التفسيرية للقانون رقم (1) لسنة (2016) بإصدار قانون الشركات لمفهوم المخالفة، حيث جاء فيها: «تم إصدار المرسوم بقانون رقم (25) لسنة (2012) بشأن الشركات، حيث أعيد نشره بذات أحكامه مكملاً بالقانون رقم (37) لسنة (2013).

وحيث صدر حكم المحكمة الدستورية بتاريخ 2015/12/20 بعدم دستورية المرسوم بالقانون رقم (24) لسنة (2012) بإنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بالكشف عن الذمة المالية، متعرضاً في أسبابه إلى أن عرض المرسوم المشار إليه على مجلس الأمة وإقراره من المجلس لا يحول دون الحكم بعدم دستوريته.

وإذا كان من شأن استهداف المرسوم بقانون رقم (25) لسنة (2012) والمعدل بالقانون رقم (97) لسنة (2013) بالطعن عليه بعدم الدستورية، وهو ما يهدد الاستقرار الاقتصادي في الشركات والمراكز القانونية العامة الناشئة في ظل

1416، أ. سفيان على عيود، امتناع السلطة التشريعية عن أداء وظيفتها التشريعية، مرجع سابق، ص 74؛ د. عبد الفتاح عبد الرزاق محمود، أ. محمد عبد الكريم شريف، الرقابة القضائية على الامتناع التشريعي، مرجع سابق، ص 207. انظر أيضاً م. د. رمضان دسوقي شعبان حافظ، مرجع سابق، ص 126.

أحكام هذا القانون.

ونزولاً على الرغبة في تحقيق استقرار المراكز القانونية الاقتصادية والتجارية باعتبارها ركيزة من ركائز النظام العام، فقد تم إعداد هذا القانون ونص في مادته الخامسة من قانون الإصدار على اعتماد نفاذ القانون بأثر رجعي اعتباراً من (26) نوفمبر (2012)، فيما عدا أحكام الفصل الثاني من الباب الثالث عشر - وهي المواد الجزائية - فتسري من تاريخ صدوره ونشره في الجريدة الرسمية»⁽¹⁾.

هكذا إذا يتضح أن ذات المجلس الذي أصدر القانون (109) لسنة (2014) يلجا للمادة (179) من الدستور لأول مرة خلال ولايته لحماية وإنقاذ المرسوم بالقانون رقم (25) لسنة (2015) بشأن الشركات من الحكم بعدم الدستورية.

ونذكر في هذا الصدد بما قضت به المحكمة الدستورية الكويتية في الطعن رقم (1) لسنة (1979) دستوري من أن: «الأصل العام هو عدم جواز النص في التشريع على أن يكون له أثر رجعي يمس القواعد والحقوق المكتسبة قبل العمل به، وجاء الدستور في مادته (179) مؤكداً هذا الأصل العام بعد سريان القوانين على الماضي، احتراماً لقاعدة الحقوق المكتسبة.

غير أن الدستور مع تمريره لهذا الأصل اجازته على وجه الاستثناء، وبالقدر الذي تدعو الضرورة أن يشتمل القانون على نص خاص بالأثر الرجعي إلا أن المسلم به أن الاستثناء يجب أن يفسر في أضيق الحدود، كما أنه ناصر على التشريع العادي وحده، فلا يجوز للإدارة أن تصدر قراراً أو لائحة تنفيذية تتضمن أثراً

(1) المستشار الدكتور عادل ماجد بورسلي، المحكمة الدستورية الكويتية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية دراسة تطبيقية تحليلية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة الرابعة - العدد 13 - مارس 2016، ص 44.

رجعياً والا كان القرار أو اللائحة غير دستورية وغير شرعية في آن واحد⁽¹⁾. ولم يقف مجلس الأمة عند حد استخدام الأغلبية الخاصة للأثر الرجعي، بل لجأ لتقصير المدة الفاصلة بين إجراء المداولة الأولى لقانون الشركات وإجراء المداولة الثانية له عملاً بالمادة (104) من اللائحة الداخلية للمجلس، ولعل هذا الارتباك الإجرائي والتشريعي أبلغ دليل على المأزق الذي وضع مجلس الأمة الكويتي نفسه فيه دون أن يعلم بتشريعه القانون رقم (109) لسنة (2014)، فإذا كان المجلس قد استطاع عمل ذلك بشأن قانون الشركات، فلا نعلم ماذا يخبئ له القدر بشأن باقي القوانين التي صدرت فعلاً أو ستصدر مستقبلاً⁽²⁾.

ومما سبق يتضح ان ضعف مجلس الامة أو البرلمان يعد سببا من الأسباب التي تؤدي الي الإغفال التشريعي، فكلما كان مجلس الامة واعضائه على حجم المسؤولية المنوطة بهم وتمتعهم بالقوة التي تمكنهم من اعداد تشريعات قوية كلما قلت نسبة الأخطاء القانونية التي ترد في التشريعات والتي من ضمنها الإغفال التشريعي.

(1) صدر هذا الحكم بتاريخ 12/5/1979م، منشور في الجريدة الرسمية العدد 247 - السنة 25 - بتاريخ 12/5/1979.

(2) انظر مضبطة اجتماع المجلس، بتاريخ 12 يناير 2016 من خلال الموقع الإلكتروني للمجلس، ويراجع م.د. عادل ماجد بورسلي، المحكمة الدستورية الكويتية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية دراسة تطبيقية تحليلية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة الرابعة - العدد 13 - مارس 2016، ص 44-45.

2- الطبيعة البشرية للمشرع الوضعي:

تعد ظاهرة النقص الإغفال التشريعي أمراً حتمياً⁽¹⁾، فمهما حاول المشرع أن يدقق الصياغة التشريعية أو يتنبأ باحتمالات وأحوال تطبيق النص التشريعي، فلن يستطع تجنب وقوع الإغفال التشريعي، أو يتلافى قصور النصوص التشريعية عن مواكبة التطورات المستجدة في شتى مناحي الحياة، وعلى مختلف الأصعدة، السياسية، والاجتماعية، والاقتصادية، بالنظر إلى الطبيعة البشرية للمشرع الوضعي، والتي يعترها النقص، وعدم الكمال⁽²⁾.

بالإضافة إلى تنوع وتعدد المشكلات التي تواجه المجتمع، الأمر الذي يعجز معه البرلمان عن مجابتهها، نظراً لنقص الكفاءة الفنية والتخصص اللازم لديه، بالإضافة إلى تطور وظائف الدولة ذاتها⁽³⁾، مما يقتضي ضرورة تدخل البرلمان لتنظيم المسائل المستجدة في المجتمع، مع ما قد يترتب عليه من الإخلال

(1) د. خلف محمود الجبوري، دور القاضي في سد القصور في القانون الإداري، مرجع سابق، ص1؛ وانظر أيضاً:

Ahmed Oudah AL-DULAIMI, From Negative to Positive Legislator, op. cit, p.91.

(2) انظر في هذا المعنى، د. كلالى زهرة، الدور الإنشائي للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص ٣٩

Abdulhaleem Qasim MOHAMMED, The Monitoring of Legislative Omission by the Constitutional Judiciary, op. cit, p.91.

(3) ا. سفيان على عبود، امتناع السلطة التشريعية عن أداء وظيفتها التشريعية، مرجع سابق، ص 10.

ببعض جوانب المسألة محل التنظيم باعتبار حدوثها، وعدم إحاطة المشرع الوضعي بكافة جوانبها، وذلك رداً إلى طبيعته البشرية، والتي يصعب معها تصور كافة. جوانب المسألة التشريعية محل التنظيم، الأمر الذي يجعل وقوع الإغفال التشريعي في عمل المشرع أمراً حتمياً لا مناص منه.

تضم السلطة التشريعية ممثلو الأمة، وبالتالي فهي أقدر الهيئات في الدولة على استجلاء جوانب المصلحة العامة، ولذلك فيجب عليها حال ممارسة اختصاصها التشريعي أن تضع نصب عينها مصلحة مجموع الأفراد كما صاغها الدستور، وعبرت عنها قواعده، وغيرها من المبادئ الدستورية التي تستخلص من روح الدستور⁽¹⁾، كمبادئ العدالة، والمساواة، وعدم التمييز، وغيرها من المبادئ المستقرة في الديمقراطيات الحديثة.

3- الأسباب أو الدوافع السياسية أو الاقتصادية:

الأصل أن الإغفال التشريعي يقع دون إرادة المشرع⁽²⁾، بالنظر إلى غياب التكوين الدقيق للبرلمانات، وذلك باحتوائها على عناصر غير متخصصة في صياغة القوانين. ومع ذلك فقد يتعمد المشرع إيقاع الإغفال التشريعي عن طريق تنظيم المسألة التشريعية تنظيمًا غير منضبط، ولا يفي بالمتطلبات الدستورية، وذلك لأسباب أو دوافع سياسية أو اقتصادية أو غيرها من الأسباب⁽³⁾.

(1) ا. كيلالي زهرة، الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق، ص ٧٢.

(2) Abdulhaleem Qasim MOHAMMED, The Monitoring of Legislative Omission by the Constitutional Judiciary, op. cit, p.105,

(3) Sc. R. Dürr et autres, Rapport général du XIV Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles européennes sur " les

ومثالاً لذلك إغفال المشرع المصري تضمين نص المادة (69) من قانون الخدمة المدنية المصري الصادر بالقانون رقم 81 لسنة ٢٠١٦ ما يوجب إنذار العامل المنقطع عن العمل بدون إذن لمدة خمسة عشر يوماً متتالية أو ثلاثين يوماً غير متصلة خلال السنة قبل إنهاء خدمته؛ وذلك بالرغم من أن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد استقر على أنه يتعين لإعمال القرينة القانونية المترتبة على انقطاع العامل عن عمله بإنهاء خدمته، أن تقوم جهة الإدارة بإنذاره بالانقطاع كتابة، على اعتبار أن الإنذار إجراء جوهري الغرض منه أن يتضح مدى إصرار العامل على ترك العمل وعزوفه عنه، وذلك تقنياً لمبدأ حرية العمل والحق فيه، باعتبار أن الأصل في العمل أن يكون إرادياً قائماً على الاختيار الحر، ولا يكون الإنهاء إلا بالطريق التأديبي؛ وبالتالي فإن خلو التنظيم القانوني من ضمانات جوهريّة للوقوف على الإرادة الضمنية للعامل المنقطع في ترك العمل يحمل شبهة إجباره على ترك عمله على خلاف إرادته الحقيقية، مما يصم هذا التنظيم بعيب مخالفة الدستور، إذ ينحل إنهاء الخدمة. حالئذ - فصلاً غير جائز بغير الطريق التأديبي بالمخالفة لأحكام الدستور⁽¹⁾.

problèmes de l'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle", op. cit, p.9.

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٧٧ لسنة ٢٦ ق. د، جلسة ١٤ يناير ٢٠٠٧، الجريدة الرسمية، العدد (4 مكرر) في ٢٨ يناير ٢٠٠٧، ص ٤٦-٥٣، وكذا حكمها في الدعوى رقم ٢١٣ لسنة ٣٢ ق. د، جلسة 6 أبريل ٢٠١٤، الجريدة الرسمية، العدد (16 مكرر "ب") في ٢٠ أبريل ٢٠١٤، ص ٣-١١.

ولعل الدافع الأساس من وراء تعمد المشرع إغفال النص على وجوب إنذار العامل المنقطع قبل إنهاء خدمته في قانون الخدمة المدنية المشار إليه. على غرار ما كان عليه العمل في

هذا، وقد ذهب البعض من الفقه⁽¹⁾ إلى أنه بالرغم من تماثل آثار الإغفال التشريعي الذي يتعمد المشرع إيقاعه مع آثار الإغفال غير المتعمد، إذ يترتب على كل منهما الإخلال بالموضوع محل التنظيم بالمخالفة لأحكام الدستور؛ إلا أن تحقيق أسباب وقوع هذا الإغفال من قبل القاضي الدستوري لتبين ما إذا كان المشرع يقصد به مخالفة أحكام الدستور من عدمه، يؤثر في أسلوب معالجته للإغفال التشريعي محل الرقابة، وما إذا كان سيتسامح مع مسلك المشرع من عدمه. وذلك عن طريق الاكتفاء بإعلان وقوع الإغفال التشريعي، وإفساح المجال للمشرع للتدخل بمعالجة هذا الإغفال، دون أن يتدخل لمعالجته بنفسه.

ولا نؤيد هذا الجانب الفقهي فيما ذهب إليه، وذلك بالنظر إلى أن وقوع الإغفال التشريعي يمثل مخالفة: جب مواجهتها، سواء أكان الإغفال متعمداً أو وقع إهمالاً من المشرع، وعلى غير إرادته؛ ففي الحالتين - الإهمال المتعمد وغير المتعمد - يمثل الإغفال إخلالاً ببعض جوانب الحق أو الحرية محل التنظيم بالمخالفة لأحكام الدستور، وبالتالي يتعين على القاضي الدستوري معالجة هذا الإغفال وعدم التسامح مع المشرع حياله، وذلك إعلاءً لأحكام الدستور من ناحية، وحماية للحقوق والحرريات من ناحية أخرى.

ظل سريان أحكام قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة الصادر بالقانون رقم 47 لسنة 1972 . هو رغبة النظام السياسي في التخلص من فئة من الموظفين العموميين في إطار خطة " الإصلاح الاقتصادي " التي اعتمدها الدولة بالاتفاق مع صندوق النقد الدولي اعتباراً من عام 2016 . يراجع م. د. رمضان دسوقي شعبان حافظ، مرجع سابق، ص544، م. د. جابر محمد حجي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 128.

(1)Abdulhaleem Qasim MOHAMMED, The Monitoring of Legislative Omission by the Constitutional Judiciary, op. cit, p.108.

4- عدم دقة صياغة القواعد التشريعية التي يقرها البرلمان: يعد من أهم أسباب وقوع الإغفال التشريعي عدم دقة صياغة القواعد التشريعية التي يقرها البرلمان، فالإغفال التشريعي يقع على غير إرادة المشرع عادة؛ إذ الفرض أن الأخير لا يرغب في مخالفة أحكام الدستور، سواء كانت المخالفة صريحة أو ضمنية، إلا أنه قد يهمل تضمين النص التشريعي بعض الضمانات الدستورية دون رغبته غالباً، وبحكم طبيعته البشرية القاصرة، مما يؤدي بهذا النص إلى الوقوع في حومة المخالفة الدستورية بسبب الإغفال المرتبط به، والذي لم يتنبه إليه المشرع عند صياغة القاعدة التشريعية؛ وذلك رغم علمه بما تفرضه أحكام الدستور من ضمانات يتعين إدراجها في التنظيم التشريعي، إلا أن الصياغة التشريعية قد جاءت صياغة مبتسرة على غير إرادة المشرع.

ثانياً: الأسباب الخارجة عن إرادة المشرع:

ترجع الأسباب الخارجة عن إرادة المشرع في وقوع اغفال تشريعي في أكثر من سبب منها:

1- عدم صياغة مبدأ الفصل بين السلطات صياغة دقيقة:

عدم صياغة المؤسس الدستوري لمبدأ الفصل بين السلطات صياغة دقيقة يؤدي إلى تداخل الاختصاصات بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، ومحاولة الأخيرة توجيه دفة العمل التشريعي الوجهة التي ترتضيها، وذلك من خلال إعادة ترتيب الأولويات التشريعية للبرلمان، بحثه على عدم تناول بعض المسائل التشريعية أو تناولها بصورة منتقصة وغير كاملة، لا سيما وأن الحكومات تسيطر على جدول أعمال البرلمان في عدد غير قليل من الدول المعاصرة بصفة عامة، وفي

الدول النامية بصفة خاصة⁽¹⁾. كما أن عدم فهم السلطتين التشريعية والتنفيذية لمبدأ الفصل بين السلطات فهما دقيقا، وما قد يحيط بأحكام النصوص الدستورية التي تسند الاختصاص التشريعي إلى السلطة التشريعية من غموض أو إبهام، يؤدي إلى تراجع دور السلطة التشريعية في عملية التشريع لحساب السلطة التنفيذية، ولا سيما في أحوال عدم الاستقرار السياسي والأمني بالدولة، والذي يعد من أهم العوامل المؤثرة في عمل السلطات الدستورية، إذ يتراجع دور البرلمان في ممارسة اختصاصه بالتشريع لحساب السلطة التنفيذية، والتي يتزايد دورها لمواجهة حالة الظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد⁽²⁾، بما يرتبه التشريعي ذلك من آثار سلبية على نوعية القواعد التشريعية التي تنظم الحقوق والحريات، بما قد ينتقص منها أو يهدرها.

ونجد ان المحكمة الدستورية الكويتية تحترم مبدأ الفصل بين السلطات وتمتتع عن رقابة الإغفال التشريعي تطبيقاً لهذا المبدأ الذي تقره وتلتزم به ولا تحيد عنه في مباشر اختصاصاته.

2- تعاضم الدور التشريعي للسلطة التنفيذية:

لا شك أن من أهم العوامل التي تؤثر في عمل السلطة التشريعية هو تأثير السلطة التنفيذية وسيطرتها على العمل التشريعي في كافة مراحل⁽³⁾، فتعقد المشكلات التي تواجه المجتمع، وعجز البرلمان عن مجابتهها - نظرا لنقض

(1) أ. كيلالي زهرة، الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مرجع سابق، ص 68.

(2) د. سلوى فوزي الدغيلي، الأعمال التشريعي في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ١٧٤.

(3) د. خالد بالجيلالي، السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص ٢٠.

الكفاءة الفنية والتخصص اللازم لديه . بالإضافة إلى تطور وظائف الدولة ذاتها، أدى إلى وجود دور متزايد للسلطة التنفيذية في مجال التشريع⁽¹⁾، لدرجة بدأ منها أن دور السلطة التشريعية بات مقتصرًا على إضفاء الشرعية الدستورية على ما تسبه السلطة التنفيذية لإدارة مختلف الأنشطة الإنسانية في المجتمع⁽²⁾. ومن ثم فلا يمكن إنكار تضاؤل دور البرلمان في الوقت الراهن، وتبعيته للسلطة التنفيذية كحقيقة واقعية - ولا سيما في دول العالم الثالث - إذ تكاد السلطة التشريعية لا ترفض للسلطة التنفيذية تشريعًا تريد إصداره، وبدون دراسة أو مناقشة متأنية، مما يؤدي إلى صدور هذه التشريعات مشوبة بالعديد من العيوب والمثالب الدستورية، بما من شأنه الإخلال بالحقوق والحريات العامة⁽³⁾، الأمر الذي يعظم من احتمالات وقوع الإغفال التشريعي، باعتبار عدم حرص السلطة التنفيذية - كما السلطة التشريعية - على حماية الحقوق والحريات العامة. ومن ثم فإن تعاضم الدور التشريعي للسلطة التنفيذية⁽⁴⁾، وهي ليست بمنوطة -

(1) أ. سفيان على عبود، امتناع السلطة التشريعية عن أداء وظيفتها التشريعية، مرجع سابق، من ١٠٠.

(2) د. سعيد السيد علي، حقيقة الفصل بين السلطات في النظام السياسي والدستوري للولايات المتحدة الأمريكية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٩، ص ٤٤٠.

(3) د. عماد محمد أبو حليلة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص ١٢؛ د. خالد بالجيلالي، السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص ٢٠؛ د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ٤٥٩.

(4) وذلك إلى الحد الذي دفع البعض في الفقه إلى القول بأن ثم اتجاه نحو اعتبار السلطة التنفيذية في المشرع الأصلي، واعتبار البرلمان مشرفًا استثنائيًا، كما هو الحال في فرنسا في ظل دستور الجمهورية الخامسة الصادر عام ١٩٥٨، والذي جعل السلطة التنفيذية صاحبة

بحساب الأصل- بهذا الدور، ينعكس سلبا على النصوص التشريعية التي تتم صياغتها بمعرفتها، باعتبارها أقل خبرة في المجال التشريعي من السلطة التشريعية، فرغم دراية السلطة التنفيذية بالمستجدات الواقعية إلا أن خبرتها بضرورات العملية التشريعية لا تقارن بخبرة سلطة التشريع، الأمر الذي قد يترتب عليه إمكانية العصف بالحقوق والحريات الفردية، من خلال إهمال أو تعمد عدم النص على بعض ضماناتها التي أوردتها النصوص الدستورية⁽¹⁾.

وبإدراك استطاعة الحكومة القيام بمهمة صياغة النصوص مع انحسار دور مجلس الأمة بخصوص مسائل الصياغة التشريعية قد يبدو الإشكال في التناقض المحتمل بين جوهر التشريع الذي ارتاه المجلس، وصياغة الحكومة له؛ الأمر الذي قد تكون معه النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات واحدة من التشريعات التي قد تتعمد الحكومة - بشكل أو بآخر - تقييدها، من خلال عدم النص، أو احتمالها لتأويلات متعددة⁽²⁾، وذلك حال عدم توافر الخبرة وضوح البرلمان القادرة على تدارك قصد السلطة التنفيذية من وراء تلك الصياغة.

الاختصاص الولاية العامة في مجال التشريع، بينما جعل البرلمان يضطلع بأمر التشريع في مسائل وردت على سبيل الحصر، وترك ما عداها للوائح؛ انظر: د. سعيد السيد علي، حقيقة الفصل بين السلطات في النظام السياسي والدستوري للولايات المتحدة الأمريكية، مرجع سابق، ص ١٥١، ١٤٥٢ در زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ٢٥٤، ٢٥٠.

(1) م. د. محمد عماد النجار، في القضاء بعدم دستورية الإغفال التشريعي مرجع سابق، من ٢٧.

(2) د. حبشي لزرق، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها، المروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠١٣، ص 19.

المطلب الثاني

الاسباب التي تدعو القضاء الدستوري الكويتي الأخذ بالرقابة على الإغفال

التشريعي

بعد ان وضحنا موقف القضاء الدستوري في الكويت وانه لا يأخذ بفكرة الرقابة على الإغفال التشريعي متمسكاً بحرفية النص من فرض الرقابة فقط على دستورية القوانين واللوائح، حيث تركزت فلسفة واضعي هذه النصوص على قاعدة فقهية مفادها بأنه "لا شك في أن مجال تحرك المحكمة الدستورية يتسم بالسعة، ولكن ليس باللامحدودية، فهي تستطيع بالتأكيد هدم ما اقامه البرلمان بالمخالفة لأحكام الدستور، لكنها لا تستطيع اقامة ما لم يقيمه البرلمان ذاته" (1) لأن من شأن ذلك أن ينسب القاضي الدستوري بعض القواعد القانونية الى المشرع في حين أن المشرع امتنع عن إصدارها (2) كما أن امتداد الرقابة الى ما سكت عنه التشريع إنما هو تعديها الى ملائمت التشرية وهذا ما لا تملكه المحكمة (3) فضلاً عن أن تقدير مدى الحاجة إلى التشرية ومدى ضرورته، يدخل في اختصاص المشرع وحده، بوصفه عنصراً من عناصر التشرية التي يتمتع على المحاكم التدخل بها (4).

بناء عليه جاءت هذه النصوص خالية من الاشارة الى محتوى حالة امتناع

(1)

(2) قريب من المعنى اشار اليه: د. عيد أحمد الغفول: فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع،

المرجع السابق، ص 118

(3) د. احمد فتحي سرور: المرجع السابق، ص 201

(4) د. عبد الحفيظ الشيمي: المرجع السابق، ص 55.

المشرع عن ممارسة اختصاصه في التشريع، بوصفها احدى الحالات التي تحقق عدم الدستورية، أو الى كونها من موجبات تحقق اختصاصات المحكمة التي يعهد لها مباشرتها، أو الى الأثر المترتب على تحققها.

مما يجعلنا ان نتساءل هل القضاء الدستوري الكويتي مهيا للاحذ بفكرة الرقابة على الإغفال التشريعي؟، ونحن من جانباً نزي ان المحكمة الدستورية الكويتية اصبحت مهياًة للاحذ بالرقابة على الإغفال التشريعي اسوة بنظرائها في الدول محل الدراسة المقارنة، ويرجع ذلك للعديد من الاسباب ومنها:

السبب الاول: تشابه النصوص الدستورية والقانونية في دولة الكويت مع تشريعات الدول المقارنة التي اخذت بفكرة الرقابة على الإغفال التشريعي:

سبق وان وضحنا في ثنايا هذا البحث ان الدستور المصري والفرنسي قد خلا من النص صراحاً على رقابة الإغفال التشريعي من جانب المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري، فنجد أن دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لعام 1958 قد نص في المادة (61) منه على اختصاص المجلس الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين، إذ نصت الفقرة (الأولى) من هذه المادة على وجوب عرض القوانين الاساسية ومشروعات القوانين الاستثنائية، قبل إصدارها ولوائح المجالس البرلمانية قبل تطبيقها على المجلس الدستوري ليقرر مدى مطابقتها للقانون⁽¹⁾، في حين نصت الفقرة (الثانية) من هذه المادة على جواز عرض القوانين قبل إصدارها على المجلس الدستوري ليقرر مدى مطابقتها للدستور من رئيس

⁽¹⁾ عدلت المادة (61) من دستور 1958 بموجب القانون الدستوري رقم (724) لسنة 2008 حيث تم اخضاع مشاريع القوانين الاستثنائية للرقابة الوجيهة للمجلس الدستوري، ينظر: حسام أحمد هلال منصور - المجلس الدستوي الفرنسي - المصدر السابق - ص22.

الجمهورية أو الوزير الأول أو رئيس أي من مجلسي الجمعية الوطنية، ولم يتضمن النص الدستوري ما يشير إلى رقابة الإغفال التشريعي أو رقابة انتهاك السلطة التشريعية لواجباتها في التشريع بصورة مخالفة الدستور ولم يحدد وسائل لتدخل المجلس الدستوري لمعالجة مثل هذه الحالات أثناء فحص مطابقة القوانين للدستور وعلى الرغم من خلو الدستور الفرنسي من نص صريح يبيح للمجلس الدستوري الرقابة على الإغفال التشريعي، إلا أن المجلس استطاع من خلال استعمال سلطته في التفسير أن يضع لنفسه نهجين قضائيين لمواجهة حالات النقص أو القصور التشريعي الناجمة عن امتناع المشرع من التدخل لمعالجة المسائل التي تدخل في اختصاصه، النهج الأول: يتمثل بمراقبة حالات الفراغ والنقص التشريعي التي أفرزها تطبيق القوانين بعد إقرارها التي يكون سببها إغفال أو إهمال وسهو المشرع ويستغل المجلس فرصة رقابته السابقة على التعديلات التي تطرأ على هذه القوانين وفحص مدى مطابقتها للدستور والتدخل للرقابة على حالات الإغفال التشريعي، أما المنهاج الثاني: فيتمثل بالاستناد إلى قواعد توزيع الاختصاص التشريعي بين البرلمان وبين السلطة اللائحية المنصوص عليها في المواد (34) و(37) في الدستور التي حدد نطاق الانفراد التشريعي للبرلمان في مسائل معينة ولا يجوز له تفويضها إلى السلطات اللائحية إلا وفق قواعد التفويض حيث أمكن للمجلس الدستوري مراقبة مدى التزام البرلمان في القيام باختصاصه التشريعي من خلال استعمال قواعد توزيع الاختصاص ومراقبة تهرب أو تسلب البرلمان من مباشرة اختصاصه التشريعي عن طريق التفويض أو الإحالة التشريعية المفرطة وهذا هو الاتجاه الذي سار عليه المجلس الدستوري منذ نهاية الستينيات وحتى وقتنا هذا، ولذلك نجد أن الدستور الفرنسي قد أعطى للحكومة أن تدفع بعدم قبول أي إجراء أو مقترح تشريعي أو تعديل

يخرج من نطاق القانون أو يتعارض مع تفويض تشريعي منح بمقتضى المادة (38) من الدستور. ويقتصر دور المجلس الدستوري عند عرض مشروع القانون المطعون بدستوريته عليه وفقاً لأحكام المادة (41) من الدستور في تحديد المجال اللائحي والمجال التشريعي للاقتراحات المعروض أمرها دون البحث في مدى دستوريته على وفق أن المجلس الدستوري لا يباشر الرقابة الكاملة على مجمل النصوص الدستورية إلا طبقاً لأحكام المادة (61) بوصفها الإطار العام لرقابة الدستورية⁽¹⁾، إذ عمد المجلس الدستوري إلى وسيلة حماية المجال التشريعي للبرلمان والسلطة التنفيذية ومنع تداخل الاختصاصات لإجبار المشرع على القيام بالتزامه الدستوري بالتشريع وتلافي حالات الإغفال التشريعي أو التسلب من الاختصاص⁽²⁾.

بينما نجد ان دستور مصر الصادر عام 2014 قد نص في المادة 192 على أن "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية، والفصل في المنازعات المتعلقة

(1) جاء في قرار المجلس الدستوري المرقم (79) في 26 / 4 / 1979 ما يأتي (.. أن تعديل القانون الخاص بترشيح الطاقة والمعروض أمام الجمعية الوطنية لا يدخل في مفهوم عدم القبول الوارد في المادة (41) من الدستور الخاص بالاعتداء على الاختصاص اللائحي، وليس من اختصاص المجلس أن يمارس الرقابة الكاملة على مجمل النصوص الدستورية إلا طبقاً لأحكام المادة (61) باعتبارها الإطار العام لرقابة الدستورية..) أشار إليه: حسام احمد هلال منصور - المجلس الدستوري الفرنسي - المصدر السابق - ص 25.

(2) د. سري حارث عبد الكريم الشاوي، آثار الإغفال التشريعي ورقابة المحكمة الاتحادية العليا "دراسة مقارنة"، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى 2020، ص 375-377.

بشؤون أعضائها، وفي تنازع الاختصاص بين جهات القضاء، والهيئات ذات الاختصاص القضائي، والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أى جهة من جهات القضاء، أو هيئة ذات اختصاص قضائي، والآخر من جهة أخرى منها، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها، والقرارات الصادرة منها. ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة، وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها".

وهو ذات النهج الذي انتهجه دستور الكويت الحالي الصادر عام 1962⁽¹⁾ حينما نص في المادة رقم (173) على أن: "يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها. ويكفل القانون حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح. وفي حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن".

وتأكيداً على ذلك فقد انشأت المحكمة الدستورية الكويتية بموجب القانون رقم 14 لسنة 1973 والمعدل بالقانون رقم 109 لسنة 2014 وأصبح من ضمن اختصاصها الفصل في دستورية القوانين واللوائح، فقد نصت المادة الأولى من القانون علي أن "تنشأ محكمة دستورية تختص دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية وبالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح وفي الطعون الخاصة بانتخاب مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم،

(1) صدر في قصر السيف في 14 جمادي الثاني 1382 هـ الموافق 11 نوفمبر 1962 م، المنشور على موقع الامة على الانترنت على الرابط التالي:

ويكون حكم المحكمة الدستورية ملزماً للكافة ولسائر المحاكم"، ورغم عدم النص على رقابة الإغفال التشريعي نجد ان القضاء الدستوري في كلا من مصر وفرنسا يمارسا رقابتهم على الإغفال التشريعي الذي يشوب القوانين واللوائح على عكس القضاء الدستوري الكويتي، الامر الذي لا نجد له مبرر من المحكمة الدستورية الكويتية في التمسك بموقفها من نظر رقابة دستورية القوانين واللوائح فقط دون ما عداها من رقابة على الإغفال التشريعي، مما نهيب به من قضاء المحكمة الدستورية الكويتية من فرض رقابته على الإغفال التشريعي اسوة بما هو معمول به في العديد من الانظمة القضائية.

السبب الثاني: توسيع دائرة الطعن امام المحكمة الدستورية الكويتية والسماح للأشخاص لهم بالطعن امام المحكمة بشكل مباشر: حيث تم اضافة المادة (الرابعة مكرراً) التي أضيفت إلى قانون انشاء المحكمة الدستورية بموجب القانون رقم (109) لسنة 2014 على انه "لكل شخص طبيعي أو اعتباري الطعن بدعوى أصلية أمام المحكمة الدستورية في أي قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة إذا قامت لديه شبهات جدية بمخالفته لأحكام الدستور، وكانت له مصلحة شخصية مباشرة في الطعن عليه، على أن تكون صحيفة الطعن موقعة من ثلاثة محامين مقبولين أمام المحكمة الدستورية، ويجب على الطاعن أن يودع عند تقديم صحيفة الطعن على سبيل الكفالة خمسة آلاف دينار، ولا تقبل إدارة الكتاب صحيفة الطعن إذا لم تصحب بما يثبت إيداع الكفالة، ويكفي إيداع كفالة واحدة في حالة تعدد الطاعنين إذا أقاموا طعنهم بصحيفة واحدة ولو اختلفت أسباب الطعن، ويعرض الطعن على المحكمة منعقدة في غرفة المشورة، فإذا رأت أنه يخرج عن اختصاصها أو أنه غير مقبول شكلاً أو أنه غير جدي، قررت عدم قبوله ومصادرة الكفالة بقرار غير قابل للطعن بأسباب موجزة تثبت في محضر

الجلسة، وإذا رأت المحكمة غير ذلك حددت جلسة لنظر الطعن".

وقد أكدت المحكمة الدستورية على هذا الوسيلة بقولها "مفاد المادة (الرابعة مكرراً) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم (14) لسنة 1973 المضافة بالقانون رقم (109) لسنة 2014 أن المشرع أجاز لكل شخص طبيعي أو اعتباري أن يرفع طعناً بطريق الادعاء المباشر أمام هذه المحكمة في أي قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة إذا قامت لديه شبهات جدية بمخالفته لأحكام الدستور وكانت له مصلحة شخصية مباشرة في الطعن عليه - الخصومة الدستورية في الطعن المباشر هي خصومة عينية موجهة أصلاً إلى التشريع المطعون فيه ومناطقها أختصام هذا النص في ذاته استهدافاً لمراقبته واستظهار مدى شرعيته الدستورية - مؤدى ذلك: أن هذا الطعن بحسب طبيعته الخاصة ليس طعناً بين خصوم ولكنه طعن ضد التشريع المطعون عليه بعدم الدستورية"⁽¹⁾.

إضافة الي الطريقتين التي حددتهما المادة (الرابعة) من القانون سالف الذكر والتي نصت على أن ترفع المنازعات امام المحكمة الدستورية باحدى الطريقتين الآتيتين:

أ- بطلب من مجلس الأمة أو من مجلس الوزراء .

ب- إذا رأت إحدى المحاكم أثناء نظر قضية من القضايا سواء من تلقاء نفسها أو بناء على دفع جدي تقدم به أحد أطراف النزاع، أن الفصل في الدعوى يتوقف على الفصل في دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة توقف نظر القضية

(1) حكم المحكمة الدستورية الكويتية، الطعن المباشر رقم (13) لسنة 2015 "دستورية"، جلسة 2015/12/16، المنشور بالجريدة الرسمية (الكويت اليوم) العدد رقم (1268) السنة الثانية والستون بتاريخ 2015/12/27م.

وتحيل الأمر إلى المحكمة الدستورية للفصل فيه.

ويجوز لذوي الشأن الطعن في الحكم الصادر بعدم جدية الدفع وذلك لدى لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية في خلال شهر من صدور الحكم المذكور وتقتصر اللجنة المذكورة في هذا الطعن على وجه الاستعجال". وبالتالي كون المشرع يسمح للاشخاص سواء أكانت الطبيعية او الاعتبارية بالطعن امام المحكمة الدستورية بشكل مباشر فان هذا الاتجاه يعتبر تطور في مسلك المشرع في توسيع طرق الطعن امام القضاء الدستوري، الا ان هذا الشرط جدير بالنقد الشديد، ويخالف مبدأ المحاكمة العادلة الذي رددته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في الكثير من أحكامها⁽¹⁾، التي أدانت فيها التشريعات التي تبالغ في قيمة الرسوم اللازمة للحصول على الحماية القضائية، حتى لا تكون هذه الحماية مسخرة للنخبة الثرية من الأفراد، وبإمعان النظر في قيمة هذه الكفالة نجد أنها نصف قيمة الدية الشرعية الكاملة عن فقد النفس البشرية المقررة في المادة (251) من القانون المدني الكويتي، فمن المفارقة أن تكون قيمة كفالة رفع دعوى دستورية نصف قيمة الدية الشرعية للنفس البشرية. ولا يبرر ذلك ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية أن القصد هو ضمان عدم إغراق المحكمة ذاتها بسيل من الطعون الجديدة، وقد اكتفى المشرع بإيداع كفالة واحدة في حالة تعدد الطاعنين إذا أقاموا طعنهم بصحيفة واحدة ولو اختلفت أسباب الطعن. ونرى أن النص لم يعالج كافة الاحتمالات القانونية الواردة في هذا المقام، ولعل أولها حالة تدخل الأفراد في الدعوى الأصلية، وهل يكلف المتدخل بإيداع كفالة

(1) راجع الموقع الإلكتروني للمحكمة التي تقع في مدينة ستراسبورغ.

جديدة، أم أنه يكتفي بالكفالة التي أوفى بها المدعي الأصلي⁽¹⁾ بغض النظر عما سيؤول إليه هذا التدخل من حيث قبول المحكمة له من عدمه، مما يجعله محلاً للطعن بعدم الدستورية للإغفال التشريعي.

الأمر الذي نري معه ضرورة تخفيض مبلغ الكفالة عند الطعن على القوانين واللوائح أمام المحكمة الدستورية، والاكتفاء بتوقيع محام واحد فقط على صحيفة الطعن على القوانين واللوائح.

السبب الثالث: قاعدة سمو الدستور:

نجد أن قاعدة سمو الدستور هي من أهم الأسباب التي تستند إليها في فكرة الإغفال التشريعي، حيث يرد الفقه في غالبته أساس الرقابة القضائية على ما أغفل المشرع تنظيمه إلى ذات الأساس الذي تقوم عليه فكرة رقابة دستورية القوانين ألا وهي فكرة "سمو الدستور" والذي من مقتضاه تسمو قواعد الدستور وأحكامه على ما عداها من قواعد دخل الدولة وهي قواعد قانونية آمرة وملزمة وتقرض على المشرع التزامات إيجابية بالتشريع لحماية موضوعات دستورية كموضوع الحقوق والحريات⁽²⁾.

وهذه النصوص لم توضع لمجرد أن تكون قيم مثالية ترنو للأجيال إليها وإنما هي

⁽¹⁾ نظمت المادة (87) من قانون المرافعات الكويتي رقم 38 لسنة 1980 إجراءات التدخل في الدعوى المدنية والتجارية. انظر لمزيد من التفاصيل المستشار الدكتور عادل ماجد بورسلي، المحكمة الدستورية الكويتية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية دراسة تطبيقية تحليلية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة الرابعة - العدد 13 - مارس 2016، ص 38 وما بعدها.

⁽²⁾ يراجع في بعض التفصيلات د. عبد الحفيظ على الشيمي: رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - دار النهضة العربية.

قواعد قصد منها أن تكون ملزمة لا يجوز تهميشها أو تجريدها من آثارها أو الإخلال بمقتضياتها، وفي ذلك تؤكد المحكمة الدستورية العليا⁽¹⁾ "إن رقابة هذه المحكمة للنصوص التشريعية المطعون عليها إنما تنغي ردها إلى أحكام الدستور تغليباً لها على ما دونها وتوكيداً لسموها على ما عداها لتظل الكلمة العليا للدستور باعتباره القانون الأساسي الأعلى الذي يرسى القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم فيحدد للسلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية صلاحياتها ووضعاً الحدود التي تقيد أنشطتها وتحول دون تدخل كل منها في أعمال الأخرى، مقررًا الحقوق والحريات العامة مرتباً ضماناتها. وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن نصوص الدستور تتوخى أن تحدد لأشكال من العلاقات السياسية والاجتماعية والاقتصادية مقوماتها، ولحقوق المواطنين وحرياتهم تلك الدائرة التي لا يجوز اقتحامها، فلا يمكن أن تكون النصوص الدستورية - وتلك غاياتها - مجرد نصوص تصدر لقيم مثالية ترنو الأجيال إليها، وإنما قواعد ملزمة لا يجوز تهميشها أو تجريدها من آثارها أو إيهاها من خلال تحوير مقاصدها أو الإخلال بمقتضياتها أو الإعراض عن متطلباتها، فيجب دوماً أن يعلو الدستور ولا يُعلى عليه وأن يسمو ولا يُسمى عليه.

فإذا تدخل المشرع ونفاذاً لحكم الدستور - بالتنظيم لحق معين فإن تدخله يجب أن يكون متكامل الجوانب مفعلاً لكافة الضمانات الدستورية لهذا الحق بحيث إذا أغفل جانباً فإن ذلك من شأنه أن يقلل من الحماية الدستورية لهذا الحق بما يخالف الدستور.

فضلاً عن أن كل مخالفة للدستور، سواء تعمداه المشرع أم انزلق إليها بغير

(1) د. عبد الحفيظ الشيمي: المرجع السابق ص 99.

قصد يتعين قمعها وأنه إذا 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.

فضلاً عما تقدم فإنه وعلى افتراض صحة القول بأن القانون تعبير عن الإرادة العامة، فإن مجلس الأمة هو أداة صياغة هذا التعبير، والإغفال التشريعي ما هو إلا تعبير عن الإرادة العامة لم تتم صياغته بمعرفة المجلس، ومن ثم تشكل عدم الصياغة مخالفة دستورية.

ونجد انه في البلدان الأخرى، لا يتم تجاهل السيطرة على الإغفال التشريعي، ولكنه في الأساس نتيجة السوابق القضائية الدستورية بما في ذلك، حيثما وجد، في سياق الاستئناف الفردي أو الخاص⁽¹⁾. في هذا السياق وفي غياب أساس نصي صريح، تمنح المحاكم العليا مكانة مميزة لمبادئ السيادة الدستورية واكتمال النظام القانوني. وبالتالي، فإن الخطاب يستعير طواعية من المعيارية: من حيث

⁽¹⁾Ainsi notamment, après avoir dans un premier temps refusé de contrôler les omissions législatives inconstitutionnelles dans le cadre du recours particulier, la Cour constitutionnelle allemande a par la suite accepté un tel moyen. Cf. La jurisprudence citée par le juge constitutionnel Michael Gerhardt dans son Rapport pour la Cour constitutionnelle fédérale relatif aux omissions législatives rendu pour la XIV Congrès des Cours constitutionnelles européennes, septembre 2007, et notamment BVerfGE 77, 170 (214).

أن الدستور يمثل المعيار الأعلى في الترتيب القانوني الداخلي، فإنه يفرض على المشرع تجسيداً معيارياً هو الطريقة الوحيدة لمنحه الفعالية القانونية الكاملة⁽¹⁾. وإذا لم يحدث ذلك، فإن النظام القانوني يظهر في نظر القضاة على أنه كامل بسبب الجمود البرلماني.

بالنسبة للمحكمة الدستورية الإسبانية، فإن "هذا المفهوم للدستور المعياري ككل نظامي يمثل الافتراض المسبق لإمكانية إغفال تشريعي؛ لا يمكن أن تكون العيوب المعيارية الناتجة عن المواقف غير المتوافقة مع النظام الدستوري نتيجة لعدم القدرة على التنبؤ بالمكوّن ولكن نتيجة انتهاك التفويض بهدف اعتماد معيار موجه إلى السلطات المشكّلة، وعلى وجه الخصوص، للمشرع"⁽²⁾. هذه المعيارية المعاد تأكيدها، والتي تقضي إلى إخفاء الرهانات السياسية لهذه الرقابة القضائية فيما يتعلق بالفصل بين السلطات، لها نتيجة مزدوجة.

الأول يرى أن المحاكم العليا تسعى جاهدة لإجراء تصنيف أصلي ضمن

(1) D. Ribes, « Existe-t-il un droit à la norme? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », RBDC 1999-3, p. 237.

(2) Rapport fait par le Tribunal constitutionnel espagnol et relatif aux omissions législatives, rendu pour la XIV Congrès des Cours constitutionnelles européennes, octobre 2007. Voir aussi I. Villaverde, « La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional », in M. Carbonell (dir.), En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión, Instituto de investigaciones jurídicas, Serie Doctrina jurídica, N° 135, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 65

المعايير العليا بين تلك التي تفرض تفويضًا إلزاميًا على المشرع وتلك الأكثر تحررًا والتي يمكن وصفها بأنها برامجية. وهكذا، فإن المحكمة الدستورية الإسبانية تشترط الرقابة على الإغفال التشريعي لوجود "ولاية دستورية" (1) تتطلب تجسيدها. وهكذا يصبح القانون على لسان القاضي الإسباني "معياريًا للتطور الدستوري" ويعتبر تدخل المشرع "interpositio تشريعات" ضروريًا لتحقيق الفعالية الكاملة للمبادئ الدستورية (2).

وبالتالي فإنه قاعدة علو الدستور تكون سبباً من الأسباب الهامة التي تدفع القضاء الدستوري الي رقابة الإغفال التشريعي الذي اغفله المشرع أو مجلس الأمة.

(1) Tribunal constitutionnel espagnol, STC 15/1982 du 23 avril 1982, FJ 8.

(2) Ahumada Ruiz, « El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas », Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n° 8, 1991

السبب الرابع: فكرة الالتزام بالتشريع⁽¹⁾:

يعتبر كفالة الحقوق والحريات الفردية من أهم أسس وعناصر الدولة القانونية⁽²⁾، إذ أنها الغاية والهدف من قيامها، فما وجد مبدأ الدولة القانونية إلا لضمان تمتع

(1) للمزيد بشأن فكرة التزام المشرع بتنظيم الحقوق والحريات العامة، وأساس ذلك، انظر: د. عماد محمد محمد أبو حليلة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص ٣٦٢ وما بعدها؛ وانظر أيضا:

ESTÉPHANIE PAVAGEAU, Les obligations positives dans les jurisprudences des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme, Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N° 6, décembre 2005, p.201 et s

(2) يكاد يجمع فقه القانون العام على ضرورة توافر مجموعة من العناصر والأسمن للقول بقيام (1) يكاد يجمع الدولة القانونية التي تخضع في جميع أوجه نشاطها للقانون، واهم هذه العناصر هو، ضرورة وجود دستور مكتوب للدولة، وقيام الدولة على أساس مبدأ الفصل بين السلطات، وخضوع الإدارة فيها للقانون، وتدرج القواعد القانونية فيها، وكفالة الحقوق والحريات الفردية، وتنظيم رقابة قضائية قوية تستطيع ضبط أطر سلطات الدولة ومراجعة أعمالها، وتتمكن من حماية الحقوق والحريات الفردية. ولمراجعة المزيد حول مفهوم الدولة القانونية وعناصرها، انظر: د. محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة، دراسة مقارنة، د. ن، در ت، ص ٥٣١ وما بعدها؛ د. محمد حسن دخيل، مقومات الدولة الدستورية وبواعث الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص ١١٩؛ د. أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، مرجع سابق، ص 75 وما يليها؛ د. عماد محمد محمد أبو حليلة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص ٢٤١ وما بعدها.

الأفراد بحرياتهم العامة، وحقوهم الفردية⁽¹⁾؛ ولذلك تأتي حماية الحقوق والحريات في طليعة أهداف الرقابة على دستورية القوانين⁽²⁾ والمصدر الرئيسي لشرعية أحكام وقرارات القضاء الدستوري، بغرض تحقيق العدالة الدستورية، عن طريق إلزام السلطات العامة - ولا سيما المشرع - باحترام الحقوق والحريات الواردة في النصوص الدستورية، والتي تحتل المرتبة الأعلى في التسلسل الهرمي لقواعد النظام القانوني للدولة⁽³⁾، ولذلك فإن التوجه نحو تكريس الحقوق والحريات الأساسية، ودمجها في الوثيقة الدستورية يضيف تطوراً جديداً في دور المحاكم الدستورية، إذ يقع عليها واجب حماية هذه الحقوق والحريات⁽⁴⁾.

وعلى ذلك فإن الحقوق والحريات العامة التي نص عليها الدستور يجب تنظيمها بقانون يكفلها في حدودها الموضوعية التي قصدها الدستور، فالدستور لم يقصد

(1) م. د. عبد العزيز محمد سالم، الدولة القانونية ورقابة دستورية القوانين، مجلة الدستورية العدد السادس عشر، متاح على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا على الرابط التالي:

http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/PortalHome.jspx?SCCPORTAL12C_JSESSIONID-QORfn13FnQf2GKhfjmlHM7_0-DWyzUbG14MQ4J8TF

(2) Pierre BON, le Conseil Constitutionnel Français et les Cours Constitutionnelles européennes, op. cit, p.60

(3) Veronique Champeil-Desplats, Le Conseil constitutionnel, protecteur des droits et libertés? C.R.D.F, n° 9, 2011, p.15.

(4) Ahmed Oudah AL-DULAIMI, Negative to Positive Legislator, op. cit, pp.37-38

نقض الحريات أو الانتقاص منها، بل قصد تنظيمها، فإذا خرج القانون على هذا الغرض فنقضها أو انتقص منها كان مخالفا للدستور⁽¹⁾، ومن ثم فإن الإغفال التشريعي يأتي مخالفا لنصوص الدستور، لأن المشرع - نتيجة هذا الإغفال - قد أدخل بالالتزام الدستوري بالتشريع على النحو الذي حدده الدستور⁽²⁾، فالإغفال التشريعي ينبئ عن أن المشرع (أصلياً أو فرعياً) لم يباشر اختصاصاته على نحو كامل وصحيح⁽³⁾؛ في حين أن الضمانات القانونية تكون لازمة لتكريس المتطلبات الدستورية، والذي يعتمد وجود الحقوق والحريات ذات القيمة الدستورية عليها، أي أن يكون القانون أداة لتطبيق القيم الدستورية⁽⁴⁾.

ومن ثم فيتعين على السلطة التشريعية أن تتدخل لحماية الحقوق والحريات

(1) Mélanie TRIENBACH, Les normes non directement applicables en droit public français, op. cit, p.254

د. عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص ٤١٥.

(2) انظر في هذا المعنى، د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ٤٤٧.

(3) Sc. R. Dürr et autres, Rapport général du XIVe Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles européennes sur les problèmes de l'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle, op. cit, p.7.

(4) Vito Marinese, L'idéal législatif du Conseil constitutionnel, Etude sur les qualités de la loi, Thèse de doctorat, Université de Nanterre - Paris X, 2007, p.171.

العامّة حماية كاملة، وذلك تنفيذًا لواجبها الدستوري، لا أن تتخذ منها موقفًا سلبيًا⁽¹⁾؛ نظراً لأن هذا الموقف السلبي (الإغفال التشريعي) يؤدي إلى الإخلال بالحقوق والحريات الأساسية للأفراد على نحو يحول دون ممارسة كاملة وفعالة لها⁽²⁾؛ إذ يترتب عليه عدم التمتع بالحق أو الحرية على النحو الذي قرره الدستور، ومن هنا تأتي مخالفة الإغفال التشريعي لنصوص الدستور التي تكفل هذه الحقوق والحريات من ناحية، والإخلال بمبدأ سمو الدستور وعلو قواعده على غيرها من ناحية أخرى⁽³⁾.

ونتيجة لما سبق، فإن حماية الحقوق والحريات الأساسية تعد أحد أهم أسس رقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، نظراً لأن كفالة الدستور للحقوق والحريات يضع على عاتق المشرع التزاماً إيجابياً بحمايتها ورعايتها رعاية كاملة⁽⁴⁾، فبعد أن كان خضوع الدولة للقانون خضوعاً سلبياً، إذ يمتنع عليها الاعتداء على الحقوق والحريات الفردية، أصبح الخضوع - في الدولة الحديثة - خضوعاً إيجابياً، نظراً لما يفرضه عليها الدستور والقانون من التزامات إيجابية des

(1) د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ٤٢٥.

(2) Ahmed Oudah AL-DULAIMI, From Negative to Positive Legislator, op. cit, pp.109-110

(3) Didier RIBES, Exist-t-il un droit à la norme? op. cit, p.24.

مثبت لدى: د. عبد الحفيظ على الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص ٩٧.

(4) د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 425.

obligations positives بقصد تحقيق مستوى رفاهية معين للأفراد⁽¹⁾، ومن ثم يصبح دور المشرع - بوصفه جهازا سياسيا - وسيطا مؤسسيا لخدمة الدستور، ويتحول القانون إلى أداة لتنفيذ أحكامه، ليثبه دور اللائحة بالنسبة للقانون⁽²⁾، وبالتالي يعد تقاعس البرلمان عن الوفاء بهذا الالتزام - عمدا أو إهمالاً - مخالفة لأحكام الدستور تستدعي إعمال الرقابة الدستورية بشأنها⁽³⁾، فالحقوق الأساسية المنصوص عليها دستوريا تستلزم تدخل المشرع لضمان فعالية ممارستها، فإذا أخفق المشرع أو ماطل في توفير الضمانات القانونية اللازمة لتحقيق أقصى فعالية لها، وجب حمله على ذلك احتراما لأحكام الدستور⁽⁴⁾.

كما أنه في ظل هذا التزايد المضطرد لدور السلطة التنفيذية في مجال التشريع⁽⁵⁾

(1) د. محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٥٣٢.

(2) Jordane ARLETTAZ, L'incompétence négative à l'étranger, op. cit, p.68.

(3) Colombine MADELAINE, La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit, p.86.

(4) Piotr Radziejwicz, Constitutional Reviews of Incomplete Regulations in Poland, op. cit, p.45.

(5) ولمطالعة المزيد بشأن تزايد دور السلطة التنفيذية في مجال التشريع، وأثار ذلك في النظام الدستوري، انظر: د. مجدي محمود محمود القاضي، تزايد دور السلطة التنفيذية في الدستوري المصري، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٩، ص ٣١٨ وما يليها؛ د. عبير علي الطوير، تزايد دور السلطة التنفيذية وتأثيره على الديمقراطية في النظم السياسية والدستورية المعاصرة مع التطبيق على فرنسا ومصر وليبيا، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراة،

كان لزاما على القضاء الدستوري تطوير رقابته وتعميقها، بابتكار العديد من الوسائل أو التقنيات التي تمكنه من كفالة حقوق وحرقات المواطنين والدفاع عنها ضد عسف السلطتين التشريعية والتنفيذية⁽¹⁾، نظرا لأن الإغفال يمثل قصورا من المشرع في تنظيم الجوانب الكاملة لحقوق المواطنين وحرقاتهم، سواء تلك التي كفلها الدستور، أو تلك التي نظمها المشرع في حدود سلطته التقديرية، حال أنه لا يجوز للمشرع تنظيمها بما يهدرها أو ينتقص منها⁽²⁾.

ومن ثم فإن الحماية المطلوبة لهذه الحقوق والحرقات لن تتحقق بدون وجود ضمانات ناجحة للزود عنها، وفي مقدمة هذه الضمانات الرقابة على دستورية القوانين التي صدرت عن السلطة التشريعية متضمنة تنظيم بعض المسائل التشريعية دون الإحاطة بكافة جوانبها، سواء تعمدت ذلك أو وقع منها عرضا⁽³⁾، ولذلك فإن رقابة القضاء الدستوري على الإغفال التشريعي هي التي تحمل المشرع على تنظيم حقوق المواطنين وحرقاتهم في صورتها الأوفى لها، فلا تقعد

كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٧، ص ١٩ وما يليها؛ أ. إيمان الغربي، مجالات العلاقة الوظيفية بين البرلمان والسلطة التنفيذية على ضوء التعديل الدستوري الجديد سنة ٢٠٠٨، أطروحة ماجستير، كلية الحقوق - بن عكنون، جامعة الجزائر (١)، ٢٠١١/٢٠١٠، ص ٨ وما يليها.

(١) د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وأثار الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص 438.

(٢) د. عير حسين السيد، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص ٣٨٦

(٣) م. م. سري حارث عبد الكريم؛ د. حيدر طالب الامارة، أثار الإغفال التشريعي الاجتماعية، مرجع سابق، ص 40.

عاجز عن تحقيق رسالتها، ولا يصيبها وهن من جراء تنظيم غير متكامل لا يطوق كل اقطارها.

ومما سبق وصفوة القول يجب على المحكمة الدستورية ونتيجة للأسباب سالفه الذكر ان تساير المحاكم الدستورية التي اخذت برقابتها⁽¹⁾ على الإغفال التشريعي لان الواقع العملي يتطلب منها ذلك، الامر الذي يجب معه ان تتخلي عن جمودها بشأن فرض رقابتها فقط على رقابة دستورية القوانين واللوائح التي تخالف احكام الدستور.

⁽¹⁾ يذكر ان المحكمة الاتحادية العليا في العراق قد أخذت بالرقابة على الاغفال التشريعي ويظهر ذلك في احدث احكامها في الدعوي رقم (161/اتحادية/2021) الصادرة في 2022/2/1، والذي اتجهت فيه لبسط رقابتها على اغفال المشرع الكلي او الجزئي لبعض الجوانب التي يفترض معالجتها بموجب تشريع، وان اغفال تنظيم هذه الجوانب يخل بفاعلية الضمانات الدستورية المقررة للحقوق والحريات العامة، وهذا النوع من الرقابة يمكن وصفه بكونه دقيق جدا لأنه يمس حدود السلطة التشريعية من جانب، ولأنه قد يراقب نوايا وبواعث الهيئة التشريعية وهذا صعب لأنها في الغالب لا تخرج الى الحيز المادي على شكل تشريع يمكن بسط الرقابة عليه، كما يصعب اثبات سوء هذه النوايا والبواعث.

الخاتمة

في نهاية هذا البحث الموسوم بـ " موقف المحكمة الدستورية في دولة الكويت من الرقابة على دستورية الإغفال التشريعي " والذي تطرقنا فيه الي بيان موقف المحكمة الدستورية في دولة الكويت من الاخذ بالرقابة على الإغفال التشريعي، والذي انتهينا فيه الي رفض المحكمة الاخذ بفكرة الرقابة على الإغفال التشريعي، مكتفيه فقط برقابة دستورية القوانين واللوائح دون النظر في مدي ملائمة النصوص القانونية لأحكام الدستور، كما بينا ان الدستور الكويتي يتشابه مع الدستور الفرنسي والكويتي من حيث عدم النص على اختصاص المحاكم الدستورية برقابة الإغفال التشريعي، وكذا يتشابه قانون انشاء المحكمة الدستورية الكويتية مع قانون المحكمة الدستورية المصري والفرنسي من حيث عدم النص على رقابة المحكمة الدستورية على الإغفال التشريعي وعلى الرغم من ذلك فإن القضاء الدستوري المصري والفرنسي يمارساً رقابتهم على الإغفال التشريعي على عكس المحكمة الدستورية الكويتية التي ترفض بسط رقابته على الإغفال التشريعي، متمسكة بحرفية النص، ولا شك أن سمو الدستور يفرض على المشرع التزامات إيجابية بالتشريع لحماية موضوعات دستورية، وذلك بأن يكون تنظيمه لها تنظيماً كاملاً غير منقوص أو قاصر عن أن يحيط بها من كافة جوانبها مما يؤدي إلى الإخلال بالضمانات الدستورية لها".

ولاشك أن رقابة الإغفال التشريعي أحد فروع الرقابة على دستورية القوانين إلا أن هذا النوع من الرقابة يمتاز بكونه ينصب على ما أغفله المشرع في النص القانوني محل الطعن بعدم الدستورية، فعدم دستورية النص لا تتأتى من مخالفة صريحة للقواعد الشكلية والموضوعية للدستور، وإنما تتأتى عن إغفال المشرع أو قصور في تنظيم الحق أو الحرية أو المساءلة محل التنظيم، فما أغفله المشرع

هو الذي جعل النص مشوب بعدم الدستورية، وحيث أن الأصل في الرقابة على دستورية القوانين هي رقابة قانونية وليست رقابة ملائمة فإن تدخل القاضي الدستوري لرقابة ما لم يذكره المشرع- ما أغفله من شأنها المساس بنطاق السلطة التقديرية للمشرع، لذا فإن هذه الرقابة تكون حساسة حتى لا يتهم القاضي الدستوري بالتدخل في عمل السلطة التشريعية، يذكر ان قضاء المحكمة الدستورية الكويتية قد تخوف من بسط رقابته على الإغفال التشريعي لا يتدخل في عمل السلطة التشريعية محترما في ذلك مبدء الفصل بين السلطات.

وفي نهاية البحث توصلنا الي جملة من النتائج والتوصيات على النحو التالي:

وأن أهم النتائج التي توصل اليها البحث هي الآتي:

1- قضاء المحكمة الدستورية الكويتية لم يتخطى مرحلة الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة لأحكام الدستور، ولم يبسط رقابته على الجوانب الموضوعية للتشريع، ولم يفرض رقابته على الإغفال التشريعي، وإنما يكتفي فقط برقابة مدي دستورية القوانين واللوائح المخالفة لأحكام الدستور.

2- تفعيل دور رقابة الإغفال التشريعي، وتطوير وسائلها، وعدم الاكتفاء بتبنيه المشرع إلى حالات الإغفال التشريعي التي من شأنها إحداث خلل في التوازن المفترض بين السلطة والحرية التي تعد أساس السكينة الاجتماعية، وإنما يجب أن يتطور دور القضاء الدستوري في مجال رقابة الإغفال التشريعي إلى إصدار الأحكام الإيعازية والأحكام المكملة لتفادي إلغاء النصوص القانونية المشوبة بالإغفال لعدم الدستورية قدر الإمكان إذ بالإمكان أن يساهم القضاء الدستوري عبر رقابة الإغفال التشريعي إلى ضمان التوازن بين السلطة والحرية.

3- عرفت القوانين واللوائح الكويتية صورة من صور الإغفال التشريعي الكلي

حيث تجد مداها فيما لم ينظمه المشرع الكويتي، بسن قانون ينص على حق المضرورين في التعويض ضد الكوارث الطبيعية والابوئة (جائحة كورونا) بالمخالفة لنص المادة (25) من دستور الكويت والتي نصت على أن "تكفل الدولة تضامن المجتمع في تحمل الأعباء الناجمة عن الكوارث والمحن العامة، وتعويض المصابين بأضرار الحرب أو بسبب تأدية واجباتهم العسكرية"⁽¹⁾، ونجد انه حتي كتابة هذا السطور لم يصدر قانون للتعويض عن الكوارث التي وردت في المادة رقم 25 سالفه الذكر، الامر الذي يمثل حالة من حالات الإغفال التشريعي الكلي بالامتناع عن اصدار قانون.

4- عرفت المحكمة الدستورية الكويتية صورة من صور الإغفال التشريعي الا وهي "الإغفال التشريعي الجزئي" حينما قضي بعدم دستورية المادة (5) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية فيما تضمنته من النص على أن «الحكم الصادر في جنحة بالغرامة التي لا تتجاوز أربعين ديناراً لا يجوز استئنافه من المحكوم عليه ويجوز استئنافه من المدعي"، وقد اعتبرت أن هذا الحكم يخل بمبدأ المساواة التي نص عليها الدستور الكويتي في المواد (29) و(34) و(166)، لأنه قصر الاستئناف في الحكم الصادر بالغرامة التي لا تتجاوز أربعين دينار على المدعي دون المحكوم عليه مما يعتبر اغفال تشريعي جزئي للتمييز في الحقوق بين الأشخاص. على الرغم من ان المحكمة حينما باشرت رقابتها على النص باشرتها بناء على الرقابة الدستورية لا على الإغفال التشريعي للنص، وشتان بينهما وان كانت المحكمة توصلت الي نتيجة واحدة الا وهي عدم

(1) يراجع نص المادة رقم 25 من دستور الكويت الذي صدر في قصر السيف في 14 جمادي الثاني 1382 هـ الموافق 11 نوفمبر 1962م.

دستورية المادة (5) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية وهو ما يعتبر بداية الاخذ بالرقابة على دستورية الإغفال التشريعي في القضاء الدستوري الكويتي.

5- أن امتناع مجلس الامة عن ممارسة اختصاصه التشريعي يتحقق في حالتين: الاولى قد يتخلى بقصد أو سهو عن تنظيم بعض المسائل بصورة كاملة إلى الحد الذي يفقد النصوص الدستورية فاعليتها. فنكون والحالة هذه امتناع (امتناع كلي لمجلس الامة)، الثانية: أن ينظمها بصورة منقوصة في أحد مقوماتها أو في بعض جوانبها، بما يخل بالحماية الواجبة لها وبالصورة التي كان ينبغي أن تكون عليها " فيترتب على ذلك فراغ تشريعي لا يتماشى مع التزام المشرع بضرورة ممارسة اختصاصه التشريعي على الوجه المبين في الدستور وهو ما يصطلح عليه (الامتناع الجزئي لمجلس الامة).

6- أن إخضاع امتناع المشرع لرقابة القضاء يعد منهجاً قضائياً متطوراً، إذ مؤداه إخضاع المشرع - كسلطة عامة - لمبدأ سيادة القانون، وهذا كسب ضخم للإفراد لأنه يعني حماية حقوقهم من التحكم، كما يعد - في ذات الوقت - بمثابة وضع نهاية لمخالفة من شأن استمرارها أن يضر بالمصلحة العامة للمجتمع ككل.

ثانياً: التوصيات:

أن تحجيم حالة امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي بالشكل الذي يلزمه بضرورة التدخل لحماية الموضوعات الدستورية التي لا يكتمل التنظيم القانوني للحقوق إلا بها تقتضي معالجة حقيقية، لا تتم الا بوجود نص قانوني يتيح رقابة الإغفال التشريعي، ووجود معيار ضابط، يتم صياغته بنصوص

قانونية، حتى لا يتم تقويت الكثير من المصالح الحيوية، وتجنب وقوع الكثير من الأضرار التي تصيب هذه المصالح. الامر الذي نقترح معه من جانباً الآتي:

1- نهيب بقضاء المحكمة الدستورية الكويتية عدم التقيد بحرفية نص المادة رقم (173) من دستور الكويت الصادر عام 1962م الذي يفرض رقابة دستورية القوانين واللوائح، والتوسع في بسط رقابته على الإغفال التشريعي الوارد بالقوانين واللوائح على غرار القضاء الدستوري المقارن في كلاً من فرنسا ومصر وبلجيكا والبرتغال والبرازيل والمجر إعمالاً لقاعدة سمو الدستور وقاعدة اعمال النص خيراً من إهماله.

2- وحتى يبسط القاضي الدستوري رقابته على الإغفال التشريعي نوصي بتعديل المادة (173) من دستور الكويت الصادر عام 1962م، بإضافة فقرة الي النص الحالي تتيح للمحكمة رقابة الإغفال التشريعي الوارد بالقوانين واللوائح على غرار دساتير الدول التي نصت على ذلك ومنها دستور البرتغال والمجر.

3- كما نهيب بالمشرع الكويتي تعديل المادة (الاولي) من قانون المحكمة الدستورية رقم 14 لسنة 1973 والمعدل بالقانون رقم 109 لسنة 2014، وتضمينه نصاً يمنح المحكمة الدستورية الاختصاص بالرقابة على حالات عدم الدستورية الناتجة عن الإغفال التشريعي سواء لامتناع المشرع عن التدخل في تنظيم بعض المسائل بصورة كلية، أو بصورة منقوصة سواء في جوهر مقوماتها أو في بعض أطرافها بما يؤدي إلى وجود فراغ تشريعي، لا يتماشى مع التزامه بضرورة ممارسة اختصاصه على الوجه المبين في الدستور، ونقترح ان يكون النص على النحو التالي "تتشأ محكمة دستورية تختص دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية وبالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح، والفصل في حالات عدم الدستورية الناتجة عن الإغفال

التشريعي....) .

4- نهيب بالمشرع الكويتي تعديل المادة (السادسة) من قانون المحكمة الدستورية رقم 14 لسنة 1973 والمعدل بالقانون رقم 109 لسنة 2014، بإضافة فقرة تحدد الاثر المترتب على الحكم الصادر بعدم دستورية النص المطعون عليه للإغفال التشريعي، على أن تكون صيغتها على النحو التالي: "إذا استنتجت المحكمة الدستورية، بناء على طلب من أي شخص أو من تلقاء نفسها، أن السلطة التشريعية قد تنكرت لواجباتها التشريعية بصورة تؤدي إلى انتهاك الدستور، فإن من الواجب عليها أن تلتزم هذه السلطة المسؤولة عن هذا الامتناع بضرورة التدخل للوفاء بواجباتها خلال مدة يحددها الحكم".

5- نهيب بالمشرع بتعديل الدستور الكويتي بإضافة نص يقرر مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية كبديل لرقابة الإغفال الكلي في حالة إطلاق سلطته التقديرية التي قد تصل في الحقيقة إلى انحراف وتعسف في استعمال السلطة، بتقرير حق الأشخاص الطبيعيين والمعنويين في تعويضهم من جراء الامتناع عن سن التشريعات، وعلى سبيل المثال لم ينظم المشرع الكويتي، بسن قانون ينص على حق المضرورين في التعويض ضد الكوارث الطبيعية والبيئة (جائحة كورونا) بالمخالفة لنص المادة (25) من دستور الكويت والتي نصت على أن "تكفل الدولة تضامناً للمجتمع في تحمل الأعباء الناجمة عن الكوارث والمحن العامة، وتعويض المصابين بأضرار الحرب أو بسبب تأدية واجباتهم العسكرية"، وعدم اصداره حتى وقتنا هذا.

6- كما نهيب بالمشرع الكويتي العمل على صياغة التشريعات بصورة متقنة ومحكمة، باعتبار أن العيب في صياغة أحكام ونصوص التشريعات المنظمة لموضوع من الموضوعات الدستورية لاسيما الحقوق والحريات قد يؤدي إلى قصور في تنظيم الموضوع محل التنظيم.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

القراءن الكريم.

العاجم والقواميس:

المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم صادرة عن مجمع اللغة العربية، ١٩٩٧/١٩٩٨

الكتب والمؤلفات العامة والمتخصصة:

د. عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه- جان ديوي للقانون والتنمية، دون ذكر مكان وسنة الطبع.

د. عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٠.

د. دعاء الصاوي يوسف: القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.

د. زكي محمد النجار: فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ١٩٩٧.

د. عبد المنصف عبد الفتاح ادريس: رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري دراسة مقارنة- رسالة الدكتوراه- كلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠١١.

د. ثروت عبد العال احمد: -السياسة القضائية لمحكمة الدستورية العليا- دار النهضة العربية.

د. هشام محمد فوزي: رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، القاهرة، ١٩٩٩.

- د. حسين جبر حسين الشويلي: قرينة دستورية التشريع، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٤. الثقافي، الكويت، ١٩٩٥. ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل.
- د. جابر جاد نصار: الوسيط في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
- د. هالة محمد طريح: حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات والضمانات المقررة لممارستها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
- د. ثروت عبد العال احمد: -حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية- دار النهضة العربية ١٩٩٩.
- د. نكي محمد النجار: فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري- دراسة مقارنة- دار النهضة العربية. 1997.
- م. د. عبد العزيز محمد سالم: ضوابط وقيود الرقابة الدستورية. مصر: سعد سمك للمطبوعات القانونية، ٢٠١١.
- د. عيد أحمد الغفول: فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية، دراسة مقارنة، ط٢ منقحة، دار النهضة العربية، القاهرة.
- د. محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، ج١، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٧.
- د. محمد عبد المحسن المقاطع: الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، الكويت، ٢٠٠٦.
- د. منذر الشاوي: دولة القانون، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ط١، ٢٠١٣.
- د. عبد الحفيظ علي الشيمي: رقابة الاغفال التشريعية في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.

د. يسري محمد العصار: التصدي في القضاء الدستوري، دراسة تحليله مقارنة لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

د. ابراهيم محمد حجي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا (دراسة مقارنة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢.

د. احمد فتحي سرور:

- الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، ١٩٩٩

- منهج الإصلاح الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

د. تركي سطات المطيري، الجوانب الإجرائية في الدعوى الدستورية "دراسة مقارنة فرنسا ومصر والكويت"، بدون دار نشر، 2012.

د. جابر جاد نصار، الأداء التشريعي لمجلس الشعب والرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ت.

م. د. جواهر عادل العبد الرحمن، الرقابة الدستورية على الاغفال التشريعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦.

د. حسين أحمد مقداد، العدالة الاجتماعية كمييار لديمقراطية الدستور في القاءين الإداري والدستوري، الحالة المصرية أنموذجًا، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ت.

د. خليفة ثامر الحميده، النظام الدستوري الكويتي، بدون دار نشر، الطبعة الثانية، 2015.

د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

- م. د. رمضان دسوقي شعبان حافظ، رقابة القضاء الدستوري على الاغفال التشريعي - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2022.
- د. سرى حارث عبد الكريم الشاوي، آثار الإغفال التشريعي ورقابة المحكمة الاتحادية العليا "دراسة مقارنة"، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى 2020.
- د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وأثار الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- د. عادل الططبائي، النظام الدستوري في الكويت "دراسة مقارنة"، مكتبة الكويت الوطنية، الطبعة الخامسة، 2009
- م. د. عادل ماجد بورسلي، المحكمة الدستورية الكويتية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية دراسة تطبيقية تحليلية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة الرابعة - العدد 13 - مارس 2016
- د. عبد الحفيظ الشيمي، رقابة الاغفال التشريعي في المحكمة الدستورية العليا "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- د. عبد المجيد ابراهيم، السلطة. التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار الجامعات الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٠.
- د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١،
- د. عبير حسين السيد، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، راسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
- د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح في ملامحها

- الرئيسية، مركز رينيه جان دبوي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣.
- د. عيد أحمد الغفول: فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، دراسة مقارنة، ط٢، منقحة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- د. فواز ثامر الجدعي، القضاء الدستوري الكويتي، مكتبة الكويت الوطنية، الطبعة الاولى، 2020.
- د. محمد باهي ابو يونس، أصول القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٧.
- د. محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة، دراسة مقارنة، د. ن، در ت،
- د. محمد عبد المحسن المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، الكويت، ٢٠٠٦،
- د. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية في مصر، الجزء الثاني، د. ن، ٢٠٠٦،
- د. هالة محمد طريح، حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات العامة والضمانات المقررة لممارستها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- رسائل الدكتوراه والماجستير:
- أ. إيمان الغربي، مجالات العلاقة الوظيفية بين البرلمان والسلطة التنفيذية على ضوء التعديل الدستوري الجديد سنة ٢٠٠٨، أطروحة ماجستير، كلية الحقوق - بن عكنون، جامعة الجزائر (١)، ٢٠١١/٢٠١٠.
- د. حبشي لزرق، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها، المروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،

٢٠١٣.

د. خالد بالجيلالي، السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق علوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠١٧/٢٠١٦.

د. سعيد السيد علي، حقيقة الفصل بين السلطات في النظام السياسي والدستوري للولايات المتحدة الأمريكية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٩.

د. عبير علي الطوير، تزايد دور السلطة التنفيذية وتأثيره على الديمقراطية في النظم السياسية والدستورية المعاصرة مع التطبيق على فرنسا ومصر وليبيا، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٧.

د. مجدي محمود محمود القاضي، تزايد دور السلطة التنفيذية في الدستوري المصري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٩.

د. هالة محمد طريح، حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات العامة والضمانات المقررة لممارستها، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٠.

المجلات والدوريات والمقالات:

د. الحسين عبد الدايم صابر محمد علي، رقابة الإغفال ووسائل معالجتها في القضاء الدستوري وأثرها على الإصلاح التشريعي، مجلة كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد 79، مارس 2022.

د. حنفي علي جبالي: الدعوي الدستورية- المخالفة الموضوعية للدستور - مجلة الدستورية- العدد الخامس- السنة الثانية- ابريل ٢٠٠٤.

د. سمير داود سلمان، الاغفال التشريعي وامكانية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد الحادي والعشرون، العدد الرابع، ٢٠١٩.

أ. سهام صديق، الإغفال التشريعي وسبل معالجته، مقال منشور على الموقع. <https://www.droitentreprise.com>

د. عبد الرحمن عزاوي، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع (الاغفال التشريعي نموذجاً)، بحث بمجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ابن خلدون للنشر، الجزائر، ٢٠١٠، م. د. عبد العزيز محمد سالماني:

- رقابة الإغفال في القضاء الدستوري - مجله الدستورية، العدد 15 السنة 7- أبريل ٢٠٠٩، - الدولة القانونية ورقابة دستورية القوانين، مجلة الدستورية العدد السادس عشر، متاح على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا على الرابط التالي:

<http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/PortalHome.jspx?>

- رقابة دستورية القوانين، ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة، SCCPORTA 1995م.

د. عبد الفتاح عبد الرزاق محمود، أ. محمد عبد الكريم شريف، الرقابة القضائية على الامتناع التشريعي، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة قه لاي زانست العلمية، المجلد الثالث، العدد الثالث، أربيل، كوردستان، العراق، ٢٠١٨.

د. عبد الكريم ربيع العنزي، مدى التزام الدولة بتعويض الأضرار الناجمة عن الكوارث العامة جائحة فيروس كورونا المستجد أنموذجاً: دراسة وصفية تحليلية

- في القانون الكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة التاسعة - العدد 2- العدد التسلسلي 34- شوال - ذو القعدة 1442هـ، يونيو 2021م.
- د. على مدلول محسن الخفاجي، أساس رقابة القضاء الدستوري على الاغفال التشريعي، بحث منشور على مجلة كلية اهل البيت، العدد 29.
- د. عليان بوزيان، القيمة الدستورية لمبدأ العدالة الاجتماعية والحماية القضائية له، دراسة تطبيقية مقارنة على الدساتير العربية الحديثة، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد العاشر، يونيو 2013.
- د. عيد أحمد الحسينان: قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة ال البيت، المفرق، المملكة الأردنية الهاشمية، العدد الثامن والأربعون، أكتوبر، 2011،
- عقيد. د. فهد مرزوق العنزي، التنظيم القانوني للدعوى الدستورية في الكويت ومصر لرقابة دستورية القوانين، مجلة الفتوى والتشريع، العدد الثامن عشر، ديسمبر 2013.
- د. محمد السيد زهران: الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا، بحث منشور في مجلة قضايا الدولة، العدد الأول، السنة الرابعة عشرة، مارس 1997، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة.
- د. محمد الفيلي، الاختصاص التفسيري للمحكمة الدستورية في الكويت ما له وما عليه، مجلة الحقوق الصادر عن جامعة الكويت، السنة (23)، العدد (3)، سبتمبر 1999، ص 36.
- د. محمد عبد الوهاب خفاجي، ومضات مضيئة للقضاء الإداري في طريق

الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد 2، 015

د. محمد عماد النجار: في القضاء بعدم دستورية الإغفال التشريعي - قضاء عدم الدستورية الشرطي - مجله الدستورية - العدد 17 - السنة 8 - ابريل 2001.

د. محمد عماد النجار، قضاء عدم دستورية الاغفال التشريعي، المجلة الدستورية صادرة عن المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد 17، السنة الثامنة، 2010
د. وليد محمد الشناوي، دور المحاكم الدستورية كمشرع إيجابي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر العدد 62، ابريل 2017،

د. يحيى الجمل: الرقابة على دستورية القوانين في المملكة الليبية، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية، يصدرها أساتذة كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد الأول، السنة الرابعة والثلاثون، مارس سنة 1964.

د. يسري محمد العصار، سلطة القاضي الدستوري في تفسير القوانين "دراسة مقارنة"، مجلة معهد القضاء، الكويت، السنة الثانية عشرة، العدد الحادي والعشرون، فبراير 2019.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

Mélanie TRIENBACH, Les normes non directement applicables en droit public français, Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, septembre 2012.

Abdulhaleem Qasim MOHAMMED, The Monitor ing of

Legislative Omission by the Constitutional Judiciary, a Comparative Study, thesis of Doctor, School of Law, University of Reading, United Kingdom, 2019.

Ahmed Oudah AL-DULAIMI, From Negative to Positive Legislator? Response to Unconstitutional Legislative Omission as a Case Study in the Changing Roles of Constitutional Courts, PhD Thesis, School of Government & International Relations, Griffith University, Queensland, Australia, 2018.

Ahumada Ruiz, « El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas », Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n° 8, 1991

Ainsi notamment, après avoir dans un premier temps refusé de contrôler les omissions législatives inconstitutionnelles dans le cadre du recours particulier, la Cour constitutionnelle allemande a par la suite accepté un tel moyen. Cf. La jurisprudence citée par le juge constitutionnel Michael Gerhardt dans son Rapport pour la Cour constitutionnelle fédérale relatif aux omissions législatives rendu pour la XIV^e Congrès des Cours constitutionnelles européennes, septembre 2007, et notammen BVerfGE 77, 170 (214).

Allan R. Brewer-Carias, *Constitutional Courts as Positive Legislator in comparative law*, General Report for the XVIII International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Washington, July 26–30, 2010,

Ariane VIDAL-NAQUET & ILF-GERJC, *L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative*, Les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel, N° 46 (l'incompétence en droit Pillouer Le constitutionnel), janvier pp.7–20; Arnaud *L'incompétence négative des autorités administratives: retour sur une notion ambivalente*, *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2009.

Brewer-Carias, *supra* note 2, pp. 148–149; M. de Visser, *Constitutional Review in Europe* (2014).

Colombine MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit*, p.86.

D. Ribes, « Existe-t-il un droit à la norme? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *RBDC* 1999–3.

de la décision dans son aspect de sanction du renvoi à un décret d'application pour la fixation de la fin du blocage des

prix).

Denise TEIXEIRA DE OLIVEIRA, Le contrôle juridictionnel des omissions législatives inconstitutionnelles au Brésil, op. cit, une marge de la page 24; also in the same sense, Juan Luis Requejo Pagés, The problems of legislative omission in constitutional jurisprudence, op. cit, pp.3 and 4

Dimitri LÖHRER, La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé, l'exemple de l'Ombudsman spécialisé portugais, espagnol et français, Thèse de doctorat, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2013

ESTÉPHANIE PAVAGEAU, Les obligations positives dans les jurisprudences des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme, Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N° 6, décembre 2005, .

Florence Galletti, Existe-t-il une obligation de bien légiférer? Propo sur « l'incompétence négative du législateur» dans la jurisprudence d Conseil constitutionnel, R.F.D.C, n° 58, 2004.

George Schmitter, Lincompétence négative du législateur et des ministères: Annuaire International de justice autorités

ad constitutionnelle, *Economica*, 1989

GILMAR MENDES, Constitutional Jurisdiction in Brazil, the Problem of Unconstitutional Legislative Omission, *VERSÃO FINAL*, 27 MAI 2008

H.C.C, Decision N° 6/2018. (VI. 27.), 19 June 2018.

ierre BON, le Conseil Constitutionnel Français et les Cours Constitutionnelles européennes, *op. cit*, p.60

Italian Report for the 14th Congress of the Conference of European Constitutional Courts on "Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence", Vilnius – May 2008.

Jordane ARLETTAZ, L'incompétence négative à l'étranger, *op. cit*, p.68.

Jose Julio Fernandez Rodriguez, La inconstitucionalidad por omission. Teoría general Derecho comparado, El caso español, Civitas, Madrid 1998, pp. 265–266; Cited by: Allan R. Brewer-Carias, Constitutional Courts as Positive Legislator in comparative law, *op. cit*, p.119.

Juan Luis Requejo Pagés, the problems of legislative omission in constitutional jurisprudence, Paper from the Constitutional Court of Spain presented at the 14th

Congress of the Conference of European Constitutional Courts on "Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence", Vilnius – May 2008.

Michel MELCHIOR & Claude COURTOY, L'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle, Rapport établi pour la Cour constitutionnelle de Belgique, 4 décembre 2007

P. Blacher, V. Larsonnier, T. Meindl, J. Roux, A. Viala, « Cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité », Rev. adm., n° 295, 1er janvier 1997,

G. Alberton, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle: les cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité », Rev. adm., n° 302, 1er mars 1998

S. Bollé, « Les cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité », Rev. adm., n° 313, 1er janvier 2000

P. Popelier & K. Lemmens, The Constitution of Belgium (2015).

P. Popelier, 'The Belgian Constitutional court as positive legislator: in search of a balance between right's protection and respect for acts of parliament', in A.R. Brewer-Carias (ed.), Constitutional Courts as Positive Legislators. A

Comparative Law Study (2011).

Pauline GERVIER, La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public, op. cit, p.520.

Portuguese Report for the XIV Congress of the Conference of European Constitutional Courts, on "Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence", Vilnius – May 2008.

Portuguese Report for the XIV Congress of the Conference of European Constitutional Courts, op. cit, p.13.

R. Dürr et autres, Rapport général du XIV Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles européennes sur " les problèmes de l'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle", op. cit, p.9.

Allan R. Brewer-Carias, Constitutional Courts as Positive Legislator in comparative law, op.cit. p.118;

Thomas Bustamante & Evanilda de Godoi Bustamante, Constitutional Courts as "negative Legislators" The Brazilian Case, op. cit, p.144.

R. Dürr et autres, Rapport général du XIVE Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles européennes sur les problèmes de l'omission législative dans la jurisprudence

constitutionnelle, op. cit, p.7.

R. Dürr et autres, Rapport général du XIVème Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles européennes, op. cit, une marge de la page 17.

Rapport fait par le Tribunal constitutionnel espagnol et relatif aux omissions législatives, rendu pour la XIV Congrès des Cours constitutionnelles européennes, octobre 2007.

Voir aussi I. Villaverde, « La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional », in M. Carbonell (dir.), En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión, Instituto de investigaciones jurídicas, Serie Doctrina jurídica, N° 135, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

S. Verstraelen, ‘The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity ‘, (2013) 14 German Law Journal.

Sarah VERSTRAELEN, Constitutional Dialogue in the Case of Legislative Omissions: Who Fills the Legislative Gap? Utrecht Law Review (U.L.R), Vol. 14, Issue 21, 2018.

The BCC explicitly ruled in this manner for the first time in case n° 111/2008.

The equality clause was violated in almost 80% of the unconstitutional omissions determined in the past two years, see the yearly reports of the Constitutional Court on (last visited 23 August 2017).

Thomas Bustamante & Evanilda de Godoi Bustamante, *Constitutional Courts "negative Legislators" The Brazilian Case*, op. cit, p.144;

Thomas Bustamante & Evanilda de Godoi Bustamante, *Constitutional Courts as "negative Legislators" The Brazilian Case*, *Revista Jurídica Piélagus*, November 2010.

Tribunal constitutionnel espagnol, STC 15/1982 du 23 avril 1982, FJ 8.

Veronique Champeil-Desplats, *Le Conseil constitutionnel, protecteur des droits et libertés?* C.R.D.F, n° 9, 2011.

Virginie BLONDIO-MONDOLONI, *Finances Publiques et Droits Fondamentaux, Essai sur les relations entre les finances publiques et les droits fondamentaux*, Thèse de doctorat, université d'Aix-Marseille, 2014

Vito Marinese, *L'idéal législatif du Conseil constitutionnel, Etude sur les qualités de la loi*, Thèse de doctorat, Université de Nanterre – Paris X, 2007.

Wolfgang Zeidler, Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany: Decisions on the Constitutionality of Legal Norms, Notre Dame Law Review, Vol. 62. N° 4, 1987.