

**مدي شرعية السلطة التقديرية
للمراقبة الدستورية في حالة الاعمال التشريعي**

د. فواز محمد صقر الخرينج

مدي شرعية السلطة التقديرية للرقابة الدستورية في حالة الإغفال التشريعي

د. فواز محمد صقر الخرينج

ملخص البحث

إذا كانت السلطة التشريعية تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في ممارسة اختصاصاتها التشريعية، إلا أن هذه السلطة كغيرها من السلطات، ليست سلطة مطلقة أو سلطة تحكمية لا قيد عليها، ولكنها سلطة مقيدة، تخضع للعديد من الضوابط والقيود التي يتعين الالتزام بها في تشريعاتها وإلا عد عملها عملاً باطلاً مخالفاً للدستور متعيماً بطلانه.

وتبدو أهمية دراسة الإغفال التشريعي في النقطتين الأساسيتين: تتمثل الأولى في أن كل مخالفة للدستور سواء كانت عمداً أو بدونه أو عن إهمال يتعين منعها، أما الثانية: تتعلق بكون الدستور يكفل الحماية لكل حق أو حرية اعترف بها من جوانبها النظرية والعملية، وهذه الكفالة هي الضمانة الوحيدة لحقوق المواطنين وحياتهم، مما يتعين إنفاذ هذه الحقوق والحريات العامة بالطريقة التي تضمن الانتفاع بها كما تصورها الدستور. ولا شك 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.

The extent of the legitimacy of the discretionary authority for constitutional control in case of legislative omission.

Dr.Fawaz Muhammad Saqr Al-Khurinj

Abstract

If the legislative authority enjoys wide discretionary power in exercising its legislative powers, but this authority, like other authorities, is not an absolute power or a controlling authority that is not restricted, but it is a restricted authority, subject to many controls and restrictions that must be adhered to in its legislation, otherwise its work is in accordance with It is invalid in violation of the constitution, indicating its nullity.

There is no doubt that legislative oversight is one of the branches of overseeing the constitutionality of laws. However, this type of oversight is distinguished by the fact that it focuses on what the legislator overlooked in the legal text subject to the challenge of unconstitutionality. The unconstitutionality of the text does not result from an explicit violation of the formal and substantive rules of the constitution, but rather from the legislator's neglect. Or a failure to regulate the right, freedom, or accountability subject to regulation, so what the legislator overlooked is what made the text tainted with unconstitutionality, and since the principle in overseeing the constitutionality of laws is legal oversight and not appropriate oversight, the constitutional judge's interference to control what the legislator did not mention- what he omitted- They may affect the scope of the discretionary power of the legislator, so this oversight is sensitive so that the constitutional judge is not accused of interfering in the work of the legislative authority.

The importance of studying legislative omission appears in two basic points: The first is that every violation of the constitution, whether intentionally or without it or negligence, must be prevented, and the second: related to the fact that the constitution guarantees protection for every right or freedom recognized in its theoretical and practical aspects, and this guarantee is the guarantee The only rights and freedoms of citizens, which is why these rights and public freedoms must be enforced in a way that guarantees their use as envisioned by the constitution

مقدمة البحث

السلطة التقديرية للمشرع سلطه نظمها القانون لا تستخدم إلا في نطاق الدستور ومن ثم فإنها تخضع لرقابة المحكمة الدستورية العليا للنظر في مدى استخدام المشرع للسلطة في نطاق أحكام الدستور ومبادئه.

ذلك بأن مفهوم السلطة التقديرية للإدارة قد استقر في بداية الأمر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ عام ١٩٠١، الأمر الذي دفع فقه القانون العام إلى القول بأن كل عمل قانوني يحوي بين طياته بعض العناصر التي تخضع لتقدير الإدارة وبعض العناصر التي لا تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية^(١).

وقد ذهب البعض من الفقه إلى القول بأن الأصل هو حرية المشرع و القيد هو الاستثناء، وأن القيود إن وجدت تكون فضفاضة عادة^(٢)، ويذهب جانب من الفقه الحديث إلى القول بأن المشرع يتمتع بسلطة تقديرية وهو بصدد تنظيم الحقوق والحريات العامة، وذلك لعدم وجود ضابط محدد وضعه المؤسس الدستوري على سلطة المشرع

(١) د. عادل الطباطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٠، ص ٤٢٠.

(٢) د. محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، مصر ١٩٨٤، ص ٣٦.

العادي عند تنظيمه لهذه الحريات، وعندما يفرض المؤسس الدستوري تلك الضوابط فإنها تتسم بالعمومية على النحو الذي يزيد من سلطة المشرع التقديرية^(٣).

ولقد اختلف الفقهاء في تعريفهم للسلطة التقديرية للإدارة، فمنهم من ربط السلطة التقديرية بالملاءمة ويمكن تعريف السلطة التقديرية بصفة عامة بأنها تعني حرية الإدارة في تقدير الظروف والوقائع التي تبرر تدخلها، بما يمنح لها حرية اختيار وقت التدخل، أو حريتها في تحديد الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها، وقد ذهب البعض الآخر من أن تكون سلطة الإدارة تقديرية في الحالة التي يترك فيها القانون للإدارة جانب من حرية التقدير في مباشرة نشاطها دون أن يفرض عليها أسلوباً معيناً، بما يمنح لها إمكانية الاختيار بين عدة حلول أو خيارات للمسألة محل التنظيم من قبل الإدارة^(٤).

ومن هذا المنطلق كان لابد من تمتع السلطة التشريعية بسلطة تقديرية في ممارسه اختصاصاتها التشريعية، وذلك حتى يتمكن اعضائها من ممارسة وظائفهم التشريعية وفقاً لأحكام الدستور ونصوصه، وحتى تحقق وظائفها اهداف المصلحة العامة التي لا يجوز ان تحيد عنها.

وإذا كانت السلطة التشريعية تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في ممارسة اختصاصاتها التشريعية، إلا ان هذه السلطة كغيرها من السلطات، ليست سلطة مطلقة او سلطة تحكمية لا قيد عليها، ولكنها سلطة مقيدة، تخضع للعديد من الضوابط والقيود التي يتعين الالتزام بها في تشريعاتها والا عد عملها عملاً باطلاً مخالفاً للدستور متعيناً بطلانه.

وقد استمدت المحكمة الدستورية رقابتها على سلطة المشرع التقديرية من خلال الطعون المعروضة عليها والتي تكشف أن المشرع لم يجد بسلطة عن تلك الحدود التي رسمها له القانون كما استمدت تلك الرقابة من فكرة الأمن القانوني وما تستوجبه من ضرورة مراعاة المشرع لمقتضيات تلك الفكرة فيما يصدر عنه من تنظيم تشريعي ويكون سبباً في عدم استقرار مراكز قانونيه مختلفة، كما يجب على المشرع ان ينظر الي الوضوح واليقين القانوني لكل ما يصدر عنه من تشريعات تخاطب الكافة.

(٣) د. الحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠١، ص ٣٦٠.

(٤) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ١٩٩٩، ص ٥٥.

فحماية الدستور للموضوعات التي قررتها نصوصه، لإزمها أن يحيط البرلمان في تنظيمه لها بكافة جوانبها، فإذا كان تنظيمه لها قاصراً سواء في جوهر مقوماتها أو في بعض أطرافها، أخل هذا القصور في الحالتين بالحماية الواجبة لها، كما يؤدي الى الحد من فاعليتها بالصورة التي كان ينبغي أن تكون عليها، فلا يكون هذا القصور سواء أصابها في نواتها أو في بعض جوانبها، غير إخلال جسيم بها تفقد به تكاملها وترتبط أجزائها^(٥). هذا يعني أن سلطة البرلمان ليست سلطة تحكمية أو بغير حدود وإنما هي تجد حدودها فيما يفرضه عليها الدستور من قيود وضوابط تتمثل في عدم جواز الإخلال بالموضوع الذي كفل الدستور أصله بنقضه أو الانتقاص منه، فضلاً عن عدم مخالفته للأهداف التي قد يحددها سلفاً له ليراعيها عند التشريع^(٦).

كما استمدت أيضاً المحكمة رقابتها على السلطة التقديرية للمشرع من فكرة الخطأ الظاهر في تقدير المشرع من بسط رقابتها على التحقق من أن المشرع أصدر النصوص التشريعية بالتوافق مع أسباب ظهورها ومدى تطبيقها على الواقع.

وقد تزيد المحكمة الدستورية من رقابتها على سلطة المشرع التقديرية عندما يصدر المشرع تشريعاً يتعلق بالحقوق العامة للأفراد والتي كفلها الدستور بشكل واضح مثل الحق في التعليم والحق في الخصوصية والحق في التنقل والحق في الحصول على المعلومات والبيانات وحماية المسكن وغير ذلك من الحقوق وذلك لاعتبارات الأمن القانوني، والتوقع المشروع والتي تعتبرها المحكمة الدستورية قيوداً على سلطة المشرع التقديرية عند تنظيمه للحقوق وأكدت ذلك في العديد من أحكامها^(٧).

ولكن قد تراعي المحكمة الدستورية عند رقابتها على سلطة المشرع التقديرية عند تنظيمه للحقوق الظروف التي قد تحيط به من الضرورات العملية الواقعية التي صدر التشريع في ظلها بحيث لا تصطدم مع النصوص الدستورية، والحرص على إقامة نوع من التوازن بين الشرعية الدستورية من جانب وبين الضرورات التي قد تحيط بالمشرع عند تنظيمه للحقوق.

(٥) د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه-جان ديوي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣، ص ١٤٢٢.

(٦) د. عادل الطباطبائي: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، مرجع سابق، ص ٤٢١.

(٧) د. دعاء الصاوي يوسف: القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٢١٢.

وقد قمنا بتقسيم هذا البحث الي مبحثين

المبحث الاول: موقف الفقه والقضاء من الرقابة على الاغفال التشريعي واساسها

القانوني

المبحث الثاني: الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي.

المبحث الاول

موقف الفقه والقضاء من الرقابة على الاغفال التشريعي واساسها القانوني

تبدو أهمية دراسة الإغفال التشريعي في النقطتين اساسيتين: تتمثل الأولى في أن كل مخالفة للدستور سواء كانت عمداً أو بدونه أو عن إهمال يتعين منعها، أما الثانية: تتعلق بكون الدستور يكفل الحماية لكل حق أو حرية اعترف بها من جوانبها النظرية والعملية، وهذه الكفالة هي الضمانة الوحيدة لحقوق المواطنين وحياتهم، مما يتعين إنفاذ هذه الحقوق والحريات العامة بالطريقة التي تضمن الانتفاع بها كما تصورها الدستور^(٨). ومن ضوابط السلطة التقديرية المفروضة على المشرع ايضاً ان يقوم المشرع بتنظيم الحقوق والحريات العامة وان يكفل من خلال هذا التنظيم الحماية التي نص عليها الدستور لهذه الحقوق والحريات، فاذا امتنع المشرع عن تنظيم هذه الحقوق والحريات من خلال التشريعات، او نظمها بصورة قاصرة باغفال تنظيم احد جوانبها مما يؤدي الى الحد من فعالية الموضوع محل التنظيم كان ذلك اخلاً بالضمانات الدستورية لهذه الحقوق وتلك الحريات، فالانحراف التشريعي يدور مع السلطة التقديرية للمشرع، نحو عيب قصدي يصيب غاية مصدر القانون فينحرف بغايته عن الصالح العام لتحقيق اغراض ذاتية، تكون في الغالب غير مشروعة^(٩).

وبعد أن بدأت فكرة الاغفال التشريعي تظهر في أحكام القضاء الدستوري، بمناسبة تخلي المشرع عن اختصاصه، بدأ الفقه يبحث في تحديد محتوى هذه الحالة، لبيان ذاتيتها ومعرفة أطرها، لما في ذلك من ضرورة في تحديد أثرها بوصفها حالة تثير عدم الدستورية بما يتطلب التصدي لها لمنع تحققها.

(٨) د. محمد عبد العزيز سلمان، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، ص ٦٠.

(٩) د. عادل الطباطبائي: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، مرجع سابق، ص ٤٢٥.

وقد عبر الفقه الفرنسي عن الإغفال التشريعي الذي يتصل معناه بالحالة التي يكون فيها تنظيم القانون لا كما ينبغي أن يكون وفقا للقواعد والمعايير العامة للقانون والذي يتمثل في ثغرات تخل في تكامل النظام القانوني وآلياته.

ويمكن تعريف الإغفال التشريعي من خلال جملة من المعطيات، نظرا لعدم وجود تعريف دقيق له بأنه: "اتخاذ المشرع موقفا سلبيا من اختصاصه الدستوري فلم يمارسه كليا أو جزئيا في حالات معينة أو لأسباب معينة"^(١٠)، ويستشف من هذا التعريف أن المشرع لم يقيم بتنظيم الموضوعات التي تدخل ضمن اختصاصه إما عمدا أو إهمالا، مما يؤدي إلى الإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم.

وعرف البعض الآخر الإغفال التشريعي "بالفجوة التشريعية الناجمة عن عدم امتثال المشرع لالتزام دستوري صريح يلزمه بالتدخل لجعل القواعد الدستورية فعالة كغياب موضوعات محددة من القانون خلافاً للدستور ينتج عنها فجوة بسيطة، فيما إذا انتهك المشرع الدستور من خلال إهماله تنظيم مسائل يخل غيابها بالنظام القانوني بالمعنى الرسمي للكلمة نكون أمام فجوة جوهرية في التشريع"^(١١).

لذا نتفق وما ذهب إليه بعض منهم بأن الامتناع التشريعي يمثل حالات مختلفة لقصور المشرع في تنظيم الجوانب الكاملة للموضوعات التي كفلها الدستور، حيث نلاحظ بأن المشرع قد يتخلى عن قصد أو سهو عن تنظيم بعض المسائل بصورة كاملة إلى الحد الذي يفقد النصوص الدستورية فاعليتها، فنكون والحالة هذه أمام امتناع كلي للمشرع، أو ينظمها بصورة منقوصة في احد مقوماتها أو في بعض جوانبها، بما يخل بالحماية الواجبة لها وبالصورة التي كان ينبغي أن تكون عليها"^(١٢).

فترتب على ذلك فراغ تشريعي لا يتماشى مع التزام المشرع بضرورة ممارسة اختصاصه التشريعي على الوجه المبين في الدستور يوجب على القاضي الدستوري

(١) د. عبد الرحمن عزوي، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع: الإغفال التشريعي نموذجا، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، نشر ابن خلدون، الجزائر، ٢٠١٠، ع ١٠، ص ٨٧.

(١) د. عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ١١٧.

(٢) د. عوض المر، مرجع سابق، ص ١٣٨١.

التصدي لمعالجة هذا الفراغ بوصفه حامياً للدستور، من خلال الإعلان بوجود مخالفة دستورية يتوجب على المشرع التدخل لرفعها من خلال التشريع^(١٣).

فهنا يعد الإغفال التشريعي إخلالاً بالتزام سياسي قانوني على عاتق المشرع سواء كان تنظيم هذه المسألة يدخل ضمن انفراده المطلق أو النسبي، أو في دورة عادية أو استثنائية، أو من اقتراح النواب أو من الحكومة، ويرجع ذلك لوجوب أن يكون التنظيم التشريعي للحق أو الحرية المقررة دستورياً فعالاً ويبطل كل تنظيم قانوني يحد من هذه الفعالية. وفي المقابل يكون القانون باطلاً ومخالفاً للدستور فيما انتقص به من ضمانات هذا الحق أو الحرية.

أما بخصوص موقف القضاء من رقابة الاغفال التشريعي، فنجد ان بعض الانظمة الدستورية قد اعطت لجهات الرقابة على دستورية القوانين حق الرقابة على الاغفال التشريعي ومن امثلة ذلك دستور البرتغال والمجر، اما المحكمة الدستورية العليا في مصر فقد ذهبت الى ان الالتزام المفروض على السلطة التشريعية بعدم اغفال وضع معين نص عليه الدستور (الاغفال الكلي)، يعد التزاما سياسيا وليس التزاما قانونيا، وبالتالي لا تمتد اليه رقابة القضاء، اما في حالة تنظيم المشرع لموضوع ما ولكن بصورة قاصرة اي عدم تنظيم كافة جوانب الموضوع (الاغفال الجزئي)، فقد قررت المحكمة فرض رقابتها على هذه الصورة من صور الاغفال^(١٤).

وقد وضحت المحكمة الدستورية في حكم صادر لها "إذا كان القانون يعد هو أداة التوازن داخل الجماعة الواحدة بين خبراتها وتوقعاتها مستقبلا ليكون كافلا توافق أفرادها علي القبول بالنصوص التي يتضمنها، وكان القانون بذلك ليس إلا تطورا منطقيا مقبولا بوجه عام لضمان ان يكون النزول عليه إراديا قائما علي التعاون في مجال تنفيذه، الا انه من المتعذر القول بان القانون يعد دوما نتاجا للحقيقة في صورتها المطلقة، أو تعبيراً عن تصوراتها المجردة وإنما يبلور القانون تلك القيم التي أنتجتها الخطورة الاجتماعية، وكلما كان القانون أكثر اقتراباً منها، كلما كان أفضل ضماناً لإرساء المفهوم التطبيقي للعدالة، سواء فيما بين الأفراد بعضهم البعض أو علي صعيد مجتمعاتهم، وبقد اتساع الفجوة بين هذا المفهوم وعملية صناعة القانون بقدر ما يكون القانون قاصراً علي إنفاذ

(١٣) د. عيد احمد الغفول: فكرة عدم الاختصاص السليبي للمشرع، مرجع سابق، ص ١٥٩.

(١٤) د. عوض المر، مرجع سابق، ص ١٤٢١.

حقائق العدل الاجتماعي، فلا يقدم حلاً ملائماً لتصادم المصالح فيما بين الأفراد ومجتمعهم، مبتعداً بذلك عما يكون لازماً أضافياً^(١٥).

فالتنظيم الذي يوضح الحقوق، هو ذلك التنظيم الذي ينشئ بناء تشريعياً متناسباً فيه أسبابها مع أهدافها، وتتفق فيه حلوله مع متطلبات مجتمعيه وأحكامه بعضها على بعض مترابطة لتحقيق الأغراض المشروعة التي يتوخاها، دونما تعسف أو غلو، فإن قام الدليل على انفصال تلك النصوص عن أغراضها أو إهدارها تلك الحقوق أو انتقاصها كان تنظيم المشرع لها مشوباً بخطأ في التقدير، قد تتفاوت درجاته وتتباين مظاهره داخل المجتمع.

ويقتررب موقف المجلس الدستوري الفرنسي من موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر، حيث اتجه المجلس الدستوري الى مد رقابته على الاغفال التشريعي من خلال رقابته على عدم الاختصاص السلبي للمشرع حيث يرى ان الاغفال التشريعي من اهم صور عدم الاختصاص السلبي للمشرع.

فالسطة التقديرية التي يملكها المشرع في تنظيم الحقوق لا تتناقض حقيقة أن القوانين التي يقرها أهدافاً تتوخاها ووسائل يعتمد عليها في تحقيقها، فانه إذا اختلف تناسب تلك الوسائل بصوره ظاهره مع حقيقة الأغراض التي تتوخاها، كان القانون مخالفاً للدستور، وتلك هي نظرية الخطأ الظاهر التي تتناول جوهر السلطة التقديرية التي يباشرها المشرع، وتتعمق دخالها من خلال عملية عقلية تجربها جهة الرقابة القضائية علي الدستورية، غايتها أن تستوثق بنفسها ما إذا كانت المصلحة التي حمل المشرع النصوص القانونية عليها، حقيقية أو منتحلة، قائمه أو متوهمة، وكذلك ما إذا كانت الوسائل إلي تحقيقها منطقية أو غير ملائمة ضرورية أو مجاوزة حدود الاعتدال^(١٦).

وسوف نتناول بيان ذلك في مطلبين:

المطلب الاول: مشروعية الملاءمة في الرقابة على الاغفال التشريعي.

المطلب الثاني: سلطة المشرع التقديرية في الرقابة الدستورية على الاغفال

التشريعي.

^(١٥) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسة ١٩٩٦/٢/٣ في الطعن رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية.

^(١٦) د. عوض المر - الرقابة القضائية علي دستورية القوانين - مرجع سابق، ص ١٤٦١.

المطلب الأول

مشروعية الملاءمة في الرقابة على الاغفال التشريعي

الملاءمة التقديرية للمشرع هي "ان يضع المشرع في اعتباره اثناء اختيار البديل حلاً للمسألة التشريعية وان يكون ذلك الحل او ذلك التنظيم متسقاً مع طبيعة الحق، ومتطلبات وفق شروط موضوعية تسوغه مع الظروف المجتمعية حتى لا يأتي ذلك التنظيم غريباً عن واقعة لا تربطه به صلة فكما كان التنظيم التشريعي للحق منطقياً مرتبطاً ومعبراً عن واقعة، كلما كان أكثر قبولاً به والتزاماً بأحكامه".

فالقانون ليس الا تطوراً منطقياً مقبولاً بوجه عام، لضمان ان يكون النزول عليه إرادياً قائماً على التعاون في مجال تنفيذه، وكما كان القانون أكثر اقتراباً من واقعه، كلما كان أكثر قبولاً وعدلاً، وأكثر تعبيراً عن ظروف مجتمعه واحتياجاته، وأكثر تحقيقاً وتلبية لمصالحه ويقدر اتساع الفجوة بين هذا المفهوم، وعملية صناعة القانون بقدر ما يكون القانون قاصراً عن تحقيق القبول الاجتماعي، ذلك انه حينئذ لا يقدم حلاً ملائماً لتصادم المصالح فيما بين الافراد ومجتمعهم، مبتعداً بذلك عما يكون لازماً إنصافاً.

فالقانون يعتبر مخالفاً للدستور في محتواه ليس فقط إذا خرج على قاعدة في الدستور، أو نقض قاعدة لها قوة الدستور وإنما كذلك إذا أخطأ في تقدير ما يرون من أوضاع داخل المجتمع.

فرقابة الملاءمة التشريعية ما تزال مثار خلاف في الفقه الدستوري بين مؤيد ولوقوعها، ومنكر أو ربما مستنكر لهذا الوقوع من حيث المبدأ لأنها هي اشد عناصر الرقابة على سلطة المشرع التقديرية خلافاً وجدلاً في الفقه الدستوري، للدرجة التي ادت ببعض الفقه ان يكون متحرراً للغاية أو ربما متوقفاً عن ابداء رأيه في مدي وقوع رقابة الملاءمة التشريعية.

وبعد ان ناقش الفقه الرقابة على الملاءمة، وناقش حجج المنكرين لوقوعها واكتفي بها انه "ليس امامنا الا نخضع للوضع القائم الذي يرفض رقابة الملاءمة على التشريع"^(١٧).

(١٧) د. رفعت عيد سيد- الوجيز في الدعوي الدستورية- مرجع سابق، ص ٣٩٨.

الفرع الأول

إتجاه المحكمة الدستورية على رقابة الملاءمة

وفيما يتعلق برقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، فهي من الموضوعات الهامة والصعبة في نفس الوقت، حيث ظل الفقه الدستوري السائد يردد بان الرقابة القضائية منذ نشأتها الاولى، وعبر مراحلها وتطورها التاريخي، رقابة مشروعية وليست رقابة ملاءمة، والتطورات المتلاحقة والعميقة التي اصابت قضاء الدستورية في مصر او فرنسا تدفعنا الى معاودة النظر فيما استقر عليه الفقه التقليدي من تحديد حدود الرقابة على دستورية القوانين بمشروعيتها دون ملاءمتها، وتدعونا الى الاعتراف بان الرقابة على الملاءمة قد اصبحت في الوقت الحاضر حقيقة واقعية في قضاء الدستورية لا سبيل الى انكارها^(١٨).

ان رقابة الملاءمة أمام المجلس الدستوري الفرنسي فإنها تمكن المجلس من وزن وتقدير الطابع المناسب للوسائل والخيارات التي يقرها المشرع لتحقيق أهدافه مع خطورة التوصل لنتيجة مختلفة عما ارتآه المشرع، الأمر الذي يعد أحد المآخذ على تلك الرقابة، وخاصة أن ممثلى الشعب من أعضاء البرلمان- يحوزون فى التحليل الديمقراطى لشرعية أكثر من أعضاء المجلس الدستوري باعتبارهم منتخبون من الشعب مباشرة، ومن ثم فهم أقدر من القضاة على تقدير الوسائل المناسبة لتحقيق اشباع الأهداف المبتغاة، ففكرة الملاءمة تمثل نوع من الحوار بين المجلس الدستوري والبرلمان، للبحث عن الوسائل الأكثر احتراماً للحقوق والحريات الدستورية بما يسمح بتحقيق الاهداف التي يسعى المشرع لتحقيقها.

وفى الحقيقة نجد أن المجلس الدستوري الفرنسي دائماً يذكر بأنه لا يملك سلطة عامة فى التقدير والتقرير مشابهة لتلك التي يحوزها المشرع، ولا أن يحل تقديره محل تقدير المشرع وأن تقدير المصلحة العامة يكون من اختصاص المشرع إذا كانت الرقابة المقيدة تعد استحسان لتحاشى القول بأن المجلس الدستوري يحل تقديره محل تقدير المشرع، إلا أنها تظل دون حقيقة الرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري من خلال تقنية أو وسيلة الخطأ البين فى التقدير التي لا تقتصر على حالة غموض نص الإحالة الذي يستند إليه المجلس فى ممارسة رقابته، وإنما تمتد لتغطي كافة مجالات المنازعة

(١٨) د. زكي مجد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية

١٩٩٧، ص ٢٢٨.

الدستورية، وأياً كان المبدأ الدستوري محل النزاع بما في ذلك الطابع الضروري لنص تشريعي.

اما رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري المصري فنجد أن هذه الرقابة تتشابه إلى حد كبير برقابة الملاءمة في القضاء الدستوري الفرنسي، حيث أنها استندت إلى ذات الفكرة ألا وهي فكرة الخطأ البين في التقدير كعيب مستقل من عيوب عدم الدستورية الموضوعية، وأن الرقابة استناداً لتلك الفكرة تمثل تطوراً في رقابة الدستورية على ركن السبب في التشريع، حيث أن استهداف المشرع المصلحة العامة كمبدأ دستوري لا يكفي بذاته كقيود على المشرع، بل يجب ألا يشوب تقدير المشرع غلط بين في تحقيق هذه الغاية حتى يمكن تجنب الحكم بعدم الدستورية.

وقد اتبعت المحكمة الدستورية العليا في احكامها علي التأكيد علي أن "ملاءمات التشريع مما يدخل في صميم اختصاص السلطة التشريعية وتقديرها المطلق"^(١٩)، بوصفها من اخص مظاهر السلطة التقديرية للمشرع العادي، بما مؤداه ان تباشر السلطة التشريعية اختصاصاتها التقديرية وفيما خلا القيود التي يفرضها الدستور عليها بعيدا عن الرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا، فلا يجوز لها ان تزن بمعاييرها الذاتية السياسة التي انتهجها المشرع في موضوع معين، ولا ان تناقشها او تخوض في ملاءمة تطبيقها عملاً"^(٢٠). وتطرقت في حكم اخر لها بأن ".....النتظيم المقارن للرقابة علي الشرعية الدستورية لا يخول المحكمة الدستورية العليا ان تزن بنفسها وبمعاييرها ما اذا كان التنظيم التشريعي المعروض عليها لازماً، وما اذا كان إقراره في مناسبة بعينها ملائماً، وليس لها الا ان ترد النصوص التشريعية المطعون عليها الي احكام الدستور، لا ان تخوض في بواعثها أو تناقش دوافعها....."^(٢١).

^(١٩) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسة ١٦/٢/١٩٨٠. في الطعن رقم ١٣ لسنة ١ قضائية دستورية، والطعن رقم ٦٧ لسنة ٤. دستورية بجلسة ٢/٢/١٩٨٥، وحكمها الصادر بجلسة ٤/٥/١٩٩٥ في الطعن رقم ٢٣ لسنة ٩ قضائية دستورية، والطعن رقم ١٦ لسنة ١٥. دستورية بجلسة ١/١٤/١٩٩٥.

^(٢٠) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسة ١٤/١/١٩٩٥ في الطعن رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية دستورية.

^(٢١) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسة ٢/٩/١٩٩٥ في الطعن رقم ١٤ لسنة ١٧ قضائية دستورية.

وفي حكم اخر لها قالت ان ".....الرقابة علي الشرعية الدستورية التي تباشرها هذه المحكمة، فلا تميل اندفاعا بما يؤدي الي لانفلاتها من كوابحها، ولا تتراخي بما يعطل اهدافها، بل يجب ان تظل ملاذا نهائيا لا اجراء احتياطيا، وهو ما يعني أن الحدود التي تمارس السلطان التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتها الدستورية في نطاقها، لا يجوز اقتحامها، وان المحكمة الدستورية العليا لا تزن بنفسها ومن خلال مناهجها الذاتية ما اذا كان التنظيم التشريعي المعروض عليها لازما وما اذا كان اقراره مناسبة بعينه ملائما، اذا ليس لها الا ان ترد النصوص التشريعية المطعون عليها لأحكام الدستور الشكلية منها والموضوعية لا ان تخوض في بواعثها أو تناقش دوافعها....."^(٢٢).

إذا كان ذلك وكانت المحكمة ما دأبت كما سبق على ترديد أن ملاءمات التشريع من إطلاقات المشرع التي تخرج عن نطاق رقابتها، الا انه من الجدير ذكره ايضاً أن المحكمة الدستورية قد درج قضاؤها الا تنهي تأكيدها بخروج ملاءمات التشريع عن نطاق رقابتها، قبل أن تؤكد في ذات الوقت وبعبارات متصلة مباشرة بهذا التأكيد، على ان ذلك لا يعني انفلات هذه السلطة، إذ ان سلطته هذه مشروطة بالتزامه بالضوابط الدستورية ذات العلاقة والا عد التشريع مخالفاً للدستور.

ومن امثلة ذلك ما تقرره المحكمة من ملاءمات التشريع هي من اخص مظاهر السلطة التقديرية للمشرع العادي، ما لم يقيد الدستور بحدود وضوابط يتعين علي التشريع التزامها، والا عد مخالفاً للدستور، ومن ثم يكون من حق المشرع العادي أن يستقل بوضع القواعد القانونية التي يراها محققة للمصلحة العامة، متي كان في ذلك ملتزماً بأحكام الدستور وقواعده^(٢٣)، مؤكدة ايضاً علي ان اتفاق النصوص القانونية المطعون عليها مع الدستور وفي نطاق الموضوع محل التنظيم التشريعي- يقتضي الا تنفصل هذه النصوص عن الاغراض التي توخاها المشرع منها، بل يكون اتصال هذه الاغراض- وبافتراض مشروعيتها بالوسائل اليها منطقياً، لا واهياً او مفتعلاً^(٢٤).

^(٢٢) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسة ١٥/٤/١٩٩٥ في الطعن رقم ٩٣ لسنة ٤ قضائية دستورية.

^(٢٣) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في الطعن رقم ١٣ لسنة ١٣. دستورية بجلسة ١٦/٢/١٩٩٨.

^(٢٤) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسة ٢٢/٣/١٩٩٧ في الطعن رقم ٩ لسنة ١٨ قضائية دستورية.

وبناء على ما تقدم فإن أهم الجوانب التي يستند إليها للأخذ بفكرة الغلط البين في التقدير هو غموض النصوص الدستورية إلا أنه ليس الأساس الوحيد، ولكن يجب البحث عن أسباب أخرى غير قانونية لتفسيره. وفي الواقع فإن التسليم بالطبيعة الموضوعية لمعيار الغلط البين في التقدير لا تحول دون الاستناد إلى الاعتبارات العملية أو السياسية باعتبار انه ينظر في تفسير الدستور إلى هذه الاعتبارات مجتمعة وما نظرية الغلط البين في التقدير إلا نتيجة الأخذ بمنهج التوسع في تفسير النصوص الدستورية وهو ما تأخذ به المحكمة الدستورية العليا في مصر والمجلس الدستوري في فرنسا باعتبارهما مدرسة لاتينية واحدة.

الفرع الثاني

اختلاف الفقه الدستوري من الرقابة على الملاءمة التشريعية

فكرة الرقابة الدستورية الي ملاءمات التشريع من عدمه، تعد من اكثر القضايا التي اثارت جدلا واسعا بين الفقه الدستوري، ذلك انه بذات القدر الذي كان فيه تردد الفقه آرائه عند التعرض لفكرة خضوع سلطة المشرع التقديرية عموما لرقابة المحكمة الدستورية العليا من حيث المبدأ او عدم خضوعها، تكرر التردد بذات القدر تجاه القول بامتداد رقابة الدستورية الي ملاءمات التشريع او عدم امتدادها، بوصفها من ادق عناصر السلطة التقديرية التي تتمتع بها سلطة التشريع للدرجة التي يمكن القول معها إن اختلاف رأي الفقه الدستوري حول رقابة الملاءمة، يعد من أشد الجوانب الرقابة علي الدستورية جدلا، ذلك أن هناك من الفقه من ينكر وقوعها او يستنكره بصورة مطلقة، وهناك من يقول بوقوعها في أشد الجوانب حساسية وهي جوانب الملاءمة السياسية^(٢٥). ويكشف الموقف المعلن للمحكمة الدستورية تجاه رقابة الملاءمة كان سبباً في تطور الخلاف في آراء الفقه الدستوري تجاه امتداد رقابة الدستورية الي نطاق الملاءمة

(٢٥) د. عبد المنصف عبدالفتاح ادريس- رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري- دراسة مقارنة- رسالة الدكتوراه- كلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠١١ ص ٣٧ وما بعدها، ود. ثروت عبد العال- السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا- دار النهضة العربية ٢٠٠٤ ص ٣٤٩ وما بعدها، ود. عبد العزيز محمد سالم- ضوابط وقيود الرقابة الدستورية. مصر: سعد سمك للمطبوعات القانونية، ٢٠١١، ص ١٠٧.

التشريعية، خاصة وأن امتداد رقابة الدستورية الي ملاءمات التشريع، يعد من القيود الذاتية التي ما فتأت المحكمة الدستورية تعلن إلزام نفسها به في العديد من أحكامها منذ نشأتها وحرصها المستمر على ان رقابتها لا تطال ملاءمات التشريع بوصفها من إطلاقات سلطة المشرع التي لا تخضع لرقابة الدستورية.

وموقف الفقه الدستوري في هذا الشأن ليست قليلة حيث تري عدم جواز خضوع ملاءمة التشريع لرقابة الدستورية، في حين يري البعض الاخر من الفقه جواز امتدادها علي أن رقابة الملاءمة تطبق عملا في قضاء المحكمة الدستورية بدرجة لا يمكن إنكارها، مؤكداين في الوقت ذاته لي أن رقابة المحكمة بدرجة لا يمكن انكارها مؤكداين في الوقت ذاته علي ان رقابة المحكمة لعدم الملاءمة الظاهرة في تقدير المشرع هو جزء من صميم اختصاصها، كما ان اقتحامها ذلك الميدان لا يعني حلول نفسها محل تقدير المشرع او اعتداء علي اختصاصه وتقديره، حيث أن تقديره قد حدث بالفعل وسابق علي رقابتها، وأن مهمة المحكمة في تلك الرقابة هو مجرد التحقق من ربط ما أقره المشرع من نصوص وحلول تشريعية، وبين مقتضياتها وظروف البيئة المحيطة بتلك النصوص.

ونبين في ذلك موقف الفقه من خلال الاتجاه الراض لرقابة الملاءمة والاتجاه المؤيد لها على النحو التالي:

أولاً: الفقه الراض لرقابة الملاءمة

يستند الفقه الراض الي كون رقابة الدستورية هي رقابة مشروعية وليست رقابة ملاءمة، وينبغي الفقه لراض لرقابة الملاءمة وقوع تلك الرقابة في قضاء المحكمة الدستورية، مقررا وبعبارات حاسمه ان القضاء الدستوري قد استقر علي انه قضاء مشروعية دستورية وليس قضاء ملاءمة ذلك ان رقابة الدستورية لا تمتد الي ملاءمة التشريع وبواعث إصداره، فذلك امر متروك لتقدير المشرع تقديرا لا يخضع لرقابة المحكمة الدستورية ولا اي محكمة اخري^(٢٦).

وان وظيفة القاضي الدستوري تنحصر في مجرد التحقق من مطابقة النص التشريعي المطعون فيه للنصوص الدستورية، ومن ثم يتمتع عليه ان يتعرض لبحث ملاءمة التشريع اذ ان يدخل ضمن العناصر التي تستقل السلطة التشريعية بتقديرها، وليس للقضاء أن يراقب التقدير الذي تجريه السلطة التشريعية في هذا الشأن، والا كان

(٢٦) د. رمزي طه الشاعر- القضاء الدستوري في مملكة البحرين- مرجع سابق- ص ٤٩٧ وما بعدها،

د. يحيي الجمل- القضاء الدستوري في مصر- مرجع سابق، ص ١٧٤.

ذلك تجاوزا منه لحدود اختصاصاته الدستورية، لما يتضمنه من اعتداء على اختصاصات السلطة التشريعية.

ومن ثم يمتنع عليه ان يتعرض لبحث ملاءمة التشريع او الخوض في ماهية البواعث التي ادت الي صدور التشريع وضروريته لتحقيق الاهداف التي توخاها المشرع، وليس له ايضاً أن يتعرض لتقدير الحكمة التي ابتعتها السلطة التشريعية، من وراء صنع التشريع او تقدير آثاره الاجتماعية او فحص الاساليب التي يستخدمها او السياسة التي يعبر عنها فكل هذه المسائل تدخل ضمن عناصر الملاءمة التي تستقل السلطة التشريعية بتقديرها وليس للقضاء أن يتناول بالمراجعة التقدير الذي تجريه السلطة التشريعية في هذا الشأن، والا كان متجاوزا منه لحدود اختصاصاته الدستورية، ويمثل في الوقت ذاته اعتداء من جانبه علي اختصاصات السلطة التشريعية^(٢٧).

ويري احد الفقهاء الرافضين لامتداد الرقابة الدستورية انه يكاد ينعقد الاجماع في الفقه الدستوري علي ان الرقابة التي يمارسها القضاء الدستوري هي رقابة فنية ذات طابع قانوني مجرد، تقتصر علي المسائل الدستورية ولا تمتد الي ما يدخل في الاختصاص التقديري للسلطة التشريعية، ولا الي ما يتعلق بملاءمة التشريع وبواعث اصداره او ضرورته، باعتبار ان هذه الامور من عناصر السياسة التشريعية التي يمتنع علي جهات الرقابة التدخل فيها، وان تدخل القضاء الدستوري بالحكم عليها، يمثل عدوانا علي السلطة التشريعية وخروجاً علي مبدأ الفصل بين السلطات، ومن ثم يمتنع علي القاضي الدستوري أن يتعرض لبحث ملاءمة التشريع او الخوض في البواعث التي ادت الي صدره او ضرورته لتحقيق الاهداف التي توخاها المشرع^(٢٨).

وقد قدم الفقه المعارض لخضوع امتناع المشرع لرقابة القاضي الدستوري مجموعة من الحجج تتعلق في مجموعها بنوع أو ماهية القاعدة الخاضعة للرقابة في حالة الامتناع، ثم بطبيعة العلاقة القائمة بين القاضي الدستوري من ناحية والمشرع من ناحية أخرى.

(٢٧) د. ثروت عبد العال احمد- السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا- دار النهضة العربية، ص ١٩٩.

(٢٨) د. رمزي طه الشاعر- القضاء الدستوري في مملكة البحرين- مرجع سابق- ص ٤٩٧ وما بعدها.

فقد ذهب جانب منهم إلى انه من الصعب أن تتصب رقابة القاضي الدستوري على امتناع المشرع عن تنظيم مسألة معينة بصورة جزئية أو بصورة كاملة، لان ذلك يعني وقوع هذه الرقابة على قواعد غير موجودة بالفعل، هذا إضافة إلى إن غياب القاعدة القانونية، لاسيما في الدول التي تأخذ بالرقابة اللاحقة، تحول دون اللجوء إلى تحريك هذه الرقابة، لان وجود نص قانوني يعد شرطاً أساسياً وأولياً لقيام هذه الرقابة^(٢٩).

يضاف إلى ذلك انها تعد تعدياً على اختصاص السلطة التشريعية بالتعقيب على أعمالها توصلها إلى إهدارها بوصفها أكثر التصاقاً من القضاء بآمال المواطنين وأحق بالتعبير عن احتياجاتهم وأولوياتهم، بجانب أنها أدق نفاذاً إلى الحقائق التي تلهمها تشريعاتها وأنه لو جاز للقضاء التعقيب على عمل السلطة التشريعية لجاز للسلطة التنفيذية التعقيب على عمل السلطة القضائية بأن تمتنع عن تنفيذ الأحكام التي ترى فيها مجافاة للعدالة أو مخالفة للدستور كما تفهمه هي^(٣٠).

فضلاً عن أن هذه الرقابة ستحل الهيئة القضائية مكانة أعلى من الهيئات الأخرى باعتبارها السلطة الوحيدة ذات الحق البرلماني في إقرار القوانين، مما يجعلها في مركز أسمى من البرلمان الذي يعتبر في النظام الديمقراطي ممثل الأمة صاحبة السيادة^(٣١).

كما أن إقرار هذه الرقابة يؤدي إلى قيام القاضي الدستوري بتفسير النص الخاضع لرقابته بصورة توحى لصدوره عن المشرع بصورة غير مكتملة، مسنداً بذلك إلى إرادة المشرع نصاً أو بعض نص لم يصدر عنه أصلاً، هو أمر لا يخلو من تجاوز على اختصاص المشرع، لأنه يمثل إضافة غير مبررة للنص لم يذهب إليها المشرع الذي لو أراد إقرار حكم معين لأقره صراحة^(٣٢).

(٢٩) د. عبد الحفيظ الشيمي: مرجع سابق، ص ١٢٣.

(٣٠) د. هشام فوزي، رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان ١٩٩٩، ص ٤٧.

(٣١) د. عزيزة الشريف: دراسة في الرقابة على دستورية التشريع، المركز الإسلامي الثقافي، الكويت، ١٩٩٥، ص ٥٥.

(٣٢) د. عيد احمد الفغول: فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص ١١٨. د. محمد ماهر أبو العينين: مرجع سابق، ص ٧٨. د. احمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص ٢٠١ - ٢٠٢.

وفي هذا الصدد يقول احد الفقهاء "أن كل ما ليس جزءا من النص الخاضع للرقابة، لا يمكن اعتباره قاعدة قانونية موجودة، ولا يمكن بناءً على ذلك نسبته للبرلمان" كما ذهب فقيه آخر إلى القول "بأنه لا شك في أن مجال تحرك المحكمة الدستورية يتسم بالسعة ولكن ليس باللامحدودية" فهي تستطيع بالتأكيد هدم ما أقامه البرلمان بالمخالفة لإحكام الدستور، لكنها لا تستطيع إقامة ما لم يقيمه البرلمان ذاته، كما يرى بعض الفقه أن رقابة الامتناع تبدو أمراً غريباً، لأنه من شأنها إدانة ما سكت النص عن قوله وليس ما قاله النص^(٣٣).

كما تعني الرقابة على حالة الامتناع حلول القاضي محل المشرع في تقدير كثير من الأمور، أولها مدى الحاجة إلى القانون وثانيها مدى ضرورة هذا القانون وثالثهما تقدير الظروف الملائمة لصدور القانون، وهذه الأمور هي من اخص سمات السلطة التشريعية^(٣٤).

ومن ثم فإن تنظيمها يعد رخصة من حق المشرع أن يستخدمها أو لا يستخدمها وله أن يتخير الوقت المناسب وفقاً للملاءمات القانونية والمواءمات العامة، لذلك فمسألة الاغفال التشريعي تعد سياسية وليست قانونية ولا يسأل عنها المشرع أمام القاضي الدستوري، وإنما يسأل عنها سياسياً في ضوء توجهات الرأي العام الذي يستطيع ممارسة الضغط عليه عندما يرى حاجة المجتمع إلى تشريع ما^(٣٥).

بما مضمونه أن التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية، لا يخول جهة الرقابة أن تزن بنفسها وبمعاييرها ما إذا كان القانون لازماً وما إذا كان إقراره ملائماً، وإن واجبها ينحصر في أن ترد النصوص القانونية المطعون عليها إلى أحكام الدستور، لا أن تناقش بواعثها أو تخوض في دوافعها، لأن ما تقرره في ذلك يفترض أن تكون لهذه النصوص بواعثها أو دوافعها غير المخالفة للدستور^(٣٦).

(٣٣) د. عيد احمد الفغول: فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص ١١٨.

(٣٤) د. عبيد حسين السيد حسين: مرجع سابق، ص ٣٧٢- ص ٣٧٤.

(٣٥) د. هالة محمد طريح: مرجع سابق، ص ٢٥١.

(٣٦) وهذا ما قرره القضاء الدستوري في بعض أحكامه التي أشار إليها: د. عوض المر: مرجع سابق، ص ١٣٤٨.

وبناءً على ذلك لا يجوز للقاضي الدستوري فرض رقابته على امتناع المشرع عن معالجة وضع معين طبقاً للدستور، إذ تنصب رقابته على التحقق من مدى مطابقة النصوص التشريعية التي وضعها المشرع للنصوص الدستورية^(٣٧).

لأن الرقابة هنا كما يرى- بيردو- تتطلب أن يتدخل القاضي- بما يعتنقه من أفكار وأراء- لكي يكتشف عن وجود انتهاك للدستور من جانب المشرع، ويعد هذا التدخل- في رأيه- تجاوزاً من القاضي لدوره القضائي إلى ممارسة الدور السياسي، وتجاوز بالرقابة من نطاق وجهها القانوني إلى نطاق الوجه السياسي، فهذه الرقابة- كما يقول بيردو- تنتهي بالقاضي حتماً إلى المجال السياسي لأن دوره هنا لا يتمثل فقط في المقارنة بين النصوص، بل يتعدى إلى البحث عن نوايا واضعي الدستور ونوايا المشرع ويوازن بينهما، ويستخلص آثار القانون ويتخيل أصداءه. ولتقدير ذلك كله يضع القاضي نفسه مكان واضعي الدستور، وهو بذلك يتجاوز حدود الوظيفة القضائية ليصل إلى الساحة السياسية، فهو لا يحكم من حيث انه قاضي بل بحسب الحالة الفكرية للمشرع، فالقاضي يستبدل تفكير المشرع بتفكيره هو، وبجانب ما تقدم فإن الدستور يتضمن توجيهات عامة موجبة للحكام، فليست أحكام الدستور- ما عدا القليل منها- محلاً للتطبيق الفوري، ولكنها تبين- بصفة عامة- الخطوط الأساسية للحكم، وعلى ذلك فإن طبيعة الدستور، تحوّل دون أماكن صلاحيتها كأساس للرقابة القضائية^(٣٨).

ثانياً: الفقه المؤيد للرقابة على حالة الامتناع التشريعي

يرى الفقه الغالب إمكانية، بل وضرورة مراجعة القاضي الدستوري لامتناع المشرع عن التدخل لتنظيم مسألة معينة يفرض عليه الدستور تنظيمها. تقيداً بتراتبية النص الدستوري وسموه على باقي أشكال القوانين الذي لا يقف عند رقابة السلوك الايجابي للمشرع من خلال معرفة مدى تطابق القانون مع أحكام ومضمون الدستور، وإنما يمتد الى السلوك السلبي للمشرع المتمثل في الامتناع عن سن القوانين مما يترك فراغاً قانونياً قد تستغله السلطة التنفيذية، بما ينتج عن ذلك تداخل في الاختصاص^(٣٩).

(٣٧) د رمزي طه الشاعر: مرجع سابق، ص ٧٢٤-٧٢٥.

(٣٨) د. علي السيد علي الباز: مرجع سابق، ص ١٢٥-١٢٧.

(٣٩) أسين أمهدا: الرقابة على دستورية القوانين، المغرب وفرنسا نموذجاً، مقال منشور على الموقع

الالكتروني:

ذلك أن الدستور يضع على عاتق المشرع مجموعة من الالتزامات القانونية التي يجب عليه الوفاء بها. بجانب أن النصوص الدستورية تُرسي الأصول العامة والأسس الجوهرية للموضوعات التي تتناولها بالتنظيم، دون أن تبحث في التفاصيل والجزئيات تاركَةً ذلك للبرلمان^(٤١) بعبارة أخرى أن الدستور يتضمن توجيهات عامة موجهة للهيئات، فليست أحكام الدستور - ما عدا القليل منها - محلاً للتطبيق الفوري، ولكنها تبين - بصفة عامة - الخطوط الأساسية للحكم^(٤١) وبامتناعه هذا يكون قد أدخل بهذه الالتزامات التي أسندها له الدستور، أو لم يتم بالوفاء بها بصورة كاملة وواضحة وصريحة كما ورد النص عليها في الدستور بما يفصل النصوص الدستورية عن أهدافها ووظائفها كما وينحرف عن إشباع مصلحة عامة لها اعتبارها، وبذلك يكون تحقق المخالفة الدستورية ليس فقط عندما يباشر المشرع وظيفته التشريعية، وإنما أيضاً إذا امتنع عن ممارسته لهذه الوظيفة بصورة كلية أو جزئية بشكل لا يمكن إجبار القضاء على السير في هذه المخالفة، ومن ثم يحق له الحكم بعدم دستورتيتها^(٤٢).

وانطلاقاً من هذا الرأي يقول (Jose CASTSA) بأن رقابة الامتناع التشريعي يمكن أن تكون وسيلة فعالة في يد المحكمة الدستورية لحماية الحقوق والحريات التي يحتويها الدستور، من خلال وضع النصوص التي تنظمها موضع التنفيذ، وضمان استمرار كفاءتها في النظام القانوني^(٤٣) حيث ترتب هذه النصوص على البرلمان التزام مزدوج: ايجابي وسلبي في ذات الوقت؛ فالبرلمان ينبغي عليه التدخل عن طريق ما يصدره من تشريعات لوضع المبادئ الدستورية المنظمة لهذه الحقوق موضع التنفيذ^(٤٤) وهذا هو مضمون التزامه الايجابي، وإذا تدخل بالفعل لتنظيمها واضعاً آليات معينة

<http://www.droitentreprise.org/web/?p=1953>

^(٤١) 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، ٢٠١١، ص ١٧٤. منشور على الرابط الإلكتروني:

<http://sljournal.uaeu.ac.ac/issues/48/images/3-%20Eiad%20-%20Alwaidia%20..pdf>

^(٤١) د. علي السيد علي الباز: مرجع سابق، ص ١٢٧ - ١٢٨.

^(٤٢) د. عيد الحفيظ الشيمي: مرجع سابق، ص ١٠٤-١٠٥.

^(٤٣) د. عيد احمد الغفول: فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص ١٣.

^(٤٤) راجع في ذلك د. عادل الطباطبائي: مرجع سابق، ص ٤٢٨.

لإشباعها فإنه سوف يفقد حرّيته تماماً بشأنها، فلن يستطيع أن يصدر من التشريعات ما ينال منها أو يحرم الأفراد من التمتع بها، ولكنه يمكنه أن يتدخل تشريعياً ليزيد من ضمانات ممارستها، وهذا هو محتوى الالتزام السلبي، ومن هنا فإن حماية الحقوق وضمنان تمتع الأفراد بها تمر حتماً من خلال رقابة الامتناع التشريعي^(٤٥).

هذا بالإضافة الى أن تدخل المشرع نفاذاً 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 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 البرلمان هو أداة صياغة هذا التعبير، والإغفال التشريعي ما هو إلا تعبير عن الإرادة العامة لم تتم صياغته بمعرفة البرلمان، ومن ثم تشكل عدم الصياغة مخالفة دستورية^(٤٦) تشكل الرقابة عليها رد السلطة التشريعية الى حدودها الدستورية^(٤٧) وقد التزم أصحاب هذا الاتجاه بتفنيده الحجج التي نادى بها أنصار الاتجاه المنكر لهذا النوع من الرقابة^(٤٨).

^(٤٥) د. عيد احمد الغفول: فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص ١٣٠ - ١٣١.

^(٤٦) د. عبد العزيز محمد سالم: رقابة الاغفال في القضاء الدستوري، دون ذكر ارقام صفحات بحث

منشور على الموقع الالكتروني: <http://www.startimes.com>

^(٤٧) سعد غازي طالب، حدود الاختصاص التشريعي للبرلمان، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ص ٢١٤.

^(٤٨) د. عيد احمد الغفول: فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص ١٢٢. د. محمد ماهر

ابو العينين: مرجع سابق. ص ٨١. د. عبير حسين السيد حسين: مرجع سابق، ص ٣٧٣.

وانطلاقاً من ذلك يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن رقابة الامتناع التشريعي، ليست رقابة على قواعد غير موجودة، لأن من الواجب تفسير سكوت المشرع على تسوية مسألة معينة على انه قاعدة سلبية وليس قاعدة غير موجودة، والقاعدة السلبية هي التي يفهم منها اتجاه نية مصدرها إلى وضع بعض القيود على استعمال حق معين من جانب الأفراد أو ترك مسألة معينة أو مجموعة من المسائل دون تنظيم رغم التزامه بالتدخل لتنظيمها من حيث المبدأ، وفي الحالتين يجب على القاضي الدستوري التدخل لمراقبة هذه القاعدة السلبية بالرجوع إلى أحكام الدستور التي توجب ضرورة التدخل لتنظيم هذه المسألة^(٤٩).

أما القول بأن جهة الرقابة غير مخولة بأن تزنّ بنفسها- وبمعاييرها- ما إذا كان القانون لازماً وما إذا كان إقراره ملائماً، لأن ذلك يدخل في السلطة التقديرية للمشرع التي يتمثل جوهرها في المفاضلة بين بدائل تتزاحم جميعها على تقديم الحلول المختلفة^(٥٠) لاختيار ما يقدر أنها الأنسب لمصلحة الجماعة وأكثرها ملائمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص هذا التنظيم. نعم ذلك- لكن بشرط- ما لم يقيد الدستور بضوابط معينة تحد من إطلاقها، وترسم بالتالي حدوداً لممارستها لا يجوز تخطيها^(٥١) وإلا كان ذلك عدواناً على هذه الموضوعات التي ينظمها القانون، مجاناً حدود تنظيمها، ومنتهاياً إلى مصادرتها أو تقيدها^(٥٢).

وهكذا فإذا كان المشرع يظل مقيداً بأحكام الدستور في المجال الخصب لإعمال سلطته التقديرية، فلاشك أن درجة تقيده بأحكام ومبادئ الدستور في غير هذا الموضوع

^(٤٩) د. محمد ماهر ابو العينين: مرجع سابق. ص ٨٦، د. هالة محمد طريح: مرجع سابق، ص ١٨٤.
^(٥٠) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم / ٩ / لسنة ١٦، جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥، قاعدة رقم ١/٧. ص ١١٤، من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة: أشار إليه د. عوض المر: مرجع سابق، ص ١٣٨٣-١٣٨٤.

^(٥١) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم / ٢٧ / لسنة ٨، جلسة ٤ يناير ٩٢، .
^(٥٢) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم / ٠٣ / لسنة ١٦ / قضائية دستورية / جلسة ٦ ابريل ١٩٩٦ / قاعدة رقم ٣٣ / ص ٥٥١ / من الجزء السابع من مجموعة احكامها. كذلك القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية دستورية / جلسة ٨ / ١٩٩٥ / قاعدة رقم ٧ / ص ١٠٦ وما بعدها من هذا الجزء / - أشار إليهما د. عوض المر: مرجع سابق، ص ٥٧.

تكون اشد، خصوصاً بالنسبة للإحكام التي تلقي على عاتق السلطة التشريعية التزامات صريحة لا لبس فيها، لدرجة القول بانعدام سلطته التقديرية فيها، ومن ذلك التزامه بضرورة ممارسة اختصاصه بالتشريع بنفسه وعلى الوجه المبين في الدستور^(٥٣) وإلا كان في تصرفه مساس بالموضوع الذي كفله الدستور، مما يبرر الطعن بعدم دستوريته^(٥٤).

لان البرلمان ليس مالكاً لاختصاصه التشريعي بل يتلقاه من الدستور بغرض ممارسته فعلياً وعلى الوجه الأكمل تحقيقاً للمصلحة العامة، فليس من المصلحة العامة في شيء أن يمتنع عن ممارسته بصورة جزئية تتمثل في إصدار قوانين قاصرة لا تقوى على تنظيم موضوعاتها بالشكل المطلوب، أو بصورة تامة تتمثل في ترك مسائل بدون تنظيم تشريعي لفترة زمنية طويلة، يترتب على ذلك فراغ تشريعي يضر بالمصلحة العامة، وان البرلمان أن فعل ذلك يكون قد أنكر اختصاصه التشريعي^(٥٥) الأمر الذي يوجب على القاضي الدستوري فرض رقابته عليه والحكم بمخالفة التصرف الصادر منه لأحكام الدستور.

كما أن ما يساعد القاضي الدستوري على المضي قدماً في إعمال فكرة الرقابة على حالة الامتناع التشريعي، هو أن قواعد توزيع الاختصاصات بين السلطات بصورة عامة، تتعلق بالنظام العام، وبالتالي فإن الدفع بإدانة امتناع البرلمان أو تنازله عن ممارسة اختصاصاته التشريعية أو أخلاله بجزء منها، يعد من الدفوع المتعلقة بالنظام العام التي ينبغي على القاضي إثارتها من تلقاء نفسه، حتى وإن لم يطلب إليه المتقاضون ذلك لأن القواعد القانونية الأدنى لا يجوز لها أن تخالف نصوص الدستور، كما لا يجوز لها أن تعدلها، ومن ثم فإن بطلان القوانين المخالفة لأحكام الدستور نتيجة ترتبط أساساً بتقرير مبدأ سمو الدستور ويصبح النص عليها أو عدمه تحصيل حاصل^(٥٦).

الا أن تنوع صور الامتناع التشريعي- كما اشرنا- يؤدي إلى اختلاف شكل وطبيعة الحكم الدستوري الصادر بإدانة امتناع البرلمان عن تنازله عن اختصاصه أو الإخلال

(٥٣) د. محمد ماهر ابو العينين: مرجع سابق، ص ٨٥-٨٦.

(٥٤) د. عادل الطباطبائي: مرجع سابق، ص ٤٣٢.

(٥٥) د. عيد احمد الفغول: فكرة عدم الاختصاص السليبي للمشرع، مرجع سابق، ص ١٢٦.

(٥٦) د. جابر جاد نصار: الوسيط في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦،

ص ١٥٨.

بجزء منه، فإذا كان البرلمان قد امتنع أو أحجم عن التدخل لتنظيم مسألة أو مجموعة من المسائل، كان ينبغي عليه التدخل لتنظيمها وفقاً للدستور، أو تدخل بالفعل لتنظيمها ولكن بصورة ناقصة لا تفي بالغرض المطلوب بحيث يترتب على موقفه فراغ تشريعي كامل أو جزئي، فأن الحكم الصادر من القاضي بإدانة هذا المسلك يتخذ شكلاً تفسيرياً، يقوم القاضي من خلاله بإجراء تقييم شامل للموقف منتهياً أما إلى حث البرلمان على التدخل لتنظيم المسألة أو المسائل التي لم يتدخل لتنظيمها، أو إلى تفسير النص الخاضع لرقابته بصورة تسمح له بإكمال النقص الذي يعتريه، والناجى عن تنظيم البرلمان للمسألة موضوع هذا النص بصورة جزئية لا تفي بالغرض^(٥٧).

وهذا ما نؤكدده، وإن اختلفت الأسس التي نرى في أحقية القاضي الدستوري، حيث أن اختصاص جهة الرقابة على حالة الامتناع التشريعي، يجد أساسه في فكرة التصدي في القضاء الدستوري، والتي مفادها أن يقوم القاضي الدستوري من تلقاء نفسه بإثارة مسألة من المسائل أو دفع من الدفوع المتصلة بموضوع معين، ثم يحكم القاضي بشأن هذه المسألة أو هذا الدفع ويطبق الدستور عليها، ليزن بينها وبين محتوى نصوصه وروحها ليقرر فيما إذا كان وجودها يشكل عدواناً على الموضوعات التي ينظمها فيحكم بإنزال حكم الدستور عليها.

وهي ذات الفكرة التي عبر عنها الفقه الفرنسي بالدفع المتعلق بالنظام العام، محددًا محتواها بأنه الدفع الذي يثيره القاضي الدستوري مستنداً إلى وجود مخالفة للقانون بمعناه العام والمتعلقة بتنظيم المجتمع^(٥٨) وبذلك يلعب دور رئيس في هذا الخصوص، حيث ينبغي عليه- من خلال قضاءه- أن يراعي مقتضيات النظام العام بأن يستلهم المصلحة العامة وأن يتقيد بالنظم السائدة في المجتمع، وأن يضمن لها ما قد يغفل التشريع ضماناً من حماية كافية^(٥٩) وبذلك يكون هذا الدفع قد صدر من أجل تحقيق مصلحة المجتمع

^(٥٧) د. عيد احمد الغفول: فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص ٤٦.

^(٥٨) د. يسري محمد العصار: التصدي في القضاء الدستوري، دراسة تحليلية مقارنة لسلطة المحكمة

الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٥- ص ١٦.

^(٥٩) د. عيد احمد الغفول: فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية، دراسة

مقارنة، ط ٢ منقحة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٠- ١١.

في مجموعته، والهدف من هذا الدفع في النهاية، هو وضع نهاية لهذه المخالفة لان استمرارها من شأنه أن يضر بالمصلحة العامة للمجتمع^(١٠). وبهذا يتضح أن تصدي القاضي- بناءً على الأصول العامة للتقاضي- لإثارة دفع من الدفوع المتعلقة لمخالفة المشرع للقانون بمعناه العام كامتناعه عن تنظيم موضوع معين أو إخلاله بأصول تنظيمه، يجد أساسه من ناحية في نصوص ذلك القانون، ومن ناحية أخرى في السلطة التقديرية للقاضي التي تخوله اعتبار دفع معين، كما لا يعد افتتاحات على سلطة البرلمان- بحسب تعبير كلسن- لان المحكمة حين تقضي بعدم الدستورية للتشريع هنا، لا تقوم بوظيفة تشريعية إيجابية فهي لا تتعدى على وظيفة السلطة التشريعية بمقامتها إياها، وإنما من الجائز أن يقال إنها تقوم بوظيفة تشريعية سلبية تتمثل في إبطال التشريع، ولكن الوظيفة التشريعية الأصلية المنشئة للقواعد القانونية تظل بعيدة عن سلطة المحكمة واختصاصاتها^(١١).

المطلب الثاني

سلطة المشرع التقديرية في الرقابة الدستورية على الأغفال التشريعي

عندما يعهد الدستور الي السلطة التشريعية باختصاص ما، فأنها ليست بالخيار بين تنفيذه أو اهماله، أو التسلب منه أو التهاون أو التفریط فيه لغيرها من السلطات بل هي مقيدة بتنفيذه طبقاً لنص الدستور .

ولكن ليس كل قواعد الاختصاص علي درجة واحدة من حيث الزام سلطة التشريع بالتدخل لتنظيم مسألة تشريعية ما، في وقت محدد او علي وجه محدد دون غيره، او ان تتولي هي بتنظيم المسألة التشريعية من كافة جوانبها لان تلك القواعد تتمايز فيما بينها بين تقييد سلطة المشرع في تناوله لتنظيمها علي سبيل الجزم والالزام دونما تقدير او اختيار، وبين منحه مرونة واسعه في تنظيمها او من حيث حدود انفرادها وحدها بكامل تنظيمه وامكانية تفويضها لغيرها في تنظيم بعض عناصر هذا الحق، ويتحدد ذلك كله وفقاً لصرامة القيود الدستورية ذات العلاقة والملقاة علي عاتق المشرع أو اتساعها.

(١٠) د. يسري محمد العصار: مرجع سابق، ص ٥- ص ١٦.

(١١) د. يحيى الجمل: الرقابة على دستورية القوانين في المملكة الليبية، مرجع سابق، ص ٢٣٦.

ولكن يختلف الامر في حالة الاغفال التشريعي من جانب المشرع والتي تستلزم تدخل المشرع لمعالجة ما اغفله المشرع من احكام وليس فيما صدر عنه من تنظيم.

وسوف نوضح ذلك من خلال بيان:

أولاً: سلطة المشرع بين التقييد والتقدير

ثانياً: حدود الرقابة على الاختصاص السلبي للمشرع

ثالثاً: رقابة المحكمة على التسلب من الاختصاص رقابة على سلطة مقيدة

أولاً: سلطة المشرع بين التقييد والتقدير

بشكل عام لا يتضمن الدستور الا نصوص الزامية في تطبيقها وبالتالي لا يكون المشرع بالخيار بين تطبيقها او ارجائها، بل يتقيد بها بالضرورة، فلا يتخطاها او يميل انحرافا عنها، كذلك فان القيود التي يفرضها الدستور على المشرع هي التي تحد من نطاق السلطة التقديرية التي يملكها في موضوع تنظيم الحقوق.

ومن خلال ممارسة المشرع لاختصاصه بين التقييد والتقدير، تختص السلطة التشريعية وحدها بسن القوانين وفقا للدستور في إطار وظيفتها الاصلية، وفي سبيل قيامها بذلك الاختصاص فانها تتمتع كأصل عام بحرية كبيرة في التدخل لتنظيم مسألة تشريعية ما، وفي الوقت الذي تراه مناسباً لذلك التدخل، طالما كانت في ذلك كله ملتزمة بالقيود والضوابط الدستورية الشكلية منها والموضوعية الملقاه على عاتقها عند ممارستها لاختصاصها التشريعي المكفول لها.

وبحسب تقييد او تقدير المشرع، تتحدد نطاق سلطة المشرع في التدخل الالزامي او التقديري، لتنظيم مسألة ما او عدم تدخله، او اسناد جزء من تنظيمها الي سلطة اخري لتمارسه بدلا منها وفقا للضوابط والقيود الدستورية ذات العلاقة.

ووفقا للدستور بأن الوظيفة التشريعية تعد اختصاصا اصيلا تنفرد بها السلطة التشريعية كأصل عام، فان من مقتضيات تلك الوظيفة ومتطلباتها، ان يكون للسلطة التشريعية وحدها حرية تقدير مدي أهمية التشريع او مدي الحاجة اليه انشاء او تعديل او الغاء، أمر تحديد الوقت المناسب للتدخل به، باعتبار تلك الامور من اطلاقات سلطة المشرع كأصل عام وفقا لما يراه ملائما ومناسبا ومن ثم فان هذه العناصر ابتداء تخرج عن نطاق الرقابة التي تمارسها المحكمة على دستورية القوانين واللوائح.

وذلك باعتبار ان تلك الامور تعد من عناصر السياسة التشريعية التي يتمتع علي المحاكم التدخل فيها، وذلك فضلا عن انه لا توجد صلة بين الحاجة الي التشريع وبين دستوريته^(٦٢).

ولذلك نري ان مدي الحاجة الي التشريع عن نطاق رقابة الدستورية، وبين ان تقوم المحكمة برقابة الضرورة الاجتماعية التي دفعت المشرع الي تنظيم مسألة ما بطريقة معينة فتقرير مدي الحاجة الي التشريع، هو محض تقدير للمشرع لا يجوز للمحكمة رقابته، فترن لماذا تدخل المشرع من حيث المبدأ او لماذا لم يتدخل اللهم الا ان كان تدخله مترتبا علي التزام دستوري يدعوه للتدخل اما الضرورة الاجتماعية التي دفعت المشرع الي تنظيم الحق او الحرية بطريقة معينة دون غيرها وإن كان يخضع للسلطة التقديرية للمشرع من حيث المبدأ، الا انه يخضع ايضا، لرقابة المحكمة الدستورية للتأكد من الربط بين تلك الوسائل التنظيمية التي تبناها المشرع، وبين الضرورة الاجتماعية ومدي تناسبها معها ومن الصعوبة ان يحدد الدستور مدي الحاجة الي التشريع مستقبلا، او ان يحدد الوقت الملائم لتنظيم مسألة تشريعية ما في وقت بعينه الا علي سبيل الاستثناء وبالتالي المشرع يتمتع بحرية تقدير ملائمة تدخله، بمعنى ان له حرية التدخل في الوقت المناسب وبالتشريع المناسب، طالما كان ملتزما في تدخله بالضوابط الدستورية ذات العلاقة مستهدفا تحقيق مصلحة عامة^(٦٣).

فاذا كان رأي الفقه مستقرا على حرية المشرع في تقدير الحاجة الي التدخل التشريعي واختيار وقت هذا التدخل من عدمه، وكذلك عدم امتداد رقابة المحكمة الدستورية على اطلاقات سلطة المشرع، كما ان الامر مستقر ايضا على حرية سلطة المشرع في التدخل ايجابا لإقرار اي قاعدة قانونية داخلية في نطاق سلطة التشريع، ومن المستقر ايضا حق المحكمة الدستورية في رقابة تلك النشاط التشريعي الايجابي الصادر عن المشرع للوقوف على مدي توافقه او مخالفته للنصوص والمبادئ الدستورية المختلفة.

(٦٢) د. عبدالعزيز محمد سلمان قيود الرقابة الدستورية- مرجع سابق ص ١٠٧.

(٦٣) د. ثروت عبدالعال احمد- حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية- دار النهضة العربية ١٩٩٩ ص ٢٣، ذكي محمد النجار- فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري- دراسة مقارنة- دار النهضة العربية ١٩٩٧ ص ٢٢٦.

وقد اكدت المحكمة على ان "..... ويجب الا تكون رقابة منفلته في حدودها، اذ يجب ان تباشر ولايتها التي كثيرا ما تؤثر في حياة الافراد وحرمتهم وحریاتهم واموالهم- بما يكفل فعاليتها، وشرط ذلك إعمالها عن بصر وبصيرة، فلا تقبل عليها اندفاعا ولا تعرض عنها تراخيا، ولا تقتحم بممارستها حدودا تقع في دائرة عمل السلطة التشريعية والتنفيذية^(٦٤)، وأكدت ايضاً علي ان "..... الرقابة علي الشرعية الدستورية يجب ان تكون رقابة متوازنة لا تميل اندفاعا، بما يؤمن بانفلاتها من كوابحها، ولا تتراخي تخاذلا بما يخرجها عن الاغراض التي تتوخاها، ليظل امرها دوما مقيدا بما يصون موجباتها، ويرعي حقانيتها، ويلتزم حدودها^(٦٥)."

وقد رد بعض الفقه علي القول بأن امتداد رقابة المحكمة الدستورية الي منطقة من مناطق اختصاص المشرع سواء كانت سلبا او ايجابيا- يجب ان تحوطه نظرة متوازنة نظرة متوازنة من قبل المحكمة الدستورية، مؤداها الحفاظ علي احكام الدستور ومبادئه، سواء تحققت تلك الغاية بامتداد رقابتها الي تلك المنطقة من مناطق اختصاص المشرع او حجبها عنها، ومن ثم فإنه يترتب علي ذلك وجوب ان يكون الضابط الذي بناء عليه يتم القول بامتداد رقابة المحكمة الي عدم ممارسة المشرع لاختصاصه او توقعها عن ذلك، هو مدي انطواء مسلك المشرع علي مخالفة احكام الدستور، ومن ثم يكون تدخل المحكمة الدستورية او عدم تدخلها مترتبا علي تلك النتيجة لأنها هي المنوط بها الحفاظ علي تلك المبادئ والاحكام في جميع الاحوال.

وهذا ما تؤكد عليه المحكمة دوما في قضائها، إذ دائما ما تؤكد المحكمة علي ان "..... قضاء المحكمة الدستورية قد جري علي انه لا يجوز للمحكمة الدستورية ان تتصل من اختصاص نيظ بها وفقا للدستور والقانون، ولا ان تخوض وبالقدر ذاته- في اختصاص ليس لها، ذلك أن تخليها عن ولايتها او مجاوزتها لتخوفها، ممتنعان من الناحية الدستورية، وعليها بالتالي الا تترخص في الفصل فيما يدخل في اختصاصها من المسائل الدستورية، لا تحيها عنها او تسقطها، او تتجاوز حدود الاختصاص المقرر لها، بل يكون تصديها لتلك المسائل في نطاق ما نيظ بها من اختصاص....."^(٦٦).

(٦٤) قضية رقم ١٩ لسنة ١٥ قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية" بجلسة ١٩٩٥/٤/٨.

(٦٥) المحكمة الدستورية العليا "دستورية" بجلسة ٢٠١٢/٤/٢١ تقرير رقابة دستورية سابقة.

(٦٦) قضية رقم ٩ لسنة ١٨ قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية" بجلسة ١٩٩٧/٣/٢٢.

واكدت ايضاً انه لا يجوز لها ان "... تترخص فيما عهد اليها به من المسائل الدستورية، كلما كان تصديها لازماً لها ولو لابتستها صعوبات لها وزنها، أو قارنتها محاذير لها خطرهما. بيد أن ذلك لا يعنى الاندفاع بالرقابة على الدستورية إلى آفاق تجاوز مقتضياتها أو مباشرتها دون قيود تتوازن بها، بل يتعين أن تكون هذه الرقابة ولضمان فاعليتها محددة طرائقها ومدخلها، جلية أسسها ومناهجها، وأن تمارس في إطار مجموعة من الضوابط التي تصوغها الهيئة القضائية التي تتولاها، ولا تفرضها عليها سلطة أعلى لتحد بها من حركتها، لضمان أن تكون الرقابة على الدستورية منحصرة في حدودها المنطقية، فلا يكون التدخل بها مؤذناً بانفلاتها من كوابحها، بل مقيداً بما يصون موجباتها ولا يخرجها عن حقيقة مراميها كأداة تكفل في آن واحد سيادة الدستور ومباشرة السلطتين التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتها التقديرية دون عائق. ومن ثم كان اللجوء إليها مقيداً بضرورة أن يكون التدخل بها لازماً ومبرراً بوصفها ملاذاً نهائياً، وليس باعتبارها إجراء احتياطياً، وتتحل هذه الضوابط في واقعها إلى قيود ذاتية تفرضها على نفسها الهيئة القضائية التي عهد إليها الدستور أو المشرع برقابة الدستورية، وذلك تقديراً منها لخطورة هذه الرقابة ودقتها، ولأن المصالح التي تواجهها فريدة في بابها بالنظر إلى تشابكها واتساعها وتعقدها، واتصالها المباشر بمراكز هؤلاء الذين يمسه النص التشريعي المطعون فيه، ولو كانوا من غير أطراف المنازعة الدستورية^(٦٧).

وينكشف لنا ان حدود سلطة المشرع في التدخل بالتشريع لتنظيم حق من الحقوق نظمها الدستور، يصعب النظر اليها نظرة واحدة لاختلاف طبيعة النصوص الدستورية ذاتها فيما بينها، ووفقاً لما تنطوي عليه تلك النصوص من قواعد قد يتسم بعضها الآخر بمنح المشرع سلطة تقديرية يضيق نطاقها او يتسع وفقاً لطبيعة الحقوق التي يقرها الدستور.

ثانياً: حدود الرقابة على الاختصاص السلبي للمشرع

سبق وأن وضحنا ان المشرع مطالباً باحترام الدستور عندما يأتيه عمل ايجابي يتمثل فيما يصدر عنه من قواعد تشريعية لتنظيم الحقوق والحريات وهذا ينطبق وبذات القدر

(٦٧) قضية رقم ٣٥ لسنة ٩ قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية" بجلسة ١٤/٩/١٩٩٤.

على عدم الاختصاص السلبي، وذلك عندما يحجم المشرع بأي شكل من الأشكال عن تنظيم حق أو حرية تضمنها الدستور.

ولا فرق بين ان تكون المخالفة الموضوعية للدستور مخالفة ايجابية اذا كان النص التشريعي الطعين يمثل تدخلا ايجابيا من المشرع في تقريره، تكون ايضا هذه المخالفة سلبية اذا اتخذ المشرع موقفا سلبيا يتمثل في عدم ايراده نصا او عدم إكماله للنص محل الطعن مما يتسبب ذلك عن مخالفة الدستور^(٦٨).

ومخالفة المشرع سلبا لاختصاص نيظ به، قد لا يأتي علي صورة واحدة، ذلك ان عدم الاختصاص السلبي للمشرع يتحقق عندما لا تتدخل السلطة التشريعية لتنظيم حق او حرية او مسألة تشريعية ما، من المسائل التي يتضمنها الدستور، او عدم تنظيم بعض جوانبها، وسواء كان سبب عدم تدخلها ناتجا عن اعتداء سلطة اخري علي اختصاص تشريعي محجوز لها دون غيرها، او كان ناتجا عن تهاونها ذاتها في اختصاصاتها او تنازلها عنه بإحالتها الي جهة أخري تمارسه نيابة عنها علي غير مقتضي الدستور، او كان سبب ترك تلك المسألة دون تنظيم من حيث المبدأ، وسواء تحقق ذلك الترك بصورة كلية من خلال إهمال او إرجاء أو الامتناع عن تنظيم تلك المسألة في مجموعها، او من خلال إغفال بعض جوانبها إبان التدخل الايجابي لتنظيمها، وسواء كان عدم تدخله عن عمد او عن غير عمد.

وتنحصر حالات الاختصاص السلبي للمشرع في ثلاث صور:

الصورة الاولى: حالة التسلب من الاختصاص التشريعي، وذلك عندما تتخلي السلطة التشريعية عن اختصاصها لغيرها، وتركه لسلطة اخري تمارسه نيابة عنها سواء كان تخليها عن ذلك ناتجا عن تنازل منها عن اختصاصها لغيرها ليمارسه نيابة عنها، او تهاونا فيه اسواء كان ذلك عن قصد منها او خطأ في تقدير الاحالة او التفويض او ضوابطها.

الصورة الثانية: حالة الإغفال التشريعي، ويتحقق ذلك عندما يتدخل المشرع بشكل أكثر ايجابية لتنظيم مسألة تشريعية ما، يغفل تنظيم بعض جوانبها.

(٦٨) د. حنفي علي جبالي- الدعوي الدستورية- المخالفة الموضوعية للدستور- مجلة الدستورية- عدد

٥- السنة ٢- ابريل ٢٠٠٤ ص٢.

الصورة الثالثة: حالة الامتناع التشريعي وهو امتناع السلطة التشريعية عن التدخل لتنظيم مسألة ما، عمداً أو غير ذلك فببقي الامر متروكا بصورة كلية دون تنظيم. ومن ذلك ينكشف لنا ان المسألة التشريعية في الصورة الاولى هي حالة التسلب من الاختصاص، لم تبق دون تنظيم، ولكن من سلطة غر مختصة بذلك التنظيم، نتيجة تهاون السلطة المختصة بتنظيمها- بحسب الاصل في اختصاصها، اما في صورتين الاخرين وهما حالة الاغفال والامتناع التشريعي، فإن المسألة محلها تبقي دون تنظيم كلي أو جزئي بحسب الاحوال فنكون امام تراخي عن ممارسة الاختصاص عمدا وسهوا في حالة الامتناع، أو أمام ممارسة اختصاص غير كامل من الناحية الموضوعية في حالة الاغفال التشريعي.

ويري بعض الفقه أن فكرة عدم الاختصاص السلبي تعني فقط حالة تخلي المشرع عن اختصاصه التشريعي لغيره، وبالتالي هي حالة مغايرة لحالتي الإغفال والامتناع التشريعي ولا تتضمنها في مفهومها وذلك علي اساس أن فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع تعني مخالفة مسلك المشرع لقواعد الاختصاص المحددة بالدستور، بينما الامتناع التشريعي لا يعني ان المشرع خالف قواعد الاختصاص الثابتة بالدستور، وإنما سكت عن مباشرة اختصاصه دون ترك هذا الاختصاص لصالح سلطة أخرى، بجانب اختلاف الاساس القانوني للفكرتين، علي اساس ان فكرة عدم الاختصاص السلبي أساسها القانوني هو فكرة الانفراد بمسائل معينة، في حين أن الاساس القانوني لفكرة الاغفال، تتمثل في مخالفة سلطة التشريع لفكرة سمو الدستور، بجانب ايضا أن الرقابة علي عدم الاختصاص السلبي رقابة علي العيوب الخارجية للتشريع.

أما فكرة الامتناع التشريعي لا يمكن أن تعتبر كذلك لصور عدم الاختصاص السلبي للمشرع، لا يمكن النظر اليها من منظور واحد، إذ إن بعض صورها قد يندرج في نطاق قيود دستورية حاسمة علي سلطة المشرع، بما لا يملك معها تقديرا أو إهمالا، ومن ثم يترتب علي مخالفتها وقوع عمله في مرمي البطلان من خلال رقابة دستورية بلا خلاف، في حين ان بعضا منها قد يتمتع المشرع تجاهه بسلطة تقديرية واسعة في التعاطي معها تنظيما او تركا لكافة جوانب المسألة التشريعية او لبعض جوانبها او تفضيلاتها، وهنا قد يقع الخلاف حول مدي امتداد رقابة المحكمة الدستورية الي تلك الصور من صور عدم الاختصاص السلبي.

ثالثاً: رقابة المحكمة على التسلب من الاختصاص رقابة على سلطة مقيدة

أكدت المحكمة الدستورية في حكم لها على بأن "..... الرقابة على التسلب من الاختصاص يعد رقابة على سلطة مقيدة وجاءت في حكم لها بأن "..... تتولي السلطة التشريعية بنفسها مباشرة وظيفتها التي يحددها الدستور لها وأقامها عليها..."^(٦٩) وفي حكم اخر لها انه "..... اذا ما أسند الدستور تنظيم حق من الحقوق الي السلطة التشريعية فلا يجوز لها ان تتسلب من اختصاصها والا عد المشرع متخليا عن اختصاصه الاصيل والمقرر بمقتضي نص الدستور^(٧٠).

ولا خلاف حول أن توزيع الاختصاصات وتحديد ضوابط ممارستها يتولاها الدستور بوصفه القانون الأعلى الذي يقوم عليه نظام الحكم، ولما كانت سلطة التشريع يتولاها بمقتضي الدستور - كأصل عام، وتتولاها السلطة التنفيذية علي سبيل الاستثناء في حالات بعينها وبضوابط صارمة، فإنه يشترط لكي يكون التشريع الصادر عن هاتين الجهتين وكلا في حدود اختصاصه - سليما من الناحية الدستورية أن تكون هذه الجهة قد التزمت حدود وضوابط الاختصاص، وذلك لانعدام سلطة التقدير لدي اي منهما تجاه التقيد بالقواعد المنظمة لاختصاصه التشريعي من عدمه^(٧١).

وبالتالي يري بعض الفقه ان تسلب السلطة التشريعية من اختصاصها وتخليها عن مباشرة ولايتها يعد أكثر صور الرقابة علي الدستورية شدة بأن تقوم جهة الرقابة علي الدستورية بمواجهة هذا التخلي في مواجهة تسلب السلطة التشريعية من اختصاصاتها حتي لو ان الطاعن لم يكن يثير هذا العوار في طعنه^(٧٢).

واكدت علي ذلك المحكمة الدستورية بأن "..... الضوابط التي يفرضها الدستور علي سلطة التشريع لضمان تقيدها بأحكامه في هذا الصدد، هي ضوابط أمره لا تبديل فيها ولا مهرب منها، وليس لأي جهة أو سلطة بالتالي ان تبغي عن حولا، او أن تنقصها من أطرافها، أو أن تجعل لها عوجا، أو ان تتحلل من بأسها أمداء، إذ هي باقية

^(٦٩) قضية رقم ١٥ لسنة ٨ قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية" بجلسة ١٧/١٢/١٩٩١.

^(٧٠) قضية رقم ٢٠٢ لسنة ٢٨ قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية" بجلسة ٦/١٢/٢٠٠٩.

^(٧١) د. يحيي الجمل - القضاء الدستوري في مصر - مرجع سابق - ص ١٩٤.

^(٧٢) د. عوض المر - الرقابة القضائية علي دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية - مرجع سابق - ص ٤٥٣.

دوما، نافذه ابدأ، لتقرض بزواجها ونواهيها- كلمة الدستور علي المخاطبين بها، فلا ينسلخون منها، ولتكون قواعده أبا لكل سلطة وضابطا لحركتها، ومتكنا لأعمالها وتصرفاتها علي اختلافها، ومرتقا لتوجهاتها.....^(٧٣).

فحالة التسلب من الاختصاص بوصفها أحدي صور عدم الاختصاص السليبي للمشرع، ليست محل جدل أو خلاف، سواء من حيث طبيعة قواعدها بوصفها قواعد أمره لا يملك المشرع معها تقديرا، أو من حيث خضوعها لرقابة المحكمة الدستورية التي تقرر بطلان كل تصرف يخالف تلك القواعد. لأن تسلب المشرع من اختصاصاته الدستورية أو التنازل عنها لغيره من السلطات يعد بمثابة مخالفة دستورية تستوجب تدخل القاضي الدستوري لإعادة الأمور إلي نصابها، باعتبار أن تخلي سلطة التشريع عن بعض مظاهر ولايتها يعد نكولا سلبيا عن مباشرتها لاختصاصاتها^(٧٤).

المبحث الثاني

الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي

يتحقق الإغفال التشريعي في كل حالة يتدخل فيها المشرع لتنظيم مسألة تشريعية ما، ووفق ما يتمتع به من سلطة تقديرية في تنظيم الحقوق، إلا إن ذلك التدخل يأتي قاصرا عن الإحاطة الموضوعية بكافة جوانب ذلك الحق، فيغفل حكما من أحكامه أو جانبا من جوانبه- بما يترتب عليه الانتقاص من أحد جوانب ذلك الحق، أو عدم فاعلية ممارسته، أو الانتقاص من الضمانات المقررة لحمايته بالصورة المرجوة له والتي اتجهت إليها إرادة المشرع الدستوري من تقريرها، أو أستهدفها المشرع وسعي إلي بلوغها، بما يترتب عليه وقوع خلل أو مخالفة دستورية تطال الجوانب التي تناولها المشرع بالتنظيم، نتيجة لإغفاله للجانب أو للأحكام التي لم يتناولها، ومن ثم تبقي الجوانب التي تم تنظيمها صحيحة ودستورية في ذاتها، معلقة علي استكمال جوانب النقص التي تم إغفالها، وألا أصبح النص أو التنظيم في مجمله معيبا بمخالفة الدستور.

^(٧٣) قضية رقم ٤٣ لسنة ١٣ قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية" بجلسة ١٢/٦/١٩٩٣.

^(٧٤) د. عوض المر- الرقابة القضائية علي دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية- مرجع سابق- ص٤٥٣.

وسوف نوضح ذلك من خلال مطلبين

المطلب الأول نوضح فيه رأي الفقه في الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي ثم نوضح في المطلب الثاني رأي القضاء الدستوري من رقابة الإغفال التشريعي.

المطلب الأول

رأي الفقه من الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي

لا خلاف حول دور المحكمة الدستورية في رقابة تنظيم المشرع للحقوق فمن حيث المبدأ تستطيع المحكمة القضاء بعدم دستوريه اى نص تشريعي أصدره المشرع منطويا علي جور أو انتقاص من الحقوق الدستورية المقررة أو ينتقص من مدي فاعليتها، ولكن الخلاف حول أمرين هما، مدي سلطه المحكمة في رقابه ما أغفله المشرع من أحكام أدت إلي ذلك الانتقاص ومن ناحية ثانية حول اثر تلك الرقابة حال تبينت المحكمة نقصا أو قصورا فيما قرره المشرع من أحكام تشريعيه لمسألة ما، هل تقضي المحكمة بعدم دستوريه كامل النص التشريعي الذي اقره المشرع، أم يمكنها فقط إن تقضي بعدم دستوريه ما أغفله المشرع من أحكام، مع الإبقاء علي النص المطعون عليه في مجمله، والذي يصبح صحيحا دستوريا بمجرد القضاء بعدم دستوريه الجزء الذي يصبه الإغفال. فقد يري البعض من الفقه إن إمتداد رقابه المحكمة الدستورية إلي ما أغفله المشرع من أحكام وتقريرها عدم دستوريته، يعد تخطيا منها لنطاق وظيفتها، وتدخلها منها في العملية التشريعية، لكونها تضيف حكما جديدا للنص الأصلي، سكت عنه المشرع ولم تتجه إليه إرادته، وان سلطه المحكمة يجب إن تقف عند حد رقابه السلوك الايجابي للمشرع، والمتمثل في الرقابة علي الأحكام التي تناولها بالتنظيم، دون إن تتخطي ذلك إلي رقابه السلوك السلبي المتمثل فيما اغفل تنظيمه من أحكام لم تتجه إليها إرادته إن رقابه الإغفال تعد بمثابة تفسير النص الخاضع للرقابة بصورة توحى صدور التفسير عن المشرع، ناسبا بذلك إلي إرادة المشرع نصا أو بعض نص لم يصدر عنه أصلا، فهو بمثابة أضافه غير مبرره لم يذهب إليها المشرع، الذي لو أراد إقرار حكم معين لأقره صراحة^(٧٥).

فسلطه المحكمة الدستورية العليا في القضاء برفض دعوي عدم الدستورية أو في قبولها، والقضاء بعدم الدستورية، هي سلطه لا تقوم بحسب الأصل إلا في مواجهه نص

(٧٥) د. عبيد حسين السيد حسين- مرجع سابق ص ٣٧٢.

قانوني وضعي، ومن ثم فإن وافق النص الدستور، كان حكم مستبعدا أي توهم في مخالفته، وإن خالف إكهامه كان القضاء بعدم الدستورية بمثابة القضاء علي هذا، بحيث يقرأ التشريع بحسبان عدم وجود النص المقضي بعدم دستوريته^(٧٦).

فمهمة القاضي الدستوري حين يباشر الرقابة علي دستوريه القوانين تنحصر في احد أمرين، إما الحكم بدستوريه القانون المطعون فيه إذا تبين انه لا يخالف الدستور، وإما الحكم بعدم دستوريته إذ تبين انه يخالف نسا في الدستور، دون إن يكون له في الحالتين سلطه تصحيحه أو تعديله متوافقا مع الدستور^(٧٧) وسوف نوضح ذلك من خلال فرعين:

الفرع الاول

الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي لا تتمثل في القيام بدور المشرع

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 تمتع 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 أرائته وبالتالي يكون قضاء الإغفال بما يتضمنه من استمرارية تطبيق النص معلقا علي شرط مراعاة حكم المحكمة فيما أغفله المشرع من أحكام، ويعد ذلك حماية للحق وممارسيه وإنفاذ لإرادة المشرع بمفهوم المخالفة، إذ لأن إرادة المشرع كانت متجهة بالأساس إلي إعمال الحق ووضع 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 إلي وظيفة التشريع، إذ إن رقابتها هنا تنصب علي قاعدة قانونية ضمنية مخالفه

(٧٦) د. محمد عماد النجار- في القضاء بعدم دستورية الإغفال التشريعي- قضاء عدم الدستورية الشرطي- مجله الدستورية، العدد ١٧- السنة ٨- ابريل ٢٠٠١. ص٢٦.

(٧٧) د. عبد العزيز محمد سالم رقابة الإغفال في القضاء الدستوري- مجله الدستورية، العدد ١٥- السنة ٧- ابريل ٢٠٠٩، ص٥٧.

للدستور، أنشأها سكوت المشرع بما أغفلة من أحكام ذلك إن المشرع في حالة الإغفال، قد تدخل لممارسة اختصاصه الدستوري بنفسه، ولكن أسفر تدخله وكنتيجة 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 .

ويري بعض الفقه المؤيد الرقابة علي الإغفال التشريعي إن الحق لسلطه المحكمة الدستورية العليا إذا ما قضت بعدم دستورية الإغفال، قد تتشابه مع سلطه المشرع، اذ 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 تنظيما 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 مغفلة ترتبط بالنص، لا تعدو إن تكون استكمالًا لمقتضيات الدستور علي النص المطعون عليه، ويأتي بمثابة حكم ظاهر واضح ومحدود أحدثه المشرع لإغفاله مقتضي حكم الدستور في النص، ويقوم الحكم بإنزال هذا المقتضي ليتطابق النص مع أحكام الدستور^(٧٨).

ولكن هذا الامر يصعب مسابرتة 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، فالنفرقة 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.

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

ويشترط لقضاء المحكمة الدستورية بعدم دستورية ما اغفله المشرع، أن يكون التنظيم التشريعي المطعون عليه ليس منطوياً 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 تجريداً وتبرئة لباقي النص من أوجه المخالفة الدستورية، أما إن كان ذلك النص منطوياً علي مخالفة دستورية أخرى بخلاف ذلك الحكم المغفل، أي إن يكون النص منطوياً 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^(٧٩).

الفرع الثاني

السند القانوني للرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي

يري بعض الفقه إن الأساس القانوني لرقابة الإغفال التشريعي، هو قاعدة إعمال النصوص خير من إهمالها، وأن الضرورة تقدر بقدرها، ذلك أنه متي جاز تصحيح النص الدستوري خير من إهداره، 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 أولي تعليق علي دستوريته علي شرط يضمن براءته من العيب الدستوري الذي اغفله المشرع^(٨٠).

فمهمة المحكمة الدستورية بالرقابة علي 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 إياً كانت، وأن الاستناد في رقابة الإغفال التشريعي إلي قاعدة إعمال

(٧٩) د. محمد عماد النجار - القضاء بعدم دستورية الإغفال التشريعي - مرجع سابق، ص ٢٨، ص ٢٩.

(٨٠) د. المرجع نفسه، ص ٢٧.

النصوص خير من إهمالها، ومن ثم متي جاز تصحيح النص انتقي موجب إعدامه، أذ أن تصحيح العيب الدستوري خير من أهدار النص. ومن جانباً نؤيد رأي الفقه في رد أساس الرقابة القضائية علي ما أغفل المشرع تنظيمه، 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^(٨١)، وفكرة الدولة القانونية تكفل خضوع جميع سلطات الدولة للقانون، سواء في تصرفاتها الايجابية أو السلبية التي تشكل مخالفة دستورية^(٨٢).

المطلب الثاني

رأي القضاء الدستوري من رقابة الإغفال التشريعي

يري بعض الفقه أن المحكمة الدستورية قد ترددت في بادئ الامر في اعتبار الإغفال التشريعي عيباً دستورياً يمكن أن يصم التشريع المطروح عليها بعدم الدستورية، إذ اعتبرت في مرحلة اولي 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 الاولي للمحكمة، إلي حكم وحيد صدر عنها في باكورة مباشرتها لمهلمها، إلا وهو حكمه في الدعوي رقم ١٣ لسنة ١٩٨٠ ق. دستورية والصادر بجلسة ١٦ فبراير ١٩٨٠. والذي كان مطعوناً فيه امامها بعدم دستورية المادة الثالثة من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ 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 علي بينه من التزامه القانوني باخطار الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بالدين^(٨٣).

(٨١) د. عبد الحفيظ الشيمي - مرجع سابق ص ٩٩.

(٨٢) د. عبد العزيز محمد سالمان رقابة الإغفال في القضاء الدستوري - مجله الدستورية - العدد ١٥ السنة ٧ ابريل ٢٠٠٩ ص ٦٠ - ٦١.

(٨٣) راجع في ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم ١٣ لسنة ١٩٨٠ ق. دستورية والصادر بجلسة ١٦ فبراير ١٩٨٠.

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.

كما نجد ان القضاء الدستوري في الكويت ممثلا في المحكمة الدستورية اكد علي أن فصل السلطات من القواعد الأولية للدستور، التي تضمن التوازن واستقلالية السلطات وعدم تعدي كل منها على اختصاصات الأخرى، مؤكدةً على أن ما يصدره مجلس الأمة من قرارات وما يتخذه من إجراءات يُعد من الأعمال البرلمانية التي لا تتسم بالصفة التشريعية وتحسر عنها رقابة هذه المحكمة، لكنها استطردت وقالت بأن ذلك لا يمنعها من بسط رقابتها على أي نص تشريعي، مستعرضةً نصي المادة (٨٢) من الدستور والمادة (١٦) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة، وما أورده الطاعن بشأن مخالفة الثانية للأولى، معلنة بأن نعيه بشأن ذلك في جملته شديد، مشيرةً 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 (٥٠) من الدستور. وبيّنت 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^(٨٤).

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

^(٨٤) راجع في ذلك قرار المحكمة الدستورية رقم ٦ لسنة ١٩٩٦ والذي قضى بأن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة تتمتع بصفة دستورية وأنها متممة لأحكام الدستور، وراجع ايضاً حكم المحكمة الدستورية في الطعن رقم (٦) لسنة ٢٠١٨ الصادر في ٢٠١٨/١٢/١٩، والذي قضى بعدم دستورية المادة (١٦) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الصادرة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٦٣.

دستوريته، وهو ما أكدت عليه المحكمة 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، وتمثل 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 لتفسيها 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....." (٨٥).

كما 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 ١٥٧ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ١٨٧ لسنة ١٩٩٣ فيما تضمنه من تخويل مصلحة الضرائب عدم الاعتداد 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 الاعتداد بالإقرار وتحديد الإيرادات والأرباح بطريق التقدير الجزافي، دون تقييد سلطتها في هذا الشأن بضوابط ومعايير حاكمة، يعد التزامها شرطاً لعادلة الضريبة، وصون كل من الممولين والخزانة العامة، وتكفل أن يكون وعاء الضريبة ممثلاً في المال المحمل بعبئها محققاً ومحددًا على أسس واقعية يمكن معها الوقوف على حقيقته بعيداً عن شبهة الاحتمال أو الترخص بالمخالفة لنصوص المواد ٣٨، ٦١، ١١٩ من دستور سنة ١٩٧١ الذي صدر القانون المطعون عليه في ظله، وتم إلغاؤه بمقتضى قانون الضريبة على الدخل الصادر بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥، قبل نفاذ الإعلان الدستوري الصادر بتاريخ ٢٠١١/٣/٣٠، والدستور الحالي الصادر في

(٨٥) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٧٧ لسنة ٢٦ قضائية "دستورية".

٢٥/١٢/٢٠١٢، 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^(٨٦).

وقد أكدت المحكمة في حيثيات حكمها أن: "رقابة الدستورية التي تباشرها هذه 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"، معتبرةً 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 عصية على الخضوع لرقابة هذه المحكمة.."^(٨٧).

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 (١٧٥) منه، إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بتولي الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه المبين في القانون، وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن الولاية التي تباشرها في هذا المجال لا تنبسط إلا على القانون بمعناه الموضوعي، باعتباره منصرفاً إلى النصوص القانونية التي تتولد عنها مراكز قانونية عامة مجردة.."، معتبرةً أن: "القرار الذي يصدر عن المجلس (مجلس الشعب) بترشيح مرشح لمنصب رئيس الجمهورية هو قرار وإن كان يصدر عن المجلس بوصفه عملاً برلمانياً، وهو يُعد في فحواه ومضمونه ذا طبيعة إجرائية بحتة تحول وأن يكون تشريعاً أصلياً أو فرعياً مما تمتد

(٨٦) قضية رقم ٢٢٩ لسنة ٢٩ قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية" بجلسة ١٢/٥/٢٠١٣.

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

٢٠٠٦، ص ٤٦٧.

إليه الرقابة القضائية لهذه المحكمة على دستورية القوانين واللوائح". وانتهت إلى الحكم بعدم اختصاصها بنظر الدعوى^(٨٨).

كما سلك قضاء مجلس الدولة المصري المسلك نفسه عندما قضى في أحد أحكامه بأن: "الأعمال التي تصدر عن السلطة التشريعية ليست من طبيعة قانونية واحدة"، فمنها القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية وصدّق عليها رئيس الجمهورية وأصدرها، ويخرج الطعن عليها من ولاية محاكم مجلس الدولة وينعقد الاختصاص بنظر الطعن على دستورتها للمحكمة الدستورية العليا دون سواها. كما أن السلطة التشريعية يصدر عنها أعمال برلمانية تتعلق بإدارة شؤون البرلمان الداخلية كانتخاب رئيس مجلس الشعب ورئيس مجلس الشورى وانتخاب 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 يسندها 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^(٨٩).

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 وجميع 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 القانون، بوصفها أفضل وسيلة لتفادي أن يصبح القانون أداة تعسف، وهذا ضمان أكيد

(٨٨) حكم الدستورية العليا في القضية رقم ١٦٢ لسنة ٢١ قضائية بجلسة ١٤/١٢/٢٠٠٣.

(٨٩) راجع مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا في أربعين عاماً. إصدارات المحكمة الدستورية، ١٩٦٩-٢٠٠٩. الجزء المتعلق باختصاصات المحكمة الدستورية، ص ١٧٢ وما بعدها.

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.

ومما سبق يتبين لنا أن رقابة الإغفال التشريعي رقابة مستقرة في قضاء المحكمة الدستورية العليا، سواء في فرنسا أو مصر أو الكويت 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 عيباً يصم النص بمخالفة الدستور، وقيدا على سلطة المشرع في تنظيم الحقوق بما يضمن تكامل أحكامها.

وبناءً على ما تقدم يمكن القول أن الفقه بأرائه التي طرحها في تقييم عدم قبول الرقابة على امتناع المشرع أو إباحتها بشكل مطلق كان يعمل بين حدّين متطرفين:

الأول: يطلق يد المشرع إطلاقاً يؤدي إلى إهدار فكرة الرقابة القضائية ذاتها، ويجنح بالمشرع نحو التحكم؛ **الثاني:** يُغل يد المشرع إلى حد يكاد يثُل عمل السلطة التشريعية نفسها، فيقيم بدلاً من تحكم المشرع تحكم القضاء، وتبلغ رقابته في هذا الشأن حد امتهان المشرع وإخضاعه لسلطان القضاء، وما يؤكد الفقه - ونحن نوافقهم - هو أن سيادة القانون، لا يمكن أن تتحقق بالتراخي أو المغالاة في الرقابة القضائية، وذلك لأن أي لون من ألوان الرقابة القضائية المتحكم يخرج القضاء عن حدوده حتماً، كما وان انعدام الرقابة القضائية أصلاً يؤدي إلى انهيار الشرعية^(٩٠) لأن الواجب الطبيعي للقاضي هو أن يطبق القانون الأعلى عند تعارضه مع القانون الأدنى، وهي قاعدة عامة لا تستطيع شيئاً دون الإسناد القوي من جهة الرقابة، كما أن القانون لا شيء إذا لم توجد سلطة تطبقه محافظة على الحدود الدستورية للسلطات بما يحقق استقرار الحقوق والواجبات^(٩١).

(٩٠) د. محمد عصفور، مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٧، ص ١٣٧.

(٩١) د. عصمت عبد الله الشيخ: مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٩٦.

الخاتمة

انتهينا من خلال هذا البحث إلى 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 تنأتى من مخالفة صريحة للقواعد الشكلية والموضوعية للدستور، وإنما تنأتى عن إغفال المشرع أو قصور في تنظيم الحق أو الحرية أو المساواة 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.

وبالتالي يعد خارقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، وهذا يقتضي بطبيعة الحال أن يخضع القضاء الدستوري ذاتياً لضوابط خاصة تقلل الاحتكاك مع السلطة التشريعية وتحافظ على التوازن في العلاقة مع السلطات الأخرى ولاسيما التشريعية منها، وقد انصبت هذه الدراسة على الضوابط أو الكوابح الذاتية للقضاء الدستوري عند مباشرة رقابة الإغفال التشريعي، ومدى إمكانية القضاء الدستوري مد نطلق رقبته إلى حالات امتناع المشرع عن اتخاذ تدابير تشريعية كان من الواجب عليه اتخاذها بموجب نص أمر في الدستور في ظل غياب الإباحة القانونية لهذا النوع من الرقابة.

وعلى الرغم من تبني القضاء الدستوري الرقابة على الإغفال التشريعي في الأنظمة القانونية محل الدراسة في فرنسا ومصر والكويت؛ إلا أنها لم تكن مؤكدة بنصوص دستورية أو تشريعية وإنما جاء تبني القضاء الدستوري لها استناداً إلى علو وسمو الدستور وحماية للحقوق والحریات.

وأن أهم النتائج التي توصل إليها البحث هي الآتي:

- ١- أن امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي يتحقق في حالتين: الأولى قد يتخلى بقصد أو سهو عن تنظيم بعض المسائل بصورة كاملة إلى الحد الذي يُفقد النصوص الدستورية فاعليتها، فنكون والحالة هذه أمام (امتناع كلي للبرلمان)، الثانية: أن ينظمها بصورة منقوصة في احد 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 للبرلمان).
- ٢- إن الأغفال التشريعي من شأنه إضعاف ضمانات اقتضاء الحقوق والتمتع بالحريات الأساسية التي كفلها الدستور، فالقانون هو الأداة التي تنقل المبادئ والإطار النظري للحقوق والحريات إلى الواقع العملي وأن أي خلل أو قصور في أداة نقلها إلى الواقع بطريقة لا تتسجم مع هذا الواقع من شأنه أن يضعف فاعليتها فحسب، وبالتالي فإن دور المشرع لا يقتصر على ضمان جودة التشريع وفاعليته، وإنما يمتد إلى إلغاء التشريعات التي من شأنها أن تقلل فاعلية هذه الضمانات أو تنتقص منها.
- ٣- 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.
- ٤- وأن 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 ببناء معيار ضابط، يتم صياغته بنصوص قانونية، لأن ذلك يجنبنا تقويت الكثير من المصالح الحيوية، كما ويقي من الكثير من الأضرار التي تُصيب هذه المصالح.

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

٦- سلوك مسلك المجلس الدستوري الفرنسي بشأن رقبته على التشريعات المعدلة للحقوق والحريات أو التي تعيد تنظيمها وفحص دستوريته، وتجعل التشريع السابق (القديم) المنظم لذات الحقوق والحريات معياراً لها بأن يكون التعديل أو إعادة التنظيم بهدف إعطائها مزيداً من الضمانات وجعلها أكثر فعالية، وأن تستعين المحكمة بالقواعد الدولية الخاصة بالحقوق والحريات العامة، وبمبادئ الشريعة الإسلامية للتعرف إلى ما تناولته بصدد تنظيمها لنفس الحق أو الحرية.

مراجع البحث

- ١- د. عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه- جان ديوي للقانون والتنمية، دون ذكر مكان وسنة الطبع.
- ٢- د. عادل الطباطبائي: الحدود الدستورية بين السلطين التشريعية والقضائية، دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٠.
- ٣- د. دعاء الصاوي يوسف: القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
- ٤- د. زكي محمد النجار: فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ١٩٩٧.
- ٥- د. عبد المنصف عبد الفتاح ادريس: -رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري- دراسة مقارنة- رسالة الدكتوراه- كلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠١١.

- ٦- د. ثروت عبد العال احمد: -السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا- دار النهضة العربية.
- ٧- د. هشام محمد فوزي: رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، القاهرة، ١٩٩٩.
- ٨- د. حسين جبر حسين الشويلي: قرينة دستورية التشريع، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٤.
- ٩- د. عزيزة الشريف: دراسة في الرقابة على دستورية التشريع، المركز الإسلامي الثقافي، الكويت، ١٩٩٥.
- ١٠- سعد غازي طالب: حدود الاختصاص التشريعي للبرلمان، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل.
- ١١- د. جابر جاد نصار: الوسيط في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
- ١٢- د. هالة محمد طريح: حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات والضمانات المقررة لممارستها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
- ١٣- د. ثروت عبد العال احمد: -حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية- دار النهضة العربية ١٩٩٩.
- ١٤- د. نكي محمد النجار: فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري- دراسة مقارنة- دار النهضة العربية ١٩٩٧.
- ١٥- د. عبد العزيز محمد سالم: ضوابط وقيود الرقابة الدستورية. مصر: سعد سمك للمطبوعات القانونية، ٢٠١١.
- ١٦- د. عيد أحمد الغفول: فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية، دراسة مقارنة، ط٢ منقحة، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ١٧- د. محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، ج١، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٧.

- ١٨- د. محمد عبد المحسن المقاطع: الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، الكويت، ٢٠٠٦، ص ٤٦٧.
- ١٩- د. منذر الشاوي: دولة القانون، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ط١، ٢٠١٣، ص ٢٢٣-٢٢٣.
- ٢٠- عبد الحفيظ على الشيمي: رقابة الاغفال التشريعية في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
- ٢١- د. يسري محمد العصار: التصدي في القضاء الدستوري، دراسة تحليله مقارنة لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
- ٢٢- 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 ١٩٦٤.

المجلات والدوريات:

- ١- د. عبد العزيز محمد سالم: رقابة الاغفال في القضاء الدستوري، مجله الدستورية- العدد ١٥- السنة ٧- ابريل بحث منشور على الموقع الالكتروني:
<http://www.startimes.com>
- ٢- أسين أمهدا: الرقابة على دستورية القوانين، المغرب وفرنسا نموذجاً، مقال منشور على الموقع الالكتروني:
<http://www.droitentreprise.org/web/?p=1953>
- ٣- د. عيد أحمد الحسبان: قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة ال البيت، المفرق، المملكة الأردنية الهاشمية، العدد الثامن والأربعون، اكتوبر، ٢٠١١، ص ١٧٤. منشور على الرابط الالكتروني:

<http://sljournal.uaeu.ac.ae/>

- ٤- **حنفي علي جبالي**: الدعوي الدستورية- المخالفة الموضوعية للدستور - مجلة الدستورية- العدد الخامس- السنة الثانية- ابريل ٢٠٠٤.
- ٥- **د. محمد عماد النجار**: في القضاء بعدم دستورية الإغفال التشريعي- قضاء عدم الدستورية الشرطي- مجله الدستورية- العدد ١٧- السنة ٨- ابريل ٢٠٠١.
- ٦- **د. محمد السيد زهران**: الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا، بحث منشور في مجلة قضايا الدولة، العدد الأول، السنة الرابعة عشرة، مارس ١٩٩٧، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة.