

جامعة البحرين

قسم القانون العام

كلية الحقوق



الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي "دراسة تحليلية مقارنة"

أطروحة مقدمة كجزء من متطلبات الحصول على درجة الماجستير
في القانون العام (القانون الدستوري)

إعداد

جواهر عادل محمد العبدالرحمن

الرقم الجامعي: ٢٠٠١٠٣٤٧

إشراف

الدكتور مروان محمد محروس المدرس

أستاذ القانون العام المساعد

جامعة البحرين

ممثلة البحرين

مارس ٢٠١٦م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ
نِعَمًا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا)

صدق الله العظيم

النساء - آية (٥٨)



جامعة البحرين
كلية الحقوق
قسم القانون العام / الخاص
برنامج الماجستير

نموذج رقم (2)

صفحة الاعتماد من قبل لجنة التحكيم

ناقش الطالب جواهر عادل الصبار رقم الجامعي 20010347 الأطروحة
التي استكمل بها متطلبات الحصول على درجة الماجستير في (القانون العام) والمعنونة
(الرعاية الدستورية على الإفضال التشريعي - دراسة
تحليلية مقارنة)

وذلك يوم الخميس الموافق ٢١/٢/٢٠١٧ .

وتوصي اللجنة بمنحة درجة الماجستير ، بتقدير A .

(لجنة المناقشة)

الاسم

د. محمد واثق محمد محروس المرشد مشرفاً

د. خالد محمد الملقح ممتحناً خارجياً

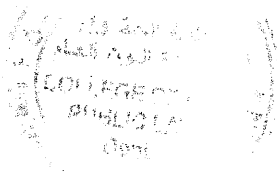
أ.د. محمد أحمد عيسى النعمان ممتحناً داخلياً

التوقيع

[Signature]

[Signature]

الختم



ملخص الأطروحة

تناولنا في هذه الدراسة موضوع الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي "دراسة تحليلية مقارنة"، في ضوء دستور مملكة البحرين مع إعمال المقارنة مع الدستور الفرنسي والدستور المصري مستدلين بأراء الفقه، مع تتبع دقيق للأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري في فرنسا ومصر والبحرين وتحليلها.

ولقد ركزنا في هذه الدراسة على بحث ما تقدم، من خلال بيان مفهوم الإغفال التشريعي، والذي يعد من المصطلحات الحديثة في نطاق الدراسات الدستورية، وخلصنا إلى أن الإغفال التشريعي هو قيام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات الواردة 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 ومخالفة أحد أو بعض نصوص الدستور، تلا ذلك تمييزه عن غيره من المصطلحات القريبة منه وهي الإغفال الكلي وعدم الاختصاص السلبي للمشرع، ثم أوضحنا طبيعة القاعدة القانونية التي ينشئها الإغفال التشريعي بالمخالفة للدستور.

كما بينا موقف الفقه من الرقابة على الإغفال التشريعي، الذي تباين بين إنكار الرقابة على الإغفال التشريعي والاعتراف بالرقابة عليه، مع إلقاء الضوء على ما يسوقه كل رأي من الآراء من حجج تعاضد وتتاصر وجهة النظر القائل بها، ومن ثم الوقوف على الأساس الذي تستند إليه هذه الرقابة، والتي يمكن ردها إلى أحد أساسين أو إليهما معاً، الأول هو مبدأ سمو الدستور والثاني حماية حقوق وحرريات الأفراد.

ومن ثم استعرضنا موقف القضاء الدستوري في الأنظمة القانونية محل الدراسة في فرنسا ومصر والبحرين من الرقابة على الإغفال التشريعي، وتبنيه الرقابة عليه بالرغم من عدم وجود نصوص دستورية أو تشريعية تنص على ذلك، وخلصنا إلى أن الأنظمة القانونية محل الدراسة لم تنتهج سياسة واحدة في رقابتها على الإغفال التشريعي هذا من جانب، ومن جانب آخر لم تطلق رقابة القضاء عليه، وإنما وضعت مجموعة من الضوابط التي يتعين على القاضي الدستوري مراعاتها بمناسبة رقابته على الإغفال التشريعي.

إهداء

والدتي .. حفظها الله وأطال عمرها ..

أخي وأخواتي .. جعلهم الله لي عوناً وذخراً ..

إليهم أحبتي أهدي جهدي المتواضع ..

جواهر

شكر وتقدير

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده
وبعد،

أشكر الله عز وجل أن وفقني لإكمال هذه الدراسة فله الحمد على جزيل فضله وإنعامه، ثم
الشكر موصول لأهل الفضل اعترافاً بفضلهم وتقديراً لجهدهم وسعيهم.

كما أتوجه بالشكر لأعضاء هيئة التدريس بكلية الحقوق بجامعة البحرين، وأخص بالذكر
رئيس وأعضاء هيئة التدريس بقسم القانون العام، على ما قدموه من جهد ومعرفة ومساعدة
علمية، طوال مدة الدراسة ببرنامج الماجستير في القانون العام، فلهم خالص الشكر والتقدير.

وأقدم بجزيل الشكر والعرفان أيضاً إلى من كان له الفضل بعد الله في استكمال هذه
الدراسة بصورتها الحالية، أستاذي الدكتور مروان المدرس، على ما بذله من جهد، وتوجيه سليم،
 وإشراف مخلص، فله أصدق الشكر وأوفاه.

كما أتقدم بالشكر إلى زملائي وزميلاتي من مستشارين قانونيين، على تزويدي بالمراجع
والأبحاث، وتشجيعهم ومؤازرتهم، والأستاذ محمد يعقوب المفتاح على تفضله بالتدقيق اللغوي
على هذه الدراسة، فلهم مني جميعاً جزيل الشكر والتقدير.

وفي الختام أسأل الله تعالى أن يجعل ما قدمت من جهد خالصاً لوجهه الكريم وأن ينفع به
الباحثين في الدراسات الدستورية.

وصلّى الله وسلّم على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين،

الباحثة

قائمة المحتويات

أ	صفحة الاعتماد من لجنة التحكيم
ب	ملخص الأطروحة باللغة العربية
ج	إهداء
د	شكر وتقدير
هـ	قائمة المحتويات
٢	المقدمة
٣	أولاً: موضوع الدراسة
٤	ثانياً: أهمية الدراسة
٥	ثالثاً: إشكالات الدراسة
٥	رابعاً: نطاق الدراسة
٦	خامساً: منهجية الدراسة
٦	سادساً: تقسيم الدراسة
٨	الفصل الأول: ماهية الإغفال التشريعي
١٠	المبحث الأول: مفهوم الإغفال التشريعي
١١	المطلب الأول: المفهوم اللغوي والاصطلاحي للإغفال التشريعي
١٨	المطلب الثاني: المفهوم القضائي للإغفال التشريعي
٢٤	المبحث الثاني: تمييز الإغفال التشريعي عن غيره من المصطلحات القريبة منه
٢٥	المطلب الأول: الإغفال التشريعي والسكوت التشريعي (الإغفال الكلي)
٣٣	المطلب الثاني: الإغفال التشريعي وعدم الاختصاص السلبي للمشرع
٤٤	المبحث الثالث: طبيعة القاعدة القانونية التي ينشئها الإغفال التشريعي بالمخالفة للدستور
٥٦	الفصل الثاني: أساس الرقابة على الإغفال التشريعي وموقف الفقه منها
٥٨	المبحث الأول: موقف الفقه من الرقابة على الإغفال التشريعي

٥٩	المطلب الأول: الاتجاه المعارض لفكرة الرقابة على الإغفال التشريعي
٦٢	المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لفكرة الرقابة على الإغفال التشريعي
٦٨	المبحث الثاني: مبدأ سمو الدستور أساس للرقابة على الإغفال التشريعي
٦٩	المطلب الأول: مفهوم مبدأ سمو الدستور
٧٦	المطلب الثاني: مخالفة الإغفال التشريعي لسمو الدستور
٨٣	المبحث الثالث: حماية الحقوق والحريات أساس للرقابة على الإغفال التشريعي
٨٤	المطلب الأول: طبيعة النصوص الدستورية المنظمة للحقوق والحريات
٩٣	المطلب الثاني: إخلال الإغفال التشريعي بالحقوق والحريات
١٠٨	الفصل الثالث: موقف القضاء من الرقابة على الإغفال التشريعي وضوابطها ونتائجها
١١٠	المبحث الأول: الإغفال التشريعي في القضاء الدستوري في فرنسا ومصر
١١١	المطلب الأول: الإغفال التشريعي في قضاء المجلس الدستوري في فرنسا
١١٢	الفرع الأول: الإغفال التشريعي المخالف لنص دستوري
١١٥	الفرع الثاني: الإغفال التشريعي المخالف لنص تشريعي سابق
١١٩	المطلب الثاني: الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر
١٣٣	المبحث الثاني: الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية في البحرين
١٥١	المبحث الثالث: ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي ونتائجها
١٥٢	المطلب الأول: ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي
١٥٢	الفرع الأول: ارتباط الإغفال التشريعي بنصوص الدستور
١٥٧	الفرع الثاني: عدم المساس بالسلطة التقديرية للمشرع
١٥٧	أولاً: عدم مباشرة الرقابة على الإغفال التشريعي إلا عند الضرورة
١٦٠	ثانياً: تبني فكرة الإلغاء الجزئي
١٦٢	ثالثاً: عدم مباشرة الرقابة على الإغفال الكلي (السكوت التشريعي)
١٦٤	المطلب الثاني: نتائج الرقابة على الإغفال التشريعي
١٦٥	الفرع الأول: الأحكام التفسيرية المضيفة
١٧٠	الفرع الثاني: الأحكام القاضية بعدم الدستورية
١٧٦	الخاتمة
١٧٦	أولاً: النتائج

١٨٠	ثانياً: التوصيات
١٨٣	قائمة المراجع
A	ملخص الأطروحة باللغة الانجليزية

المقدمة

إن اختصاص القضاء الدستوري في الأصل بصفة عامة هو النظر في النصوص التشريعية الصريحة التي تناول بها المشرع تنظيم أحد الموضوعات الدستورية وبيان مدى توافق هذه النصوص مع قواعد الدستور من عدمه، إلا أن المشرع قد يضع النصوص التشريعية ولكنه يضعها بصورة منقوصة وقاصرة عن أن تحيط بالموضوع من كافة جوانبه، وهو ما درج الفقه على تسميته بالإغفال التشريعي.

ويعد مصطلح الإغفال التشريعي من المصطلحات الحديثة نسبياً التي لم يتسن بعد للفقه التعرض له بالقدر الكافي للاتفاق 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 فعالية الموضوع محل التنظيم من ناحية، ومخالفة أحد أو بعض النصوص الدستورية من ناحية أخرى.

وتفصيل ذلك أنه إذا تدخل المشرع ونفاذاً لحكم الدستور بتنظيم موضوع معين من موضوعاته فإن تدخله يجب أن يكون متكامل الجوانب مفعلاً لكافة الضمانات الدستورية لهذا الموضوع بحيث إذا أغفل المشرع جانباً من جوانبه الذي لا يكتمل التنظيم إلا به فإن ذلك من شأنه أن يقلل من الضمانات الدستورية لهذا الموضوع ويكون مخالفاً للدستور.

وقد لا يتناول المشرع أحد الموضوعات الدستورية بالتنظيم من الأساس على الرغم من التزامه دستورياً بذلك وهو ما يسمى بالسكوت التشريعي أو الإغفال الكلي، ذلك أن تقرير الحاجة إلى التشريع ومن ثم التدخل لتنظيم الموضوع محل التشريع، أو عدم الحاجة إليه ومن ثم عدم التدخل أي السكوت يعد أهم خصائص السلطة التقديرية للمشرع، ومن ثم فإن السكوت عن تنظيم موضوع من الموضوعات الدستورية لا يعد من قبيل الإغفال التشريعي إذ لا توجد صلة بين الحاجة إلى التشريع وبين دستوريته.

وقد يتعدى ذلك إلى تنازل المشرع عن اختصاصه التشريعي في تنظيم أحد الموضوعات الدستورية إلى سلطة أخرى لممارسة هذا الاختصاص الموكول إليه وفقاً لنصوص الدستور وهو ما درج الفقه على تسميته بعدم الاختصاص السلبي للمشرع، وهذا أمر مغاير تماماً لفكرة الإغفال التشريعي الذي يباشر المشرع فيه اختصاصه الدستوري في تنظيم أحد الموضوعات لكن يأتي تنظيمه قاصراً وغير مكتمل جوانبه.

هذا وقد تبنت الأنظمة القانونية محل الدراسة في فرنسا ومصر والبحرين الرقابة على الإغفال التشريعي على الرغم من عدم وجود نص تشريعي صريح يأخذ بهذه الرقابة، ويرد الفقه في غالبه أساس الرقابة القضائية على ما أغفل المشرع تنظيمه إلى ذات الأساس الذي تقوم عليه فكرة رقابة دستورية القوانين ألا وهي فكرة سمو الدستور والتي بمقتضاها تسمو قواعد الدستور وأحكامه على ما عداها من قواعد داخل الدولة وهي قواعد أمرة وملزمة وتفرض على المشرع التزامات إيجابية بالتشريع لحماية موضوعات دستورية كموضوع الحقوق والحريات.

إلا أن هذه الأنظمة المقارنة لم تطلق من رقابة القضاء الدستوري على الإغفال التشريعي، وإنما وضعت بعض الضوابط الدستورية التي يتعين على القاضي الدستوري مراعاتها بمناسبة الرقابة على الإغفال التشريعي، ومع ذلك فإن القضاء الدستوري لم ينتهج سياسة واحدة بمناسبة معالجته للإغفال التشريعي.

وأخيراً، فإن موضوع الإغفال التشريعي أثار جدلاً فقهيّاً بين الفقه الدستوري، وهذا الجدل الفقهي دار حول مجموعة من المسائل التي سيتم مناقشتها في هذه الدراسة مع إعمال دراسة مقارنة بين الأنظمة القانونية في فرنسا ومصر والبحرين، وكذلك القضائية، ولعل أهم هذه المسائل يتمثل في مفهوم الإغفال التشريعي وأساس الرقابة عليه وكيفية معالجة القضاء الدستوري له والضوابط التي تحكم الرقابة عليه.

أولاً: موضوع الدراسة:

تركزت هذه الدراسة على بحث موضوع الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي وذلك من خلال عمل دراسة مقارنة بين الأنظمة القانونية محل الدراسة، ونحاول في هذه الدراسة تسليط الضوء على ماهية الإغفال التشريعي من خلال بيان مفهوم الإغفال التشريعي وتمييزه عن غيره

من المصطلحات القريبة منه، وهي السكوت التشريعي (الإغفال الكلي)، وعدم الاختصاص السلبي للمشرع، وطبيعة القاعدة القانونية التي ينشئها الإغفال التشريعي بالمخالفة للدستور.

كما نحاول في هذه الدراسة بيان موقف الفقه من هذه الرقابة، نظراً لتباين موقف الفقه في هذا الخصوص، فقد ذهب جانب من الفقه إلى إنكار الرقابة على الإغفال التشريعي، وقد خلص جانب آخر إلى الاعتراف بالرقابة عليه، مع إلقاء الضوء على ما يسوقه كل رأي من الآراء من حجج تعاضد وتتاصر وجهة النظر القائل بها، والوقوف على أساس الرقابة على الإغفال التشريعي باعتبارها من الأمور التي توجبها الرقابة على دستورية القوانين وبالتالي ردها إلى حماية سمو الدستور من جانب، وحماية الحقوق والحريات الأساسية من جانب آخر.

وأخيراً نستعرض في هذه الدراسة موقف القضاء في الأنظمة القانونية المقارنة وكيفية معالجته للإغفال التشريعي خاصة وأن موضوع الدراسة يعتمد بشكل أساسي على ما خلصت إليه أحكام القضاء الدستوري، كما سيتم إلقاء الضوء على الضوابط التي وضعها القاضي الدستوري بمناسبة رقابته على الإغفال التشريعي.

ولكل ما تقدم، يأتي اختيار موضوع هذه الدراسة وهو الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي -دراسة تحليلية مقارنة- والذي يعد من وجهة نظرنا- من الدراسات الحديثة التي لم يتناولها الفقه الدستوري بالقدر الكافي وعلى النحو المتخصص، حيث تكاد تخلو المكتبة العربية من المراجع المتخصصة في هذا الشأن، أملين أن يكون تناولنا لموضوع الدراسة على النحو الذي تستحقه أهميته في المجال الدستوري.

ثانياً: أهمية الدراسة:

يعد موضوع الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه من الموضوعات المهمة في المجال الدستوري، نظراً لحدثة مصطلح الإغفال التشريعي في نطاق الدراسات الدستورية وكذلك حداثة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين، هذا من جانب.

ومن جانب آخر، إن أهمية الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي تبدو في إعلاء مبدأ سمو وعلو الدستور، وحماية الحقوق والحريات التي تضمنها، الأمر الذي يتعين معه تصدي

القضاء الدستوري لأية مخالفة من المشرع للدستور سواء بنصوص تشريعية صريحة تناول بها تنظيم أحد الموضوعات الدستورية أو بإغفال المشرع تنظيمه للموضوع بصورة متكاملة.

ثالثاً: إشكالات الدراسة:

يشير موضوع الدراسة جملة من الإشكالات التي يتعين مناقشتها ومعالجتها من خلال بحث موضوع الدراسة للوصول إلى إطار قانوني يحكم موضوع الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه.

ومن هذه الإشكالات، تبني الأنظمة القانونية محل الدراسة الرقابة على الإغفال التشريعي على الرغم من أنها لم تتضمن نصاً تشريعياً صريحاً يأخذ بهذه الرقابة، وهو ما أثار جدلاً في الفقه الدستوري بشأن مفهوم الإغفال التشريعي ومدى جواز الرقابة عليه، الأمر الذي يتطلب بحث أساس الرقابة على الإغفال التشريعي وموقف الفقه منها.

ولا تقف إشكالات الموضوع عند هذا الحد، إنما تمتد إلى تنوع حلول القضاء الدستوري في الأنظمة المقارنة بشأن معالجة الإغفال التشريعي والتي تعتبر أهم نقاط البحث في رقابة الإغفال لأنها تطرح بصورة مباشرة طبيعة العلاقة بين القضاء الدستوري والسلطة التشريعية وحدود هذه الرقابة، الأمر الذي يستلزم استعراض موقف القضاء الدستوري من الرقابة على الإغفال التشريعي، بالإضافة إلى ما وضعه من ضوابط تحكم هذه الرقابة.

وعليه، سنحاول في هذه الدراسة مناقشة ومعالجة هذه الإشكالات من خلال النصوص الدستورية، وآراء الفقه، وأحكام القضاء الدستوري في الأنظمة محل الدراسة.

رابعاً: نطاق الدراسة:

يحكم موضوع الدراسة دستور مملكة البحرين مع إعمال المقارنة مع الدستور الفرنسي والدستور المصري، وتركز هذه الدراسة على تحليل القدر المتاح الذي تيسر لنا من أحكام المحكمة الدستورية البحرينية، كما أرتأينا من الملائم لإثراء البحث أن نعرض للفقه والقضاء

الدستوري المقارن لا سيما قرارات المجلس الدستوري الفرنسي وأحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية.

خامساً: منهجية الدراسة:

تعتمد هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن وذلك من خلال تحليل النصوص الدستورية في مملكة البحرين مع إعمال المقارنة بالنصوص في فرنسا ومصر مستدلين بأراء الفقه، مع تتبع دقيق للأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري بشأن الإغفال التشريعي وتحليلها.

سادساً: تقسيم الدراسة:

لإعطاء فكرة متكاملة تحيط بكافة جوانب موضوع الدراسة، ولكي تكتمل الفائدة المرجوة من دراسته، ارتأينا أنه من الملائم تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة فصول تليها خاتمة تتضمن النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها من خلال هذه الدراسة، وذلك حسب خطة البحث الآتية:

الفصل الأول: ماهية الإغفال التشريعي.

المبحث الأول: مفهوم الإغفال التشريعي.

المبحث الثاني: تمييز الإغفال التشريعي عن غيره من المصطلحات القريبة منه.

المبحث الثالث: طبيعة القاعدة القانونية التي ينشئها الإغفال التشريعي بالمخالفة

للدستور.

الفصل الثاني: أساس الرقابة على الإغفال التشريعي وموقف الفقه منها.

المبحث الأول: موقف الفقه من الرقابة على الإغفال التشريعي.

المبحث الثاني: مبدأ سمو الدستور أساس للرقابة على الإغفال التشريعي.

المبحث الثالث: حماية الحقوق والحريات أساس للرقابة على الإغفال التشريعي.

الفصل الثالث: موقف القضاء من الرقابة على الإغفال التشريعي وضوابطها

ونائجها.

المبحث الأول: الإغفال التشريعي في القضاء الدستوري في فرنسا ومصر.

المبحث الثاني: الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية في البحرين.

المبحث الثالث: ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي ونتائجها.

الفصل الأول:

ماهية الإغفال التشريعي

وسنتناول في هذا الفصل الموضوعات الآتية:

المبحث الأول: مفهوم الإغفال التشريعي.

المطلب الأول: المفهوم اللغوي والاصطلاحي للإغفال التشريعي.

المطلب الثاني: المفهوم القضائي للإغفال التشريعي.

المبحث الثاني: تمييز الإغفال التشريعي عن غيره من المصطلحات القريبة منه.

المطلب الأول: الإغفال التشريعي والسكوت التشريعي (الإغفال الكلي).

المطلب الثاني: الإغفال التشريعي وعدم الاختصاص السلبي للمشرع.

المبحث الثالث: طبيعة القاعدة القانونية التي ينشئها الإغفال التشريعي بالمخالفة للدستور.

الفصل الأول:

ماهية الإغفال التشريعي

يعد التشريع أهم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية، ليس في القانون البحريني فحسب، وإنما في معظم القوانين الحديثة.

والتشريع كمصدر رسمي للقانون، هو وضع قواعد قانونية في نصوص مكتوبة بواسطة السلطة المختصة بذلك، ويطلق اصطلاح التشريع على القواعد ذاتها التي تضعها هذه السلطة. فالقاعدة التشريعية هي القاعدة المكتوبة الصادرة عن السلطة المختصة.

لذا لا ينشأ التشريع على نحو تلقائي داخل المجتمع، فلا بد من تدخل السلطة المختصة وهي السلطة التشريعية لوضع التشريعات وإلزام الأفراد بها على ضوء ما تراه ملائماً لظروف واحتياجات المجتمع.

ويفترض أن يكون التشريع كاملاً، أي أن تكون نصوص التشريع قد توقعت كل الظروف والمعاملات التي تجري في المجتمع الحاضر والتي ستجري في المستقبل ووضعت لها النظام القانوني الذي يحكمها.

ولما كان كل عمل إنساني مشوباً حتماً بالقصور وكان التشريع ما هو إلا عمل من أعمال الإنسان، ومن ثم فلا يمكن أن يكون كاملاً فغالباً ما يشوبه النقص، كنتيجة طبيعية للنقص والقصور الكامنين في طبيعة الإنسان، وتتفق فكرة النقص والقصور في التشريع مع طبيعة الأشياء.

وهذا النقص أو القصور في التشريع أطلق عليه الفقه مصطلح الإغفال التشريعي الذي يعد في نطاق الدراسات الدستورية من المصطلحات الحديثة نسبياً، وهو مصطلح لم يتعرض له الفقه بالقدر الكافي على الرغم من تعرض القضاء الدستوري له.

وعلى هذ النحو، سنتناول في هذا الفصل تحديد مفهوم الإغفال التشريعي وتمييزه عن غيره من المصطلحات القريبة منه، إذ يخلط بعض الفقه بين الإغفال التشريعي وبين المفاهيم القانونية الأخرى، وعليه سوف نحدد طبيعة القاعدة القانونية التي ينشئها الإغفال التشريعي وهل هذه القاعدة تتضمن مخالفة للدستور أو لا، واستناداً لذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى المباحث الآتية:

المبحث الأول: مفهوم الإغفال التشريعي.

المبحث الثاني: تمييز الإغفال التشريعي عن غيره من المصطلحات القريبة منه.

المبحث الثالث: طبيعة القاعدة القانونية التي ينشئها الإغفال التشريعي بالمخالفة للدستور.

وسنقوم من خلال استعراضنا لهذه المباحث بالتعليق عليها وبيان موقفنا منها.

المبحث الأول: مفهوم الإغفال التشريعي

إن المشرع عند ممارسته لوظيفته التشريعية وبمناسبة تنظيمه لأحد الموضوعات قد يتناول الموضوع محل التنظيم ولكن على نحو منقوص وقاصر لا يحيط بالموضوع محل التنظيم من كافة جوانبه وهو ما يسميه الفقه بالإغفال التشريعي، وسبق وأن أشرنا إلى أن مصطلح الإغفال التشريعي من المصطلحات حديثة الظهور والتي لم يتسن بعد للفقه تحديد معناه ومفهومه بالقدر الكافي على الرغم من تصدي القضاء الدستوري له.

فما المفهوم الذي وضعه الفقه لبيان فكرة الإغفال التشريعي، وهل أورد القضاء الدستوري هذا المفهوم في أحكامه أو أنه اكتفى بإعمال مضمون الفكرة؟

وسوف نخصص هذا المبحث للإجابة على هذا التساؤل من خلال تقسيمه إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: المفهوم اللغوي والاصطلاحي للإغفال التشريعي.

المطلب الثاني: المفهوم القضائي للإغفال التشريعي.

المطلب الأول:

المفهوم اللغوي والاصطلاحي للإغفال التشريعي

ترجع كلمة إغْفَالٌ في اللغة (اسم) إلى كلمة أَعْفَلَ، أَعْفَلَ: (فعل)، أَعْفَلَ واجباته: غفل عنها، أهملها وتركها من غير نسيان - أَعْفَلَ بعض التفاصيل، أَعْفَلَ صَفَحَاتٍ مِنَ الْكِتَابِ: تَرَكَهَا دُونَ تَنْقِيطٍ، مُبْهَمَةً، أَعْفَلَ صَاحِبَهُ: إِعْتَدَهُ غَافِلًا، أَعْفَلَهُ عَنْ هَدَفِهِ: جَعَلَهُ يَغْفُلُ عَنْهُ: ختم الله على قلبه وجعله غافلاً عن الحقائق، أَعْفَلَ المدير عن تأخره عن العمل: جعله يَغْفُلُ عنه أو ينساه، {وَلَا تُطِيعْ مَنْ أَعْفَلْنَا قُلُوبَهُ عَنْ ذِكْرِنَا}: ختم الله على قلبه وجعله غافلاً عن الحقائق^١.

أما كلمة تشريع: (اسم) ترجع إلى كلمة شَرَعَ، تشريعي: (اسم)، اسم منسوب إلى تشريع مُتَعَلِّقٌ بِسَنِّ الْقَوَانِينِ، السُّلْطَةُ التَّشْرِيعِيَّةُ: مجلس النواب، البرلمان؛ الهيئة الخاصة المكوّنة من مجموعة الأشخاص المُنتَخَبِينَ رسمياً، مُهْمَتُهُمْ وضع القوانين، أو تعديلها لدولة أو ولاية الانتخابات التشريعية، الدَّورَةُ التَّشْرِيعِيَّةُ: مدّة انعقاد المجلس النيابي خلال السَّنَةِ وتكون عادية أو استثنائية^٢.

^١ معجم اللغة العربية المعاصر - الموقع الإلكتروني المعاني <http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar>

^٢ معجم اللغة العربية المعاصر - الموقع الإلكتروني المعاني <http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar>

استخدمنا في هذه الدراسة مصطلح التشريع، باعتبار أن القانون بالمعنى الواسع متعدد المصادر والصور، وتتنوع هذه المصادر بين مصادر وصور غير مكتوبة، ومن أمثلتها العرف وقواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي، وأخرى مكتوبة يطلق عليها التشريع، ويقصد بالتشريع مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة المختصة بالدولة (السلطة التشريعية)، والتشريع بهذا المعنى لا يستغرق المفهوم الكلي للقانون، بحسبان القانون مجموعة من القواعد العامة المجردة التي تحكم العلاقات الاجتماعية في الدولة وأنه لا يقتصر على المكتوب من هذه القواعد، بل يشمل العديد من القواعد غير المكتوبة التي سلف بيانها، ومن ثم فإن التشريع ليس مرادفاً للقانون وإن شاع استخدامهما كمترادفين، وإن أمكن القول بأن التشريع هو أهم مظاهر القانون، وأنه يحتل في الأغلب الأعم من الأنظمة القانونية مكاناً بارزاً كمصدر رئيسي من مصادره، ومن ثم يمكن القول بأن كل تشريع يعتبر قانوناً وليس كل قانون يعتبر تشريعاً. د. سري محمود صيام - صناعة التشريع - الكتاب الأول: المعايير الحاكمة للتشريع وقواعد الصياغة التشريعية والمواصفة الوطنية مع المعايير الدولية للقانون الدولي الإنساني ومكافحة الفساد والاتجار بالبشر وحماية البيئة - دار النهضة العربية - ٢٠١٥ - ص ٢٠ وما بعدها.

وفي الاصطلاح القانوني أثار اصطلاح الإغفال التشريعي^١ جدلاً فقهيّاً باعتباره من المصطلحات الحديثة التي لم يتم الاتفاق على تحديد معناها أو مضمونها.

اعتبر جانب من الفقه الفرنسي الإغفال التشريعي صورة من صور عدم الاختصاص السلبي للمشرع أي تخلي المشرع عن اختصاصه^٢.

كما عبّر جانب آخر من الفقه الفرنسي عن الإغفال التشريعي بقوله إن إغفال المشرع هو عدم الاختصاص السلبي "Incompétence négative" ينطوي في ذاته على تجاوز السلطة التشريعية لسلطتها "Excès de pouvoir"^٣.

وأيد هذا الاتجاه من الفقه الفرنسي، جانب من الفقه المصري، فذهب الدكتور عيد الغفلول في تعريفه للإغفال التشريعي بأنه: "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"^٤.

يتبين لنا من الاتجاه السابق، أنه اعتبر الإغفال التشريعي أي تنظيم السلطة التشريعية لمسألة أو مسائل معينة بصورة منقوصة صورة من صور عدم الاختصاص السلبي للمشرع إلى جانب تخلي أو تنازل السلطة التشريعية عن اختصاصاتها التشريعية بصدد مسألة أو مسائل معينة لغيرها من السلطات، إلا أن الإغفال التشريعي يختلف عن عدم الاختصاص السلبي للمشرع، فلا يمكن الجمع بينهما في فكرة واحدة ومن ثم اعتبار الإغفال التشريعي صورة من

^١ تعددت المصطلحات التي أخذ بها الفقه الدستوري كترجمة للمصطلح الفرنسي "Législative Omission" بينما يستخدم البعض مصطلح "إغفال المشرع" ويستخدم البعض الآخر مصطلح "الامتناع التشريعي الجزئي" فإن معظم الفقهاء يستخدمون اصطلاح "الإغفال التشريعي" وهو ما أخذنا به للدلالة على قيام المشرع بتناول الموضوع محل التنظيم على نحو منقوص وقاصر لا يحيط به من كافة جوانبه بالمخالفة للدستور.

^٢ Favoreu et Philip – Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel – ED. Dalloz – 9e éd – 1997 p. 68.

^٣ George Schmitter – L'incompétence négative du législateur et des autorités administrative – A.I.J.C. – Economica – 1989 – 141-142.

^٤ د. عيد أحمد الغفلول – فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع – دراسة مقارنة – الطبعة الثانية – دار النهضة العربية – ٢٠٠٣ – ص ١٥٩، وتمت الإشارة إلى ذات التعريف عند: د. محمد ماهر أبو العينين – الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته – دراسة تطبيقية – الطبعة الأولى – المركز القومي للإصدارات القانونية – ٢٠١٣ – ص ١٨٥.

صور عدم الاختصاص السلبي للمشرع كما ذهب أصحاب هذا الاتجاه، وهو ما سنتناوله بشيء من التفصيل في هذا الفصل من الدراسة.

بينما ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى اعتبار الإغفال التشريعي مخالفة موضوعية لأحكام الدستور، ومنهم الدكتور أحمد فتحي سرور الذي ذهب إلى أن الإغفال التشريعي هو الإغفال النسبي للمشرع في معالجة موضوع معين خلافاً للدستور قد يمس الضمانات القانونية التي يجب التمتع بها فضلاً عن الإخلال بمبدأ المساواة^١.

ونلاحظ بأنه أشار إلى الإغفال التشريعي على أنه الإغفال النسبي للمشرع إلا أنه ينبغي أن يكون التعريف موضحاً ومحددًا معنى الكلمة أو العبارة المعرفة.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن المقصود من الإغفال التشريعي هو "إغفال المشرع جانباً من جوانب الموضوع محل التنظيم مما يؤدي إلى الحد من فعالية الموضوع محل التنظيم من ناحية وعدم تفعيل أو تكريس النص الدستوري من ناحية أخرى"^٢.

وبناءً على هذا التعريف، فإن المقصود من الإغفال التشريعي هو تنظيم المشرع لأحد الموضوعات تنظيمًا قاصراً وغير متكامل بأن أغفل أحد جوانب الموضوع على النحو الذي يؤدي إلى عدم الإحاطة بالموضوع محل التنظيم وعدم تفعيل أحد النصوص الدستورية، ونجد أن هذا التعريف قد قصر نتيجة الإغفال التشريعي على عدم تفعيل النص الدستوري ولم يشر صراحة إلى أن نتيجة الإغفال هي مخالفة الدستور باعتبار أن الإغفال يؤدي إلى مخالفة دستورية سواء أدت إلى عدم تفعيل النص أم لا وأن التنظيم القاصر في حد ذاته مخالفاً للدستور، كما أن التعريف بدأ بكلمة "إغفال" وكان ينبغي أن يكون موضحاً ومحددًا معنى الكلمة أو العبارة المعرفة وليس تكرارها.

ويؤيد هذا الرأي جانب آخر من الفقه، والذي يُعرف الإغفال التشريعي بأنه: "تناول المشرع أحد الموضوعات التي يختص بها بالتنظيم، لكنه يأتي -سواء عن عمد أو إهمال- غير مكتمل

^١ د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - الطبعة الأولى - دار الشروق - ١٩٩٩ - ص ٢٠٢.

^٢ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في المحكمة الدستورية العليا - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ٢٠٠٣ - ص ٥.

أي تنظيمًا قاصراً عن أن يحيط بكافة جوانبه وبما يؤدي بالإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم"^١.

ونجد أن هذا التعريف قد أشار إلى جميع عناصر الإغفال التشريعي إلا أنه ردّ سبب وجود الإغفال إلى العمد أو الإهمال على الرغم من أن الإغفال قد ينشأ نتيجة عيب في الصياغة التشريعية وهو ما سنتناوله لاحقاً في هذه الدراسة.

وقد أشار الدكتور عوض المر -رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية الأسبق- إلى وجود إغفال تشريعي وعبر عنه بالقول إن إغفال المشرع تنظيم الجوانب الكاملة لحقوق المواطنين وحرياتهم يكون إذا قام المشرع بتنظيم أحد الحقوق والحريات التي كفلها الدستور تنظيمًا قاصراً، وذلك بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل التنظيم إلا بها كان ذلك إخلالاً بضماناتها التي هيأها الدستور لها وفي ذلك مخالفة للدستور^٢.

ويقدم هذا الرأي أمثلة على مفهوم الإغفال التشريعي في نطاق الحقوق والحريات^٣، فإن الدستور حين ينص على ضمان حق الدفاع فإن المفترض في التنظيم التشريعي لهذا الحق أن يكون فعالاً، وبالتالي يكون مخالفاً للدستور كل تنظيم قانوني لهذا الحق يحد من هذه الفعالية كأن يخلو من النصوص التي تكفل اتصال المتهم بمحاميه، ليس فقط وقت توجيه التهمة، بل كذلك في كافة المراحل المؤثرة في مصيره بما في ذلك مرحلة التحقيق الابتدائي، ثم مرحلة الاتهام التي أعقبتها وحتى الفصل فيه، وإغفال النصوص القانونية لشيء مما تقدم هو إخلال بضمانة الدفاع

^١ د. عبدالعزيز محمد سالم - رقابة الإغفال في القضاء الدستوري - مجلة "الدستورية" التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا المصرية - العدد (١٥) - السنة الثامنة - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا، وتمت الإشارة إلى ذات التعريف عند: د. هالة محمد طريح - حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات العامة والضمانات المقررة لممارستها - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - دار النهضة العربية - ٢٠١١ - ص ٢٤٩، ورقة عمل بعنوان "إطلالة على الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ضوء مبدأ الفصل بين السلطات" مقدمة من وفد جمهورية مصر العربية إلى المؤتمر العالمي الثاني حول العدالة الدستورية، ري دي جانيرو - البرازيل - ١٦-١٨ يناير ٢٠١١ - منشورة بالموقع الإلكتروني:

www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/EGY_Supreme_Court_ARA.pdf

^٢ د. عوض المر - الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية - مركز رينيه - جان دبو لل قانون والتنمية - ٢٠٠٣ - ص ١٤١٦.

^٣ المرجع السابق - ص ١٤١٨-١٤٢٠.

ذاتها التي كفلها الدستور، ويتعين أن يكون الجزاء على هذا الإغفال هو عين الجزاء المقرر على العدوان على حق الدفاع بنص تشريعي مباشر.

وما ينص عليه الدستور من حرمة الملكية الخاصة، وحظر نزع ملكيتها بغير تعويض عادل، مؤداه أن الأصل في الملكية هو أن تظل لأصحابها، وألا تفرض قيود عليها لا تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، وألا ينال المشرع بالتالي من أصلها أو يجردها من لوازمها إلا وفق الشروط والأوضاع التي ينص عليها الدستور والقانون، وألا يباشر آخرون عليها سيطرة فعلية يستأثرون من خلالها بثمارها أو ملحقاتها أو منتجاتها، إضراراً بأصحابها الذين ظل سند ملكيتها بأيديهم. فإذا انقض المشرع عليها، أحالها صريماً، سواء كان عدوانه عليها بنص تشريعي مباشر، أو بإغفال تقرير ضماناتها التي كفلها الدستور لها.

وتنظيم الدستور للحق في التقاضي، يفترض ليس فقط حق اللجوء إلى المحاكم على اختلافها بوسائل ميسرة ودون عوائق إجرائية، وليس فقط تقرير كل ضمانة قضائية يقتضيها الفصل بصورة منصفة في حقوق الأفراد والتزاماتهم المدنية، وكذلك فيما يوجه إليهم من اتهام جنائي، وإنما يتعين كذلك أن تتوفر حلقتان أخريان لا يكتمل بدونهما حق التقاضي. أولهما، أن تؤول المحصلة النهائية للنزاع، إلى ترضية قضائية توافق الدستور والقانون، وتضع حداً نهائياً للعدوان على حقوق الأفراد وحياتهم التي وقع الإخلال بها، ثانيتهما، أن تقتصر هذه الترضية بالحمل على تنفيذها جبراً، واقتضائها بقوة السلطة من الملزمين بها، إذا لم يقبلوا بها طواعية واختياراً. وإغفال المشرع تقرير النصوص القانونية التي يكتمل بها حق التقاضي، والتي يصل هذا الحق في كنفها إلى كامل مداه، هو عدوان على ذلك الحق لا يقل سوءاً عن النصوص القانونية التي يقرها ليجرد الحقوق التي ينظمها من مضامينها ويحلها إلى فراغ عقيم.

كما أن ضمان الدستور الحرية الشخصية في إطار دولة القانون، ووفق المفاهيم الديمقراطية، يفترض شخصية المسؤولية الجنائية وشخصية العقوبة، وألا يبتدع القاضي عقوبة بطريق القياس، وألا يجعل المشرع أشخاصاً بذواتهم مسؤولين عن فعل أو أفعال لا شأن لهم بها، وألا يتخذ من القرائن القانونية التحكيمية، سبيلاً إلى إعفاء النيابة من إثبات ركن في الجريمة لا تقوم إلا به، أو من توافر أحد الظروف المشددة لعقوبتها، وألا يقرر المشرع جزاء جنائياً رجعياً، وألا يعطل سريان قانون أصلح للمتهم منذ صدوره، ولو لم يحن وقت العمل به، وألا يقيد الحرية الشخصية بغير الوسائل القانونية السليمة، وألا يعاقب على الفعل الواحد أكثر من مرة، وألا يفرض عقوبة من شأنها الحط من قدر الإنسان سواء بالنظر إلى قسوتها أو إلى منافاتها للقيم

الخلقية، وألا يحدد عقوبة الجريمة بما يفقدها تناسبها معها، وألا يخل كذلك بحق الدفاع، أو يؤثر بوجه عام في الشروط الموضوعية والإجرائية التي تتوافر بها لكل محاكمة منصفة، متطلباتها حتى لا تختل موازينها.

يتبين لنا مما سبق أن الدكتور عوض المر قد ربط فكرة الإغفال التشريعي بموضوع الحقوق والحريات، على الرغم من أن الإغفال التشريعي يمتد ليشمل كافة الموضوعات الواردة بالدستور بما فيها موضوع الحقوق والحريات، وقد يكون هذا الرأي مستنداً إلى أن فكرة الإغفال لم تظهر إلا لحماية وصيانة الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية.

في حين عرّف جانب آخر من الفقه الإغفال التشريعي بأنه: "عدم تناول المشرع بالتنظيم ما كان يتعين النص عليه صراحة ليوافق مقتضى الدستور"^١، فإنه من وجهة نظرنا تعريف مختصر وغير واضح في بيان معنى الإغفال التشريعي.

وذهب جانب من الفقه إلى تعريفه له بقوله: "أن المشرع تناول الموضوع محل التنظيم على نحو منقوص لا يحيط به من كافة جوانبه"، ويزيد هذا الرأي بأن المشرع 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 ومخالفة أحد نصوص الدستور أو بعضها من ناحية أخرى^٢.

ونلاحظ أن هذا التعريف لم يشر صراحة إلى أن نتيجة هذا الإغفال هي مخالفة الدستور إلا أنه تدارك ذلك حينما أوضح فكرة الإغفال التشريعي.

^١ د. محمد عماد النجار - في القضاء بعدم دستورية الإغفال التشريعي "قضاء عدم الدستورية الشرطي" - مجلة "الدستورية" التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا المصرية - العدد ١٧ - السنة الثامنة - إبريل ٢٠١٠ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

^٢ د. جابر محمد حجي - السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - ٢٠١٢ - ص ٣٩٦-٣٩٨.

كما تم تعريف الإغفال التشريعي على أنه: "عزوف المشرع في حين أن الدستور يلزمه بالمبادرة"^١.

ونرى بأن هذا التعريف قد توسع في مفهوم الإغفال التشريعي ليشمل حالة عدم تدخل المشرع لتناول أحد الموضوعات بالتنظيم على الرغم من التزامه دستورياً بذلك وهو ما يسميه الفقه بالإغفال الكلي أو السكوت التشريعي والذي يدخل في صميم السلطة التقديرية للمشرع، ويختلف عن معنى الإغفال التشريعي محل الدراسة وسنأتي لاحقاً ببيان فكرة الإغفال الكلي.

ويتضح لنا من التعريفات السابقة أنها جميعها وإن اختلفت في الصياغة إلا أنها أجمعت على اعتبار التنظيم القاصر أو القصور في التنظيم إغفالاً تشريعياً مخالفاً للدستور.

لذلك لا بد أن يكون تنظيم المشرع محدداً بصورة واضحة لكافة الجوانب المتعلقة بالموضوع محل التنظيم، لأن إغفال جانب من جوانب الموضوع يحول دون مباشرته بصورة كاملة ومن ثم مخالفة الضمانات التي أوردها الدستور للموضوع محل التنظيم. كما أن تنظيم المشرع لأحد الحقوق والحريات لا بد أن يكون مكتمل الجوانب مما يجعل هذا التنظيم في الصورة التي تكفل فعالية مباشرة هذا الحق أو الحرية محل التنظيم، باعتبار أن إغفال جانب من جوانب هذا الحق أو الحرية يعد مخالفة للدستور الذي يكفل الحقوق والحريات ويقيد المشرع في عدم المساس بأصلها أو جوهرها أو الانتقاص منها^٢.

واستناداً إلى ما تقدم، فإننا يمكن أن نُعرّف الإغفال التشريعي بأنه: "قيام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات الواردة 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 ومخالفة أحد أو بعض نصوص الدستور".

فقد جمعنا في هذا التعريف، عناصر فكرة الإغفال التشريعي، والتي تتلخص من وجهة نظرنا في أمرين رئيسيين، هما أولاً: التنظيم القاصر من قبل المشرع لموضوع من الموضوعات

^١ قرارات المحاكم الدستورية وما عاقلها من هيئات وتنفيذها في دول الاتحاد الأوروبي - مجلة "الرقابة الدستورية" التي يصدرها اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية - السنة الثالثة - العدد الثالث - ٢٠١٠ - ص ٢٢٧.

^٢ بذات المعنى انظر: د. عوض المر - المرجع السابق - ص ٣٩٦.

الواردة بالدستور، وثانياً: مخالفة هذا التنظيم القاصر لنص أو أكثر من نصوص الدستور. كما تجنبنا ما أبدناه من ملاحظات بشأن التعريفات السابقة، بأن لم نبدء في تعريفنا للإغفال التشريعي بكلمة "إغفال"، ولم نربط موضوعه بالحقوق والحريات وإنما كل الموضوعات الواردة بالدستور بما فيها الحقوق والحريات، وقمنا بإخراج فكرة الإغفال الكلي أو السكوت التشريعي من فكرة الإغفال التشريعي محل الدراسة.

المطلب الثاني:

المفهوم القضائي للإغفال التشريعي

لم يتطرق القضاء الدستوري في الأنظمة القانونية محل الدراسة إلى مفهوم الإغفال التشريعي في العديد من أحكامه، إلا أنه استخدم العديد من المصطلحات والعبارات التي تعبر عن فكرة الإغفال التشريعي، مؤكداً على أن التنظيم التشريعي القاصر في ذاته يشكل مخالفة دستورية سواء تمثل هذا التنظيم القاصر فيما لم يتضمنه النص التشريعي المطعون فيه من حكم كان يتعين أن يتضمنه أو فيما تضمنه من حكم قاصر.

ذهب المجلس الدستوري الفرنسي في بيانه لفكرة الإغفال التشريعي في العديد من قراراته بأن عدم تضمين النص التشريعي لجانب معين من جوانب الموضوع إنما يخالف النص الدستوري، وأن تنظيم المشرع للموضوع إما أن يكون كافياً أو غير كافٍ "Suffisamment ou insuffisamment" ويقرر عدم الدستورية لأي تنظيم يكون غير كافٍ¹.

ففي مجال قانون العقوبات قرر المجلس الدستوري بأن النص قد أغفل فيه المشرع تحديد الجرائم بصورة كافية مما يمس مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات²، كما قرر المجلس بشأن أحد نصوص القانون المتعلق بالتصفية القضائية للشركات وتوفيق أوضاعها أن المشرع أغفل تحديد الجريمة -جريمة إخلال الموظف بواجبات الوظيفة- بصورة واضحة بالمخالفة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات المنصوص عليه في المادة الثامنة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام

¹ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ٦٣.

² Décision du conseil constitutionnel No. 84-176 du 25 juillet 1984-الموقع الرسمي للمجلس الدستوري.

١٧٨٩، حيث كان ينبغي على المشرع أن يحددها تحديداً واضحاً بعبارات محددة لا تثير لبساً في التفسير^١.

يتبين لنا من الحكمين السابقين، أن المجلس الدستوري الفرنسي لم يعرّف الإغفال التشريعي تعريفاً واضحاً بل استخدم عدة عبارات تدل على أن التنظيم غير الكافي أي القاصر يعد مخالفة دستورية.

كما تبنت المحكمة الدستورية العليا المصرية فكرة الإغفال التشريعي في العديد من أحكامها فقد استخدمت مصطلح الإغفال في مرات نادرة، ثم عبّرت عنه في باقي أحكامها مستخدمة عبارات أخرى، مثل عدم تضمين النص التشريعي المطعون فيه لحكم كان يتعين أن يتضمنه، أو تضمين النص المطعون فيه لحكم قاصر.

وفي هذا الشأن قضت المحكمة في أحد أحكامها بمخالفة المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٤٥٠) لسنة ١٩٨٦ بإنشاء محميات طبيعية بمنطقة جبل علبة بالبحر الأحمر لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي نصت عليه المادة (٦٦) من الدستور، وأوردت في حكمها عبارة "وذلك فيما تضمنته من عدم تعيين الحدود التي تبين النطاق المكاني لتلك المحميات"^٢.

وفي مجال تطبيقها على الملكية الخاصة، قضت المحكمة بمخالفة المادة (١٣) من قانون حماية الآثار الصادر بالقانون رقم (١١٧) لسنة ١٩٨٣ للمادتين (٣٢، ٣٤) من الدستور اللتين كفلتا صون الملكية الخاصة وأوردت في حكمها عبارة: "وذلك فيما لم تتضمنه من تعويض المالك عن اعتبار ملكه أثراً"^٣.

^١ الموقع الرسمي للمجلس الدستوري - Décision du conseil constitutionnel No. 84-183 du 18 janvier 1985.

^٢ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٢٠) لسنة (١٥) قضائية "دستورية" جلسة ١ أكتوبر ١٩٩٤ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

^٣ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٨٢) لسنة (١٩) قضائية "دستورية" جلسة ٢ مايو ١٩٩٩ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

وكذلك حكمها الصادر بمخالفة نص المادة (١٧) من القانون رقم (١٣٦) لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر لمبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة (٤٠) من الدستور، فيما تضمنه من قصر استمرار عقد الإيجار على الزوجة المصرية وأولادها من زوجها المستأجر غير المصري عند انتهاء إقامته بالبلاد فعلاً أو حكماً دون الزوج المصري وأولاده من زوجته المستأجرة غير المصرية^١.

ويتضح من الأحكام السابقة، أن المحكمة الدستورية العليا المصرية لم تضع مفهوماً محدداً للإغفال التشريعي، وإنما عبّرت عنه باستخدام عبارة فيما لم يتضمنه النص من حكم كان يتعين أن يتضمنه، أو فيما تضمنه من حكم قاصر.

وفي معرض تناولها لموضوع الحقوق والحريات، ذهبت المحكمة في حكمها إلى مخالفة نص الفقرة (١) من المادة (١١٢) من لائحة نظام العاملين بالهيئة القومية لسكك حديد مصر الصادرة بقرار وزير النقل والمواصلات والنقل البحري رقم (١٧) لسنة ١٩٨٢ للدستور فيما لم تتضمنه من وجوب إنذار العامل كتابة قبل إنهاء خدمته لانقطاعه عن العمل بغير إذن أكثر من ثلاثين يوماً متتالية^٢.

وقد ذهبت المحكمة في حكمها إلى أن: "أغفل المشرع في النص الطعين اشتراط إنذار العامل كتابة قبل إنهاء خدمته للانقطاع" وأن: "النص الطعين قد أغفل شرط الإنذار الكتابي المسبق للعامل قبل إنهاء خدمته للانقطاع، فإنه بذلك يكون قد أحل بضمانة جوهرية بما ينطوي على تمييز غير مبرر بين العاملين بتلك الهيئة وغيرهم من العاملين الخاضعين لأحكام قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة رغم عدم تمايز أوضاعهم الوظيفية في شأن الحقوق التي ينظمها النص الطعين".

وقد بينت المحكمة بجلاء في حيثيات هذا الحكم ما مفاده: "وحيث إن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن كل مخالفة للدستور، سواء تعمدتها المشرع أم انزلق إليها بغير قصد، يتعين

^١ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٦) لسنة (٢٠) قضائية "دستورية" جلسة ١٤ إبريل ٢٠٠٢ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

^٢ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٧٧) لسنة (٢٦) قضائية "دستورية" جلسة ١٤ يناير ٢٠٠٧ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

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 تنظيماً قاصراً، وذلك بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها، كان ذلك إخلالاً بضماناتها التي هيأها الدستور لها، وفي ذلك مخالفة للدستور. لما كان ذلك، وكان المشرع لم يضمن النص الطعين شرط الإنذار المسبق للإعتداد بانقطاع العامل عن العمل - قبل إنهاء خدمته - حتى يمكن أن تقوم به القرينة على اتجاه إرادته الضمنية إلى تأكيد رغبته في عدم الاستمرار في العمل، فإن تنظيمه على هذا النحو يكون قاصراً ومخالفاً لمبدأ سيادة القانون الذي نصت عليه المادة (٦٤) من الدستور. وحيث إنه ترتيباً على ما تقدم، يكون النص الطعين قد تردى في حماة مخالفة أحكام المواد (١٣، ١٤، ٤٠، ٦٤) من الدستور".

وقد عبّر هذا الحكم عن مفهوم الإغفال التشريعي صراحة، في موضوع الحقوق والحريات، وذلك باستخدام مصطلحي (إغفال) و(التنظيم القاصر)، فقد أورد أنه إذا نظم المشرع الحقوق والحريات تنظيماً قاصراً، وذلك بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص التشريعية التي لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها، كان ذلك إخلالاً بضمانتها التي هيأها الدستور لها، وفي ذلك مخالفة للدستور.

أما المحكمة الدستورية البحرينية فلم تستخدم مصطلح الإغفال التشريعي صراحة كما أنها لم تعرّف فكرة الإغفال التشريعي، إلا أنها استخدمت العديد من العبارات التي تدل عليه، منها عدم تضمين النص التشريعي المطعون فيه لحكم ما، وخلو النص أو نصوص التشريع من حكم كان يتعين أن يتضمنه.

فقد ذهبت المحكمة في معرض تناولها لحق الملكية إلى عدم دستورية المرسوم بقانون رقم (٨) لسنة ١٩٧٠ بشأن استملاك الأراضي للمنفعة العامة، وقد جاء في حكمها بأن: "المرسوم

بقانون المطعون فيه بكامل نصوصه، قد خلا من تحديد حالات المنفعة العامة فإنه يكون مشوياً بعبء مخالفة الدستور لعدم تحديد هذه الحالات^١.

وفي حكم آخر لها بشأن الإحالة الملكية لمشروع قانون بإنشاء غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية الذي قضت فيها بعدم مطابقة بعض نصوص مواده للدستور، ذهبت المحكمة إلى أن: "المادة (١٠) من المشروع المعروض قد خلت من تحديد لضوابط فرض الرسوم التي بينتها وأنواع هذه الرسوم ونسبتها أو حدودها القصوى التي لا يجوز تخطيطها وكان ذلك من شأنه أن يطلق يد وزير العدل في فرض هذه الرسوم، فإن المادة (١٠) من المشروع المعروض تكون قد وقعت في حماة مخالفة نص المادة (١٠٧) من الدستور المعدل"^٢.

كما جاء في حكمها بأن: "نص الفقرة (ب) من المادة (٢٣) من المشروع المعروض مخالفاً مبدأ المساواة المنصوص عليه بالمادتين (٤)، (١٨) من الدستور المعدل، فضلاً عن انتقاصه من حق التقاضي المنصوص عليه بالفقرة (و) من المادة (٢٠) من الدستور المعدل، وذلك فيما لم يتضمنه من تقرير حق أحد الأطراف في التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم هيئة تسوية النزاع"، كما قضت بأن هذا النص: "قد جرى على غير هذا المنحى - يكون مخالفاً لأحكام المواد (٤)، (١٨)، (٢٠/ج)، (٢٠/و)، (١٠٤/ب) من الدستور المعدل فيما لم يتضمنه من وجوب ألا يكون قاضي محكمة الاستئناف العليا الذي يصدر القرارات المتعلقة بالتنفيذ ضمن تشكيل هيئة المحكمة ذاتها التي تختص بنظر التظلم من تلك القرارات".

وقضت المحكمة بشأن طلب رئيس مجلس النواب بعدم دستورية المادة (١٥) من قانون الخدمة المدنية الصادر بالقانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٦ بأن: "وكان الطالب ينعي على النص الطعين عدم دستوريته على سند من وروده خالياً من تحديد الحالات التي يجوز فيها تولي غير البحرينيين الوظائف العامة بحسبان أن عبارة (يكون تعيين غير البحرينيين بصفة مؤقتة وبطريق التعاقد) التي جرى بها النص الطعين لا تُعتبر تحديداً وبياناً للأحوال التي يجوز فيها تولي غير

^١ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (٥٥/د) لسنة (٣) قضائية جلسة ٢٦ مارس ٢٠٠٧ منشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٧٨٦) الخميس ١٢/٤/٢٠٠٧.

^٢ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (١٠٩/م.ح) لسنة (٧) قضائية جلسة ٢٥ يونيو ٢٠٠٩ منشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٩٠١) الخميس ٢٥/٦/٢٠٠٩.

البحرينيين الوظائف العامة، فمن ثم فإن نطاق المنازعة الماثلة يتحدد في العبارة آنفة الذكر فيما لم تتضمنه من بيان حالات جواز تعيين غير البحرينيين في الوظائف العامة باعتباره أساس المسألة الدستورية مناط المنازعة^١.

ومن ثم نخلص إلى أن القضاء الدستوري في الأنظمة القانونية محل الدراسة، لم يضع تعريفاً واضحاً للإغفال التشريعي وإنما عبّر عنه من خلال استخدامه لعدة مصطلحات وعبارات تدل على فكرته ومضمونه، وسنأتي لاحقاً في الفصل الثالث من هذه الدراسة لبيان موقف القضاء الدستوري المقارن بشأن رقابته على الإغفال التشريعي باستعراض أهم الأحكام الدستورية بشأنه وتحديد الضوابط التي وضعها في ذلك.

^١ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (طن/١/٠٨) لسنة (٦) قضائية جلسة ٢٩ فبراير ٢٠١٢ منشور في الجريدة الرسمية العدد (٣٠٤٢) الخميس ٢٠١٢/٣/٨.

المبحث الثاني:

تمييز الإغفال التشريعي عن غيره من المصطلحات القريبة منه

لما كان الإغفال التشريعي وفقاً لما سبق بيانه يتمثل في قيام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات الواردة 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 ومخالفة أحد أو بعض نصوص الدستور.

ولما كان مصطلح الإغفال التشريعي من المصطلحات الحديثة في مجال الدراسات الدستورية، فإن ذلك يستلزم التعرض إلى التمييز بين الإغفال التشريعي وبعض المصطلحات القريبة منه لمعرفة حدود كل مصطلح.

وعليه، سنتناول في هذا المبحث التمييز بين الإغفال التشريعي وغيره من المصطلحات القريبة منه، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: الإغفال التشريعي والسكوت التشريعي (الإغفال الكلي).

المطلب الثاني: الإغفال التشريعي وعدم الاختصاص السلبي للمشرع.

المطلب الأول:

الإغفال التشريعي والسكوت التشريعي (الإغفال الكلي)

عرّف جانب من الفقه الإغفال الكلي أو السكوت التشريعي بأنه "حالة الغياب الكلي أو عدم الوجود الكلي للتشريع أو لقاعدة قانونية تتعلق بحالة قانونية محددة بالدستور"^١.

في حين عرّفه جانب آخر من الفقه بأنه: "السكوت عن تنظيم مسألة ما أو عدم التدخل بالتشريع في موضوع معين"^٢.

وبصفة عامة يذهب الدكتور عادل الطبطبائي إلى أن المشرع يملك سلطة تقديرية في عملية سن ووضع التشريعات، فله التدخل لوضع تشريعات معينة نص عليها الدستور أو عدم التدخل لوضعها أي سكوته، كما له أن يحدد مضمون التشريع ومحتواه، ودون أن يتقيد بأسلوب معين أو طريقة محددة، ولكنه مع ذلك يتقيد بما يفرضه عليه الدستور من قواعد وأحكام، فإن خالفها اعتبر مخالفاً للدستور^٣.

ويستطرد الرأي السابق بأن المشرع إذا كان يملك سلطة تقديرية واسعة في اختيار وقت وضعه للتشريع، فإن تأخره في إتمام ذلك مدة طويلة أي سكوته يمكن أن ينسب لتصرفه هذا "تقصيراً دستورياً" وليس مخالفة دستورية.

ومن الأمثلة البارزة بشأن السكوت التشريعي أو الإغفال الكلي، تأخر المشرع العادي المصري عن إصدار قانون لمحاكمة الوزراء في مصر ليعدل أحكام القانون القديم، وهو ما اعتبره جانب من الفقه المصري سكوتاً تشريعياً وإغفالاً كلياً يُنشئ تقصيراً في حق السلطة التشريعية لعدم الوفاء بواجباتها الدستورية، كما يُنشئ مسئولية سياسية في حق السلطة التشريعية، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، أن عدم صدور قانون محاكمة الوزراء يهدد ما سيكفله هذا

^١ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ١٢٠-١٢١.

^٢ د. عبدالعزيز محمد سالمان - رقابة الإغفال في القضاء الدستوري - مجلة "الدستورية" - المرجع السابق.

^٣ د. عادل الطبطبائي - الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية - دراسة مقارنة - مجلس النشر العلمي ولجنة التأليف والتعريب والنشر - جامعة الكويت - ٢٠٠٠ - ص ٤٤٧-٤٤٨.

القانون من ضمانات لهذه الفئة لا تتوافر بالنسبة لهم إلا من خلال صدور هذا القانون نظراً لطبيعة وظيفتهم^١.

وبعد أن بينا بإيجاز فكرة الإغفال الكلي أو السكوت التشريعي سوف نتناول التمييز بين هذه الفكرة وبين فكرة الإغفال التشريعي.

أن وجه التشابه بين الإغفال التشريعي والسكوت التشريعي (الإغفال الكلي) يكمن في أن كلا منهما يرد على التزام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات الواردة بالدستور، فيما عدا ذلك فإن أوجه الاختلاف بين الإغفال التشريعي والسكوت التشريعي تكمن في عدة نواحي.

فمن ناحية إن الإغفال التشريعي يكون فيه المشرع قد تناول الموضوع محل التنظيم بصورة قاصرة أو على نحو منقوص، أما السكوت التشريعي (الإغفال الكلي) يكون عندما لا يتناول المشرع أحد الموضوعات بالتنظيم من الأساس على الرغم من التزامه دستورياً بذلك^٢.

ومن ناحية ثانية، فإن مسلك المشرع بصدد السكوت التشريعي (الإغفال الكلي) يعد مسلكاً إرادياً بحسب الأصل، بينما مسلك المشرع بصدد الإغفال التشريعي هو بحسب الأصل غير إرادي.

ومن ناحية ثالثة، يختلف الإغفال التشريعي عن السكوت التشريعي (الإغفال الكلي) من حيث مدى الخضوع للرقابة الدستورية من قبل القضاء، فإذا كان يمكن القول بأن الإغفال التشريعي يخضع لرقابة القضاء الدستوري ويجد أساسه في مبدأ سمو الدستور والذي يعني علو

^١ ينص الدستور المصري السابق لعام ١٩٧١ في المادة (١٦٠) منه التي تتعلق بمحاكمة الوزراء على أن: "يقف من يتهم من الوزراء عن عمله إلى أن يفصل في أمره، ولا يحول انتهاء خدمته دون إقامة الدعوى عليه أو الاستمرار فيها. وتكون محاكمة الوزير وإجراءات المحاكمة وضماناتها والعقاب على الوجه المبين بالقانون. وتسري هذه الأحكام على نواب الوزراء"، وينظم محاكمة الوزراء القانون رقم (٧٩) لسنة ١٩٥٨ المعمول به في ظل دستور ١٩٥٦ ودستور ١٩٦٤، وقد صدر هذا القانون إبان الوحدة بين مصر وسوريا، ولذلك كان ينص على تشكيل المحكمة التي يحاكم أمامها الوزراء من أعضاء نصفهم من القضاء السوري، وبانتهاء هذه الوحدة في أوائل الستينات يكون مستحيلاً تشكيل المحكمة على هذا النحو، ولذلك لم يصدر عن المشرع قانون جديد أو بتعديل لمحاكمة الوزراء يعدل من أحكام القانون القديم، وهو ما يمثل سكوتاً تشريعياً أو إغفالاً كلياً من جانب السلطة التشريعية. د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ٢١٠-٢١١.

^٢ د. جابر محمد حجي - المرجع السابق - ص ٤٠١.

القواعد الدستورية على غيرها من القواعد القانونية المطبقة في الدولة، وأن أي تشريع تصدره الدولة يجب أن يكون موافقاً للدستور، هذا إلى جانب حماية الحقوق والحريات التي ورد النص عليها في الدستور^١.

إلا أن السكوت 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^٢.

والقول بذلك -امتداد الرقابة على السكوت التشريعي أو الإغفال الكلي- يعني حلول القاضي الدستوري محل السلطة التشريعية في تقدير كثير من الأمور، أولها، مدى الحاجة إلى التشريع، وثانيها، مدى ضرورة هذا التشريع، وثالثها، تقدير الظروف الملائمة لصدور التشريع.. الخ، وهذه الأمور من أخص سمات السلطة التقديرية للمشرع^٣.

تفصيل ذلك، أن تنظيم موضوع ما ومدى الحاجة إلى وجود التشريع أمر تختص به السلطة التشريعية وفقاً للملاءمات 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- ما لم يكن الدستور قد أوجب عليه التدخل وحدد له وقت تدخله وهو أمر لا يحدث كثيراً^٤.

ويعبر الفقه عما يتمتع به المشرع من سلطة تقديرية في هذا الشأن "بحرية المشرع في تقدير ملاءمة تدخله" والتي تعني أن للمشرع سلطة التدخل لتنظيم أي موضوع يرى تنظيمه بمقتضى تشريع، كما له أن يمتنع عن التدخل، فإذا ما قدر المشرع التدخل كان له حرية اختيار

^١ د. جابر محمد حجي - المرجع السابق - ص ٤٠٠.

^٢ د. هالة محمد طريح - المرجع السابق - ٢٥٧.

^٣ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ١٢٣-١٢٤.

^٤ د. عبدالعزيز محمد سالمان - رقابة دستورية القوانين - رسالة دكتوراه - الطبعة الأولى - دار الفكر العربي - ١٩٩٥ - ص ١٠٩، د. عبدالعزيز محمد سالمان - ضوابط وقيود الرقابة الدستورية (منهج المحكمة الدستورية العليا في رقابتها لدستورية القوانين واللوائح) - الطبعة الأولى - سعد سمك للمطبوعات القانونية - ٢٠١١ - ص ١٣٩.

الوقت المناسب لإقرار تشريعه، دون أن يكون هناك ما يلزمه قانوناً بالتدخل أو تحديد وقت تدخله^١.

ويكمن الهدف من إعطاء المشرع السلطة التقديرية هو تمكينه من الاضطلاع بأعبائه على النحو الذي يحقق المصلحة العامة حسب تقديره، وفي أنسب الأوقات ملائمة بحسب اختياره، وهو ما يجعل جوهر الوظيفة التشريعية هو السلطة التقديرية، ومن ثم لابد من احترامها وإفساح المجال لها^٢.

وفي فرنسا استقر المجلس الدستوري على أن نطاق رقابته على دستورية القوانين يتحدد من مطابقة النص التشريعي المطعون فيه لأحكام الدستور، ومن ثم لا يدخل في نطاق هذه الرقابة ولا يدخل ضمن عناصرها التحقق من سلامة التقديرات التي يجريها المشرع بشأن مدى الحاجة إلى التشريع وملاءمته، فتلك مسألة يستقل المشرع بتقديرها، ويكون تقديره في هذا الشأن بمنأى عن أية رقابة قضائية، ذلك أن نصوص الدستور لا تتضمن ما يُخوّل المجلس الدستوري سلطة مراجعة المشرع في تقديره أو أن يحل تقديره محل تقدير المشرع^٣.

ومن جانبها حرصت المحكمة الدستورية العليا المصرية منذ نشأتها على الاعتراف للمشرع بالسلطة التقديرية، حيث جاء في أحد أحكامها أن: "إقرار قانون أو إصدار قرار بقانون في موضوع معين هو مما تستقل السلطان التشريعية والتنفيذية بتقديره وفقاً لأحكام الدستور، ولا يجوز بالتالي حملها على التدخل في زمن معين أو على نحو ما. كذلك فإن قعودها عن إقرار تنظيم تشريعي في هذا النطاق، لا يعتبر بمثابة عقبة قانونية تحول بذاتها دون إنفاذ الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية وفرضها على المعارضين لها لضمان النزول عليها"^٤.

وهذا الحكم واضح في التأكيد على أن تدخل المشرع بوضع تشريع ينظم به موضوع معين أو عدم تدخله يعد مظهراً من مظاهر السلطة التقديرية للمشرع.

^١ د. ثروت عبدالعال أحمد - حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية - دار النهضة العربية - ١٩٩٩ - ص ٢٣-٢٤.

^٢ د. جابر محمد حجي - المرجع السابق - ص ٣٧٠.

^٣ د. ثروت عبدالعال أحمد - حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية - المرجع السابق - ص ٢١.

^٤ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٧) لسنة (١٤) قضائية "منازعة تنفيذ" جلسة ١٩ يوليو ١٩٩٣ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

ولقد دأب قضاء هذه المحكمة على ترديد هذا المعنى، ومن ذلك حكمها: "أن الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق -على ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة- أنها سلطة تقديرية ما لم يفيدها الدستور بضوابط معينة، وجوهر السلطة التقديرية يتمثل في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة لاختيار ما يقدر أنه أنسبها لمصلحة الجماعة، وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله بالتنظيم...".^١

وقد وضع الحكم السابق ضابطاً يحكم السلطة التقديرية للمشرع وهو ضرورة الموازنة بين البدائل التي تتصل بالموضوع محل التنظيم ووزن مصالح الجماعة، بحيث يجب على المشرع أن يختار أنسب البدائل لمصالح الجماعة وبما يحقق أكثر المصالح أهمية.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن: "تنظيم الحقوق منوط بالمشرع، وكان استعماله لسلطته في هذا الشأن رخصة يباشرها، كلما اقتضاها الصالح العام، وفي الوقت الذي يراه مناسباً، إلا أن تدخله يغدو عزيمة إذا ما دعاه الدستور إلى تنظيم حق من الحقوق. فإن أدى مسلكه إلى الإخلال بهذا الحق، كان ذلك مخالفاً للدستور".^٢

ويظهر من هذا الحكم أن يكون للمشرع تقدير التدخل لتنظيم الحقوق والحريات، إلا أنه إذا قرر التدخل لتنظيمها فإنه مقيد بعدم الإخلال بها وإلا عد مخالفاً للدستور.

وهو ذات المسلك الذي سلكته المحكمة الدستورية البحرينية بشأن عدم دستورية المرسوم بقانون رقم (٨) لسنة ١٩٧٠ بشأن استملاك الأراضي للمنفعة العامة، ووضعت قاعدة مفادها: "إنه ولئن كان إبطال المرسوم بقانون المطعون فيه يستتبعه فراغ تشريعي يستدعي تدخل المشرع بإصدار نص جديد يملأ هذا الفراغ، فإن ذلك لا يحول بذاته دون القضاء بعدم الدستورية ومن ثم يمتنع تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية طبقاً لنص المادة (٣١) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية، وعند هذا الحد تقف سلطة القاضي

^١ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٢) لسنة (٢٠) قضائية "دستورية" جلسة ٥ أغسطس ٢٠٠٠، وحكمها في القضية رقم (١٥٢) لسنة (٢٢) قضائية "دستورية" جلسة ٧ إبريل ٢٠٠١، وحكمها في القضية رقم (١١١) لسنة (٢٧) قضائية "دستورية" جلسة ٦ يوليو ٢٠٠٨ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

^٢ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٩٣) لسنة (١٩) قضائية "دستورية" جلسة ٦ مايو ٢٠٠٠ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

الدستوري بغير امتداد إلى البديل، حيث يؤول ذلك إلى السلطة التشريعية، التي تظل محتفظة بسلطة التقدير التي تملكها، وهي تصدر قانوناً جديداً ترفع فيه العوار الذي شاب النص القديم ولا يجوز بالتالي حملها على التدخل في زمن معين أو على نحو معين".^١

ويظهر لنا من الحكم السابق أن المحكمة رغم اعترافها بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم (٨) لسنة ١٩٧٠ بشأن استملاك الأراضي للمنفعة العامة المطعون فيه سيؤدي إلى وجود فراغ تشريعي أو ما يسمى بالإغفال الكلي، إلا أن المحكمة هنا وقفت عند هذا الحد واكتفت بحثّ المشرع وتوجيه نداء له لممارسة وظيفته التشريعية وإصدار تشريع جديد ينظم موضوع الاستملاك للمنفعة العامة ليسد هذا الفراغ أو الإغفال الكلي.^٢

وقررت ذات المحكمة أن: "الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور بضوابط معينة، ويتمثل جوهر هذه السلطة التقديرية في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة، لاختيار ما يقدر أنه أنسبها لمصلحة الجماعة وأكثرها ملائمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله بالتنظيم، مما مؤداه أن مشروعية النصوص القانونية التي يتخذها المشرع كوسيلة لتحقيق الأهداف المشار إليها، مناطها توافقها مع أحكام الدستور ومبادئه، ومن ثم يتعين على المشرع دائماً إجراء موازنة دقيقة بين مصالح المجتمع والحرص على أمانة واستقراره من ناحية، وحريات وحقوق الأفراد التي كفلها لهم الدستور من ناحية أخرى".^٣

ونلاحظ في هذا الحكم أن المحكمة ذهبت في بيانها لجوهر السلطة التقديرية للمشرع، بأن هذا الجوهر يتمثل في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة لاختيار ما يقدر أنه أنسبها لمصلحة الجماعة وأكثرها ملائمة للوفاء بمتطلباتها بشأن الموضوع محل التنظيم،

^١ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (٥٠/٢/د) لسنة (٣) قضائية جلسة ٢٦ مارس ٢٠٠٧ منشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٧٨٦) الخميس ٢٠٠٧/٤/١٢.

^٢ تناول المشرع إعادة تنظيم موضوع الاستملاك للمنفعة العامة وأصدر القانون رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٩ بشأن استملاك العقارات للمنفعة العامة.

^٣ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (٥٤/٣/د) و (٥٤/٤/د) لسنة (٢) قضائية جلسة ٢٦ يونيو ٢٠٠٦ منشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٧٤٦) الخميس ٢٠٠٧/٧/٥.

وأضافت أنه من الضروري أن يقوم المشرع بإجراء موازنة دقيقة بين مصالح المجتمع وأمنه واستقراره من ناحية، وحقوق الأفراد من ناحية أخرى.

ونستخلص من الأحكام سالفه الذكر أن تقرير الحاجة إلى التشريع ومن ثم التدخل لتنظيم الموضوع محل التشريع أو عدم الحاجة إليه ومن ثم السكوت، يعد جوهر السلطة التقديرية للمشرع، وهو ليس محلاً للرقابة الدستورية من قبل القضاء.

لكن يبقى لنا أن ننير التساؤل التالي، كيف نعالج مسألة السكوت التشريعي أو الإغفال الكلي؟

لاشك أنه إذا لم يوجب الدستور التنظيم فإن التنظيم يكون رخصة من حق المشرع أن يستخدمها أو لا يستخدمها وأن يتخير الوقت المناسب لذلك وهذه مسألة سياسية وليست قانونية ولا يُسأل عنها المشرع أمام القاضي الدستوري، وإنما يُسأل عنها سياسياً في ضوء توجهات الرأي العام الذي يستطيع ممارسة الضغط عليه عندما يرى حاجة المجتمع إلى تشريع ما^١.

ومثال ذلك اتجاه المحكمة الدستورية العليا بمصر بمناسبة تعديل المادة الثانية من الدستور المصري في عام ١٩٨٠، حيث إنه بمقتضى هذا التعديل أصبحت الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، بعد أن كانت مصدراً رئيسياً للتشريع، ومنذ صدور هذا التعديل دارت مناقشات فقهية حول المقصود من تعديل المادة الثانية من الدستور وحول الأثر المترتب على هذا التعديل ومصير التشريعات السابقة عليه^٢.

^١ د. عبدالعزيز محمد سالم - رقابة الإغفال في القضاء الدستوري - مجلة "الدستورية" - المرجع السابق.

^٢ انظر بشأن الآراء الفقهية التي دارت حول تعديل المادة الثانية من الدستور المصري في عام ١٩٨٠:

د. يسرى محمد العصار - دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ١٩٩٩ ص ١٥٨ وما بعدها، د. عيد أحمد الغفلول - القانون الدستوري (المبادئ العامة) - النظام الدستوري لجمهورية مصر العربية - دار النهضة العربية - ٢٠٠٩ - ص ٣١٨ وما بعدها، د. سامي جمال الدين - الشريعة الإسلامية مصدر رسمي للقانون أم مصدر موضوعي للتشريع - قراءة في نص المادة الثانية من الدستور - مجلة "الدستورية" التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا المصرية - العدد (٢٢) - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

حيث جاء في أحكامها الأولى المتعلقة بهذا التعديل ما يلي: "... لا يجوز إصدار أي قانون في المستقبل يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، فإنه يعني ضرورة إعادة النظر في القوانين القائمة قبل العمل بدستور سنة ١٩٧١ وتعديلها بما يجعلها متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية"^١.

ويظهر لنا من اتجاه المحكمة الدستورية العليا أن التعديل الدستوري يوجب على المشرع أمرين: الأول، تقيد المشرع مستقبلاً بأحكام الشريعة الإسلامية فيما تصدره من تشريعات، والثاني، أن يقوم المشرع بمراجعة التشريعات الصادرة قبل التعديل لتوفيقها مع الشريعة الإسلامية وإزالة ثمة أي مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية. وفي تكليف المحكمة الدستورية العليا بالالتزام المشرع بتوفيق النصوص التشريعية السابقة على التعديل والتي تتضمن مخالفة لنص الدستور بعد التعديل، ذهب إلى أن هذا الالتزام هو التزام سياسي.

ومن ثم فإننا إزاء عدم مبادرة السلطة التشريعية للتوفيق بين النصوص التشريعية وبين أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لنص المادة الثانية من الدستور بعد تعديل ١٩٨٠ نكون بصدد سكوت تشريعي أو إغفال كلي من جانب السلطة التشريعية^٢.

وإن الالتزام السياسي يفتح باب أمام إعمال السلطة التقديرية للمشرع، بحيث تتحكم في عملية تنقية التشريعات السابقة على تعديل المادة الثانية من الدستور من أوجه مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية، اعتبارات ملائمة التشريع التي تخرجها المحكمة الدستورية العليا من نطاق رقابتها على دستورية التشريعات، ويعني ذلك أنه مهما طالت فترة سكوت السلطة التشريعية عن التدخل لتنقية التشريعات السابقة على تعديل المادة الثانية من الدستور من مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية، فإن سكوتها لن يكون بحال من الأحوال وجهاً للطعن بعدم دستورية التشريعات السابقة على تعديل المادة الثانية من الدستور والمخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية^٣.

ومن جانبنا نتفق مع ما ذهب إليه جانب من الفقه وهو أن اختيار المحكمة الدستورية العليا فكرة الالتزام السياسي وليس القانوني المفروض على السلطة التشريعية، يعد هو أفضل

^١ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٢٠) لسنة (١) قضائية "دستورية" جلسة ٤ مايو ١٩٨٥ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

^٢ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ١٢٦.

^٣ د. عيد أحمد الغفلول - فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع - المرجع السابق - ص ١٦٩.

الحلول في مثل هذه الحالة، لأن القول بغير ذلك إنما يعني حلول المحكمة الدستورية العليا محل السلطة التشريعية في الوظيفة التشريعية، ولأصبح دور القاضي الدستوري مشرعاً إيجابياً بدلاً من كونه مشرعاً سلبياً^١.

المطلب الثاني:

الإغفال التشريعي وعدم الاختصاص السلبي للمشرع

في البداية نقول إن تعبير عدم الاختصاص السلبي للمشرع "L'incompétence négative du législateur" هو تعبير فرنسي بالأساس وأول من استخدمه للمرة الأولى الفقيه الفرنسي "جان ريفيرو" Jean Rivero بمناسبة تعليقه على بعض أحكام المجلس الدستوري المتعلقة بممارسة السلطة التشريعية لاختصاصها التشريعي^٢.

سبق وأن ذكرنا أن جانباً من الفقه الفرنسي وآخر من الفقه المصري قد أضاف صورة الإغفال التشريعي إلى صور عدم الاختصاص السلبي للمشرع، باعتبارها صورة من صور تخلي المشرع عن اختصاصه^٣، إلا أننا نرى أنه لا يمكن الجمع بين الإغفال التشريعي وبين فكرة عدم الاختصاص السلبي في صورة واحدة حيث مفهوم أن كلا المصطلحين ليس واحداً وأن الهدف من الرقابة ليس واحداً، وأن أساس وموضوع الرقابة ليس واحداً، كما أن طريقة معالجة القاضي الدستوري لكل منهما تختلف عن الأخرى.

وقبل أن نتناول بالبحث أوجه التشابه والاختلاف بين كلٍّ من المصطلحين، نبدأ بتعريف فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع وموقف الفقه والقضاء الدستوري منها.

^١ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ١٢٦.

^٢ د. عيد أحمد الغفلول - فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع - المرجع السابق - ص ٤٣.

^٣ من الفقه المصري د. عيد أحمد الغفلول - فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع - ص ١١٤، ومن الفقه الفرنسي:

Favoreu et Philip - op. cit. - p.68.

فقد ذهب جانب من الفقه في تعريفه لعدم الاختصاص السلبي للمشرع إلى أنه: "تخلي البرلمان -أي تنازله- عن اختصاصه التشريعي لغيره من السلطات"^١.

وقد أورد أحد الفقهاء حالات لعدم الاختصاص السلبي للمشرع، أي حينما تتخلى السلطة التشريعية عن ممارسة اختصاصاتها للسلطة التنفيذية، الحالة الأولى، هي حالة الإفراط في تفويض التشريعي أو تجاوز حدوده، حينما يتخذ المشرع من عملية التفويض التشريعي فرصة للتخفف عن اختصاصاته التشريعية، فيفطر في تفويض اختصاصاته للسلطة التنفيذية أو يتسامح في تحديد ضوابط التفويض. والحالة الثانية، فهي إفراط السلطة التشريعية في الإحالة إلى السلطة التنفيذية، إذ يجب على المشرع حينما يدعو السلطة التنفيذية لوضع اللوائح التنفيذية للقوانين التي يقرها، أن يلتزم بالضوابط الدستورية التي تحدد قواعد الاختصاص، فلا يتنازل أو يترك الأمر برمته للسلطة التنفيذية بذريعة تنفيذ القانون^٢.

وكان القرار الأول للمجلس الدستوري الفرنسي الصادر في ٢٦ يناير ١٩٦٧ بعدم دستورية بعض نصوص مشروع قانون يتعلق بالقضاء حينما ترك المشرع اختصاصه للائحة في موضوعات تدخل بحسب الأصل في اختصاص القانون الأساسي بالمخالفة لنص المادة (٦٤) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ التي تنص على أن: "يحدد قانون أساسي النظام الأساسي للقضاة"، وكان مشروع القانون يتعلق بتعيين بعض القضاة بمحكمة النقض لمدة عشر سنوات وذلك لمساعدة مستشاري هذه المحكمة، إلا أنه ترك للائحة تحديد شروط تعيين القضاة بالمحاكم بصورة دائمة^٣.

ومنذ صدور هذا القرار لم يتردد المجلس الدستوري الفرنسي في التصدي لكل محاولة من المشرع تؤدي إلى تخليه أو تنازله عن مباشرة اختصاصاته الدستورية لصالح السلطة التنفيذية أو القضائية تحت ستار التنظيم التشريعي، وذلك لمخالفته لقواعد الاختصاص الثابتة بالدستور^٤.

^١ د. عيد أحمد الغفلول - فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع - ص ٥٠.

^٢ د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - السلطة التقديرية للمشرع - دراسة مقارنة - دار الجامعات الجديدة - ٢٠١٠ - ص ٥٨٠ وما بعدها.

^٣ Décision du conseil constitutionnel No. 67-31 du 26 janvier 1967 - الموقع الرسمي للمجلس الدستوري.

^٤ د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - المرجع السابق - ص ٥٩١-٥٩٢.

وعرفت المحكمة الدستورية العليا المصرية هذه الصورة في حكمها الصادر بشأن حرية التنقل، وقد جاء فيه ما يلي: "أن حرية الانتقال تتخرب في مصاف الحريات العامة، وأن تقييدها دون مقتضى مشروع، إنما يجرى حرية الشخصية من بعض خصائصها، ويقوّض صحيح بنيانها؛ وقد عهد الدستور بهذا النص إلى السلطة التشريعية دون غيرها بتقدير هذا المقتضى، ولأزم ذلك، أن يكون تعيين شروط إصدار 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 (٥٠) منه على حظر إلزام المواطن بالإقامة في مكان معين أو منعه من الإقامة في جهة معينة إلا في الأحوال التي يبينها القانون، وتبعتها المادة (٥١) لتمنع إبعاد المواطن عن البلاد أو حرمانه من العودة إليها، وجاءت المادة (٥٢) 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 شيء 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 تقيدها 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 الأصيل المقرر بالمادة (٨٦) من الدستور، ساقطاً -بالتالي- في هوة المخالفة الدستورية"^١.

ونستخلص من هذا الحكم أن المحكمة الدستورية العليا قد تصدت لتخلي المشرع عن اختصاصه لصالح السلطة التنفيذية تحت ستار التنظيم التشريعي واستخدمت عبارة (التسلب من الاختصاص) للتعبير عن ذلك، وأقامت قضاءها على أن الدستور جعل تنظيم حرية التنقل للسلطة التشريعية إلا أن المشرع وبمناسبة تنظيمه لهذا الحق ترك للائحة تحديد شروط وإجراءات منح جواز السفر للمواطنين مخالفاً بذلك للدستور.

^١ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٢٤٣) لسنة (٢١) قضائية "دستورية" جلسة ٤ نوفمبر ٢٠٠٠ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

وتبنت المحكمة الدستورية في البحرين، ذات اتجاه القضاء الدستوري المقارن بشأن رقابتها على فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، حيث ذهبت في حكمها الصادر بشأن الإحالة الملكية لمشروع قانون بإنشاء غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية إلى أن: "وحيث إن نص المادة (٢٦) من مشروع القانون المعروض تجرى على أن (يصدر الوزير، بعد موافقة المجلس الأعلى للقضاء في مدة لا تتجاوز ستة أشهر من صدور القانون لائحة تتضمن القواعد والإجراءات المتبعة أمام الغرفة والمواعيد الواجب مراعاتها على المنازعات التي تنظرها الغرفة طبقاً لأحكام الفصل الأول من الباب الثاني من هذا القانون، بما في ذلك إجراءات تقديم الدعوى وإدارتها وشروط تعيين واختيار أعضاء هيئة تسوية النزاع والقواعد المنظمة لردهم وأسباب تحييمهم وشروط تمثيل الخصوم أمام هيئة تسوية النزاع وحالات عدم صلاحية من يعين لتسوية النزاع للفصل فيه، والأحكام المنظمة لسداد الرسوم والمصاريف وإيداعها خزينة الغرفة، وغيرها من الأمور اللازمة لتنظيم الإجراءات بما فيها الحضور والغياب والإدخال والتدخل وتفسير الأحكام وتصحيح الأخطاء المادية والحسابية وإغفال الطلبات).

وحيث إن الدستور المعدل قد اختص في الفقرة (ب) من المادة (٣٢) منه السلطة التشريعية بمهمة إقرار القوانين، فلا تباشرها إلا بنفسها، ولم يخول السلطة التنفيذية مباشرة شيئاً من الوظيفة التشريعية إلا في الحدود الضيقة التي بينها النصوص حصراً، ذلك أن الأصل أن السلطة التنفيذية لا تتولى التشريع، وإنما يقوم اختصاصها أساساً على أعمال القوانين، وإحكام تنفيذها، غير أنه استثناءً من هذا الأصل وتحقيقاً لتعاون السلطات وتساندها الذي نصت عليه الفقرة (أ) من المادة (٣٢) من الدستور المعدل. فقد عهد الدستور إليها في حالات محددة بأعمال تدخل في نطاق الأعمال التشريعية، من ذلك، إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين، فنصت المادة (٣٩) من الدستور المعدل على أن (يضع الملك بمراسيم اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما لا يتضمن تعديلاً فيها أو تعطيلاً لها أو إعفاءً من تنفيذها، ويجوز أن يعين القانون أداة أدنى من المرسوم لإصدار اللوائح اللازمة لتنفيذه).

ومفاد هذا النص، أن الدستور المعدل حدد على سبيل الحصر الجهات التي تختص بإصدار اللوائح التنفيذية فقصرها على الملك أو من يفوضه القانون في ذلك.

والأصل في اللوائح التي تصدر وفقاً لنص المادة (٣٩) من الدستور المعدل أنها تفصل ما ورد إجمالاً من النصوص القانونية، بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها. فإذا عهد المشرع إلى اللائحة التنفيذية تنظيم موضوع بأكمله لم تجمله النصوص فإنه يكون قد تنازل عن اختصاصاته للسلطة التنفيذية خلافاً لأحكام المادتين (٣٢) و(٣٩/أ) من الدستور المعدل.

وحيث إن الدستور قد أفصح بنص الفقرة (و) من المادة (٢٠) عن كفالة حق التقاضي وفقاً للقانون. كمبدأ دستوري أصيل مردداً بذلك ما قرره المواثيق والإعلانات الدولية من كفالة هذا الحق لكل فرد باعتباره الوسيلة التي تكفل حماية الحقوق التي يتمتع بها قانوناً، ورد العدوان عليها وإذا كانت القواعد الإجرائية هي السياج الذي يقيمه القانون لحماية هذا الحق وصولاً إلى الترضية القضائية التي يسعى إليها من يطلبها، وجب على السلطة التشريعية أن تنظم هذه القواعد بقانون إعمالاً لحكم الفقرة (و) من المادة (٢٠) من الدستور المعدل سائلة الذكر أما اللائحة التنفيذية فدورها يقتصر على تفصيل ما أجملته هذه القواعد بما لا يتضمن تعديلاً فيها أو تعطيلاً لها أو إعفاءً من تنفيذها.

وإذ فوض المشروع في المادة (٢٦) منه وزير العدل في إصدار لائحة تتضمن القواعد والإجراءات المتبعة أمام الغرفة، والمواعيد الواجب مراعاتها على المنازعات التي تنظرها الغرفة طبقاً لأحكام الفصل الأول من الباب الثاني من هذا القانون..... فإنه يكون قد فوضه في تنظيم موضوع بأكمله لم تجمله النصوص بالمخالفة لنص المادتين (٣٢) ، (٣٩/أ) من الدستور فضلاً عما تقتضيه المادة (٢٠/و) من الدستور من تنظيم هذه القواعد بقانون^١.

ويظهر من هذا الحكم أن المحكمة الدستورية البحرينية بسطت رقابتها على عدم الاختصاص السلبي للمشرع وإن لم تشر إليه صراحة، حينما عهد المشرع إلى اللائحة التنفيذية تنظيم موضوع بأكمله لم تجمله النصوص وهو موضوع القواعد والإجراءات المتبعة أمام غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية والمواعيد الواجب مراعاتها على المنازعات التي تنظرها الغرفة، ومن ثم فإن المشرع هنا يكون قد تنازل عن اختصاصاته للسلطة التنفيذية مخالفاً بذلك المادة (٢٠/و) من الدستور ومبدأ الفصل بين السلطات المنصوص عليه في المادة (٣٢/أ) منه.

وهكذا يتضح لنا أن القضاء الدستوري المقارن في الأنظمة القانونية محل الدراسة قد تبنى ذات الاتجاه بشأن عدم دستورية عدم الاختصاص السلبي للمشرع حين قضى بعدم دستورية النصوص التشريعية التي يتخلى أو يتنازل فيها المشرع عن اختصاصه للسلطة التنفيذية، فيحيل الموضوعات التي تدخل في اختصاص القانون (التشريع) إلى اللائحة لتنظيمها.

^١ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (إ.ح.م/١/٠٩) لسنة (٧) قضائية جلسة ٢٥ يونيو ٢٠٠٩ منشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٩٠١) الخميس ٢٥/٦/٢٠٠٩.

وذهب جانب من الفقه إلى أن فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع تكون أكثر وضوحاً في القانون الدستوري منها في القانون الإداري لأن المشرع تنازل عن اختصاصه بإرادته للسلطتين التنفيذية والقضائية مخالفاً بذلك قواعد الاختصاص الثابتة بالدستور، ويرجع ذلك الوضوح إلى التحديد الدستوري لاختصاصات القانون (التشريع) من ناحية ومجال اللائحة من ناحية أخرى، ويظهر هذا بصورة جلية في الدستور الفرنسي لما جاء به من تحديد جامد لاختصاصات كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية من ناحية والسلطة القضائية من ناحية أخرى^١.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن النصوص الدستورية التي تعالج أمر سلطات الحكم ورسم الحدود الفاصلة بينها تحمل بسبب عمومها تفسيرات متعددة، ومثلها في ذلك النصوص التي ترسم الحدود بين سلطات الدولة المختلفة وحقوق الأفراد والجماعات، ويُضاف إلى ذلك أن النصوص الدستورية العديدة التي تُحدد للمشرع ولسائر سلطات الحكم في الدولة، تشتمل على توجهات موضوعية عامة في العديد من الشؤون السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وأن ذلك التحديد يتم عادة من خلال نصوص عامة^٢.

ومن جانبي اتفق مع ما ذهب إليه الاتجاه الأول، لأن المشرع الدستوري عادة ما يحرص على تحديد قواعد الاختصاص تحديداً دقيقاً، ومن ثم فإن المشرع إما أن يكون مختصاً ومن ثم يكون التشريع المطعون فيه دستورياً وإما أن يكون غير مختص وبالتالي يكون التشريع غير دستوري.

وبعد أن أوضحنا فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع وموقف الفقه والقضاء الدستوري منها سوف نتناول أوجه التمييز بين هذه الفكرة وفكرة الإغفال التشريعي.

فمن ناحية أولى، نقول إن عدم الاختصاص السلبي للمشرع يعني مخالفة مسلك المشرع لقواعد الاختصاص المحددة بالدستور باعتباره تخلى عن مباشرة اختصاصه وأسند الموضوع

^١ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ٢٣ -

٢٤.

^٢ د. أحمد كمال أبو المجد - دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر - الجزء الأول - مجلة "الدستورية" التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا المصرية - العدد الأول - السنة الأولى - يناير ٢٠٠٣ - ص ٦.

برمته إلى سلطة أخرى غير مختصة دون سند من الدستور، بينما الإغفال التشريعي لا يعني أن المشرع يخالف قواعد الاختصاص الثابتة بالدستور، وإنما باشر اختصاصه بنفسه إلا أنه قصر في مباشرته بأن أغفل جانباً معيناً من جوانب الموضوع محل التنظيم^١.

كما عبر جانب آخر من الفقه عن الاختلاف بين مفهوم كل من الفكرتين بالقول إن عدم الاختصاص السلبي للمشرع يأتي عندما يسند الدستور تنظيم موضوع من الموضوعات إلى السلطة التشريعية ففي هذه الحالة يجب أن تتولى تنظيم هذا الموضوع عن طريق إصدار تشريع ينظمه بصورة مباشرة أو تتولى على الأقل تنظيم أطره العامة وخطوطه العريضة وعناصره الرئيسية، فإذا لم تتولى السلطة التشريعية هذا التنظيم وأحالته برمته إلى السلطة التنفيذية فإن هذا يعد تسلباً من اختصاص ناط الدستور مباشرته لها، وهذا أمر مغاير تماماً لفكرة الإغفال التشريعي الذي يتولى فيه المشرع تنظيم الموضوع لكن يأتي تنظيمه قاصراً وغير مكتمل جوانبه^٢.

ومن ناحية ثانية، فإن مسلك المشرع بصدد فكرة عدم الاختصاص السلبي يعد مسلكاً إرادياً بحسب الأصل، بينما مسلك المشرع بصدد الإغفال التشريعي هو بحسب الأصل غير إرادي^٣.

ومن ناحية ثالثة، فإن الأساس القانوني للرقابة الدستورية على كل من الإغفال التشريعي وعدم الاختصاص السلبي للمشرع ليس واحداً، بالنسبة لفكرة عدم الاختصاص السلبي نجد أن أساس الرقابة عليها هو مبدأ الانفراد التشريعي بمسائل معينة ومن ثم مخالفة القانون لقواعد الاختصاص إذا ما ترك القانون هذه الموضوعات للسلطة اللائحة^٤، في حين أن أساس الرقابة على الإغفال التشريعي يتمثل في مخالفة التشريع لمبدأ سمو الدستور وعلوه من جانب، ومخالفة الضمانات التي هيأها الدستور لحماية الحقوق والحريات العامة من جانب آخر^٥.

^١ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ٢٤.

^٢ د. عبدالعزيز محمد سالمان - رقابة الإغفال في القضاء الدستوري - مجلة "الرقابة الدستورية" التي يصدرها اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية - السنة الثانية - العدد الثاني - يناير ٢٠٠٩ - ص ٢٠٥، د. هالة محمد طريح - المرجع السابق - ص ٢٥٥-٢٥٦.

^٣ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ٢٣-

٢٤.

^٤ د. عيد أحمد الغفلول - فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع - المرجع السابق - ص ٣٧-٣٨.

^٥ د. عوض المر - المرجع السابق - ص ١٤١٦.

ومن ناحية رابعة، فإن فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع تعد من العيوب الخارجية للتشريع تتمثل في مخالفة قواعد الاختصاص المنصوص عليها في الدستور ويترتب على ثبوتها القضاء بعدم دستورية التشريع المطعون فيه برمته لمخالفته لقاعدة شكلية واردة بالدستور، بينما لا يمكن أن نعتبر الإغفال التشريعي من العيوب الخارجية للتشريع بل أنها مخالفة صريحة لمضمون أحد نصوص الدستور أو بعضها ويترتب على وجوده القضاء بعدم دستورية ما أغفل المشرع بيانه للمخالفة الموضوعية للدستور^١.

وتؤكد وجهة النظر هذه قرارات المجلس الدستوري الفرنسي باعتبار أن عدم التحديد التشريعي إنما يخالف الدستور أي مضمون الدستور وليس قواعد الاختصاص، ومنها قراره الصادر بعدم دستورية أحد نصوص القانون المتعلق بالتصفية القضائية للشركات وتوفير أوضاعها أن المشرع أغفل تحديد الجريمة -جريمة إخلال الموظف بواجبات الوظيفة- بصورة واضحة بالمخالفة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات المنصوص عليه في المادة الثامنة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩، حيث كان ينبغي على المشرع أن يحددها تحديداً واضحاً بعبارات محددة لا تثير لبساً في التفسير^٢.

وكذلك أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية، ومنها حكمها بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة (٢٦) من قانون تنظيم هيئة قضايا الدولة الصادر بالقانون رقم (٧٥) لسنة ١٩٦٣ لمخالفتها لأحكام الدستور وذلك فيما لم تتضمنه من وجوب سماع أقوال العضو المحال إلى التحقيق^٣، وحكمها الصادر بعدم دستورية المادة (١٣) من قانون حماية الآثار الصادر بالقانون رقم (١١٧) لسنة ١٩٨٣ لمخالفتها للمادتين (٣٢، ٣٤) من الدستور اللتين كفلتا صون الملكية الخاصة وذلك فيما لم تتضمنه من تعويض المالك عن اعتبار ملكه أثراً^٤.

^١ د. جابر محمد حجي - المرجع السابق - ص ٤٠١.

^٢ Décision du conseil constitutionnel No. 84-183 du 18 janvier 1985 - الموقع الرسمي للمجلس الدستوري.

^٣ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٦٢) لسنة (١٩) قضائية "دستورية" جلسة ٧ مارس ١٩٩٨ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

^٤ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٨٢) لسنة (١٩) قضائية "دستورية" جلسة ٢ مايو ١٩٩٩ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

وتؤكد كذلك هذا الاتجاه أحكام المحكمة الدستورية البحرينية، ومن هذه الأحكام، حكمها بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم (٨) لسنة ١٩٧٠ بشأن استملاك الأراضي للمنفعة العامة وذلك لمخالفته للدستور بعدم تحديده لأحوال المنفعة العامة^١.

ويبدو جلياً من الأحكام المشار إليها أن الإغفال التشريعي يؤدي إلى مخالفة لأحد نصوص الدستور أو بعضها مخالفة موضوعية وليس خروجاً على قواعد الاختصاص المحددة بالدستور إذ إن المشرع لم يتخل عن اختصاصه لسلطة أخرى وإنما باشر اختصاصه الدستوري ولكنه أغفل مقتضى حكم الدستور في التشريع.

ويقدم ما سبق أن المخالفة الشكلية تؤدي إلى سقوط التشريع برمته أما المخالفة الموضوعية للدستور فإنها تقتصر فقط على النص المعيب الذي يتعارض مع النص الدستوري، اللهم إلا إذا كان هناك ارتباط بين نصوص التشريع في مجموعها مما يحتم الحكم بعدم دستورية النصوص جميعاً، وهو فرض نادر ما يقع في القضاء الدستوري، وما سبق قضت به المحكمة الدستورية العليا المصرية بوضوح، حيث جاء في حكمها ما يلي: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الرقابة التي تباشرها على دستورية القوانين واللوائح غايتها أن ترد المحكمة إلى قواعد الدستور كافة النصوص التشريعية المطعون عليها، وأن سبيلها إلى ذلك هو أن تفصل بأحكامها النهائية في الطعون الموجهة إليها شكلية كانت أم موضوعية، وأن يكون استيثاقها من استيفاء هذه النصوص لأوضاعها الشكلية أمراً سابقاً بالضرورة على خوضها في عيوبها الموضوعية انطلاقاً من أن الأوضاع الشكلية للنصوص التشريعية هي من مقوماتها كقواعد قانونية لا يكتمل كيانها أصلاً في غيبة متطلباتها الشكلية. وذلك خلافاً للعيوب الموضوعية التي تقوم في مبناها على مخالفة النصوص المطعون عليها لقاعدة في الدستور من حيث محتواها الموضوعي... ومتى كان قضاء المحكمة قد فصل في عوار موضوعي على النحو الذي قدمناه، فإنه يكون متضمناً بالضرورة تحقق المحكمة من استيفاء القرار بقانون المطعون عليه لأوضاعه الشكلية، إذ لو كان الدليل على تخلفها قد توافر لديها لسقط هذا القرار بقانون برمته، ولأمتنع عليها الخوض في اتفاق بعض مواده أو مخالفتها لأحكام الدستور الموضوعية"^٢.

^١ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (٥٥/٢/د) لسنة (٣) قضائية جلسة ٢٦ مارس ٢٠٠٧ منشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٧٨٦) الخميس ٢٠٠٧/٤/١٢.

^٢ حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية مشار إليه عند: د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ٢٧.

ومن ناحية خامسة، فإن هدف الرقابة الدستورية في الحالتين ليس واحداً، فالهدف من الرقابة بالنسبة لفكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع يتمثل في حماية المجال المحجوز للقانون (التشريع) وعدم إقحام السلطات الأخرى مباشرة اختصاصات السلطة التشريعية^١، لذلك الرقابة في حالة عدم الاختصاص السلبي تهدف إلى إدانة حالات إحجام السلطة التشريعية عن ممارسة اختصاصها التشريعي على اعتبار أنها قد تجاوزت -ولكن بصورة سلبية- حدود اختصاصها المنوط به دستورياً^٢.

في حين أن الغاية من الرقابة في حالة الإغفال التشريعي هي حماية سمو وعلو الدستور وهيمنة لقواعده 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 نطاقاً فاعلاً لها من جانب آخر^٣، ولذلك حالة الإغفال التشريعي تهدف إلى تصحيح النص التشريعي وليس حماية المجال المحجوز للقانون (التشريع)^٤.

ومن ناحية أخيرة -وهو ما يبدو في تقديرنا أكثر أهمية- اختلاف طريقة معالجة الإغفال التشريعي عن عدم الاختصاص السلبي للمشرع، ففي الحالة الأولى وهي الإغفال التشريعي فإن معالجة القاضي الدستوري تكون بحسب ما إذا كانت القاعدة القانونية التي صححت بها المحكمة النص الذي شابه الإغفال قد جاءت جلية على نحو يسمح بإنفاذها بذاتها من عدمه^٥.

وهو ما عبر عنه جانب من الفقه بقوله إن إنفاذ الأثر التصحيحي للحكم الصادر بعدم دستورية الإغفال التشريعي لا يكون إلا إذا كان القيد أو الشرط الذي تعلق عليه النص التشريعي من الوضوح بما يتيح لسلطات الدولة إعماله مباشرة استناداً إلى الحكم الدستوري المقضي فيه^٦.

وتفصيل ذلك أن بعض الأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري بعدم دستورية الإغفال التشريعي يمكن إعمال مقتضاها دون حاجة إلى تدخل المشرع وذلك عندما يكون القضاء قد حدد

^١ بذات المعنى انظر: د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - المرجع السابق - ص ٥٧٩.

^٢ د. عيد أحمد الغفلول - فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع - المرجع السابق - ص ١٠٩-١١٠.

^٣ د. جابر محمد حجي - المرجع السابق - ص ٣٩٨.

^٤ د. محمد عماد النجار - المرجع السابق.

^٥ د. جابر محمد حجي - المرجع السابق - ص ٤١٠.

^٦ د. محمد عماد النجار - المرجع السابق.

موضع هذا الإغفال وعالجه بقدر من الوضوح فيكون على الكافة تطبيق النص بعد أن صححه القضاء واستكماله شاملاً القاعدة القانونية التي ارتأت المحكمة أن المشرع قد أغفلها، بينما بعض الأحكام الصادرة من المحكمة بعدم دستورية الإغفال لا يمكن إنفاذ القاعدة القانونية التي كشفت المحكمة عن إغفال المشرع لها إلا بعد تدخل المشرع ذاته بتعديل النص وذلك عندما تكون المحكمة قد حددت موضع الإغفال ولكنها لم تعالج القاعدة القانونية^١.

بينما في حالة عدم الاختصاص السلبي للمشرع فإن القاضي الدستوري يكفي بعدم دستورية التشريع لمخالفته لقواعد الاختصاص الثابتة بالدستور، ولكن الجديد فيه هو صدوره استناداً إلى عيب عدم الاختصاص السلبي المتمثل في اتجاه المشرع إلى التنازل عن اختصاصه التشريعي، وعدم رغبته في ممارسته بنفسه على عكس ما ينص عليه الدستور^٢.

^١ د. جابر محمد حجي - المرجع السابق - ص ٤١١.

^٢ د. عيد أحمد الغفلول - فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع - المرجع السابق - ص ٢٨٦.

المبحث الثالث:

طبيعة القاعدة القانونية التي ينشئها الإغفال التشريعي بالمخالفة للدستور

ذكرنا أن التشريع هو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة المختصة بالدولة (السلطة التشريعية)، وينتج عن ذلك أن للتشريع عدة خصائص وهي أنه قاعدة عامة ومجردة تنظم السلوك الاجتماعي على نحو ملزم، وأنه يصدر عن سلطة مختصة، كما أنه قاعدة مكتوبة.

وحيث إن من خصائص القاعدة القانونية الواردة بالتشريع أنها قاعدة مكتوبة، معنى هذا التعبير أن القاعدة تكون في صورة مكتوبة فلا تكون هذه القاعدة ملزمة للأفراد إلا إذا أفرغت في وثيقة مكتوبة واستكملت الإجراءات اللازمة لإصدارها ونشرها ونفاذها. والكتابة التي تتميز بها القاعدة القانونية توفر لها الوضوح والتحديد والثبات وترفع عنها الغموض والإبهام، كما تساعد الأفراد على التعرف على القاعدة وتحديد مضمونها بطريقة سهلة ميسرة^١. مما يمكن القول معه بأنها قاعدة قانونية صريحة ملموسة يمكن الوقوف عليها وتحديد عناصرها، وهو ما يجعلنا نتساءل هل توجد في المقابل قاعدة قانونية ضمنية؟

ويذهب الفقه -الغالب- إلى أن الإغفال التشريعي يؤدي إلى وجود قاعدة قانونية ضمنية مستخلصة من هذا الإغفال، ومن ثم وفقاً لهذا الاتجاه أن الإغفال التشريعي ليس في ذاته هو موضوع الرقابة، وإنما ما ينشأ عن هذا الإغفال من قاعدة قانونية ضمنية مخالفة لنص في الدستور^٢.

^١ د. محمد حسين عبدالعال - المدخل لدراسة القانون البحريني - الطبعة الرابعة - جامعة البحرين - ٢٠١١ - ص ١٤٢.

^٢ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ١١٣، د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - المرجع السابق - ص ٢٠٩، د. جابر محمد حجي - المرجع السابق - ص ٤٠٠.

وهو ما أكدته الدكتور أحمد فتحي سرور بقوله أن الإغفال التشريعي ليس في حد ذاته محلاً للرقابة، وإنما القواعد المستخلصة من نصوص التشريع في ضوء هذا الإغفال، هي وحدها محل الرقابة الدستورية^١.

وقد استند هذا الاتجاه إلى أن الإغفال التشريعي نفسه أي غياب القاعدة القانونية، لاسيما في الأنظمة محل الدراسة التي تأخذ بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين يحول دون اللجوء إلى تحريك هذه الرقابة، لأن وجود نص قانوني يعتبر شرطاً أساسياً وأولياً للرقابة على هذا القانون سواء فيما تضمنه صراحة أو ضمناً^٢.

وفي ذات السياق الذي يؤكد الاتجاه السابق، ذهب جانب من الفقه إلى أن المشرع في حالة الإغفال التشريعي يكون قد تدخل لمباشرة اختصاصه الدستوري ووضع القواعد القانونية اللازمة لمعالجة الموضوع محل التنظيم ولكن بدلاً من أن يثمر تدخله هذا عن معالجة الموضوع بصورة متكاملة تحيط بكافة جوانبه وتضمن تحقق أهداف الدستور ومقاصده، أسفر تدخله عن قصور في المعالجة التشريعية بإغفال تنظيم بعض جوانب الموضوع وعدم تحقق إرادة المشرع الدستوري بصورة كاملة، وبالتالي يترتب على ذلك وجود الإغفال المنشئ لقاعدة قانونية ضمنية مخالفة للدستور^٣.

ونشير في هذا الشأن لما ذهب إليه الدكتور عوض المر بشأن تنظيم المشرع للحقوق والحريات من أن مجال الرقابة على الشرعية الدستورية لا ينحصر فيما أخل به المشرع بصورة صريحة من الحقوق التي كفلها، ولكنها تتناول كذلك ما أهده ضمناً من هذه الحقوق، ولو كان إنكارها أو تقييدها قد وقع عرضاً^٤.

ويستطرد هذا الرأي، بأنه كلما كان تنظيم المشرع لأحد الحقوق، سواء تلك التي كفلها أو التي نص الدستور عليها، غير مكتمل العناصر مما يجعل هذا التنظيم في غير الصورة التي

^١ د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - المرجع السابق - ص ٢٠٩.

^٢ د. عيبر حسين السيد حسين - دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - جامعة بني سويف - دار النهضة العربية - ٢٠٠٩ - ص ٣٧٤.

^٣ د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - المرجع السابق - ص ٦٣٤-٦٣٥.

^٤ د. عوض المر - المرجع السابق - ص ٣٩٥ - ٣٩٦.

تكفل فعالية مباشرة هذا الحق، فإن إغفال تقرير العناصر التي يبلغ بها مداه، وتتحقق من خلالها حيويته، يكون مخالفاً للدستور.

وقد بلورت المحكمة الدستورية العليا المصرية هذه الفكرة في أحكامها، عندما ذهبت إلى أن الرقابة على دستورية القوانين لا تقتصر على المخالفة الصريحة لنصوص الدستور، وإنما تتحقق هذه الرقابة إذا انطوى النص على إهدار ضمني لحق من الحقوق التي كفلها، وقد جاء في أحد أحكامها: "وإذ كان 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 كان إخلالها بها مقصوداً ابتداءً أم كان قد وقع عرضاً".^١

يتبين من هذا الحكم بأن المحكمة أشارت ولو من بعيد إلى وجود قاعدة قانونية ضمنية أغفل عنها المشرع بالمخالفة لنصوص الدستور، إلى جانب القواعد القانونية الصريحة التي أوردتها المشرع.

وبمعنى آخر، يذهب البعض من الفقه إلى أن الإغفال التشريعي يعني وجود قاعدة قانونية سلبية، ذلك أن القاعدة القانونية لا يشترط أن تكون صريحة ولكن يمكن استخلاص معناها عن طريق تفسير أحد النصوص القانونية، كما أن إغفال المشرع لا يعني عدم وجود قاعدة قانونية، وإنما يعني وجود قاعدة قانونية ذات مدلول سلبي تفيد معنى محدداً هو حظر أداء واجب أو النهي عن إثيان رخصة.^٢

ومن ذلك نستطيع أن نقول بأنه إلى جانب القاعدة القانونية الصريحة تنشأ قاعدة قانونية ضمنية غير مكتوبة عندما يتدخل المشرع ليضع القاعدة القانونية ولكنه يضعها منقوصة وغير متكاملة بأن يغفل مراعاة أحد جوانب الموضوع الذي استهدفت القاعدة القانونية تنظيمه على نحو

^١ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٣١) لسنة (١٧) قضائية "دستورية" جلسة ٢ يناير ١٩٩٩ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

^٢ رأي فقهي مشار إليه لدى: د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - المرجع السابق - ص ٢٠٢، د. جابر محمد حجي - المرجع السابق - ص ٣٩٩.

من شأنه الإخلال أو عدم الإحاطة بالموضوع محل التنظيم من ناحية ومخالفة أحد نصوص الدستور أو بعضها من ناحية أخرى.

ومن الممكن اعتبار ذلك مجازاً تقسيم جديد للقاعدة القانونية يمكن إضافته للتقسيمات التقليدية للقاعدة القانونية المتعارف عليها، لذلك فإن الإغفال التشريعي لا علاقة له بالقاعدة القانونية التي أوردها المشرع صراحة وإنما بما أغفل المشرع بيانها.

وهذا ما استخلصناه من آراء الفقه سالفه الذكر ومفهوم الإغفال التشريعي وهو قيام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات الواردة 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 ومخالفة أحد أو بعض نصوص الدستور.

ولكن، يثور تساؤل آخر وهو هل جميع النصوص الدستورية يثور بشأنها إغفال تشريعي أم هناك نصوص لا يتحقق بشأنها؟

وللإجابة على هذا التساؤل لابد لنا من تقسيم النصوص الدستورية إلى فئتين، الأولى هي النصوص التي لا يثور بشأنها إغفال تشريعي، والثانية هي التي -ويحق- يثور بشأنها إغفال تشريعي^١.

لامراء في أن النصوص الدستورية النافذة بذاتها والتي ليست بحاجة إلى تدخل تشريعي، وكذلك النصوص الدستورية التي تخوّل المشرع رخصة التدخل بالتشريع، لا يمكن أن يثار بشأنها أي إغفال تشريعي في حالة عدم تدخل المشرع بالتشريع، أو تدخل وأغفل جانباً من جوانب التشريع^٢.

بالنسبة للنصوص الدستورية النافذة بذاتها فإن دساتير الأنظمة محل الدراسة تتضمن القليل من هذه النصوص التي لا تحتاج إلى تشريع لكي تصبح ذات فعالية، لأن هذه النصوص هي

^١ تجدر الإشارة إلى أننا تناولنا في هذه الدراسة الإشارة إلى نصوص الدستور المصري الجديد الصادر سنة ٢٠١٤.

^٢ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ٨٤.

في الأصل قائمة وتطبق من نفسها، وهذه النصوص قد تخاطب السلطات العامة بالدولة وقد تخاطب الشعب نفسه^١.

ومن أمثلة هذه النصوص الدستورية في الدستور الفرنسي ما ينص عليه أن شعار الدولة هو العلم المتكون من ثلاثة ألوان الأزرق والأبيض والأحمر^٢، وما ينص عليه الدستور المصري من أن مدينة القاهرة عاصمة جمهورية مصر العربية^٣، وما ينص عليه الدستور البحريني من أن يجتمع مجلس الشورى عند اجتماع مجلس النواب، وتكون أدوار الانعقاد واحدة للمجلسين، وإذا حل مجلس النواب توقفت جلسات مجلس الشورى^٤.

وبطبيعة الحال أن هذه النصوص لا تثور بشأنها الرقابة على الإغفال التشريعي لأنها أساساً ليست محلاً للرقابة الدستورية باعتبار أن المشرع ليست له أي سلطة بشأن هذه النصوص.

أما بالنسبة للنصوص الدستورية التي تتضمن رخصة للمشرع فإنها تترك للمشرع مساحة كبيرة من الحرية من حيث التدخل للتشريع من عدمه، وبالتالي يكون للمشرع تجاه هذه النصوص رخصة ممارسة الوظيفة التشريعية من عدم ممارستها^٥. وعندئذ فلا يتصور بشأن هذه النصوص أن تثور الرقابة على الإغفال التشريعي، ذلك أن عدم ممارسة السلطة التشريعية لوظيفتها التشريعية في مثل هذه الحالات لا يجعلها أمام مخالفة للدستور لوجود إغفال تشريعي، ولكن عندما تتدخل لممارسة وظيفتها التشريعية فهنا يمكن أن يتضمن تدخلها بالتشريع مخالفة صريحة لنصوص الدستور^٦.

^١ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ٨٤.

^٢ المادة (٢) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨.

^٣ المادة (٢٢٢) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤.

^٤ المادة (٥٥) من الدستور البحريني المعدل لعام ٢٠٠٢.

وتجدر الإشارة إلى أنه في عام ٢٠١٢ تم إدخال تعديلات على الدستور البحريني المعدل لعام ٢٠٠٢.

^٥ د. عبدالعزيز محمد سالمان - رقابة الإغفال في القضاء الدستوري - مجلة "الدستورية" - المرجع السابق، وبذات المعنى

انظر: د. هالة محمد طريح - المرجع السابق - ص ٢٥٠.

^٦ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ٨٥-٨٦.

وعادة تكون هذه النصوص عبارة عن برامج وأهداف ولا تتضمن التزاماً محدداً يتعين على المشرع تحقيقه من خلال التشريع.

ومن أمثلة هذه النصوص في الدستور الفرنسي نصه في الفقرة الأخيرة من المادة (٣٤) منه بأنه يجوز أن تحدد وتستكمل أحكام هذه المادة -المادة (٣٤) منه- بموجب قانون أساسي، وما ينص عليه الدستور المصري من أن جمهورية مصر العربية دولة ذات سيادة موحدة لا تقبل التجزئة ولا ينزل عن شيء منها، نظامها جمهوري ديمقراطي^١، وما ينص عليه الدستور البحريني من أن نظام الحكم في مملكة البحرين ديمقراطي^٢، وما ينص عليه أن الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والأخلاق وحب الوطن^٣، وكذلك ما ينص عليه بأن يكون لكل من مجلسي الشورى والنواب أن يضيف إلى القانون المنظم لنظام سير العمل في كل من مجلس الشورى ومجلس النواب ما يراه من أحكام تكميلية^٤.

يتلاحظ لنا من حكم المادة (٣٤) من الدستور الفرنسي التي أجازت أن تحدد وتستكمل أحكامها بموجب قانون أساسي، وكذا حكم المادة (٩٤/ب) من الدستور البحريني التي أجازت أن يضيف كل من مجلس الشورى ومجلس النواب أحكام تكميلية لقانون نظام العمل بالمجلسين، أن المشرع الدستوري لم يوجه فيهما التزاماً وجوبياً على المشرع بالتدخل إنما أبقى مجال التدخل من عدمه للسلطة التقديرية للمشرع كما ترك له سلطة تقدير ملائمة التوسع والإضافة من عدمها.

ويثبت لنا أن النصوص سالفة الذكر أنها لم توجه خطاباً للمشرع بالتشريع، وعندئذ لا يمكن أن يتصور إذا ما سكت المشرع عن التشريع أن يكون مسلكه غير دستوري، ولكن إذا فضل المشرع أن يتدخل لتفعيل هذه الموضوعات الدستورية فإن مسلكه هذا يخضع للرقابة الدستورية من حيث ملائمة التنظيم الذي تبناه في التشريع صراحة^٥.

^١ المادة (١) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤.

^٢ المادة (١/د) من الدستور البحريني المعدل لعام ٢٠٠٢.

^٣ المادة (٥/أ) من الدستور البحريني المعدل لعام ٢٠٠٢.

^٤ المادة (٩٤/ب) من الدستور البحريني المعدل لعام ٢٠٠٢.

^٥ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ٨٨.

وما يهمننا في دراستنا النصوص الدستورية التي يثور بشأنها إغفال تشريعي والتي لا تنفذ بذاتها وإنما توجه خطاب للمشرع بضرورة التدخل بالتشريع، وتتمثل هذه النصوص في تلك التي توجب تدخلاً تشريعياً والأخرى التي تتعلق بالحقوق والحريات العامة.

بالنسبة للنصوص الدستورية التي توجب تدخلاً تشريعياً، لا بد لنا من الإشارة إلى أنه تتضمن الوثائق الدستورية المختلفة العديد من النصوص الدستورية التي تستلزم تدخل تشريعي.

ومن هذه النصوص في الدستور الفرنسي ما ينص عليه بأن يحدد القانون الأساسي مدة الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ وعدد أعضائهم ومكافآتهم وشروط ترشحهم وكيفية انتخابهم^١، وما ينص عليه نفس الدستور بأن يحدد القانون القواعد المتعلقة بالحقوق المدنية والضمانات الأساسية التي يمنح إياها المواطنون لممارسة الحريات العامة، كما يحدد القانون قواعد الجنسية وأساس فرض الضرائب ويحدد القواعد المتعلقة بالنظام الانتخابي للمجالس البرلمانية والمجالس المحلية والهيئات التمثيلية للفرنسيين في خارج فرنسا، وقواعد تحديد الجنايات والجناح وكذا العقوبات المقررة بشأنها والإجراءات الجزائية والعفو وإنشاء الهيئات القضائية الجديدة والقانون الأساسي للقضاة، وأن يحدد القانون القواعد المتعلقة بالضمانات الأساسية التي تمنح للموظفين المدنيين والعسكريين في الدولة^٢.

وفي الدستور المصري نجد على سبيل المثال لا الحصر ما ينص عليه بأن يحدد القانون أحكام التصرف في أملاك الدولة الخاصة والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك^٣، وما ينص عليه من أن ينظم القانون أحكام إصلاح وتأهيل المحكوم عليهم^٤، وما ينص عليه من أن يبين القانون شروط الترشح الأخرى ونظام الانتخاب وتقسيم الدوائر الانتخابية بما يراعي التمثيل العادل للسكان والمحافظات والتمثيل المتكافئ للناخبين^٥، وما ينص عليه من أن ينظم القانون القواعد

^١ المادة (٢٥) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨.

^٢ المادة (٣٤) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨.

^٣ المادة (٣٢) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤.

^٤ المادة (٥٦) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤.

^٥ المادة (١٠٢) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤.

الأساسية لتحصيل الأموال العامة وإجراءات صرفها^١، وكذلك ما ينص عليه من أن يبين القانون تحديد المرتبات والمعاشات والتعويضات والإعانات والمكافآت التي تتقرر على الخزنة العامة^٢.

وفي الدستور البحريني نجد العديد من النصوص، ومن ذلك ما ينص عليه من أن يبين القانون علم المملكة وشعارها وشاراتها وأوسمتها ونشيدها الوطني^٣، وما ينص عليه من أن ينظم القانون أوجه العناية بالتربية الدينية والوطنية في مختلف مراحل التعليم وأنواعه^٤، وما ينص عليه من أن ينظم القانون على أسس اقتصادية مع مراعاة العدالة الاجتماعية العلاقة بين ملاك الأراضي والعقارات ومستأجريها^٥، وما ينص عليه من أن الجنسية البحرينية يحددها القانون^٦، وما ينص عليه ذات الدستور من أن يبين القانون نظام سير العمل في كل من مجلس الشورى ومجلس النواب ولجانها، وأصول المناقشة والتصويت والسؤال والاستجواب وسائر الصلاحيات المنصوص عليها في الدستور^٧، وما ينص عليه من أن يرتب القانون المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، ويبين وظائفها واختصاصاتها^٨، وكذلك ما ينص عليه من أن يبين القانون الأحكام الخاصة بتحصيل الضرائب والرسوم وغيرها من الأموال العامة وبإجراءات صرفها^٩.

هذه النصوص الدستورية السابقة تتضمن الطبيعة الإلزامية بوجوب تدخل المشرع لتفعيل النص الدستوري وبالتالي يثور بشأنها الإغفال التشريعي فهي في حاجة إلى تفعيلها ولن يتحقق ذلك إلا من خلال التدخل التشريعي^{١٠}.

^١ المادة (١٢٦) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤.

^٢ المادة (١٢٨) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤.

^٣ المادة (٣) من الدستور البحريني المعدل لعام ٢٠٠٢.

^٤ المادة (٧/ب) من الدستور البحريني المعدل لعام ٢٠٠٢.

^٥ المادة (٩/هـ) من الدستور البحريني المعدل لعام ٢٠٠٢.

^٦ المادة (١٧/أ) من الدستور البحريني المعدل لعام ٢٠٠٢.

^٧ المادة (٩٤/أ) من الدستور البحريني المعدل لعام ٢٠٠٢.

^٨ المادة (١٠٥/أ) من الدستور البحريني المعدل لعام ٢٠٠٢.

^٩ المادة (١٠٧/ب) من الدستور البحريني المعدل لعام ٢٠٠٢.

^{١٠} د. عبير حسين السيد حسين - المرجع السابق - ص ١٤٣.

أن الدستور يتضمن الكثير من الموضوعات التي تعبر عن آمال الشعب، ولم يضع قواعد جامدة ومحددة لكي تطبق في وقت أو زمن محدد، وإنما تضمن قواعد عامة ليتم تطبيقها في ظروف مختلفة وفي أوقات متباعدة، ومن هنا تأتي أهمية دور المشرع لكي يفعل ويطور من النص الدستوري^١.

أما بالنسبة للنصوص الدستورية التي تتعلق بالحقوق والحريات فهي تضع على المشرع التزاماً إيجابياً بحمايتها وبتفعيل هذه النصوص في جوانبها العملية^٢.

ومن أمثلة النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في دساتير الأنظمة محل الدراسة نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من الدستور الفرنسي التي جاء فيها: "يشجع القانون المساواة بين النساء والرجال في تقلد الولايات الانتخابية والوظائف الانتخابية، وكذا ممارسة المسؤوليات المهنية والاجتماعية"، وكذلك النص على إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩ في ديباجة الدستور الفرنسي، ونص المادة الثامنة من إعلان ١٧٨٩ بشأن شرعية الجرائم والعقوبات والذي جاء فيه: "يجب أن ينص القانون على عقوبات ضرورية على وجه الدقة والتحديد، ولا يجوز أن يُعاقب أحد إلا طبقاً لقانون نشأ وصدر قبل ارتكاب الجريمة، ومطبق بطريقة شرعية"، ونص المادة السابعة عشرة من ذات الإعلان التي تنص على أن: "الملكية حق لا ينتهك ومقدس ولا يجوز أن يحرم منه أحد، إلا إذا استدعت الضرورة العامة ذلك بجلاء، وتأكدت قانوناً وبشرط أداء تعويض عادل ومسبق".

ونجد الكثير من النصوص الدستورية الخاصة بالحقوق والحريات في الدستور المصري الذي خصص لها الباب الثالث بعنوان (الحقوق والحريات والواجبات العامة)، وقد نص على أن: "الحقوق والحريات اللصيقة بشخص المواطن لا تقبل تعطيلاً ولا انتقاصاً. ولا يجوز لأي قانون ينظم الحقوق والحريات أن يقيد بها بما يمس أصلها وجوهرها"^٣، والنص على مبدأ المساواة بأن تكفل الدولة تحقيق المساواة بين المرأة والرجل في جميع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية

^١ انظر بشأن فكرة تطوير النص الدستوري : د. عوض المر - المرجع السابق - ص ٧٦ وما بعدها.

^٢ لمزيد من التفاصيل انظر نصوص دستورية تتعلق بالحقوق والحريات الواردة بالفصل الثاني من هذه الدراسة.

^٣ المادة (٩٢) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤.

والاجتماعية والثقافية وفقاً لأحكام الدستور^١، والنص على أن حرية التنقل والإقامة والهجرة مكفولة^٢.

ويوجد بالدستور البحريني عدد ليس بالقليل من النصوص الدستورية الخاصة بالحقوق والحريات^٣، حيث خصص باباً مستقلاً تحت مسمى (الحقوق والواجبات العامة)^٤، إضافة إلى أنه نص على بعض الحقوق والحريات في مواضع أخرى متفرقة من الدستور، ووضع أساساً عاماً يحكم كل الحقوق والحريات والواجبات العامة وهو مبدأ المساواة.

وضع الدستور قيماً عاماً بشأن تنظيم المشرع للحقوق والحريات، فقد نص على أن: "لا يكون تنظيم الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون، أو بناءً عليه. ولا يجوز أن ينال التنظيم أو التحديد من جوهر الحق أو الحرية"^٥، ومن النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات في الدستور البحريني ما ينص عليه بشأن مبدأ المساواة من أن العدل أساس الحكم، والتعاون والتراحم صلة وثقى بين المواطنين، والحرية والمساواة والأمن والطمأنينة والعلم والتضامن الاجتماعي وتكافؤ الفرص بين المواطنين دعائم للمجتمع تكفلها الدولة^٦، وأن الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، ويتساوى المواطنون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة^٧، وما ينص عليه أن الملكية الخاصة مصونة، فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه، وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً^٨، وما ينص عليه بشأن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات من أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها، وأن العقوبة شخصية، وأن المتهم بريء حتى تثبت

^١ المادة (١١) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤.

^٢ المادة (٦٢) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤.

^٣ لمزيد من التفاصيل انظر: د. مريم بنت حسن آل خليفة ود. عبدالكريم علوان - ملتقى البحرين في حقوق الإنسان وحياته الأساسية - جامعة البحرين - ٢٠٠٧ - ص ٣٢٨ وما بعدها.

^٤ الباب الثالث من الدستور البحريني المعدل لعام ٢٠٠٢.

^٥ المادة (٣١) من الدستور البحريني المعدل لعام ٢٠٠٢.

^٦ المادة (٤) من الدستور البحريني المعدل لعام ٢٠٠٢.

^٧ المادة (١٨) من الدستور البحريني المعدل لعام ٢٠٠٢.

^٨ المادة (٩/ج) من الدستور البحريني المعدل لعام ٢٠٠٢.

إدانتة في محاكمة قانونية تؤمّن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة وفقاً للقانون^١.

ويظهر لنا من هذه النصوص الدستورية في الأنظمة القانونية محل الدراسة حرص المشرع الدستوري على حماية الحقوق والحريات العامة وجعلها من المسائل المحجوزة للمشرع العادي (التشريع)، وهذا وإن كان لسبب فهو يعود للتركيبية الهيكلية للسلطة التشريعية -وعلى الأخص مجلس النواب- الذي يضم ممثلي الشعب، الأمر الذي يجعل هذا التشريع صورة تعكس طموحات ممن يخضعون له.

ويؤثر الإغفال التشريعي بصدد النصوص الدستورية المتعلقة بموضوع الحقوق والحريات العامة باعتبار أن الدستور كفل للحقوق والحريات الحماية من جوانبها العملية وليس من جوانبها النظرية، وهو ما يعني بحق أنه يتعين على المشرع أن يتدخل ليفعل من الحقوق والحريات، وذلك بألا ينتقص منها بأن يغفل جانباً من جوانبها لا يكتمل التنظيم إلا به^٢.

وهذا المبدأ وضعته المحكمة الدستورية العليا حيث ذهبت إلى أن: "يكفل الدستور لكل حق أو حرية نص عليها الحماية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية"^٣.

^١ المادة (٢٠) من الدستور البحريني المعدل لعام ٢٠٠٢.

^٢ د. عوض المر - المرجع السابق - ص ١٤١٦.

^٣ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٣) لسنة (١٢) قضائية دستورية جلسة ١٤ يناير ٢٠٠٧ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

الفصل الثاني:

أساس الرقابة على الإغفال التشريعي وموقف الفقه منها

وسنتناول في هذا الفصل الموضوعات الآتية:

- المبحث الأول: موقف الفقه من الرقابة على الإغفال التشريعي.
- المطلب الأول: الاتجاه المعارض لفكرة الرقابة على الإغفال التشريعي.
- المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لفكرة الرقابة على الإغفال التشريعي.
- المبحث الثاني: مبدأ سمو الدستور أساس للرقابة على الإغفال التشريعي.
- المطلب الأول: مفهوم مبدأ سمو الدستور.
- المطلب الثاني: مخالفة الإغفال التشريعي لسمو الدستور.
- المبحث الثالث: حماية الحقوق والحريات أساس للرقابة على الإغفال التشريعي.
- المطلب الأول: طبيعة النصوص الدستورية المنظمة للحقوق والحريات.
- المطلب الثاني: إخلال الإغفال التشريعي بالحقوق والحريات.

الفصل الثاني:

أساس الرقابة على الإغفال التشريعي

وموقف الفقه منها

إذا ما انتهينا إلى تحديد مفهوم الإغفال التشريعي هو قيام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات الواردة 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 ومخالفة أحد أو بعض نصوص الدستور، فهناك تساؤل يطرح نفسه وهو ما موقف الفقه من هذه الرقابة؟

في الواقع فقد انقسم الفقه بشأن رقابة القضاء الدستوري على الإغفال التشريعي إلى اتجاهين فذهب اتجاه إلى إنكار الرقابة على الإغفال التشريعي باعتبار أن الرقابة لا يمكن أن ترد على قواعد قانونية غير موجودة أو ضمنية إذ لا يمكن أن ينسب إلى المشرع قاعدة لم يسنها صراحة.

في حين ذهب اتجاه آخر إلى الاعتراف بالرقابة على الإغفال التشريعي، باعتبار أن مبدأ سمو الدستور يستلزم تصدي جهة الرقابة على الدستورية لأي مخالفة من المشرع للدستور سواء بنصوص تشريعية صريحة أو بنصوص ضمنية هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن الدستور عند تنظيمه للحقوق والحريات يضع على المشرع التزاماً عاماً بحماية هذه الحقوق والحريات بعدم المساس بها أو الانتقاص منها.

وفي بيان الأساس الذي تستند إليه هذه الرقابة، يمكن رد هذه الرقابة إلى أحد أساسين أو إليهما معاً، الأول هو مبدأ سمو الدستور والثاني حماية حقوق وحريات الأفراد.

وسنتناول في هذا الفصل بيان موقف الفقه من الرقابة على الإغفال التشريعي وأساس هذه الرقابة، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: موقف الفقه من الرقابة على الإغفال التشريعي.
المبحث الثاني: مبدأ سمو الدستور أساس للرقابة على الإغفال التشريعي.
المبحث الثالث: حماية الحقوق والحريات أساس للرقابة على الإغفال التشريعي.
وسنقوم من خلال تناولنا لهذه المباحث بالتعليق عليها وبيان موقفنا منها.

المبحث الأول: موقف الفقه من الرقابة على الإغفال التشريعي

انقسم الفقه الدستوري بشأن الرقابة على الإغفال التشريعي إلى اتجاهين، يرى الأول أنه لا يمكن أن ينسب للمشرع قواعد قانونية لم يسنها صراحة وبالتالي رفض رقابة الإغفال التشريعي باعتبار أن الرقابة يجب أن ترد على قواعد قانونية صريحة.

ويذهب الاتجاه الثاني إلى إخضاع الإغفال التشريعي لرقابة القضاء الدستوري على سند من أن القاعدة القانونية التي تخضع للرقابة لا يشترط أن تكون قاعدة صريحة بل قد تكون قاعدة ضمنية.

وعليه، سنتناول في هذا المبحث موقف الفقه من الرقابة على الإغفال التشريعي، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: الاتجاه المعارض لفكرة الرقابة على الإغفال التشريعي.

المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لفكرة الرقابة على الإغفال التشريعي.

المطلب الأول:

الاتجاه المعارض لفكرة الرقابة على الإغفال التشريعي

يذهب هذا الاتجاه إلى إنكار الرقابة على الإغفال التشريعي ويستند هذا الجانب إلى عدة حجج تتعلق بماهية القاعدة الخاضعة للرقابة من ناحية، وطبيعة العلاقة بين القضاء الدستوري والسلطة التشريعية من ناحية أخرى.

فالرقابة لا يمكن أن ترد على قواعد قانونية غير موجودة "Normes inexistantes" إذ لا يمكن أن ينسب إلى إرادة المشرع قاعدة لم يسنها صراحة، أي أن الرقابة على الدستورية يجب أن تقتصر على النصوص التشريعية الصريحة الخاضعة لهذه الرقابة^١.

فيرى هذا الاتجاه أن قيام القاضي الدستوري بتفسير النص الخاضع لرقابته بشكل يوحي بصدوره عن السلطة التشريعية بصورة ناقصة أو غير مكتملة ناسباً بذلك إلى إرادة السلطة التشريعية نصاً أو جزء منه لم يصدر أصلاً، هو أمر لا يخلو من تجاوز، لأنه يمثل إضافة غير مبررة للنص لم تذهب إليها السلطة التشريعية التي لو أرادت إقرار حكم معين لأقرته صراحة^٢.

وفي هذا الصدد يقول جانب من الفقه أن "كل ما ليس جزءاً من النص الخاضع للرقابة، لا يمكن اعتباره قاعدة قانونية موجودة، ولا يمكن بناءً على ذلك نسبته إلى البرلمان"، وذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأنه: "لاشك في أن مجال تحرك المحكمة الدستورية يتسم بالسعة ولكن ليس باللامحدودية، فهي تستطيع بالتأكيد هدم ما أقامه البرلمان بالمخالفة لأحكام الدستور،

^١ آراء فقهية معارضة مشار إليها لدى: د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - المرجع السابق - ص ٢٠٢، ود. عيد أحمد الغفلول - فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع - المرجع السابق - ص ١١٧، د. محمد ماهر أبو العينين - المرجع السابق - ص ٧٨ وما بعدها، د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - المرجع السابق - ص ٥٨٥ وما بعدها.

Thierry di manno: Le Juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie, Economica, 1997, p.234.

^٢ رأي فقهي معارض مشار إليه لدى: د. عيد أحمد الغفلول - فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع - المرجع السابق - ص ١١٨.

ولكنها لا تستطيع إقامة ما لم يقره البرلمان ذاته"، كما يرى بعض الفقه أن رقابة الإغفال التشريعي تبدو أمراً غريباً، لأن من شأنها إدانة ما سكت النص عن قوله وليس ما قاله النص^١.

ويخلص أحد الفقهاء في هذا الشأن إلى القول بأن الاتجاه الفقهي المعارض لكون الإغفال التشريعي عيباً دستورياً يربط بين النص الصادر عن المشرع وبين تحرك جهات الرقابة الدستورية، فإذا لم يوجد النص فلا معنى للرقابة، لأنها سوف تؤدي إلى إلغاء قاعدة لا وجود لها ومن ثم لا جدوى من الرقابة^٢.

ومن مبررات رفض الرقابة على الإغفال التشريعي أنها تعد انتهاكاً للسلطة التقديرية للمشرع التي تعتبر بمنأى عن الرقابة الدستورية، بالإضافة إلى أن شمول الإغفال التشريعي برقابة الدستورية يعني حلول جهة الرقابة محل المشرع وممارستها لوظيفة التشريع^٣.

وبعبارة أخرى، يعتبر هذا الاتجاه الإغفال التشريعي جزءاً من السلطة التقديرية للمشرع. ويقصد بالسلطة التقديرية للمشرع أنها حرية المشرع في التقدير والاختيار بين عدة بدائل كلها مشروعة ومتفقة مع نصوص الدستور ومبادئه وروحه^٤، ذلك أن رقابة المشروعية التي يمارسها القاضي الدستوري تفرض عليه ألا يتعرض بالبحث في ضرورة التشريع أو عدم ضرورته، كما يتعين عليه ألا يناقش ملاءمة التشريع وحكمته والبواعث الدافعة إليه، ذلك أن تقدير الحاجة إلى التشريع ومدى ضرورته مما يدخل في اختصاص السلطة التشريعية وحدها باعتبارها عنصراً من عناصر السياسة التشريعية التي يتمتع على القضاء التدخل فيها، كذلك يستقل المشرع بغير معقب عليه بتقدير أهمية ووزن الاعتبارات السياسية التي تدفعه إلى تنظيم موضوع ما تشريعياً ووضع التشريع المناسب لذلك وعدم تدخله في الأصل وترك الموضوع دون أي تنظيم تشريعي^٥.

^١ آراء فقهية معارضة مشار إليها لدى: د. عيد أحمد الغفلول - فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع - المرجع السابق - ص ١١٨.

Thierry di manno - op. cit. - p.235.

^٢ د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - المرجع السابق - ص ٥٨٥.

^٣ د. جابر محمد حجي - المرجع السابق - ص ٣٩٩.

^٤ د. سامي جمال الدين - القانون الدستوري والشرعية الدستورية - الطبعة الثانية - منشأة المعارف بالإسكندرية - ٢٠٠٥ - ص ١٦٨.

^٥ د. ثروت عبدالعال أحمد - حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية - المرجع السابق - ص ٨٩.

ونخلص من الاتجاه السابق، إلى أن حجج هذا الاتجاه لرفضه هذا النوع من الرقابة تتمثل في أن الرقابة لا يمكن أن ترد على قواعد قانونية لا وجود لها إذ لا يمكن أن ينسب إلى إرادة المشرع قاعدة لم يسنها صراحة، كما أن رقابة الإغفال تعد انتهاكاً للسلطة التقديرية للمشرع التي تعتبر بمنأى عن الرقابة الدستورية، إلى جانب أن شمول الإغفال التشريعي بالرقابة الدستورية يعني حلول جهة الرقابة محل المشرع وممارستها لوظيفة التشريع، وهو ما يمثل بمفهوم آخر انتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات.

ومع احترامي وتقديري لهذه الآراء المعارضة والمنكرة للرقابة على الإغفال التشريعي، إلا أن الإقرار بسلطة القضاء في الرقابة على الدستورية والحكم بعدم دستورية أي نص تشريعي إذا كان مخالفاً لنصوص الدستور سواء أتاها المشرع صراحة أو بشكل ضمني (الإغفال التشريعي) يمثل إعلاء لمبدأ سمو الدستور وعلو قواعده على ما دونها من قواعد قانونية سواء صريحة أو ضمنية.

ذلك أن الأصل في اختصاص الجهة القائمة على رقابة الدستورية يخلص في النظر في النصوص التشريعية الصريحة التي تناول المشرع بها تنظيم أحد الموضوعات وبيان مدى توافق هذه النصوص مع قواعد الدستور من عدمه، إلا أن المشرع قد يضع النصوص التشريعية ولكنه يضعها بصورة قاصرة ومنقوصة لا تحيط بالموضوع من كافة جوانبه.

وإن الواضح من الآراء السابقة خلط أصحابها بين كل من الإغفال التشريعي والإغفال الكلي، ففي الإغفال الكلي أن المشرع لم يتدخل بتنظيم أحد الموضوعات الواردة بالدستور، وبالتالي غياب كلي للقاعدة القانونية، وهو ما يدخل في نطاق السلطة التقديرية للمشرع الذي له سلطة التدخل لتنظيم موضوع ما كما له أن يمتنع عن التدخل، وبالتالي عدم خضوعه للرقابة الدستورية، أما الإغفال التشريعي فإن المشرع قد تدخل بتنظيم أحد الموضوعات بوضع قواعد قانونية، ولكنه تناول الموضوع محل التنظيم بصورة قاصرة ومنقوصة بالمخالفة للضمانات التي وضعها له الدستور، وبالتالي خضوعه للرقابة الدستورية.

المطلب الثاني:

الاتجاه المؤيد لفكرة الرقابة على الإغفال التشريعي

يخلص اتجاه آخر من الفقه إلى جواز بل ضرورة أن ترد الرقابة على الإغفال التشريعي، وقد استند أصحاب هذا الاتجاه بتنفيذ الحجج التي نادى بها أنصار الاتجاه المنكر لهذه الرقابة.

ويستند هذا الاتجاه المؤيد للرقابة على الإغفال التشريعي إلى أن الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي تحول دون تحكم السلطة التشريعية، لا سيما إذا كان هذا الإغفال يقلل من الحماية الدستورية للحقوق والحريات العامة، ولعل الالتزام بحماية الحقوق والحريات كان دافعاً أساسياً لتبني الأنظمة القانونية محل الدراسة هذه الرقابة^١.

وذهب الدكتور عوض المر إلى أنه تبدو أهمية الرقابة على الإغفال التشريعي من ناحيتين، أولهما: يتعين تصدي جهة الرقابة على الدستورية لكل مخالفة للدستور سواء تعمد المشرع إتيانها أو أتاها بغير قصد أو عن إهمال أو عدم دراية منه وهو ما يمثل إعلاء لمبدأ سمو وعلو الدستور، ثانيهما: أن الدستور يكفل للحقوق والحريات الحماية من جوانبها العملية وهو ما يعني بحق أنه يتعين على المشرع أن يتدخل ليفعل الحقوق والحريات ليس هذا فحسب بل عليه ألا يغفل جانباً من جوانبها، فإذا قام المشرع بتنظيم أحد الحقوق والحريات على نحو قاصر لا يحيط بها فأغفل أو أهمل جانباً لا يكتمل التنظيم إلا به كان ذلك إخلالاً ل ضماناتها التي هيأها الدستور لها وفي ذلك مخالفة للدستور يتعين تصدي جهة الرقابة لها فتتمد رقابتها إلى إغفال المشرع تنظيم الجوانب الكاملة لحقوق المواطنين وحرياتهم^٢.

وفي كلتا الحالتين إن الإغفال التشريعي ينتج عنه إخلال بالدستور الذي يكفل الحقوق والحريات وبمبدأ سمو وعلو الدستور.

ويرد الفقه في غالبه أساس الرقابة القضائية على ما أغفل المشرع تنظيمه إلى ذات الأساس الذي تقوم عليه فكرة رقابة دستورية القوانين ألا وهي فكرة "سمو الدستور"^٣ والذي من

^١ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ٥٠.

^٢ د. عوض المر - المرجع السابق - ص ١٤١٦.

^٣ انظر بشأن مبدأ سمو الدستور المبحث الثاني من هذا الفصل من هذه الدراسة.

مقتضاه تسمو قواعد الدستور وأحكامه على ما عداها من قواعد داخل الدولة وهي قواعد قانونية
أمرة وملزمة وتفرض على المشرع التزامات إيجابية بالتشريع لحماية موضوعات دستورية
كموضوع الحقوق والحريات^١.

يستند هذا الاتجاه المؤيد للرقابة على الإغفال التشريعي إلى أن القاعدة القانونية لا يشترط
أن تكون صريحة ولكن يمكن استخلاصها وتحديد معناها عن طريق تفسير أحد النصوص
التشريعية، كما أن إغفال المشرع لا يعني عدم وجود قاعدة قانونية، وإنما يعني وجود قاعدة
قانونية ذات مدلول سلبي تفيد معنى محدداً هو حظر أداء واجب أو النهي عن إتيان رخصة^٢.

ويذهب هذا الاتجاه إلى القول بأن استناد الاتجاه المعارض لفكرة الرقابة على الإغفال
التشريعي إلى أن الرقابة على الدستورية يجب أن تقتصر على النصوص التشريعية الصريحة
الخاضعة لهذه الرقابة ولا يمكن أن تمتد الرقابة إلى ما لم يتضمنه النص التشريعي، قد تناسى
أمر في غاية الأهمية وهو منهجية الرقابة على الدستورية، فإنها لا تقتصر فقط على مقارنة
النص الخاضع للرقابة على دستورية القوانين بنص دستوري معين دون غيره، بل إن القاضي
الدستوري يستدعي جميع النصوص الدستورية التي لها صلة بالنص الخاضع للرقابة، ومن ثم
فإن العلاقة بين النصوص الدستورية والنص الخاضع للرقابة قد ينتج عنهما عدم وجود تطابق
في المعنى والمضمون من حيث صورهما المختلفة^٣.

وتأكيداً لما سبق فإن رئيس المحكمة الدستورية الإيطالية أثار التساؤل التالي: هل من
الممكن أن تلغي المحكمة قانوناً غير مكتوب؟ أو جزءاً من قانون غير مكتوب؟

^١ د. عوض المر - المرجع السابق - ص ١٤١٦، د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء
المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ٧٣، د. عبدالعزيز محمد سالم - رقابة الإغفال في القضاء الدستوري
- مجلة "الدستورية" - المرجع السابق، د. جابر محمد حجي - المرجع السابق - ص ٤٠٠، د. هالة محمد طريح -
المرجع السابق - ص ٢٥١.

^٢ د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - المرجع السابق - ص ٢٠٢، د. جابر محمد حجي -
المرجع السابق - ص ٣٩٩.

^٣ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق -
ص ١١٥.

وقد أجاب على هذا التساؤل بالإيجاب بأن المحكمة تملك ذلك لأنه بمناسبة الرقابة على دستورية النصوص المكتوبة، توجد بعض الإشارات أو الدلالات على استخلاص قاعدة قانونية ضمنية أو غير مكتوبة تتعارض مع الدستور، وأن هذه القاعدة غير المكتوبة تستخلص من كونها تؤدي إلى استبعاد إعمال المبدأ القانوني الذي تضمنه الدستور على طائفة من الأفراد، وبالتالي حرمانهم من الاستفادة من النص الصريح، وعندئذ فإن التشريع وإن كان يعبر عن بعض الحالات صراحة، فإنه يعبر أيضاً عن حالات أخرى لم يتضمنها النص صراحة وإنما تضمنها بصورة ضمنية على نحو يتعارض مع الدستور، وهو ما يجعل التشريع أو النص الخاضع للرقابة لا يعبر عن وضع قانوني من السهولة تفهمه، وإنما يدل عن وضع قانوني معقد^١.

وبحسب هذا الاتجاه، لا تعد الرقابة على الإغفال التشريعي انتهاكاً للسلطة التقديرية للمشرع التي تعتبر بمنأى عن الرقابة الدستورية، ذلك أن المستقر عليه أن السلطة التقديرية للمشرع يجب ألا تكون سلطة مطلقة أو تحكمية وإنما هي سلطة قانونية يمارسها المشرع في إطار من الشرعية الدستورية^٢.

إذا كان الأصل في سلطة المشرع؛ أنها سلطة تقديرية يتمثل جوهرها في المفاضلة بين بدائل تتزاحم جميعها على تقديم الحلول المختلفة لاختيار ما يقدر أنها الأنسب لمصلحة الجماعة وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي تتناوله بالتنظيم^٣، إلا أن ذلك لا يعني إطلاق يد المشرع في عملية التشريع، لأن السلطة التقديرية الممنوحة له ليست حرية مطلقة، لكنها حرية في إطار الأغراض التي يتوخاها الدستور، وإلا تحولت إلى نوع من التحكم الذي يخضع للرقابة^٤.

وبالتالي إذا ما خرجت السلطة التشريعية عن الحدود الدستورية، في مجال تنظيمها لموضوع معين، بأن اتخذت من تنظيمه ذريعة للانتقاص منه أو التقييد من آثاره، فإن هذا العمل الصادر منها إنما يكون معيباً بالمخالفة المباشرة لأحكام الدستور، وذلك لأن إغفال المشرع أو

^١ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ١١٥-١١٦.

^٢ د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - المرجع السابق - ص ٢٠٣.
George Schmitter - op. cit. - p.164.

^٣ د. عبيد حسين السيد حسين - المرجع السابق - ص ١١٥.

^٤ د. ثروت عبدالعال أحمد - حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية - المرجع السابق - ص ٣٦.

تقييده لمحتوى الموضوع الذي يحميه الدستور -من خلال سلطته في تنظيمه- هو في حقيقة الأمر عدوان على ذات الدستور، وإهدار لحكم من أحكامه.

ومع ذلك من يحاول أن يقدم تحليلاً للسلطة التقديرية للمشرع ينبغي عليه أن يفرق تماماً بين المجال الحقيقي للسلطة التقديرية للمشرع والتي تجد مجالات تطبيقها في حالات خلو الدستور من نصوص تملي على السلطة التشريعية ضرورة التدخل بصورة معينة، والحالات التي ينبغي فيها على السلطة التشريعية التدخل نظراً لوجود نصوص ومبادئ دستورية تلزمه -بشكل مباشر أو غير مباشر- بضرورة التدخل لتنظيم مسائل معينة بصورة تحقق الهدف من هذا التدخل، أن السلطة التقديرية للمشرع لا تحول دون إخضاع الإغفال التشريعي لرقابة القاضي الدستوري، ويمكننا أن نتوصل إلى ذلك من خلال قراءة سليمة لمفهوم السلطة التقديرية للمشرع^١.

ويذهب رأي في هذا الاتجاه، تبريراً للرقابة على الإغفال التشريعي، إلى أن رقابة المحكمة على الإغفال التشريعي في حقيقتها لا تمثل انتهاكاً لسلطة المشرع أو غصباً لاختصاصاته ذلك كون ما تقوم به المحكمة لا يعد من قبيل سلطة التشريع لأنه لا يعني خلق قاعدة قانونية جديدة وإنما هو تقرير حكم الدستور في قاعدة قانونية ضمنية مخالفة لمبادئه^٢.

ويستطرد رأي آخر بالقول وإن كانت سلطة المحكمة الدستورية إذا ما قضت بعدم دستورية الإغفال قد تتشابه مع سلطة المشرع، إذ إنها تستحدث حكماً تشريعياً لم يكن المشرع قد نص عليه من قبل. بيد أن الفارق يظل واضحاً، ذلك أن استحداث المشرع لتشريع جديد هو عمل يتصدى به لوظيفة التشريع بما له من سلطة الاختيار بين البدائل المختلفة، والانتقاء بين الحلول المتاحة، كما وأنها قد تتسع نطاقاً فتتشمئ تنظيمياً متكاملًا يحوي العديد من التفاصيل، وهو مما يدخل في صميم اختصاص المشرع، الذي يتعين عليه أن ينهض بوظيفة التشريع احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات، وحتى لا تتداخل الاختصاصات بعضها في بعض. وكل ذلك لا صدق له في حكم المحكمة بعدم دستورية الإغفال، ذلك أن ما يحدده حكم المحاكم الدستورية من أحكام

^١ د. عيد أحمد الغفلول - فكرة عدم الاختصاص السليبي للمشرع - المرجع السابق - ص ١٢٠ وما بعدها، د. محمد ماهر أبو العينين - المرجع السابق - ص ٨٣. ولمزيد من التفاصيل حول السلطة التقديرية للمشرع انظر: د. حنفي علي جبالي - المسؤولية عن القوانين - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - ١٩٧٨، ص ٤٦ وما بعدها، د. عبدالمنعم إبراهيم شرف - المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي - رسالة دكتوراه - جامعة المنوفية - ٢٠٠١ - ص ١٣٦ وما بعدها.

^٢ د. جابر محمد حجي - المرجع السابق - ص ٣٩٩.

قانونية مغفلة ترتبط بالنص لا تعدو أن تكون استكمالاً لمقتضيات الدستور على النص المطعون فيه، ويأتي بمثابة حكم ظاهر واضح ومحدود يسد إغفال المشرع لمقتضى حكم الدستور في النص، ويقوم هذا الحكم بإنزال هذا المقتضى ليتطابق النص مع أحكام الدستور^١.

بينما يذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن إغفال المشرع هو عدم الاختصاص السلبي للمشرع "Incompetence negative" ينطوي في ذاته على تجاوز السلطة التشريعية لسلطتها، وإن عدم الاختصاص السلبي للمشرع المذكور يشبه تماماً عدم الاختصاص الإيجابي "L'Incompetence positive" المتمثل في إصدار قواعد تشريعية خارج نطاق اختصاصها كما هو الشأن عندما تتدخل السلطة التشريعية فتصدر قراراً يدخل في اختصاص سلطة أخرى، واستخلص الرأي السابق من موقف المجلس الدستوري الفرنسي أن المشرع الدستوري وقد خوّل المشرع العادي مجموعة من الاختصاصات، فلا يجوز لهذا الأخير أن ينكرها وإلا أصبح مخالفاً لمبدأ الفصل بين السلطات^٢.

ويخلص هذا الاتجاه إلى أن الرقابة على الإغفال التشريعي لا تتحقق إلا عندما يخالف المشرع إلزاماً أوجبه عليه الدستور^٣، فلا يمكن تحريك هذه الرقابة إلا حينما يلزم الدستور السلطة التشريعية بضرورة التدخل لوضع القواعد الدستورية موضع التنفيذ^٤.

ذلك أن الدستور يضع على عاتق المشرع مجموعة من الالتزامات القانونية التي يجب عليه الوفاء بها، وتتحقق المخالفة الدستورية ليس فقط عندما يباشر المشرع وظيفته التشريعية وإنما أيضاً إذا ما أغفل ممارسته لهذه الوظيفة التشريعية. وبعبارة أخرى، أن الإغفال التشريعي يتحقق عندما يخالف المشرع الالتزامات التي يفرضها الدستور عليه بألا يقوم بالوفاء بهذه الالتزامات بصورة كاملة وواضحة وصريحة كما وردت بنصوص الدستور^٥.

ومن جانبي، اتفق والاتجاه الفقهي المؤيد لفكرة الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، وذلك لما ساقه من حجج وأسانيد، وذلك لاعتبارين، الأول، إذا كان القاضي الدستوري يفرض

^١ د. محمد عماد النجار - المرجع السابق.

^٢ George Schmitter - op. cit. - p.141-142 , p.148.

^٣ op. cit. - p.164.

^٤ د. عيد أحمد الغفلول - فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع - المرجع السابق - ص ١٢٩.

^٥ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ٧٦ و ص ١١٥.

رقابته على دستورية القوانين التي أوردها المشرع في مجال تنظيمه لموضوع معين على أساس مبدأ سمو وعلو الدستور، فإن سلطة القاضي الدستوري تمتد إلى رقابة النصوص التي أغفلها المشرع والتي لا يكتمل التنظيم القانوني للموضوعات الدستورية إلا بها، استناداً إلى ذات الأساس الذي تقوم عليه الرقابة الدستورية باعتبار أن سمو وعلو الدستور يفرض على المشرع التزاماً إيجابياً بالتشريع لحماية الموضوعات الدستورية وعلى الأخص موضوع الحقوق والحريات. والثاني، عدم وجود القاعدة القانونية الصريحة لا يحول دون اللجوء إلى تحريك رقابة الإغفال التشريعي باعتبار أن رقابة القاضي الدستوري تقوم عند كل مخالفة للدستور سواء على ما أورده المشرع من نص تشريعي صريح أو ضمني ينتج عن إغفال المشرع لجانب أو بعض جوانب الموضوع الذي لا يكتمل التنظيم. وبعبارة أخرى، أن المخالفة الدستورية تتحقق ليس فقط عندما يباشر المشرع وظيفته التشريعية ويضع نصوصاً صريحة وإنما أيضاً النصوص الضمنية التي أغفلها عند ممارسته لهذه الوظيفة التشريعية.

المبحث الثاني:

مبدأ سمو الدستور أساس للرقابة على الإغفال التشريعي

يعتبر مبدأ سمو الدستور أحد خصائص الدولة القانونية، إذ إنه لا بد من وضع القواعد الدستورية التي تنظم اختصاصات السلطات العامة في مكانة سامية تعلو على جميع هذه السلطات وتخضعها لأحكامها، حتى يتحقق خضوع الدولة للقانون. ويقصد بمبدأ سمو الدستور علو القواعد الدستورية وسيادتها على سائر القواعد القانونية في الدولة^١، وقد نصت على مبدأ سمو الدستور بعض الدساتير، ومع ذلك فإن معظم الدساتير لا تنص على المبدأ، لأنه مقدر ومسلم به بغير نص.

ويستند هذا السمو إلى مضمون القواعد الدستورية وما تحتوي عليه من أحكام وقواعد موضوعية، وهو ما يسمى بـ "السمو الموضوعي للدستور" الذي يتحقق لجميع أنواع الدساتير المدونة منها وغير المدونة، الجامدة منها والمرنة، كما قد يستند سمو الدستور من ناحية أخرى إلى الشكل الذي تظهر فيه القواعد الدستورية، وذلك عندما يتطلب الدستور إجراءات وأوضاعاً معينة، سواء في وضعه أو في تعديله وهذا ما يطلق عليه "السمو الشكلي" الذي لا يتحقق إلا بالنسبة للدساتير المدونة الجامدة.

ولقد ربط الفقه - وبحق - بين سمو الدستور وبين الرقابة على الإغفال التشريعي، وجعل سمو الدستور وعلوه بمثابة أساس قانوني لقيام الرقابة على الإغفال التشريعي.

وعليه، سوف نعرض لذلك بشيء من التفصيل في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: مفهوم مبدأ سمو الدستور.

المطلب الثاني: مخالفة الإغفال التشريعي لسمو الدستور.

^١ تعددت المصطلحات التي أخذ بها الفقه الدستوري كترجمة للمصطلح الفرنسي "Le Principe de la suprématie de la constitution" الذي يقابله المصطلح الانجليزي "Rule of law" فيما يستعمل البعض مصطلح "علو الدستور" ويستعمل البعض الآخر مصطلح "سيادة الدستور" فإن معظم الفقهاء يستخدمون اصطلاح "سمو الدستور" وهو ما أخذنا به للدلالة على المكانة التي تحتلها القواعد الدستورية بين مختلف القواعد العامة الأخرى في الدولة.

المطلب الأول:

مفهوم مبدأ سمو الدستور

كما سبق وأن بينا أن من أهم الأسس التي تقوم عليها الدولة القانونية مبدأ سمو الدستور على جميع القواعد القانونية في الدولة، ولا يمكن أن تتعت الدولة بالقانونية ما لم تكن لقواعد الدستور السمو والسيادة على باقي القواعد^١.

هذا السمو الذي تتمتع به القواعد الدستورية، يستند إلى مضمون هذه القواعد أو موضوعها وهو ما يسمى بالسمو الموضوعي للدستور، كما يستند من الناحية الأخرى إلى الشكل الذي تتبلور فيه، وهو ما يسمى بالسمو الشكلي للدستور^٢.

يتحقق السمو الموضوعي للدستور بالنظر إلى مضمون القواعد الدستورية ذاتها والموضوعات التي تتناولها بالتنظيم. فالدستور هو الأساس الذي يقوم عليه النظام القانوني في الدولة^٣.

فالقواعد الدستورية من ناحية تحدد السلطات العامة في الدولة والعلاقة بينها واختصاص كل سلطة وتحديد علاقة الأفراد بالسلطة، وما ينشأ عن ذلك من حقوق وحرّيات، ومن ناحية أخرى، تحدد الأيديولوجية السياسية والاقتصادية والاجتماعية في الدولة^٤.

ومن ثم فإن جميع القواعد القانونية يجب أن تتسجم مع الدستور وأن تتوافق معه ولا تخالفه، ومن ثم يجب أن يكون للقواعد الدستورية الصدارة والعلو على بقية القواعد الأخرى، ويجب على القواعد الأخرى الالتزام بها، وهذا أمر بديهي^٥.

^١ د. عبدالعزيز محمد سلمان - رقابة دستورية القوانين - المرجع السابق - ص ٦٠.

^٢ د. عبدالغني بسيوني عبدالله - النظم السياسية والقانون الدستوري - الدار الجامعية - ١٩٩٢ - ص ٥٣٨.

^٣ د. محمد حسنين عبدالعال - القانون الدستوري - دار النهضة العربية - ١٩٩٢ - ص ١٠٠.

^٤ د. أحمد المواقفي - مبادئ القانون الدستوري الكويتي - مصر للخدمات العلمية - ٢٠٠٤ - ص ٦٦.

^٥ د. أدمون رباط - الوسيط في القانون الدستوري العام - الجزء الثاني - دار العلم للملايين - بيروت - ١٩٧١ -

ص ٤٧٨، د. إبراهيم درويش - القانون الدستوري (النظرية العامة) - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠ -

ص ١٤٧، د. عبدالعزيز محمد سلمان - رقابة دستورية القوانين - المرجع السابق - ص ٦٠.

ويتجلى هذا السمو الموضوعي للدستور في مظهرين أساسين^١:

أولاً: أن الدستور هو الذي ينشئ السلطات العامة في الدولة، كما يحدد الاختصاصات التي يمنحها لكل منها، ولهذا فهو السند الشرعي لوجود هذه السلطات، ومصدر ما تضطلع به من وظائف واختصاصات تمارسها بإسم الدولة، ومادام الدستور هو الذي ينشئ هذه السلطات وهو الذي منحها اختصاصاتها فإنه يجب خضوع هذه السلطات فيما تمارسه من اختصاصات للدستور، فإذا ما خالفت هذه السلطات أحكام الدستور، أو خرجت على قواعده، فإنها تهدم السند القانوني لوجودها وأساس شرعية تصرفاتها.

ثانياً: أن الدستور هو الذي يحدد فكرة القانون السائدة في الدولة، فهو الذي يحدد الفلسفة أو الإيديولوجية التي يقوم عليها النظام القانوني المطبق سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية.

ولما كان الدستور هو الذي يحدد الإطار القانوني العام للدولة فيما يتعلق بجميع أوجه النشاط داخلها، فيكون على السلطات العامة الالتزام بما رسمه الدستور في هذا الخصوص، والتقيّد - فيما تمارسه من أوجه النشاط المنوط بها - بالفلسفة أو الإيديولوجية التي يستلهمها الدستور ويقوم مرتكزاً عليها، وإلا كان باطلاً كل إجراء أو نشاط صادر عنها يتعارض مع الفلسفة أو الاتجاه السائد في الدولة^٢.

ويؤدي السمو الموضوعي للدستور إلى النتيجتين التاليتين:

أولاً: أن إقرار السمو الموضوعي للدستور يمثل تأكيداً لمبدأ المشروعية وتوسيعاً لنطاقه، فلن يقتصر مفهوم المشروعية على ضرورة احترام التشريعات الصادرة من السلطة التشريعية، وإنما سيشمل من باب أولى ضرورة احترام القواعد الدستورية، بوصفها تمثل القانون الأعلى

^١ د. عبدالغني بسيوني عبدالله - المرجع السابق - ص ٥٤٠، د. نعمان أحمد الخطيب - مبادئ القانون الدستوري - منشورات جامعة مؤتة - ١٩٩٣ - ص ٩٣-٩٤، د. محمد عبدالعال السناري - النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة - دراسة مقارنة - بدون دار نشر وسنة نشر - ص ١٧١.

^٢ د. إبراهيم عبدالعزيز شيجا - المبادئ الدستورية العامة - منشأة المعارف بالإسكندرية - ٢٠٠٦ - ص ١٧٧-١٧٨.

للدولة، وبالتالي يجب على جميع السلطات بالدولة احترام الدستور والتقيّد بأحكامه، على وجه الخصوص بالنسبة للسلطة التشريعية التي يتعيّن عليها أن تلتزم فيما تضعه من تشريعات باحترام قواعد الدستور، باعتبار أن القواعد الدستورية هي القانون الأعلى الذي يسمو على بقية القواعد القانونية داخل الدولة^١.

ثانياً: يترتب على السمو الموضوعي للدستور عدم جواز قيام السلطات العامة في الدولة بتفويض اختصاصاتها إلى غيرها، فالسلطات العامة هي أساساً مفوضة بهذه الاختصاصات من قبل الشعب مصدر السلطات، والحكام وهم يمارسون الحكم لا يمارسون حقاً شخصياً لهم وإنما يمارسون اختصاصات ووظائف عهدت إليهم بموجب الدستور. ولذا لا يجوز أن تقوم جهة مفوضة بتفويض اختصاصها إلى جهة أخرى لم يجر لها الدستور ذلك، وينص صريح ووفق شروط محددة كما فعل المشرع^٢.

وبذلك يتضح لنا أن مضمون السمو الموضوعي للدستور يتجلى في أن الدستور هو الذي يحدد الفكرة القانونية السائدة في الدولة من ناحية، كما أنه ينشئ السلطات ويحدد لها اختصاصاتها من ناحية أخرى، وينتج عن السمو الموضوعي للدستور تدعيم وتوسيع مبدأ المشروعية من جهة، وعدم جواز التفويض في الإختصاصات التي منحها الدستور للسلطات الحاكمة من جهة أخرى.

والسمو الموضوعي بهذا المعنى يسود - كما سبق وأن ذكرنا - الدولة القانونية سواء كان دستوراً مكتوباً أو عرفياً وسواء كان دستوراً المكتوب جامداً أو مرناً^٣.

^١ د. إسماعيل الغزال - القانون الدستوري والنظم السياسية - الطبعة الرابعة مزيّدة ومنقحة - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - ١٩٨٩ - ص ٢٨-٢٩، د. محمد حسنين عبدالعال - المرجع السابق - ص ١٠٢.

^٢ د. محمد المشهداني ود. مروان المدرس - القانون الدستوري مع مقدمة في النظرية العامة للدستور - الطبعة الأولى - جامعة البحرين - ٢٠٠٩ - ص ٧١، د. جورج شفيق ساري - أصول وأحكام القانون الدستوري - الطبعة الرابعة - دار النهضة العربية - ٢٠٠٣/٢٠٠٢ - ص ٤٥٢.

^٣ د. يحيى الجمل - النظام الدستوري في الكويت مع مقدمة في دراسة المبادئ الدستورية العامة - مطبوعات جامعة الكويت - ١٩٧٠/١٩٧١ - ص ٧٧، د. محمد علي سويلم - بنيان الدستور المعاصر - دراسة مقارنة في ضوء الفقه والقضاء الدستوري - دار المطبوعات الجامعية - ٢٠١٤ - ص ٢٢٥.

وأخيراً لابد من الإشارة إلى أن سمو الموضوعي للدساتير والنتائج المترتبة عليه تظل أهميتها قاصرة على المجال السياسي دون المجال القانوني، بمعنى أن إغفال هذا المبدأ قد يؤدي إلى آثار سياسية واجتماعية دون أن يؤدي إلى أية آثار قانونية، كإبطال الأعمال القانونية الصادرة بالمخالفة لأحكام الدستور. باعتبار أن مبدأ سمو الدساتير (السمو الموضوعي) لا ينتج أثره القانوني ما لم تنظم طرق أو وسائل تكفل احترامه وتضمن نصوصه -حتى يمكن تقرير إبطال كل ما يصدر في الدولة من أعمال بالمخالفة لهذا المبدأ- وهذا لن يتحقق إلا بتنظيم رقابة على دستورية القوانين، ولا يتصور تنظيم هذه الرقابة ما لم يتحقق للدساتير سمو الشكلي بجانب سموها الموضوعي^١.

يتبين مما سبق أن سمو الموضوعي للدستور يستند إلى مضمون القواعد الدستورية وموضوعها، غير أنه تقتصر أهمية سمو الموضوعي من الناحية السياسية وليس له أهمية أو أثر من الناحية القانونية، أي أن مخالفة الدستور قد تؤدي إلى آثار سياسية واجتماعية، ولكنها لا تؤدي إلى أية آثار قانونية^٢.

ولكي يتوافر لمبدأ سمو الدستور أهمية قانونية إلى جانب ما تحقق له من أهمية سياسية عن طريق سمو الموضوعي، فإنه يجب أن يتحقق له كذلك سمو الشكلي الذي يستند إلى شكل القاعدة الدستورية وإجراءاتها، فالسمو الشكلي إذن يتحقق إذا كان تعديله يتطلب إجراءات أشد من الإجراءات التي تلزم لتعديل القوانين العادية^٣.

ولذلك فإنه إذا كان سمو الموضوعي للدستور يتحقق لجميع أنواع الدساتير المدونة وغير المدونة، والجامدة والمرنة، فإن سمو الشكلي لا يتحقق إلا للدساتير الجامدة. وذلك، لأن الدساتير الجامدة تختلف عن المرنّة في عدم إمكان تعديلها إلا بإتباع إجراءات خاصة مغايرة عما يتبع في تعديل التشريعات العادية الصادرة من السلطة التشريعية^٤.

^١ د. إبراهيم عبدالعزيز شيجا - المرجع السابق - ص ١٨٠.

^٢ المرجع السابق، ويزدات المعنى: د. فتحي فكري - القانون الدستوري (المبادئ الدستورية العامة - دستور ١٩٧١) - الكتاب الأول (المبادئ الدستورية العامة) - طبعة مزيّدة ومنقحة - شركة ناس للطباعة - ٢٠٠٢ - ص ١٦٨.

^٣ د. عبدالغني بسيوني عبدالله - المرجع السابق - ص ٥٤٣.

^٤ د. يحيى الجمل - المرجع السابق - ص ٧٨.

هذا الاختلاف في إجراءات التعديل هو الذي يضيف على الدستور السمو الشكلي، ويضعه في مركز أسمى من القوانين العادية، ويؤدي إلى التفرقة بين القواعد الدستورية والقوانين العادية^١، فهذه التفرقة استهدفت تحقيق وضمان استقرار الدساتير ومنع المشرع العادي من المساس بها، وكفالة حمايتها بكل ما تشمله من قواعد تبين نظام الحكم وتشكيل السلطات العامة المختلفة^٢.

ويترتب على السمو الشكلي للدستور إحتلال القواعد الدستورية لقمة التدرج الهرمي للنظام القانوني في الدولة، بحيث يتمتع على السلطة التشريعية أن تخرج على قواعده أو تخالف أحكامه فيما تسنه من تشريعات. وبذلك، تبرز الأهمية القانونية لسمو الدستور التي تتحقق عن طريق السمو الشكلي لقواعده^٣.

ومن الواضح أن هذا السمو الشكلي يتحقق لكافة نصوص وثيقة الدستور، لأن اشتراط الإجراءات والأشكال الخاصة لتعديل الدستور ينطبق على جميع النصوص التي تحتوي عليها وثيقة الدستور^٤.

أما الدساتير المرنة، فلا يتحقق لها هذا السمو الشكلي، نظراً لأن السلطة التشريعية تستطيع أن تعدلها بنفس الإجراءات والأشكال التي تعدل بها التشريعات العادية الصادرة عنها، فتستطيع هذه السلطة أن تخرج على الدستور فتخالف أحكامه فيما تسنه من قواعد قانونية، دون أن يترتب على هذا الخروج أو تلك المخالفة أية آثار قانونية، إذ تعد القواعد المخالفة في هذا الخصوص لأحكام الدستور معدلة لها، وهو ما يكون بمقدور السلطة التشريعية في الدول ذات الدساتير المرنة، فالدساتير المرنة إذن وإن تحقق لها السمو الموضوعي إلا أنه لا يتحقق لها السمو الشكلي. فالسمو الشكلي -فضلاً عن السمو الموضوعي- لا يثبت إلا إذا احتل الدستور مكانة أعلى من التشريعات العادية في التدرج الهرمي للنظام القانوني، وهو ما لا يكون إلا بالنسبة للدساتير الجامدة دون غيرها من الدساتير المرنة^٥.

^١ د. عبدالغني بسيوني عبدالله - المرجع السابق - ص ٥٤٣-٥٤٤.

^٢ د. عزيزة الشريف - دراسة في الرقابة على دستورية التشريع - مطبوعات جامعة الكويت - ١٩٩٥ - ص ١٩.

^٣ د. يحيى الجمل - المرجع السابق - ص ٣١.

^٤ د. عبدالغني بسيوني عبدالله - المرجع السابق - ص ٥٤٤، د. محمد علي سويلم - المرجع السابق - ص ٢٢٩.

^٥ د. إبراهيم عبدالعزيز شيجا - المرجع السابق - ص ١٨٢-١٨٣.

ونخلص من ذلك إلى أن الدساتير الجامدة تتمتع بالسمو من الناحيتين الموضوعية والشكلية، أما الدساتير المرنة فلا تتمتع إلا بالسمو الموضوعي فقط دون سمو الشكلي، هذا من ناحية، وأن سمو الدساتير من الناحية الموضوعية يكمن في الموضوعات التي تعمل على تنظيمها، وإن سموها من الناحية الشكلية يكمن في الإجراءات الخاصة بتعديلها والتي تختلف عن الإجراءات التي تتبع بشأن تعديل القوانين العادية، من ناحية أخرى.

ونتيجة لهذا سمو فإن القواعد الدستورية تختلف عن القواعد العادية من حيث الموضوع ومن حيث الشكل.

فمن حيث الموضوع يختلف موضوع القواعد الدستورية عن موضوع القواعد العادية في أن القواعد الدستورية هي التي تبين نظام الحكم في الدولة وتحدد السلطات العامة فيها وتحدد لها اختصاصاتها وتبين الحقوق والحريات العامة التي يتمتع بها الأفراد، هذا فضلاً عن أن هذه القواعد هي التي تحدد الإطار الفلسفي أو الأيديولوجي الذي تعمل في ظله سلطات الدولة، وبمعنى آخر تحدد الإطار القانوني للدولة، في حين تتولى قواعد القانون العادي معالجة موضوعات أخرى تقل أهميتها وخطورتها عن تلك التي تعالجها القواعد الدستورية مثل قواعد القانون المدني، الجنائي، الإداري.. الخ^١.

ومن حيث الشكل تختلف القواعد الدستورية عن القواعد العادية من حيث تعديلها، حيث تخضع الأولى لإجراءات أشد وأكثر تعقيداً من تلك التي تتبع في شأن تعديل الأخرى^٢.

ويترتب على التفرقة السابقة بين القواعد الدستورية والقواعد القانونية العادية ثلاث نتائج مهمة، تتمثل في الآتي^٣:

^١ د. إبراهيم عبدالعزيز شيجا - المرجع السابق - ص ١٨٣، وبذات المعنى: د. مصطفى محمد عفيفي - رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية - دراسة تحليلية مقارنة - الطبعة الأولى - مكتبة سعيد رأفت - جامعة عين شمس - ١٩٩٠ - ص ١٤-١٥.

^٢ د. نعمان أحمد الخطيب - المرجع السابق - ص ٩٧.

^٣ د. عبدالغني بسيوني عبدالله - المرجع السابق - ص ٥٤٦-٥٤٧، د. إبراهيم عبدالعزيز شيجا - المرجع السابق - ص ١٨٤-١٨٦، د. محمد المشهداني ود. مروان المدرس - المرجع السابق - ص ٧٣، د. نعمان أحمد الخطيب - المرجع السابق - ص ٩٧-٩٨.

أولاً: ثبات القواعد الدستورية:

أهم ما يميز القواعد الدستورية ثباتها وعدم تعديلها باستمرار، نظراً لما تتطلبه من إجراءات خاصة لتعديلها أشد تعقيداً من تلك الإجراءات التي يتم بها تعديل القواعد العادية، وهذا الثبات يؤدي إلى استقرار النظام السياسي والدستوري في الدولة وتقدمها وازدهارها.

بيد أن هذا الثبات غير مطلق، وإنما هو نسبي، حتى لا تتخلف الدساتير عن مسايرة التطورات السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تحدث في الدولة.

ثانياً: القواعد الدستورية لا تلغى ولا تعدل إلا بقواعد دستورية أخرى:

فإذا كانت القواعد الدستورية أعلى من القواعد العادية وتسمو عليها، كما رأينا، فإنه لا يمكن إلغاء هذه القواعد أو تعديلها إلا بقواعد دستورية مماثلة لها، تتمتع بنفس الدرجة من السمو.

وعلى ذلك، فإن القاعدة العادية لا تستطيع أن تعدل قاعدة دستورية، لأنها لا تساويها في المرتبة التي تحتلها، إذ إنها تقع في مرتبة أدنى منها في سلم التدرج القانوني، فالقاعدة في هذا الخصوص أن القاعدة الأدنى ليس بمقدورها تعديل أو إلغاء قاعدة أعلى وأسمى منها.

ثالثاً: القواعد العادية لا يجوز أن تتعارض مع القواعد الدستورية:

أخيراً، ينتج عن وضع القواعد الدستورية في مرتبة أعلى من القواعد العادية، أنه يجب أن تصدر القواعد العادية من السلطة التشريعية في نطاق ما تتضمنه القواعد الدستورية من قواعد وأحكام. وبذلك، لا يجوز للقواعد العادية أن تخالف القواعد الدستورية أو تخرج على قواعدها وأحكامها، وإلا غدت هذه القواعد العادية باطلة وغير دستورية.

المطلب الثاني:

مخالفة الإغفال التشريعي لسمو الدستور

سبق وأن بينا أن فكرة رقابة الدستورية تجد أساسها بوجه عام في مبدأ سمو الدستور والذي يعني علو القواعد الدستورية وسيادتها على غيرها من القواعد القانونية في الدولة، وأن أي تشريع تصدره الدولة يجب أن يكون موافقاً للدستور، وكما تجد جهة الرقابة على الدستورية من ناحية أخرى هذا المبدأ السند القانوني في القضاء بعدم دستورية التشريع الذي لا يتوافق مع الدستور فيما ورد صراحة بالدستور والقانون المنظم لها والمحدد للاختصاصات المخولة لها، فهل يمكن أن يمثل سمو الدستور في ذات الوقت السند القانوني لها في القضاء بعدم دستورية الإغفال التشريعي؟

لقد ربط الفقه -ويحق- بين سمو الدستور والرقابة على الإغفال التشريعي، وجعل سمو الدستور وعلوه بمثابة أساس قانوني لقيام الرقابة على الإغفال التشريعي^١.

ويؤكد جانب آخر من الفقه على وجود علاقة حتمية بين الإغفال التشريعي والمخالفة الدستورية، ذلك أن الدستور يضع على عاتق المشرع مجموعة من الالتزامات القانونية التي يجب عليه الوفاء بها، وتتحقق المخالفة الدستورية ليس فقط عندما يباشر المشرع وظيفته التشريعية ويضع نصوصاً صريحة وإنما أيضاً النصوص التي أغفلها عند ممارسته لهذه الوظيفة^٢.

ولعل من أهم مظاهر سمو الموضوعي للدستور الذي يتحقق بالنظر إلى مضمون القواعد الدستورية والموضوعات التي تتناولها بالتنظيم هو حماية الحقوق والحريات العامة وكفالة مبدأ المساواة، ولذلك لم يكن غريباً أن غالبية الأحكام الصادرة بالتصدي لحالة الإغفال التشريعي كانت بقصد حماية الحقوق والحريات العامة^٣.

^١ د. عوض المر - المرجع السابق - ص ١٤١٦، د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ٧٣، د. عبدالعزيز محمد سالمان - رقابة الإغفال في القضاء الدستوري - مجلة "الرقابة الدستورية" - المرجع السابق - ص ٢٠٦، د. جابر محمد حجي - المرجع السابق - ص ٤٠٠، د. هالة محمد طريح - المرجع السابق - ص ٢٥١.

^٢ رأي فقهي مشار إليه لدى: د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ٧٦.

^٣ انظر بشأن موقف القضاء من إخلال الإغفال التشريعي بالحقوق والحريات المبحث التالي من هذا الفصل.

تأكيداً على ذلك ذهب جانب من الفقه إلى أنه إذا تدخل المشرع لتنظيم حق 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 تعمدتها المشرع أم أتاها بغير قصد يتعين التصدي لها، وأنه إذا كان القضاء الدستوري يراقب النشاط الإيجابي للسلطة التشريعية ويلغي التشريع المخالف للدستور فمن باب أولى يستطيع أن يراقب الإغفال التشريعي أو التنظيم القاصر 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^١.

ومن جانبنا نتفق وهذا الرأي باعتبار أن الإقرار بالرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي يمثل إعلاء لمبدأ سمو الدستور وهيمنة لقواعده ومبادئه على ما دونها من قواعد قانونية سواء كانت صريحة أو ضمنية وسواء تعمد المشرع إتيان المخالفة الدستورية أم أتاها بغير قصد أو عدم دراية منه^٢.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية في أكثر من حكم لها على الطبيعة الآمرة لجميع نصوص الدستور محددة: "أن الدستور يتميز بطبيعة خاصة تضي على السيادة والسمو بحسبانه كفيل الحريات وموئله وعماد الحياة الدستورية، وأساس نظامها، فحق لقواعده -بالتالي- أن تستوى على القمة من البنين القانوني للدولة وأن تتبوا مقام الصدارة بين قواعد النظام العام، اعتباراً بأن أحكام الدستور هي أسمى القواعد الآمرة التي تلتزم الدولة بالخضوع لها في تشريعها وقضائها"^٣.

وفي حكم آخر ذهبت إلى أن: "رقابة هذه المحكمة للنصوص التشريعية المطعون عليها إنما تتغيا ردها إلى أحكام الدستور تغلياً 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 في تحديده للسلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية وصلاحياتها واضعاً الحدود

^١ د. عبدالعزيز محمد سالمان - رقابة الإغفال في القضاء الدستوري - مجلة "الدستورية" - المرجع السابق.

^٢ د. جابر محمد حجي - المرجع السابق - ص ٤٠٠.

^٣ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٢٧) لسنة (٨) قضائية "دستورية" جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

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 إيهانها من خلال تحوير مقاصدها أو الإخلال بمقتضياتها أو الإعراض عن متطلباتها، فيجب دوماً أن يعلو الدستور ولا يغلى عليه وأن يسمو ولا يُسمى عليه^١.

ويظهر من الحكمين السابقين أن سمو الدستور يقتضي أن تسمو قواعد الدستور وأحكامه على ما عداها من قواعد داخل الدولة وهي قواعد تفرض على المشرع حماية موضوعات دستورية كموضوع الحقوق والحريات العامة.

واتجهت المحكمة الدستورية البحرينية ذات الاتجاه في حكمها بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم (٨) لسنة ١٩٧٠ بشأن إستملاك الأراضي للمنفعة العامة مقررًا: "أن الطبيعة الآمرة لقواعد الدستور وعلوها على ما دونها من القواعد القانونية، وضبطها للقيم التي ينبغي أن تقوم عليها الجماعة، تقتضي إخضاع القواعد القانونية جميعها -أيًا كان تاريخ العمل بها- لأحكام الدستور القائم كشرط لمشروعيتها"^٢.

يتبين لنا مما سبق تبني الفقه فكرة سمو وعلو الدستور كأساس للرقابة على الإغفال التشريعي، باعتبار أن نصوص الدستور هي قواعد قانونية آمرة وملزمة، وتفرض على المشرع التزامات إيجابية بالتشريع لحماية موضوعات دستورية وذلك بأن يكون تنظيمه لها تنظيمًا كاملاً غير منقوص أو قاصر عن أن يحيط بها من كافة جوانبها مما يؤدي إلى الإخلال بالضمانات الدستورية لها.

^١ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١١) لسنة (١٣) قضائية "دستورية" جلسة ٨ يوليو ٢٠٠٠ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

^٢ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (٥٠/٢/د) لسنة (٣) قضائية جلسة ٢٦ مارس ٢٠٠٧ منشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٧٨٦) الخميس ٢٠٠٧/٤/١٢.

وعليه، نخلص إلى أن الإغفال التشريعي يخالف سمو الموضوعي للدستور، ولكن هل من المتصور مخالفته للسمو الشكلي للدستور؟

ذكرنا بأن سمو الشكلي يستند إلى الطريقة والإجراءات التي تتبع في وضع القواعد الدستورية وتعديلها^١.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن: "يتحقق الإغفال التشريعي المخالف للسمو الشكلي للدستور عندما ينص الدستور على إجراءات معينة يجب اتباعها لصدور القانون، والنموذج الجلي في هذه الحالة الإجراءات التي يتطلبها كل من الدستور الفرنسي فيما يتعلق بالقوانين الأساسية واللوائح الداخلية للجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، والدستور المصري فيما يتعلق بالقوانين المكملة للدستور"^٢.

^١ د. محمد حسنين عبدالعال - المرجع السابق - ص ٩٩.

^٢ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ٧٩ وما بعدها.

وتجدر الإشارة إلى أن القوانين الأساسية أو القوانين المكملة تحتل مرتبة وسطى بين الدستور والقوانين العادية، وتعتبر القوانين الأساسية *Lois organiques* التي أخذ بها الدستور الفرنسي ١٩٥٨ طائفة خاصة من القوانين التي تصدر من السلطة التشريعية وتتميز عن باقي القوانين التي يصدرها البرلمان بأنها تتعلق بموضوع واحد هو تنظيم السلطات العامة، ويلزم في إقرارها من قبل السلطة التشريعية اتباع إجراءات خاصة تغاير تلك التي تخضع لها القوانين العادية، وأهمها هو وجوب عرضها على المجلس الدستوري قبل إصدارها لكي يفصل في مدى مطابقتها لأحكام الدستور، ويتم إحالة هذه القوانين إلى المجلس الدستوري، وذلك بعد إقرار البرلمان لها وقبل إصدارها بواسطة رئيس الدولة، ويتربط على عدم عرض أحد القوانين الأساسية - على المجلس الدستوري عدم جواز إصدار هذا القانون وبالتالي عدم إمكان تنفيذه، وبمعنى آخر أن القوانين الأساسية تعرض وجوباً على المجلس، لأنها لا تصدر إلا بعد إعلان المجلس الدستوري مطابقتها للدستور، وكذلك الأمر بالنسبة للوائح مجلسي البرلمان التي يلتزم رئيس كل مجلس بإحالتها إلى المجلس الدستوري قبل إقرارها، لكي يفحص مدى اتفاقها مع الدستور ويسري هذا الالتزام كذلك بالنسبة لأية تعديلات يتم إجراؤها على هذه اللوائح، د. يسري محمد العصار - الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة على الدستورية في فرنسا بمقتضى التعديل الدستوري لعام ٢٠٠٨ - مجلة الدستورية - المحكمة الدستورية العليا المصرية - العدد (١٦) - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا، ولمزيد من التفاصيل حول ماهية القوانين الأساسية وإجراءات رقابة المجلس الدستوري الفرنسي عليها، انظر: د. صلاح الدين فوزي - المجلس الدستوري الفرنسي - دار النهضة العربية - ١٩٩٢ - ص ٦٠-٦٩.

وبالنسبة للقوانين المكملة التي أخذ بها الدستور المصري لعام ٢٠١٤ الذي استلزم لإصدارها توافر أغلبية خاصة، وورد النص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة (١٢١) منه على أن: "كما تصدر القوانين المكملة للدستور بموافقة ثلثي عدد أعضاء المجلس. وتعد القوانين المنظمة للانتخابات الرئاسية والنيابية والمحلية، والأجزاء السياسية، والسلطة القضائية، والمتعلقة بالجهات والهيئات القضائية، والمنظمة للحقوق والحريات الواردة في الدستور، مكملة له". =

ويستند الرأي السابق إلى حرص المجلس الدستوري الفرنسي في قراراته على التأكيد بأن مشروع القانون الخاضع لرقابته استوفى الإجراءات المنصوص عليها في الدستور، وحرص المحكمة الدستورية العليا المصرية على التأكيد على عدم دستورية القوانين المكملة للدستور في حالة إغفالها للإجراءات التي يجب إتباعها عند صدورها.

إلا أن هذا الرأي تدارك بالقول: "أن ندرة الأحكام الصادرة بعدم دستورية الإغفال التشريعي من حيث الشكل، يرجع إلى أن الإغفال التشريعي إنما يتعارض مع مضمون النص الدستوري، وهو ما يؤكد ما ذهبنا إليه من أن الإغفال التشريعي لا يختلط بفكرة عدم الاختصاص السلبي

=أما بالنسبة للدستور البحريني فقد تميز دستور عام ١٩٧٣ ومروراً بالدستور المعدل لعام ٢٠٠٢ حتى التعديلات الدستورية في عام ٢٠١٢ أنه لم يرسم لنا نظاماً خاصاً للقوانين الأساسية أو المكملة للدستور لكي يميزها عن النظام القانوني للقوانين العادية كما هو الوضع في الدستور الفرنسي والدستور المصري، وإذا كان الدستور البحريني قد سكت عن وضع نظام خاص بالقوانين الأساسية أو المكملة للدستور إلا أنه أحال إلى القانون تنظيم أمور متصلة بالدستور ومتعلقة بتنظيم السلطات العامة وأخضعها للإجراءات العادية التي تخضع لها القوانين العادية، الأمر الذي لم يميزها عن غيرها من القوانين، ومنها على سبيل المثال المادة (٥٦) من الدستور البحريني الخاصة بالانتخاب العام التي تنص على أن: "يتألف مجلس النواب من أربعين عضواً يُنتخبون بطريق الانتخاب العام السري المباشر وفقاً للأحكام التي يبينها القانون" وقد تم صدور المرسوم بقانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢ بشأن مباشرة الحقوق السياسية وتعديلاته. والمادة (٩٤) من الدستور الخاصة بنظام عمل مجلس الشورى ومجلس النواب والتي تنص على أن: "أ- يبين القانون نظام سير العمل في كل من مجلس الشورى ومجلس النواب ولجانها، وأصول المناقشة والتصويت والسؤال والاستجواب وسائر الصلاحيات المنصوص عليها في الدستور، وكذلك الجزاءات التي تترتب على مخالفة العضو للنظام أو تخلفه عن جلسات المجلس أو اللجان بدون عذر مقبول. ب- لكل من المجلسين أن يضيف إلى القانون المنظم له ما يراه من أحكام تكميلية"، وقد صدر بناء على هذا النص الدستوري المرسوم بقانون رقم (٥٤) لسنة ٢٠٠٢ بشأن اللائحة الداخلية لمجلس النواب والمرسوم بقانون رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٢ بشأن اللائحة الداخلية لمجلس الشورى وتعديلاتهما. وكذلك الأمر بالنسبة للسلطة القضائية فقد نصت المادة (١٠٥) من الدستور على أن: "أ- يرتب القانون المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، ويبين وظائفها واختصاصاتها. ب- يقتصر اختصاص المحاكم العسكرية على الجرائم العسكرية التي تقع من أفراد قوة الدفاع والحرس الوطني والأمن العام، ولا يمتد إلى غيرهم إلا عند إعلان الأحكام العرفية، وذلك في الحدود التي يقرها القانون"، كما المادة (١٠٤) منه التي نصت على أن: "ج- يضع القانون الأحكام الخاصة بالنيابة العامة، وبمهام الإفتاء القانوني، وإعداد التشريعات، وتمثيل الدولة أمام القضاء، .."، وقد تم صدور قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٢ وتعديلاته، والقانون رقم (٦٠) لسنة ٢٠٠٦ بشأن إعادة تنظيم هيئة التشريع والإفتاء القانوني وتعديلاته. والمادة (١٠٦) من الدستور الخاصة بالمحكمة الدستورية والتي تنص على أن: "تنشأ محكمة دستورية، من رئيس وستة أعضاء يعينون بأمر ملكي لمدة يحددها القانون، وتختص بمراقبة دستورية القوانين واللوائح. ويبين القانون القواعد التي تكفل عدم قابلية أعضاء المحكمة للعزل، ويحدد الإجراءات التي تُتبع أمامها، ويكفل حق كل من الحكومة ومجلس الشورى ومجلس النواب وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم في الطعن لدى المحكمة في دستورية القوانين واللوائح ... وللملك أن يحيل إلى المحكمة ما يراه من مشروعات القوانين قبل إصدارها لتقرير مدى مطابقتها للدستور .." وتم صدور المرسوم بقانون رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٢ بإنشاء المحكمة الدستورية المعدل بالمرسوم بقانون رقم (٣٨) لسنة ٢٠١٢.

للمشرع، لأن هذا الأخير يتعلق بالنواحي الإجرائية المتعلقة بصدور القانون، أما القوانين المشوبة بالمخالفة للدستور لوجود إغفال تشريعي فإنها يفترض صحتها شكلياً^١.

ويثير موضوع مخالفة الإغفال التشريعي للسمو الشكلي للدستور لدي تساؤلاً وهو أن سمو الشكلي للدستور كما سبق وأن بينا يتحقق إذا كان تعديله -أي الدستور- يتطلب إجراءات أشد وأعقد من إجراءات تعديل التشريعات العادية، وبالتالي يختلف عن الشكل والإجراءات التي يتطلبها الدستور لإصدار التشريعات سواء أكانت التشريعات العادية أم التشريعات الأساسية أو المكملة، كما أن مخالفة المشرع لشكل وإجراءات إصدار التشريعات بصفة عامة إنما تعد مخالفة شكلية لأحكام الدستور، وهو يختلف عن الإغفال التشريعي -محل الدراسة- بالمعنى الاصطلاحي باعتبار أن إغفال المشرع للإجراءات التي يتطلبها الدستور لإصدار التشريعات يقصد به عدم اتباعه لهذه الإجراءات هذا من جانب، ومن جانب آخر، أن الإغفال التشريعي يعد مخالفة موضوعية لأحكام الدستور تتعلق بمحل التشريع وليست مخالفة لقواعد الشكل والاختصاص.

وحقيقة الأمر أنه سواء انتهت نصوص الدستور إلى رسم مجال خاص ومميز لهذه التشريعات أو تركتها تنشأ بالإجراءات نفسها التي تنشأ بها التشريعات العادية إلا أنهما سواء التشريعات الأساسية أو العادية لا يمكنها أن تخالف نصوص الدستور، فإن تميزها عن التشريعات العادية لا يمنحها الصلاحية في أن تخالف نصوص الدستور وتتعارض مع مفاهيمه أو القيم التي سطرها نصوصه^١.

وعليه، نخلص مما سبق إلى أن الفقه رد أساس الرقابة القضائية على الإغفال التشريعي إلى ذات الأساس الذي تقوم عليه فكرة رقابة دستورية القوانين ألا وهي فكرة "سمو الدستور" والذي بمقتضاه تسمو قواعد الدستور وأحكامه على ما عداها من قواعد داخل الدولة وهي قواعد قانونية أمرة وملزمة وتفرض 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، ولكن هل سمو الدستور يعد وحده كافياً لقيام الرقابة على الإغفال التشريعي؟ أم يوجد أساس آخر لهذه الرقابة؟

^١ سالم محمد الكواري - المحكمة الدستورية في مملكة البحرين - الطبعة الأولى - ٢٠٠٤ - ص ١٤١.

لاشك أن موضوع الحقوق والحريات العامة يعد من أساسيات وأهداف الرقابة على الإغفال التشريعي، حيث إن تنظيم الدستور للحقوق والحريات العامة إنما يضع على المشرع العادي التزاماً بحمايتها، هو ما سنتناوله بشيء من التفصيل في المبحث الثالث من هذا الفصل.

المبحث الثالث:

حماية الحقوق والحريات أساس للرقابة على الإغفال التشريعي

تحرص كافة الدساتير على أن تنص في متنها على مجموعة من الحقوق والحريات المكفولة للأفراد وتضع لها ضمانات تأكيداً على سموها، وتعبيراً عن علوها الذي تستمد منه سمو الدستور وعلوه على ما عداه من قواعد قانونية، وضماناً لها في مواجهة المشرع العادي نفسه من أن يحيف عليها.

وإن المشرع لدى تنظيمه لهذه الحقوق والحريات الواردة بالدستور قد يغفل عن تنظيم أحد جوانبها أو بعضها بما يؤدي إلى المساس بها أو الانتقاص منها هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يؤدي إلى عدم تفعيلها، ومن هذا المنطلق راقب القضاء الإغفال التشريعي كطريق لحماية الحقوق والحريات.

وعندئذ فإنه إذا كانت فعالية وضمانة الحقوق والحريات تؤدي إلى عدم دستورية بعض النصوص التشريعية الصريحة فإنها تؤدي في نفس الوقت إلى عدم دستورية بعض النصوص التشريعية الضمنية.

لذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين وفق ما يلي:

المطلب الأول: طبيعة النصوص الدستورية المنظمة للحقوق والحريات.

المطلب الثاني: إخلال الإغفال التشريعي بالحقوق والحريات.

المطلب الأول:

طبيعة النصوص الدستورية المنظمة للحقوق والحريات

يذهب الفقه إلى أن الأصل في الحقوق والحريات هو الإباحة، وأنه لا يجوز التدخل أو التعرض لهذه الحقوق والحريات إلا بالتنظيم، دون أن يمتد إلى المصادرة أو الانتقاص منها، وهو ما تؤكد عليه المواثيق والاتفاقيات الدولية ودساتير الدول المعاصرة^١.

ذلك أن النص على الحقوق والحريات العامة في صلب الدستور من شأنه أن يمنحها قيمة النصوص الدستورية ويجعلها في قمة هرم النظام القانوني في الدولة، عندئذ تصبح هذه الحقوق والحريات قيداً على السلطات العامة، حيث تلزم باحترامها وعدم مخالفتها شأنها شأن بقية أحكام ونصوص الوثيقة الدستورية^٢.

فقد وضعت الدساتير مبدأً دستورياً عاماً بشأن حماية حقوق وحريات الأفراد، حيث ينص الدستور المصري لعام ٢٠١٤ في المادة (٩٢) منه على أن: "الحقوق والحريات اللصيقة بشخص المواطن لا تقبل تعطيلاً أو انتقاصاً. ولا يجوز لأي قانون ينظم ممارسة الحقوق والحريات أن يقيد بها بما يمس أصلها وجوهرها"، وينص الدستور البحريني المعدل لعام ٢٠٠٢ في المادة (٣١) منه على أن: "لا يكون تنظيم الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون، أو بناءً عليه. ولا يجوز أن ينال التنظيم أو التحديد من جوهر الحق أو الحرية"^٣.

^١ د. محمد رفعت عبدالوهاب - رقابة دستورية القوانين (المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية) - دار الجامعة الجديدة - ٢٠٠٨ - ص ٣٠٨ وما بعدها.

^٢ د. مروان محمد المدرس - الضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة في دستورية مملكة البحرين - مجلة الحقوق - جامعة البحرين - العدد العاشر - يوليو ٢٠٠٨ - ص ٣٩٣.

^٣ هنا تبرز مشكلة أساسية أمام المحكمة الدستورية الموكلة إليها مراقبة تطبيق هذا النص، تتمثل في وضع حد واضح وفاصل بين التنظيم المباح للحقوق والحريات والتقييد المحظور لها، فالمرشح يتمتع بسلطة تقديرية بتنظيم الحقوق والحريات، وقد يستخدم هذه السلطة التقديرية تحت ستار التنظيم فيقوم بإهدار الحقوق والحريات أو تقييدها بما يتعارض مع النص الدستوري. لذلك فإن القضاء الدستوري مطالب بحماية هذه الحقوق والحريات من خلال وضع معيار للتمييز بين التقييد المحظور والتنظيم المباح. وقد أثارت هذه المسألة خلافاً فقهيًا، فذهب جانب من الفقه إلى أن من يملك حق التنظيم يملك القدرة على التقييد، فهذا الجانب من الفقه لم يفرق بين التنظيم والتقييد، فأصحاب هذا الرأي يرون أن تنظيم أي حق أو حرية يستلزم بالضرورة وضع القيود التي سنتنقص من جوهره حتماً، إلا أن أصحاب هذا الرأي يؤكدون وجود قيد قانوني واحد يرد على حق المشرع في تنظيم الحقوق والحريات هو عدم هدم أو سلب الحق أو الحرية، وفيما عدا ذلك جاز للمشرع

إلا أننا نلاحظ ثمة تباين في الأساليب التي تتبعها الأنظمة في تقرير الحقوق والحريات العامة وإضفاء الحماية الدستورية عليها، وذلك تبعاً لتباين الأصول الفلسفية والسياسية التي تقوم

=أن يضع ما يشاء من القيود، لأنها قيود ذات طابع سياسي تخضع لرقابة الرأي العام. وذهب فريق آخر من الفقه إلى أن المقصود بالتنظيم هذه الحقوق والحريات هو جواز تقييدها، بشرط ألا يصل هذا التقييد إلى الحد الذي يجعلها غير مُحَقَّقة للغايات والأهداف التي قصدها الدستور. إلا أن فريقاً ثالثاً من الفقه يذهب إلى أن التنظيم المباح لا يتعارض مع وضع بعض القيود على الحقوق والحريات، شريطة أن يكون الهدف الأساس من هذه القيود هو تمكين الجميع من التمتع بها، وممارستها دون تعارض فيما بينهم، عندئذ سيكون تدخل المشرع تنظيمياً لا تقييداً وفقاً لهذا الرأي. والواقع أن كل المحاولات السابقة لوضع حد واضح ومحدد للتمييز بين التنظيم المباح والتقييد المحظور قد انقذت، وذلك لعدم تحقيقها الهدف المنشود منها من جهة، ولتنوع الحقوق وتعددتها وبالتالي اختلاف طبيعتها من جهة أخرى. فالدستور صاغ النصوص المنظمة لهذه الحقوق والحريات بعبارات مرنة ومقتضبة، ذلك لأن الدستور يعمل من جهة أولى، على صيانة مبادئ متعارضة، ويعمل من جهة ثانية على حماية حقوق متناقضة، كما أنه يعمل على الموازنة بين مصالح متناقضة من ناحية ثالثة، فمثلاً تعترف الدساتير بحق الإضراب، ولكن المشرع الدستوري في الوقت ذاته يصون مبدأ استمرارية المرافق العامة. فجميع الدساتير (ومنها الدستور البحريني) تحاول أن توفق بين الحقوق والحريات الخاصة من جهة، ومصلحة الجماعة من جهة أخرى، ولذا يكون لدى القاضي الدستوري مجالاً واسعاً في تفسير النصوص الواردة في الدستور. وقد حاولت المحكمة الدستورية البحرينية أن تميز بين التنظيم المباح والتقييد المحظور وذلك في حكم في القضية رقم (د/٠٦) لسنة (٤) قضائية جلسة ٣٠ مارس ٢٠٠٩ الذي جاء فيه: "وحيث أنه من المقرر وفقاً لقضاء هذه المحكمة - أن الأصل الدستوري لسلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق والواجبات إنها سلطة تقديرية ما لم يكن الدستور قد فرض عليه في شأن ممارستها ضوابط محددة تحد من إطلاقها، باعتبار أن جوهر هذه السلطة يتمثل في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة التي تتصل بالموضوع محل التنظيم، موازناً بينها ومرجحاً ما يراه أنسبها لمضمونها وأجدرها بتحقيق مصالح الجماعة، واختيار أصلها ملائمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله التنظيم، إلا أن ممارسة هذه السلطة مقيدة بضوابط الدستور وحدوده، والتي تعد سياجاً لا يجوز اقتحامه أو تخطيه. فإذا ما عهد الدستور إلى أي من السلطتين التشريعية أو التنفيذية بتنظيم موضوع معين، كان لزاماً على القواعد القانونية التي تصدر عن أي منهما في هذا النطاق ألا تتال من جوهر الحقوق أو الحريات التي كفلها الدستور، سواء بنقضها من أساسها بإهدارها، أو بانتقاصها من أطرافها بتهميشها، وإلا كان ذلك بمثابة عدوان على مجالاتها الحيوية"، إن هذا الحكم للمحكمة الدستورية قد حدد صور المساس بجوهر الحقوق والحريات، إذ بين الحكم أن أي مساس يؤدي إلى إهدار هذه الحقوق والحريات، أو نقضها، يكون مساساً غير مقبول ومخالف لنص المادة (٣١) من الدستور. بمعنى آخر أن المحكمة الدستورية ألزمت المشرع بتنظيم هذه الحقوق والحريات دون أن يؤدي ذلك إلى إنهاؤها، أو إلغائها، فالمشرع يجب أن لا ينكر الحقوق التي أقرها الدستور، ولا يقوم بمصادرتها. كذلك عُدَّت المحكمة الدستورية الانتقاص من الحقوق والحريات بتهميشها أمراً مخالفاً للدستور، والانتقاص يكون بجعل ممارسة هذه الحقوق والحريات مرهقاً من خلال فرض شروط لم ينص عليها الدستور، أو السماح بممارسة هذه الحقوق في أماكن معينة دون أماكن أخرى، مثل حظر التعبير عن الرأي في بعض الوسائل والسماح به في وسائل أخرى. فالأصل أن الأفراد يجب أن يتمتعوا بالحقوق والحريات كاملة غير منقوصة. لذا، فإن القانون الذي يُصدره المشرع يجب أن يستهدف تمكين الأفراد من ممارسة هذه الحقوق والحريات من جهة، والتوفيق بينها وبين القواعد والمبادئ ذات القيمة الدستورية من جهة ثانية. د. مروان محمد المدرس ود. خليل محمد مصطفى - حق الملكية الخاصة في نظام الاستملاك بين النصوص القانونية وأحكام المحكمة الدستورية البحرينية - مجلة "القانونية" التي تصدرها هيئة التشريع والإفتاء القانوني - العدد الخامس - يناير ٢٠١٦.

عليها أنظمة الحكم، هذا بالإضافة إلى اختلاف الظروف التاريخية من دولة إلى أخرى، فهناك دول تأخذ بأسلوب النص على الحقوق والحريات العامة في صلب الدستور، في حين تتجه دول أخرى إلى النص على الحقوق والحريات العامة في وثائق دستورية منفصلة وقائمة بذاتها يطلق عليها إعلانات الحقوق^١.

ففي فرنسا، يعتمد الأسلوب الفرنسي في تقرير الحقوق والحريات العامة على إعلانات الحقوق ويأتي في مقدمتها الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩، حيث تضمنت ديباجة الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ الإشارة إلى هذا الإعلان واكتفى في المادة (٣٤) منه بالنص على أن القانون هو الذي يحدد: "القواعد المتعلقة بالضمانات الأساسية التي تمنح للمواطنين لممارسة الحريات العامة"، ومؤدى هذا النص أن اختصاص المشرع يكون مقصوراً على تحديد القواعد الخاصة بالضمانات الأساسية وهو ما يعني بمفهوم المخالفة أن كل ما يجاوز هذه القواعد يدخل في نطاق السلطة اللائحية^٢.

أما في مصر والبحرين فإن أسلوب تنظيم الحقوق والحريات يختلف عنه في فرنسا، حيث يقوم بالنص عليها في صلب الدستور نفسه، بما يعنيه ذلك من أن تكون للنصوص الدستورية التي تقرر الحريات ذات القيمة القانونية المعترف بها لسائر النصوص الدستورية، وذات موقعها في سلم البناء القانوني للدولة.

كما أن النصوص الدستورية في مجال الحقوق والحريات متنوعة، ويرجع هذا التنوع إلى المغايرة في صياغة النص الدستوري.

فقد ينص الدستور على بعض الحقوق والحريات بصورة مطلقة بغير قيود ولم يتم إحالتها إلى التشريع العادي لتنظيمها، وهي الحالات التي لا يملك فيها أية سلطة تقديرية، كما قد ينص على بعض الحقوق والحريات مع تقييدها لها ببعض القيود والضوابط وإحالتها إلى التشريع العادي لتنظيمها، وهي حالات السلطة المقيدة للمشرع، وقد ينص على بعض الحقوق والحريات دون أن

^١ د. ثروت عبدالعال أحمد - الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٨ - ص ٤٥.

^٢ د. محمد عبداللطيف - الحريات العامة - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى - جامعة الكويت - ١٩٩٥ - ص ٢٤-٢٥، د. ثروت عبدالعال أحمد - الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق - المرجع السابق - ص ٥١ وما بعدها.

يضع لها أية قيود ويحيل بشأن تنظيمها إلى التشريع العادي فيملك المشرع في هذه الحالات سلطة تقديرية في التنظيم مع مراعاة القيد العام الوارد في الدستور وهو عدم المساس بأصل أو جوهر هذه الحقوق والحريات أو الانتقاص منها.

وبالنسبة للنصوص الدستورية التي أشارت إلى الحقوق والحريات المطلقة التي أوردتها بغير قيود، ولم يقر الدستور بإحالتها إلى التشريع العادي لتنظيمها فإنها تكون نافذة بذاتها دون تدخل المشرع، فلا يملك المشرع العادي أن يتعرض لها بالتقييد أو التنظيم، فلو صدر تشريع يقيدها كان باطلاً لمخالفته للدستور، لأن الدستور يتكفل بتنظيم الموضوع برمته^١.

مثال ذلك، الحق في المساواة وهو أصل الحريات وأساس الحقوق وهو الذي يتصدر جميع إعلانات الحقوق العالمية والمواثيق الدولية^٢.

ولذلك تحرص الدساتير -وعلى الأخص في الأنظمة محل الدراسة- على التأكيد بأن الأفراد متساوون في الحقوق والحريات العامة لا تميز بينهم بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة^٣، وينعكس هذا التأكيد على المبادئ القانونية السائدة في الدولة القانونية، إذ

^١ د. عبدالرزاق السنهوري - مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية - مجلة مجلس الدولة - السنة الثالثة - يناير ١٩٥٢ - أعيد طبعه بملحق خاص بكتاب الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته للمستشار الدكتور محمد ماهر أبو العينين - المرجع السابق - ص ١٠٢٣، د. رمزي الشاعر - النظرية العامة للقانون الدستوري - جامعة الكويت - ١٩٧٢ - ص ٤٩٦، د. عبدالحفيظ علي الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانونيين المصري والفرنسي - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - دار النهضة العربية - ص ٣٢٧.

^٢ د. عبدالعزيز محمد سالم - الحق في المساواة - مجلة "الدستورية" التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا المصرية - العدد (١٤) - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

^٣ أكد المجلس الدستوري الفرنسي أن ديباجة دستور سنة ١٩٥٨ التي تضمنت إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩ تعد جزءاً من الدستور بما يستتبعه من إضفاء القيمة الدستورية على مبدأ المساواة، رغم أن الدستور الفرنسي أكد هذا المبدأ صراحة في مادته الأولى التي نصت على أن تكفل مساواة جميع المواطنين أمام القانون دون تمييز يقوم على الأصل أو العرق أو الدين، وتحترم جميع المعتقدات ويضمن القانون المساواة بين النساء والرجال في تقلد الولايات الانتخابية والوظائف الانتخابية، وكذا ممارسة المسؤوليات المهنية والاجتماعية، د. أحمد فتحي سرور - مبدأ المساواة في القضاء الدستوري - مجلة "الدستورية" التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا - العدد الثاني - السنة الأولى - إبريل ٢٠٠٣ - ص ٣، وينص دستور جمهورية مصر العربية ٢٠١٤ في المادة (٤) منه على أن: "السيادة للشعب وحده، يمارسها ويحميها، وهو مصدر السلطات، ويصون وحدته الوطنية التي تقوم على مبادئ المساواة والعدل وتكافؤ الفرص بين جميع المواطنين، وذلك على الوجه المبين في الدستور" وينص في الفقرة الأولى من المادة (٥٣) على أن: "المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والحريات والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب الدين، أو العقيدة أو الجنس، أو

يتعين -حسبما استقر في الأنظمة الديمقراطية الحديثة- أن يكون تنظيم الحريات العامة بقانون أي بقواعد عامة مجردة تكفل المساواة لجميع أفراد المجتمع^١.

ولاشك أن الإسلام قد أقر مبدأ المساواة وأكد في أكثر من موضع في الكتاب والسنة وما جرى عليه العمل في صدر الإسلام^٢.

والمساواة المقصودة هي المساواة أمام القانون والتي تعني خضوع كافة المراكز القانونية المتماثلة لمعاملة قانونية واحدة على نحو يتناسب بطريقة منطقية وفقاً للهدف الذي توخاه القانون، ويتحقق المبدأ بتقرير معاملة قانونية مختلفة للمراكز القانونية المختلفة أو بسبب المصلحة العامة، إذا كان ذلك كله متفقاً مع الهدف الذي توخاه القانون، ويلاحظ أن المساواة في المعاملة القانونية التي تستند إلى الأسباب الموضوعية المنطقية التي تقوم عليها المراكز القانونية تعني أنها لا تتفق مع التحكم بالتمييز المنهي عنه هو المعاملة التحكيمية، وقد ذهب المجلس الدستوري الفرنسي إلى اعتبار كل تمييز أمراً غير منطقي أي أمراً تحكيمياً لا يستند إلى تبرير أو سبب كافٍ، وقد اعتنقت المحكمة الدستورية العليا في مصر ذات المعيار بأن صور التمييز - وإن تعذر حصرها- هي وحدها التي يكون قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو استبعاد ينال بصورة تحكيمية من الحقوق أو الحريات التي كفلها الدستور أو القانون، وقالت أن التمييز المخالف لمبدأ المساواة هو الذي يكون تحكيمياً لا يستند إلى أسباب موضوعية تبرره^٣، كما ذهبت المحكمة الدستورية البحرينية إلى أن التمييز التحكيمي بين المراكز القانونية المتماثلة يكون مناقضاً لمبدأ المساواة المنصوص عليه في الدستور^٤.

= الأصل، أو العرق، أو اللون، أو اللغة، أو الإعاقة، أو المستوى الاجتماعي، أو الانتماء السياسي أو الجغرافي، أو لأي سبب آخر"، كذلك حرص دستور مملكة البحرين المعدل ٢٠٠٢ على أن يؤكد مبدأ المساواة، فنص في المادة (٤) منه على أن: "العدل أساس الحكم، والتعاون والتراحم صلة وثقى بين المواطنين، والحرية والمساواة والأمن والطمأنينة والعلم والتضامن الاجتماعي وتكافؤ الفرص بين المواطنين دعائم للمجتمع تكفلها الدولة"، ونص في المادة (١٨) منه على أن: "الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، ويتساوى المواطنون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة".

^١ د. سعاد الشراوي - النظم السياسية في العالم المعاصر (تحديات وتحولات) - دار النهضة العربية - ٢٠٠٢ - ص ٣٤٤.

^٢ د. يحيى الجمل - المرجع السابق - ص ١٦٣.

^٣ د. أحمد فتحي سرور - مبدأ المساواة في القضاء الدستوري - المرجع السابق - ص ٤-٥.

^٤ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (ح/٢٠١٣/١) لسنة (١١) قضائية جلسة ٢٧ نوفمبر ٢٠١٣ منشور في الجريدة الرسمية العدد (٣١٣٣) الخميس ٢٠١٣/١٢/٥.

ونستخلص من ذلك الاتجاه الذي تبناه القضاء الدستوري أن مبدأ المساواة أمام القانون في حقوق وحريات الأفراد لا يعني أن تعامل فئاتهم على ما بينها من تباين في المراكز القانونية معاملة قانونية متكافئة، كما أن التمييز بينهم القائم على أسس موضوعية لا ينطوي على مخالفة للدستور، ذلك أن التمييز التحكيمي المنهي عنه هو الذي يسعى لتحقيق أغراض بخلاف تلك الذي يسعى المشرع إلى تحقيقها في إطار المصلحة العامة.

والمساواة وعدم التمييز هما وجهان لعملة واحدة، ويمكن أن ينظر إليها كعبارات إثبات ونفي للمبدأ نفسه، فحيثما يكون هناك تمييز يكون هناك خرق لمبدأ المساواة والعكس صحيح، ويقصد بحظر التمييز تحقيق المساواة في المعاملة. ومن الواضح أنه رغم أهمية مبدأ عدم التمييز، إلا أنه ليس حقاً متميزاً من حقوق الإنسان الأخرى، وإنما متفرع عن الحق في المساواة، وكل من اصطلحي "التمييز" و"المساواة" يقومان على افتراض النسبية أي أن المساواة أو المعاملة التمييزية يجب أن تقاس بالمقارنة بين معاملة شخص لآخر^١.

وكذلك ما ورد بشأن شخصية العقوبة وعدم جواز رجعية النصوص الجنائية، حيث نص الدستور المصري لعام ٢٠١٤ بالمادة (٩٥) التي تنص على أنه: "العقوبة الشخصية، .. ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون"، وكذلك الفقرتان (أ) و(ب) من المادة (٢٠) من الدستور البحريني التي نصتا على أن: "أ- .. ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها، ب- العقوبة شخصية".

وقضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن: "الأصل في الجريمة، أن عقوبتها لا يتحمل بها إلا من أدين كمسئول عنها وهي بعد عقوبة يجب أن تتوازن وطأتها مع طبيعة الجريمة موضوعها. بما مؤداه: أن الشخص لا يزرر غير سوء عمله، وأن جريرة الجريمة لا يؤخذ بها إلا جناتها، ولا ينال عقابها إلا من قارفها"^٢.

^١ د. محمد يوسف علوان - حقوق الإنسان في ضوء القوانين الوطنية والمواثيق الدولية - الطبعة الأولى - كلية الحقوق - جامعة الكويت - ١٩٨٩ - ص ٣١٣-٣١٤.

^٢ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٤٩) لسنة (١٧) قضائية "دستورية" جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

كما قضت المحكمة الدستورية البحرينية بأن: "إن الأصل في الجريمة أن عقوبتها لا يتحمل بها إلا من أدين كمسئول عنها، وهي بعد عقوبة يجب أن تتوازن وطأتها مع طبيعة الجريمة موضوعها، وهي كذلك بالنسبة إلى المخالفة المشار إليها بما مؤداه أن الشخص لا يزر غير سوء عمله، وأن جريرة الجريمة، لا يؤاخذ بها إلا جناتها، ولا ينال عقابها إلا من قارفها، وأن ((شخصية العقوبة))، ((وتناسبها مع الجريمة محلها))، مرتبط بمن يعد قانوناً ((مسئولاً عن ارتكابها))، ومن ثم تفترض شخصية العقوبة -التي كفلها الدستور بنص المادة (٢٠)- شخصية المسؤولية الجنائية، وبما يؤكد تلازمها، ذلك أن الشخص لا يكون مسئولاً عن الجريمة ولا تفرض عليه عقوبتها إلا باعتباره فاعلاً لها، .. وإذا كان ذلك يعبر عن العدالة الجنائية في مفهومها الحق ويعكس بعض صورها الأكثر تقدماً، إلا أن ذلك لم يكن غريباً على العقيدة الإسلامية، بل بلورتها قيمها العليا، إذ يقول الله تعالى في محكم آياته: ((قل لا تسألون عما أجرمنا ولا تسأل عما تعملون))، فليس للإنسان إلا ما سعى، وما الجزاء الأوفى إلا صون عمله، وكان وليد إرادته الحرة"^١.

وتفترض شخصية العقوبة وعدم جواز رجعية النصوص الجنائية ألا يسأل الإنسان عن فعل غيره إذا لم يكن شريكاً له فيه ولا دخل له به، ومن ثم فإن العقوبة يجب أن تكون شخصية لا تمتد لتشمل غير مرتكب الجريمة وإن كان قريباً أو ذا صلة أخرى من أي نوع طالما لم يكن له دور في الجريمة، وألا يعاقب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص على تجريمها^٢.

فإذا أغفل المشرع في تشريع يتضمن نصوص جنائية شيئاً مما تقدم، يكون التشريع قد أخل بالضمانات التي أحاطها بها الدستور وخالفه.

أما بالنسبة للنصوص الدستورية بشأن الحقوق والحريات المقيدة، فإن الدستور يقيد بها ببعض القيود والضوابط ويحيل في تنظيمها إلى التشريع العادي. وعادة ما يكشف الدستور عنها بإيراد بعض العبارات منها "وفقاً للقانون" أو "يحددها القانون" أو "بناء على القانون" أو "ينظمها القانون"^٣.

^١ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (د/٢٠١١/٤) لسنة (٨) قضائية جلسة ٣٠ مايو ٢٠١٢ منشور في الجريدة الرسمية العدد (٣٠٥٥) الخميس ٢٠١٢/٧/٧.

^٢ د. يحيى الجمل - المرجع السابق - ص ١٦٦.

^٣ د. منير عبدالمجيد - أصول الرقابة على دستورية القوانين واللوائح - منشأة المعارف بالاسكندرية - ٢٠٠١ - ص ٢١٠.

مثال ذلك ما تنص عليه المادة (٣٥) من دستور مصر لسنة ٢٠١٤ بشأن الملكية الخاصة من أن: "الملكية الخاصة مصنونة وحق الإرث فيها مكفول، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل يدفع مقدماً وفقاً للقانون"، وما تنص عليه المادة (٩) في الفقرات (أ) و(ج) و(د) من دستور مملكة البحرين المعدل لعام ٢٠٠٢ بأن: "أ- الملكية ورأس المال والعمل، وفقاً لمبادئ العدالة الإسلامية، مقومات أساسية لكيان الدولة الاجتماعي وللثروة الوطنية، وهي جميعاً حقوق فردية ذات وظيفة اجتماعية ينظمها القانون" و"ج- الملكية الخاصة مصنونة، فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه، وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً" و"د- المصادرة العامة للأموال محظورة، ولا تكون عقوبة المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي في الأحوال المبينة بالقانون".

ومما سبق فإن الملكية حق أصيل للمواطنين كفله الدستور، ولا يجوز المساس به، أو تقييده، أو الحرمان منه إلا في الحدود التي نظمها القانون، وقد جاءت أحكام القضاء الدستوري لتؤكد حماية هذا الحق^١، وهذا ما سنبينه لاحقاً في هذه الدراسة.

وما ينص عليه الدستور من حرمة الملكية الخاصة، وحظر نزع ملكيتها بغير تعويض عادل، مؤداه أن الأصل في الملكية هو أن تظل لأصحابها، وألا تفرض قيود عليها لا تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، وألا ينال المشرع بالتالي من أصلها أو يجردها من لوازمها إلا وفق الشروط والأوضاع التي ينص عليها الدستور والقانون، وألا يباشر آخرون عليها سيطرة فعلية يستأثرون من خلالها بثمارها أو ملحقاتها أو منتجاتها، إضراراً بأصحابها الذين ظل سند ملكيتها بأيديهم. فإذا انقض المشرع عليها، أحالها صريماً، سواء كان عدوانه عليها بنص تشريعي مباشر، أو بإغفال تقرير ضماناتها التي كفلها الدستور لها^٢.

^١ انظر النصوص الدستورية بشأن حق الملكية في دستور مملكة البحرين والدساتير العربية والأحكام الدستورية الصادرة بشأنه: د. عبدالعزيز محمد سالمان - أصول الحريات العامة في مملكة البحرين - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى - مركز البحرين للدراسات والبحوث - ٢٠٠٨ - ص ٢١٢.

^٢ د. عوض المر - المرجع السابق - ص ١٤١٩.

أما بالنسبة للحقوق والحريات التي لم يضع لها الدستور أية قيود وأحال في تنظيمها إلى القانون، مثالها حق التقاضي، فقد نص الدستور البحريني في الفقرة (و) من المادة (٢٠) على أن: "حق التقاضي مكفول وفقاً للقانون".

وقضت المحكمة الدستورية البحرينية بشأن كفالة حق التقاضي بأن: "الأصل في سلطة المشرع في تنظيم الحقوق ومن بينها الحق في التقاضي، هو إطلاقها، ما لم يكن الدستور قد فرض في شأن ممارستها ضوابط محددة، باعتبار أن جوهر هذه الململة هو المفاضلة بين البدائل التي تتصل بالموضوع محل التنظيم، موازناً بينها، مرجحاً ما يراه أنسبها لمصالح الجماعة، وأدناها إلى كفالة أثقل هذه المصالح وزناً، وليس ثمة تناقض بين الحق في التقاضي كحق دستوري أصيل وبين تنظيمه تشريعياً بشرط ألا يتخذ المشرع هذا التنظيم وسيلة إلى حظر هذا الحق أو إهداره"^١.

ومما تجدر الإشارة إليه أن ما جاء به الإسلام من مبادئ في مجال حقوق الإنسان، يعتبر الأساس والأصل الثابت الذي استقيت منه القواعد المقررة لتلك الحقوق، سواء بشكل مباشر في الدول الإسلامية أو بشكل غير مباشر في الدول الأخرى. وأن موضوع حقوق الإنسان طرحه الإسلام بشكل متكامل ومترايط، وهذا التكامل جاءت به الشريعة الإسلامية في فترة زمنية واحدة تم إقرار تلك الحقوق خلالها، وبمعنى آخر، إن القرآن الكريم والسنة النبوية قد جاءا بهذه الحقوق في فترة واحدة وعلى نسق واحد^٢.

وبعد عرض أمثلة من النصوص الدستورية للحقوق والحريات وبيان موقف الدساتير محل الدراسة نستخلص أن إيراد الحقوق والحريات في الدستور يضع على عاتق المشرع العادي التزاماً بحماية هذه الحقوق والحريات، وتتمثل هذه الحماية في الضمانة التي يكفلها الدستور لكل حق أو حرية، بأن يكون الانتفاع بها في الصورة التي تصورها الدستور نطاقاً فاعلاً لها.

^١ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (د/١/٠٣) لسنة (١) قضائية جلسة ٢٦ إبريل ٢٠٠٤ منشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٦٣٣) الخميس ٥/٥/٢٠٠٤.

^٢ د. مريم بنت حسن آل خليفة ود. عبدالكريم علوان - المرجع السابق - ص ٣٣١.

المطلب الثاني:

إخلال الإغفال التشريعي بالحقوق والحريات

سبق وأن بينا أن إيراد الحقوق والحريات في الدستور وهو أعلى وثيقة قانونية في الدولة يعد بحد ذاته ضماناً لحماية هذه الحقوق والحريات، إلا أنه أورد ضمانات أخرى لحمايتها ومنها أنه ناط بالقضاء الدستوري الاختصاص بصيانة الحقوق والحريات التي وردت بالدستور وحمايتها وذلك من خلال دوره في الرقابة على التشريعات المنظمة لهذه الحقوق والحريات والتأكد من عدم مساس السلطة التشريعية بجوهر هذه الحقوق والحريات بحجة تنظيمها أو تحديدها^١.

ولكن يثور تساؤل في هذا الصدد وهو هل يمكن للقضاء الدستوري أن يراقب إغفال المشرع تنظيم الجوانب الكاملة لحقوق الأفراد وحرياتهم؟

للإجابة على هذا التساؤل نجد أن نصوص الدساتير محل الدراسة قد أوردت قيداً عاماً بشأن تنظيم المشرع للحقوق والحريات بصفة عامة وهو ألا يؤدي تنظيمه لها للمساس بأصلها أو جوهرها أو الانتقاص منها، إضافة إلى القيود الخاصة لكل حق أو حرية^٢.

وقدم أحد الفقهاء استخلاصاً من أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية، قيداً أو ضابطاً لتنظيم المشرع للحقوق والحريات، وهو عدم جواز الانتقاص من الحق أو الحرية، باعتبار أن المشرع عند تنظيمه للحق أو الحرية يلتزم أن يجعل استخدام الأفراد لها استخداماً كاملاً غير منقوص حيث إن التمتع بحرية منقوصة أو غير كاملة يجعلها غير ذات جدوى بحيث لا يتحقق الهدف الحقيقي من تمتع الأفراد بها، مضيفاً أن التزام المشرع بتنظيم الحق أو الحرية بشكل كامل غير منقوص يتحقق بأمرين، الأول: تنظيم المشرع للحرية على نحو يؤدي إلى مساواة جميع المواطنين في التمتع بها طالما تساوت مراكزهم القانونية فتمكن المشرع لبعض المواطنين من ممارسة حرية معينة وحرمان البعض الآخر منها أو تمكين بعض المواطنين من ممارسة الحرية على نحو معين وتمكين الآخرين من ممارستها على نحو مختلف يجعل الحرية منقوصة وغير مكتملة، فالمشرع ملتزم بتحقيق المبدأ الدستوري الكافل للمساواة بين جميع المواطنين، والثاني:

^١ د. مروان محمد المدرس ود. خليل محمد مصطفى - المرجع السابق.

^٢ د. مروان محمد المدرس - دور المحكمة الدستورية في مملكة البحرين في حماية الحقوق والحريات العامة - مجلة دراسات دستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية بمملكة البحرين - العدد الثالث - يوليو ٢٠١٤ - ص ٣١.

تنظيم الحرية على نحو يؤدي إلى التمتع بها كاملة من حيث مضمونها ومحتواها، ويكون ذلك بألا يقصر المشرع استخدام الحرية على جانب واحد من جوانبها المتعددة^١.

فقد اعتبر جانب من الفقه حماية الحقوق والحريات دافعاً أساسياً لتبني الأنظمة القانونية محل الدراسة الرقابة على الإغفال التشريعي^٢.

ويذهب الدكتور عوض المر إلى تأكيد وجهة النظر السابقة وذلك بأن يلتزم المشرع بحماية الحقوق والحريات التي كفلها الدستور للمواطنين، وذلك بأن ينظمها المشرع تنظيمًا كاملاً يكفل لها الحماية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية، فإذا نظمها المشرع تنظيمًا قاصراً، وذلك بأن أغفل جانب من جوانب النصوص التشريعية التي لا يكتمل التنظيم إلا بها، كان ذلك إخلالاً بضماناتها التي هيأها لها الدستور، وفي ذلك مخالفة للدستور^٣.

ويستطرد الرأي السابق بأن الرقابة القضائية على الإغفال التشريعي التي تحمل المشرع على أن يكون تنظيمه لحقوق المواطنين وحرياتهم في الصورة الأوفى لها، فلا تقعد عاجزة عن تحقيق رسالتها، ولا يصيبها وهن من جراء تنظيم غير متكامل لا يطوق كل أقطارها.

وذهب المستشار سالم الكواري -الرئيس الأسبق للمحكمة الدستورية البحرينية- في هذا الشأن إلى القول بأنه إذا نظم المشرع حقاً من الحقوق وانتقص المشرع هذا الحق أو نال منه، الأمر الذي أدى إلى مس جوهره، فإن التشريع في هذه الحالة معيب بمخالفة الدستور لأنه التشريع اعتدى على حق من الحقوق التي قررها الدستور^٤.

وقد وضعت المحكمة الدستورية العليا المصرية مبدأ مهماً يتمثل في أن: "الدستور يكفل لكل حق أو حرية نص عليها الحماية في جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية"^٥.

^١ د. هالة محمد طريح - المرجع السابق - ٢٤١-٢٤٢.

^٢ رأي فقهي مشار إليه لدى: د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ٥.

^٣ د. عوض المر - المرجع السابق - ص ١٤١٦ وما بعدها.

^٤ سالم محمد الكواري - المرجع السابق - ص ٢٢٧-٢٢٨.

^٥ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٧٧) لسنة (٢٦) قضائية "دستورية" جلسة ٢ فبراير ١٩٩٢ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

وأكدت في حكم آخر لها على ذلك واعتبرت حماية الحقوق والحريات أساساً للإغفال التشريعي، حيث أوردت في حكمها: "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 وحيرياتهم، 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"^١.

ولذلك لم يكن غريباً أن غالبية الأحكام الصادرة بالتصدي لحالة الإغفال التشريعي كانت مخالفة لمبدأ المساواة ويقصد حماية الحقوق والحريات العامة^٢.

وهو ما يعني بحق أنه يتعين على المشرع عندما يتدخل لتنظيم الحقوق والحريات ألا يتدخل ليفعلها فحسب بل عليه أن ينظمها تنظيم متكامل الجوانب مفعلاً لكافة الضمانات الدستورية لها بألا يغفل جانباً من جوانبها لا يكتمل التنظيم إلا به.

وفي مجال مبدأ المساواة، يذهب جانب من الفقه إلى أنه من مقتضيات مبدأ المساواة أنه وسيلة تقرير حماية متكافئة لجميع الحقوق سواء في ذلك التي كفلها الدستور أو التي تقررها التشريعات ومن ثم فلا يجوز من خلال إعمال هذا المبدأ أن ينكر المشرع أصل حق من الحقوق أو يعطل جوهره أو ينتقص منه^٣، ويذهب جانب آخر إلى أن الكثير من الأحكام القضائية الصادرة بعدم دستورية أحد التشريعات لمخالفتها لهذا المبدأ المهم، لأنه أصبح من الأمور المستقرة عليها في الضمير العالمي وتتضمنه المواثيق الدولية وإعلانات الحقوق وغيرها، فهو أساس لتمتع الأفراد بحرياتهم، وأية صورة من صور التمييز بين الأفراد في المجتمع حتى ولو لم

^١ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٣) لسنة (١٢) قضائية "دستورية" جلسة ١٤ يناير ٢٠٠٧ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

^٢ انظر بشأن موقف القضاء الدستوري من إخلال الإغفال التشريعي بالحقوق والحريات الفصل الثالث من هذه الدراسة.

^٣ د. عبدالعزيز محمد سلمان - الحق في المساواة - المرجع السابق.

تقم على ما ذكره المشرع الدستوري من أمثلة تشكل انتهاكاً لمبدأ المساواة الذي أقره المشرع الدستوري^١.

ويذهب الدكتور أحمد فتحي سرور إلى أن إغفال المشرع في معالجة موضوع معين من الموضوعات الدستورية قد يمس الضمانات القانونية التي يجب التمتع بها بالمخالفة للدستور فضلاً عن الإخلال بمبدأ المساواة^٢.

وتأكيداً على ذلك، قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بعدم دستورية النص الخاص بتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر فيما تضمنه من قصر استمرار عقد الإيجار على الزوجة المصرية وأولادها من زوجها المستأجر غير المصري عند انتهاء إقامته بالبلاد فعلاً أو حكماً دون الزوج المصري وأولاده من زوجته المستأجرة غير المصرية، وأكدت بكل وضوح في هذا الحكم أن مبدأ المساواة كان يحتم أن يمد مظلة حكم النص القانوني إلى الزوج المصري وأولاده من المستأجرة الأجنبية عند انتهاء إقامتها بالبلاد إن فعلاً وإن حكماً وإذا لم يفعل النص ذلك فإنه يكون مخالفاً لمبدأ المساواة.

وأوردت المحكمة في حكمها: "أن النص الطعين أقام تمييزاً بين الزوج المصري والزوجة المصرية حال تماثل مركزهما القانوني، فقد اتحدا في كون كل منهما زوجاً لمستأجرة أو مستأجر أجنبي بموجب عقد إيجار هو سند إقامة أسرته بالعين محل الإجارة؛ ثم اتحدا في أن الزوج رجلاً كان أم امرأة مستأجر هذه العين انتهت إقامته بالبلاد إن فعلاً بمغادرته البلاد نهائياً وإن حكماً بوفاته، فنص على استمرار عقد الإيجار بقوة القانون لصالح الزوجة المصرية وأولادها من الزوج الأجنبي، وقصر عن أعمال ذات الحكم لصالح الزوج المصري وأولاده من الزوجة الأجنبية، فجعل بذلك حكمه قائماً على تمييز بين المصريين بسبب الجنس، وصاحب ذلك تهوين من حقوق فئة من المصريين مقابل إعلاء حقوق نظرائهم من غير المصريين، فالمصرية المتزوجة من مستأجر أجنبي وأولادها منه المنتمون إلى جنسيته غير

^١ د. صبري محمد السنوسي - أركان صحة التشريع - مجلة "القانونية" التي تصدرها هيئة التشريع والإفتاء القانوني بمملكة البحرين - العدد الثاني - يونيو ٢٠١٤ - ص ٦٦.

^٢ د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - المرجع السابق - ص ٢٠٢.

المصرية منحهم النص الطعين حقوقاً أنكرها على المصري المتزوج من مستأجرة أجنبية وأولاده منها المصري الجنسية، وهو تمييز يتصادم بشقيه مع نص المادة (٤٠) من الدستور".^١

ويتضح لنا من الحكم السابق أن إغفال المشرع في النصوص التشريعية التي ينظم بها حقوق وحريات الأفراد وعدم تضمينه لجانب معين من جوانب الموضوع محل التنظيم لا سيما إذا كان الأفراد يتمتعون بنفس المركز القانوني، يعد مخالفة للنص الدستوري الذي ينص على كفالة مبدأ المساواة بين الأفراد.

وفي مجال كفالة الحرية الشخصية والحق في التنقل ومبدأ المساواة، أصدرت المحكمة الدستورية البحرينية حكماً حديثاً لها -في ضوء ممارستها للرقابة السابقة على مشروعات القوانين- حكمت فيه بعدم مطابقة المادة (٢٠) من مشروع قانون المرور للدستور، التي نصت على أن: "مع عدم الإخلال بالشروط الواجب توافرها في المادة السابقة، لا يجوز للأجانب المقيمين في مملكة البحرين، من غير مواطني دول مجلس التعاون الخليجي، الحصول على رخصة قيادة أو قيادة مركبة آلية إلا إذا كانت طبيعة عملهم تقتضي ذلك، وتحدد اللائحة التنفيذية طبيعة الأعمال الأخرى التي تُمنح بموجبها رخص القيادة للأجانب أو يُسمح لهم بقيادة مركبة آلية في مملكة البحرين".^٢

حيث أكدت المحكمة في هذا الحكم على أن تنظيم المشرع للحقوق والحريات العامة مقيد بعدم المساس بجوهرها أو الانتقاص منها، وعدت الانتقاص من الحقوق والحريات أمراً مخالفاً للدستور، وجاء في حكمها: "أن جوهر سلطة المشرع في تنظيم الحقوق يتمثل في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة التي تتصل بالموضوع محل التنظيم موازناً بينها ومرجعاً ما يراه أنسبها لمضمونها وأجدرها بتحقيق مصالح الجماعة واختيار أصلحها لملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله التنظيم. إلا أن ممارسة هذه السلطة مقيدة بضوابط الدستور وحدوده والتي تعدّ سياجاً لا يجوز اقتحامه أو تخطيه، فإذا ما عهد الدستور إلى أي من السلطتين التشريعية أو التنفيذية بتنظيم موضوع معين، كان لزاماً على القواعد القانونية

^١ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٦) لسنة (٢٠) قضائية "دستورية" جلسة ١٤ إبريل ٢٠٠٢ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

^٢ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (١٠٤/١/م.ح) لسنة (١٢) قضائية جلسة ٢ يوليو ٢٠١٤ منشور في الجريدة الرسمية العدد (٣١٦٤) الخميس ١٠/٧/٢٠١٤.

التي تصدر عن أي منهما في هذا النطاق ألا تتال من جوهر الحقوق أو الحريات التي كفلها الدستور، سواء بنقضها من أساسها، أو بانتقاصها من أطرافها. وإلا كان ذلك بمثابة عدوان على مجالاتها الحيوية".

وانتهت المحكمة في حكمها إلى أن: "نص المادة (٢٠) من مشروع قانون المرور، وإن لم يجرّد الأجنبي من الحقّ في التنقّل، إلّا أنه إذ حرّمه من الحصول على رخصة قيادة أو قيادة مركبة آلية، فإنه يكون قد نظمّ هذا الحقّ على نحو يؤدّي إلى انتقاصه من أطرافه اعتسافاً، وإلى التضيق منه تحكّماً. مقيماً بذلك مركز الأجنبي في البحرين - في حدود الحق في الحصول على رخصة قيادة، أو قيادة مركبة آلية - على قاعدة "الحرمان الأصلي" من الحقوق، جاعلاً المنع هو الأصل والإباحة هي الاستثناء. حال أنه من المقرّر أن الأصل في الأشياء الإباحة استصحاباً لأصل الحرية في حدود ضوابط الدستور. فمن ثمّ فإنّ المادة (٢٠) المعروضة تكون قد جاوزت الحدود المنطقية التي يعمل فيها حق الأجانب في حريّة التنقّل، وهي فرعٌ من الحرية الشخصية - على ما سلف بيانه - تُقيّمها على سوائها، فلا تنفصلُ عنها. واكتنفها بالتالي عوارٌ عدم مطابقتها للمادة (١٩) فقرة "أ" من الدستور. ووَصَمَتها مخالفةً المادتين (١٨) و (٣١) منه. وهو ما يتعيّن التقرير به".

ويمكننا القول بأن المحكمة في حكمها السابق استندت على أن المشرع نظم حق التنقل للأجانب تنظيمًا قاصراً على نحو يؤدي إلى انتقاصه، حيث قصره على فئة الأجانب الذين تقتضي طبيعة عملهم منحهم رخصة قيادة وعدم تقرير هذا الحق لفئة الأجانب الذين لا تقتضي طبيعة عملهم منحهم لهذه الرخصة، وهو ما يعد إغفالاً تشريعياً مخالفاً للدستور حينما أغفل المشرع النص على حق الفئة الأخرى في الحصول على رخصة القيادة بالمخالفة للدستور وللحق في التنقل ومبدأ المساواة.

وفي مجال مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، يسلم الفقه بأهمية صفتي الوضوح والتحديد في النصوص الجنائية، ذلك أن هذا التشريع يسوده مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يوجب أن تتصف نصوص التجريم بالوضوح وأن تبعد عن الغموض والالتباس. فلا يكفي أن ينص المشرع على تجريم فعل معين؛ وإنما يجب أن يكون هذا الفعل واضح العناصر على نحو يكفل التحديد

الدقيق لماهيته، أما النص على تجريم سلوك يشوب تحديده الإبهام والغموض فإنه يكون غير صالح للتجريم لمنافاته مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات^١.

ومن ناحية أخرى - وهو ما يبدو في تقديرنا أكثر أهمية في هذه الدراسة - أن عدم تحديد الجرائم والعقوبات بصورة كافية ومحددة بما يحدد حقوق الأفراد وحياتهم الأساسية، يعد صورة من صور الإغفال التشريعي، ففي هذه الصورة يتعين على المشرع أن يصيغ النصوص التشريعية الخاصة بالتجريم والعقوبات بصورة محددة وواضحة^٢.

وبمعنى آخر، يوجب مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات على المشرع تحديد نصوص التجريم بشكل واضح، فلا يكفي أن يحصر المشرع الأفعال التي يعدها من قبيل الجرائم، وإنما ينبغي أن يُعرف كل جريمة فيبين عناصرها، والشروط المكونة لها على نحو يزيل الغموض وينفي الجهالة، ويسهل معه عمل القاضي عند التطبيق. وأن يبين من جهة أخرى العقاب المقرر لها مراعيًا في ذلك بيان تحديد نوعه، أو ماهيته، وتحديد مقداره أو كيفية تقديره. فغموض التشريع الجنائي، أو نقصه في أي شق من شقي التجريم يهدر مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات^٣.

وقد عبر المجلس الدستوري الفرنسي عن هذا المبدأ في قوله بضرورة أن يعرف المشرع الجرائم في عبارات واضحة ومحددة بصورة كافية، وذلك لاستبعاد تحكم أو تعسف من السلطات العامة، وتطبيقاً لذلك قضى بأن التشريع يجب أن يعرف الأركان المكونة للجريمة في عبارات واضحة محددة، فإذا عاقب المشرع على جريمة معينة دون تحديد أركانها التي تقوم عليها، فإن النص التشريعي الذي تضمنه التشريع في هذا الشأن يكون غير مطابق للدستور، وقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان كذلك على أن الجريمة يجب أن تكون محددة بوضوح في التشريع^٤.

^١ د. أشرف توفيق شمس الدين - الضوابط الدستورية لنصوص التجريم والعقاب في قضاء المحكمة الدستورية العليا - مجلة الدستورية - المحكمة الدستورية العليا المصرية - العدد (١٣) - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية.

^٢ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ١١٨.

^٣ د. علي إسماعيل مجاهد - تطبيقات مبدأ سيادة القانون والاستثناء الوارد عليه في الدستور البحريني - مجلة "القانونية" التي تصدرها هيئة التشريع والإفتاء القانوني بملكة البحرين - العدد الثالث - يناير ٢٠١٥ - ص ٢١٣-٢١٤.

^٤ Décision du conseil constitutionnel No. 80-127 du 19-20 janvier 1981-الموقع الرسمي للمجلس الدستوري.

^٥ د. أحمد فتحي سرور - القانون الجنائي الدستوري - دار الشروق - الطبعة الثالثة - ٢٠٠٤ - ص ٩١.

كما قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن: "غموض النصوص العقابية يعني انفلاتها من ضوابطها وتعدد تأويلاتها، فلا تكون الأفعال التي منعها المشرع أو طلبها محددة بصورة يقينية، بل شباكاً أو شركاً يلقيها المشرع متصيداً باتساعها أو إخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها"^١.

وأكدت المحكمة الدستورية البحرينية على أنه: "في المجال الجنائي، ومن خلال النصوص العقابية، يجب أن يكون تحديد الأفعال المجرمة وعقوبتها، وارتباط هذه العقوبة بالفعل المادي، جلياً واضحاً وقاطعاً، بما مؤداه أن تعريفاً قانونياً بالجريمة محددات لعناصرها، وارتباط عقوبتها بها، يكون لازماً"^٢.

ونستخلص من هذه الأحكام أنها أكدت على أنه يجب أن تتصف نصوص التجريم والعقاب بالوضوح والتحديد والدقة، على النحو الذي يكون بيان الأفعال التي أثمها المشرع واضحاً جلياً وتحديدها قاطعاً وفهمها مستقيماً ليس مبهماً خافياً على أوساط الناس، وفي الواقع أن تحديد ماهية الفعل بصورة واضحة ودقيقة يعد قيداً على السلطة التشريعية، وتؤدي مخالفة هذه القاعدة إلى أن يكون النص مشوباً بعيب عدم الدستورية لغموضه.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد الاتجاه الذي تبناه المجلس الدستوري الفرنسي حديثاً وذلك في قراره الصادر في ١٢ يناير ٢٠٠٢^٣، إذ اعتبر المجلس الدستوري مبدأ وضوح التشريع مبدأ دستورياً، وأن هذا المبدأ مستفاد من نص المادة (٣٤) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ التي حددت مجال التشريع (القانون)، ووضوح التشريع يعني عدم غموض ألفاظه وضرورة تحديدها. ولربط مبدأ وضوح التشريع بنص المادة (٣٤) المشار إليها، فإن المجلس يرى أن الوضوح يرجع إلى ضرورة حماية أصحاب الحقوق ضد أي تفسير يخالف الدستور أو ضد مخاطر التحكم^٤.

^١ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٥٨) لسنة (١٨) قضائية "دستورية" جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

^٢ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (د/٤/٠٧) لسنة (٥) قضائية جلسة ٢١ ديسمبر ٢٠٠٩ منشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٩٢٨) الخميس ٢٠٠٩/١٢/٣١.

^٣ Décision du conseil constitutionnel No. 2001-445 du 12 janvier 2002 - الموقع الرسمي للمجلس الدستوري.

^٤ د. محمد محمد عبد اللطيف - القضاء الدستوري في فرنسا في خمس سنوات (١٩٩٩-٢٠٠٤) - دار النهضة العربية - ٢٠٠٥ - ص ١٧ وما بعدها.

وأكد المجلس الدستوري في قراره الصادر في ٢٩ يوليو ٢٠٠٤ على مبدأ وضوح التشريع والهدف الدستوري وهو سهولة الوصول إلى التشريع وقابليته للإدراك، فقد جاء في قراره: "أن مبدأ وضوح التشريع، الذي يستمد من المادة (٣٤) من الدستور، وأن الهدف الدستوري لقابلية التشريع للإدراك وسهولة الوصول إليه الذي يستفاد من المواد (٤) و(٥) و(٦) و(١٦) من إعلان ١٧٨٩، يفرضان على المشرع أن يتبنى نصوصاً محددة تحديداً كافياً وصياغة غير غامضة، حتى يمكن حماية أصحاب الحقوق ضد أي تفسير مخالف للدستور أو ضد مخاطر التحكم، من دون إلقاء عبء تحديد القواعد التي لا يكون تحديدها وفقاً للدستور إلا بتشريع على عاتق السلطات الإدارية والقضائية"^١. واستناداً لهذا التوجه الجديد للمجلس الدستوري الفرنسي فإنه بدأ يراقب نوعية الصياغة التشريعية، أي أنه لم يكتفِ بمراقبة مدى وضوح أو عدم وضوح التشريع، وإنما بدأ يراقب نوعية الصياغة^٢.

وفي مجال الإغفال التشريعي المخالف لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، أكد المجلس الدستوري الفرنسي ذلك في قراره الصادر بشأن حرية الصحافة، حيث نظم المشرع بعض الجرائم الصحفية بصورة غير محددة مما يؤدي إلى عدم تحديد مرتكبي هذه الجرائم بما يخالف المبدأ الدستوري "شرعية الجرائم والعقوبات"^٣.

كما قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بعدم دستورية المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٤٥٠) لسنة ١٩٨٦ بإنشاء محميات طبيعية بمنطقة جبل علبة بالبحر الأحمر وذلك فيما تضمنته من عدم تعيين الحدود التي تبين النطاق المكاني لتلك المحميات، وذهبت المحكمة في حكمها إلى أن: "نص القرار المطعون فيه على أن المحميات الطبيعية وفقاً لأحكامه، هي تلك المبينة حدودها وفقاً للخريطة المرفقة، وكانت هذه الخريطة لم تنشر، فإن التجريم يكون قد تم بموجب نص تشريعي لا يجوز إنفاذه من الناحية الدستورية"^٤.

^١ Décision du conseil constitutionnel No. 2004-500 du 29 juillet 2004 - الموقع الرسمي للمجلس الدستوري.

^٢ د. مروان محمد المدرس - رقابة المحكمة الدستورية على الصياغة التشريعية في مملكة البحرين - ورقة عمل مقدمة في مؤتمر رؤى قانونية والذي عقدته كلية الحقوق في جامعة البحرين سنة ٢٠١٥.

^٣ Décision du conseil constitutionnel No. 84-181 du 10 et 11 octobre 1984 - الموقع الرسمي.

للمجلس الدستوري

^٤ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٢٠) لسنة (١٥) قضائية "دستورية" جلسة ١ أكتوبر ١٩٩٤ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

وأكدت المحكمة في حكمها: "أن النصوص العقابية لا يجوز من خلال انفلات عباراتها أو تعدد تأويلاتها أو "انتفاء التحديد الجازم لضوابط تطبيقها" أن تعرقل حقوقاً كفلها الدستور كالحق في التنقل، فقد تعين ألا تكون هذه النصوص شباكاً أو شراكاً يلقيها المشرع متصيداً باتساعها أو بخفائها المتهمين المحتملين ليكون تصنيفهم وتقرير من يجوز احتجازه من بينهم عبئاً على السلطة القضائية لتحل إرادتها بعدئذ محل إرادة السلطة التشريعية، وهو ما لا يجوز أن تنزلق إليه القوانين الجنائية باعتبار أن ما ينبغي أن يعنيه هو أن تحدد بصورة جلية مختلف مظاهر السلوك التي لا يجوز التسامح فيها على ضوء القيم التي تبنتها الجماعة واتخذتها أسلوباً لحياتها وحركتها، وركائز لتطورها، وبما يكفل دوماً ألا تكون هذه القوانين مجرد إطار لتنظيم القيود على الحرية الشخصية، بل ضماناً لفعالية ممارستها".

وانتهت إلى أن: "إتيان الأفعال التي أثمها قانون المحميات الطبيعية في هذا النطاق شرطاً لتجريمها على ما سلف البيان فإن القرار المطعون فيه إذ جهل بحدود المحميات الطبيعية التي يسري عليها والتي يعتبر تعيينها مفترضاً أولاً لإعمال النصوص العقابية التي تضمنها القانون المنظم لتلك المحميات من خلال ترسيم الدائرة التي تعمل فيها يكون مفترقاً إلى خاصية اليقين التي تهيمن على التجريم، ويخل كذلك بالحرية الشخصية".

وهكذا يمكننا القول بأن المحكمة الدستورية العليا في هذا الحكم أسست قضاءها على الإغفال التشريعي وذلك لإغفال المشرع تحديد حدود المحميات الطبيعية المجرم الاعتداء عليها وعليه فإن التجريم قد تم بموجب نص تشريعي لا يجوز إنفاذه من الناحية الدستورية والذي يعد إخلالاً بالحرية الشخصية وبمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

وقضت المحكمة الدستورية البحرينية في حكم لها بشأن اتساع نص تجريم الاتفاق الجنائي وغموض عباراته بأن: "النصوص العقابية يتعين أن تضبطها مقاييس صارمة ومعايير حادة تلتزم وطبيعة هذه النصوص في اتصالها المباشر بالحرية الشخصية، مما يفرض على المشرع الجنائي أن ينتهج الوسائل القانونية السليمة، سواء في جوانبها الموضوعية أو الإجرائية لضمان أن لا تكون العقوبة أداة عاصفة بالحرية، ولكي تكون العقوبة التي يفرضها في شأن الجريمة تبلور مفهوماً للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها، فلا يندرج تحتها مجرد

رغبة الجماعة في ملاحقة المتهم، كما لا يسوغ للمشرع أن يجعل من النصوص العقابية شبكاً أو شراكاً يلقبها ليتصيد باتساعها أو بإخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها^١.

ومن هذه المقاييس الصارمة وجوب أن تكون أحكامها مصاغة على وجه محدد وبدلالات يقينية جازمة تغلق باب التأويل والالتباس والتجهيل وتباين الآراء حول حقيقة مقاصدها، لأن فتح هذا الباب نتيجة لعدم إحكام الصياغة ينحل بذاته وبالضرورة مخالفة لذات القيود والضوابط التي فرضها المشرع الدستوري في المجال وليس فقط لأصول فنيات الصياغة المجردة^٢.

وقد أوردت المحكمة في حكمها: "أن نطاق التجريم في النص المطعون فيه^٣ قد جاء مبهماً واسعاً فضفاضاً، إذ لم يحدد مفهوم وطبيعة المساهمة في الاتفاق الجنائي محل النص، ولا القواعد التي تضبط قيام هذا الاتفاق، مما يوقع المخاطبين به في دائرة الغموض بالنسبة لحقيقة الأفعال التي يتعين عليهم تجنبها، ويضع حاجزاً بين محكمة الموضوع وبين استخلاص أركان الجريمة بصورة محددة واضحة، كذلك لم يعرف النص المطعون فيه الاتفاق الجنائي، ولم يشترط عدداً معيناً من المتهمين لقيام الجريمة، ولم يتطلب استمرار الاتفاق الجنائي لمدة معينة، أو أن يكون على قدر من التنظيم، كما لم يستلزم الاتفاق استعمال العنف -بأي درجة- لتحقيق غاية الاتفاق، سواء كانت هذه الغاية في ذاتها مشروعة أم غير مشروعة".

^١ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (د/٣/٠٤ و د/٤/٠٤) لسنة (٢) قضائية جلسة ٢٦ يونيو ٢٠٠٦ - منشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٧٤٦) الأربعاء ٢٠٠٦/٧/٥.

^٢ د. محمد فؤاد عبدالباسط - ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية - منشأة المعارف بالإسكندرية - ٢٠٠٢ - ص ٣٦٠.

^٣ تنص المادة (١٥٧) من قانون العقوبات الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧٦، المعدل بالمرسوم بقانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٢ على أن: "يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت من ساهم في اتفاق كان الغرض منه ارتكاب جنائية من الجنايات المنصوص عليها في المواد ١٤٧ إلى ١٥٥ أو اتخاذها وسيلة للوصول إلى الغرض المقصود منه، ويعاقب بالسجن المؤبد من حرض على الاتفاق أو كان له شأن في إدارة حركته، ومع ذلك إذا كان الغرض من الاتفاق ارتكاب جريمة معينة أو اتخاذها وسيلة إلى الغرض المقصود وكانت عقوبتها أخف مما نصت عليه الفقرتان السابقتان فلا توقع عقوبة أشد من العقوبة المقررة لتلك الجريمة. ويعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن خمس سنوات من دعا آخر إلى اتفاق من هذا القبيل و لم تقبل دعوته، ومع ذلك إذا كان الغرض من الاتفاق ارتكاب جريمة معينة أو اتخاذها وسيلة إلى الغرض المقصود منه وكانت عقوبتها أخف من السجن فلا توقع عقوبة أشد من العقوبة المقررة لتلك الجريمة. ويعفى من العقوبات المقررة في الفقرات الثلاث الأولى من بادر من الجناة بإبلاغ السلطات القضائية أو الإدارية بقيام الاتفاق وبمن ساهموا فيه قبل الشروع في ارتكاب أية جنائية من الجنايات المتفق عليها".

وتحليل حكم المحكمة سالف الذكر يكشف عن تعدد أسباب قضائها بعدم دستورية نص المادة (١٥٧) سالف الذكر وأهم هذه الأسباب أن التجريم الذي نص عليه المشرع يعد تجريماً واسعاً فضفاضاً يفتقر إلى التحديد، ومن ثم يتنافى مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ذلك أن المشرع قد اكتفى بتحقيق الاتفاق بمجرد اتحاد شخصين أو أكثر على ارتكاب جناية أو جنحة دون أن يتطلب عدداً فوق هذا أو أن يستمر الاتفاق مدة معينة أو أن يكون على قدر من التنظيم ولم يستلزم أن تكون الجريمة المتفق على ارتكابها على درجة من الجسامه^١.

ونخلص مما سبق، إلى أن الأحكام الدستورية سالفة الذكر وضعت مجموعة من الضوابط التي يجب توافرها بشأن شرطي التحديد والوضوح في نصوص التجريم والعقاب، وهي أن تكون النصوص محددة بصورة يقينية لا التباس فيها ولا غموض، كذلك يجب أن تتضمن النصوص تحديداً جازماً لضوابط تطبيقها، وهو ما يتطلب أن تكون ضوابط التجريم والعقاب محددة في ركنها المادي والمعنوي، وفي نوع تحديد العقوبة ومدتها.

لما كان الوضوح والتحديد في صياغة نصوص التجريم والعقاب أمراً لازماً لتقرير دستوريتهما، إلا أن التساؤل الذي يطرح نفسه هو هل العيب في الصياغة التشريعية^٢ يعد كافياً بذاته للطعن بعدم الدستورية أم لا؟

عبر جانب من الفقه البحريني عن ذلك بالقول أن أساليب الصياغة التشريعية تستلزم الوضوح في التعبير عن الجمل والاصطلاحات القانونية والتعبير عن الأحكام القانونية بجمل قصيرة تبعد الغموض عن النص، كما تستلزم استعمال اصطلاحات مألوفة وحديثة لأن

^١ انظر تعليق د. مأمون سلامة على حكم المحكمة بعدم دستورية المادة (٤٨) عقوبات (الخاصة بالاتفاق الجنائي) - التشكيلات العصابية وجريمة الاتفاق الجنائي - مجلة "الدستورية" التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا المصرية - العدد الثاني - السنة الأولى - إبريل ٢٠٠٣ - ص ٥٥ - ٥٧.

^٢ الصياغة التشريعية بمثابة تحويل المادة الأولية التي يتكون منها التشريع إلى قواعد عملية صالحة للتطبيق الفعلي على نحو يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها، ويتم ذلك عن طريق اختيار الوسائل والأدوات الكفيلة بالترجمة الصادقة لمضمون القاعدة، وإعطائها الشكل العملي الذي تصلح به للتطبيق. ولا غرو في أن الصياغة التشريعية تعد عنصراً مهماً من عناصر تكوين القاعدة القانونية، فهي التي تخرجها إلى حيز الوجود ويتوقف نجاح تلك القاعدة على دقة الصياغة ومدى ملاءمة أدواتها، لهذا ينبغي مراعاة الدقة في صياغة القاعدة التشريعية، بحيث تأتي هذه الصياغة وفق أصول فنية معينة، حتى يكتب النجاح لهذه القاعدة على نحو يحقق الهدف من وجودها. د. عاطف سعدي - مهارات استخدام اللغة القانونية في مجالي التشريع والإفتاء القانوني - مجلة "القانونية" التي تصدرها هيئة التشريع والإفتاء القانوني بمملكة البحرين - العدد الثالث - يناير ٢٠١٥ - ص ١١٨.

الاصطلاحات المستعملة للدلالة على معنى معين قد تتغير بمرور الوقت، ولكن عدم الأخذ بكل ذلك في صياغة مشروعات القوانين لا يعد بذاته مخالفة دستورية حيث إن مناط تقدير دستورية مشروع القانون ومطابقته لأحكام الدستور أو عدم مطابقته، هو باتفاقه أو مخالفته لأحكام الدستور^١.

إلا أن بعض الفقه يذهب إلى أن ما قد يؤخذ على صياغة النصوص التشريعية وتناسق عرض أفكارها من عيوب، لا يعد بذاته من قبيل المخالفات الدستورية التي تستهض لها ولاية القاضي الدستوري، إلا أنه في بعض الأحيان يمكن لعيب الصياغة أن ينعكس مخالفة دستورية فيما لو أدى غموضها وعدم إحكامها بذاته ومباشرة إلى الإخلال بقيود وضمانات أوجب الدستور على المشرع العادي مراعاتها واحترامها، وعلى نحو تبدو معه الصياغة مشمولة بمقتضى القيود والضمانات التي فرضها المشرع الدستوري ولوازم ضوابطه، وعندئذ يمكن للقاضي الدستوري أن يتعقبها، ليس من باب الصياغة المحض فنية، وإنما من باب المخالفة الدستورية، ويظهر ذلك - كما رأينا - على وجه الخصوص في مجال النصوص الجنائية التي بحكم تضمنها لقيود على الحرية الشخصية^٢.

ويرى الدكتور عصمت عبدالمجيد بكر -الرئيس الأسبق لمجلس شورى الدولة في العراق- في ذات السياق، بأن القصور في النصوص التشريعية أو النقص فيها (الإغفال التشريعي) يعد أحد عيوب الصياغة التشريعية التي يمكن أن تؤدي إلى مخالفة دستورية فيما لو أدى العيب في الصياغة إلى الإخلال بالقيود والضمانات التي أوجب الدستور على المشرع مراعاتها واحترامها^٣.

^١ سلمان عيسى سيادي - حجية وأثار حكم المحكمة الدستورية بمملكة البحرين - الطبعة الأولى - ٢٠١١ - ص ٤٤. وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية البحرينية ذهبت في عدة أحكام لها بشأن الرقابة السابقة على مشروعات القوانين إلى أن: "يخرج عن هذا اختصاص المحكمة بالرقابة السابقة على مشروع القانون المعروض ما يلي: مراجعة الصياغة القانونية للمشروع...". حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (١٠٩/١ ج.م) لسنة (٧) قضائية جلسة ٢٥ يونيو ٢٠٠٩ منشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٩٠١) الخميس ٢٥/٦/٢٠٠٩.

^٢ د. محمد فؤاد عبدالباسط - المرجع السابق - ص ٣٥٩ وهامش ص ٣٦٠.

^٣ د. عصمت عبدالمجيد بكر - مشكلات التشريع - دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة - دار الكتب العلمية - ٢٠١٤ - ص ٢٠٥ وما بعدها.

ويؤيد جانب آخر من الفقه ذات الاتجاه، بقوله أن النقص - كعيب من عيوب الصياغة - يأتي من إغفال لفظ النص التشريعي بحيث لا يستقيم الحكم دونه^١.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن القضاء الدستوري يراقب الصياغة التشريعية ولكن بصورة غير مباشرة استناداً إلى أن إغفال المشرع لصياغة التشريع بصورة متقنة تعتبر صورة من صور الإغفال التشريعي، إضافة إلى عدم تحقق المشروعية المعيارية للتشريع^٢.

ومع احترامي وتقديري للآراء المذكورة إلا أنني اتفق والاتجاه الأخير الذي يذهب إلى أن إغفال المشرع لصياغة التشريع بصورة متقنة تعتبر صورة من صور الإغفال التشريعي، وذلك وإن كان الأصل هو عدم مباشرة الرقابة الدستورية على الصياغة التشريعية، إلا أن العيب في صياغة أحكام ونصوص التشريعات المنظمة لموضوع من الموضوعات الدستورية لاسيما الحقوق والحريات قد يؤدي إلى قصور في تنظيم الموضوع وذلك حينما يغفل المشرع جانباً أو أكثر من جوانبه، ومن ثم العيب في الصياغة أدى إلى وجود إغفال تشريعي مخالف للدستور.

وفي نهاية بحث هذه مسألة إخلال الإغفال التشريعي بالحقوق والحريات التي كفلها الدستور لا يسعنا إلا أن نقول أن فكرة الإغفال التشريعي ارتبطت بصورة كبيرة بموضوع الحقوق والحريات العامة لأن الإغفال التشريعي يؤدي في ذات الوقت إلى عدم تفعيل الحق أو الحرية التي أغفل المشرع تنظيم جميع أو بعض جوانبها، وعندئذ فإنه إذا كانت فعالية وضمانة الحقوق والحريات تؤدي إلى عدم دستورية بعض النصوص التشريعية التي أوردتها المشرع صراحة في مجال تنظيمه لهذه الحقوق والحريات فإنها تؤدي في نفس الوقت إلى عدم دستورية إغفال المشرع النصوص التي لا يكتمل التنظيم القانوني لهذه الحقوق والحريات بدونها.

^١ د. عبدالقادر الشخيلي - الصياغة القانونية - (تشريعاً-فقهاً- قضاءً-محاماة) - دار الثقافة للنشر والتوزيع - ٢٠١٤ -

ص ١٠٨.

^٢ د. مروان محمد المدرس - رقابة المحكمة الدستورية على الصياغة التشريعية في مملكة البحرين - المرجع السابق.

الفصل الثالث:

موقف القضاء من الرقابة على الإغفال التشريعي وضوابطها ونتائجها

وسنتناول في هذا الفصل الموضوعات الآتية:

- المبحث الأول: الإغفال التشريعي في القضاء الدستوري في فرنسا ومصر.
- المطلب الأول: الإغفال التشريعي في قضاء المجلس الدستوري في فرنسا.
- المطلب الثاني: الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر.

المبحث الثاني: الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية في البحرين.

- المبحث الثالث: ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي ونتائجها.
- المطلب الأول: ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي.
- المطلب الثاني: نتائج الرقابة على الإغفال التشريعي.

الفصل الثالث:

موقف القضاء من الرقابة على الإغفال التشريعي وضوابطها ونتائجها

الأصل أن اختصاص القضاء الدستوري بصفة عامة يخلص في النظر في النصوص التشريعية الصريحة التي تناول بها المشرع تنظيم أحد الموضوعات وبيان مدى توافق هذه النصوص مع قواعد الدستور من عدمه، إلا أن المشرع قد يتناول الموضوع محل التنظيم ولكن على نحو منقوص وقاصر لا يحيط به من كافة جوانبه، ومن ثم يثور التساؤل عن مدى إمكانية تصدي القضاء لهذا المسلك من المشرع، وما إذا كان اختصاصه ينحصر في رقابته على النصوص التشريعية الواردة صراحة والتي عبر فيها المشرع على نحو واضح وصريح عن إرادته وعن فلسفته في التنظيم أو أنه يتعدى ذلك إلى رقابته على الإغفال التشريعي؟

وإذا كان القضاء الدستوري يبسط رقابته على الإغفال التشريعي، يثور تساؤل آخر، وهو كيفية معالجة القضاء لهذا الإغفال، لا سيما إزاء غياب نص تشريعي صريح يأخذ بهذه الرقابة؟

وأخيراً، يثور تساؤل بصدد الضوابط الدستورية التي وضعها القضاء بمناسبة رقابته على الإغفال التشريعي؟

لذلك فإننا سنتناول في هذا الفصل موقف المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية العليا المصرية بإيجاز، على أن نبين موقف المحكمة الدستورية البحرينية بشيء من التفصيل، وكيفية معالجة القضاء المقارن للإغفال التشريعي وما هي الضوابط التي وضعها عند مباشرة هذه الرقابة.

وبناء عليه، سوف نخصص هذا الفصل لبيان ذلك، ونقسمه إلى المباحث الثلاثة الآتية:

المبحث الأول: الإغفال التشريعي في القضاء الدستوري في فرنسا ومصر.
المبحث الثاني: الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية في البحرين.
المبحث الثالث: ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي ونتائجها.

وسنقوم من خلال استعراضنا لموقف القضاء الدستوري من الإغفال التشريعي بتحليل الأحكام الدستورية محل الدراسة والتعليق عليها.

المبحث الأول:

الإغفال التشريعي في القضاء الدستوري في فرنسا ومصر

يثور تساؤل حول ما إذا كان المجلس الدستوري في فرنسا والمحكمة الدستورية العليا في مصر قد عرفوا الرقابة على الإغفال التشريعي أم لا، خاصة في ضوء عدم وجود نصوص تشريعية في هذه الأنظمة تنص صراحة على هذه الرقابة؟

للإجابة على هذا السؤال سوف نعرض على التوالي موقف المجلس الدستوري الفرنسي، ثم موقف المحكمة الدستورية العليا المصرية من الرقابة على الإغفال التشريعي، ونقسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: الإغفال التشريعي في قضاء المجلس الدستوري في فرنسا.

المطلب الثاني: الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر.

المطلب الأول:

الإغفال التشريعي في قضاء المجلس الدستوري في فرنسا^١

من تتبع قرارات المجلس الدستوري الفرنسي يمكن القول بأنه يقوم بمراقبة الإغفال التشريعي وتتسم سياسته إزاءه بالتوسع، حيث لم يقصر هذه الرقابة على الحالة التي يكون فيها الإغفال التشريعي مخالفاً لنص دستوري بطريق مباشر، وإنما مد رقابته على الحالات التي يكون فيها الإغفال التشريعي مخالفاً لنص تشريعي سابق.

وفيما يلي سنبين موقف قضاء المجلس الدستوري في فرنسا من الرقابة على الإغفال التشريعي في الفرعين الآتيين.

^١ تقررت الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فرنسا بمقتضى دستور الجمهورية الخامسة الصادر عام ١٩٥٨، وقد كان اختصاص المجلس الدستوري في مجال رقابة الدستورية يقتصر، منذ إنشائه عام ١٩٥٨ وإلى عام ٢٠٠٨، على الرقابة السابقة على دستورية القوانين بمختلف صورها والمعاهدات الدولية واللوائح الداخلية لكل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، وذلك بالإضافة إلى اختصاصه برقابة دستورية توزيع الاختصاص بين السلطة التشريعية التي يمارسها البرلمان والسلطة اللائحية التي تمارسها جهة الإدارة، واختصاصه بالفصل في الطعون الخاصة بالانتخابات الرئاسية والبرلمانية والاستفتاءات. كما كان الدستور يقصر حق إحالة القوانين إلى المجلس الدستوري، حتى عام ١٩٧٤، على السلطات العامة وحدها، حيث تم تعديل الدستور في هذا العام وأصبح من حق عدد من النواب في الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ لا يقل عن ستين نائباً إحالة أي قانون للمجلس الدستوري بعد إقراره بواسطة الأغلبية في البرلمان وقبل إصدار رئيس الدولة له.

وقد نادي فقه القانون العام بتوسيع اختصاصات المجلس الدستوري بحيث تشمل الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين بالإضافة إلى الرقابة السابقة، ومنح الأفراد حق اللجوء إليه عن طريق دفع فرعي بعدم دستورية نص قانوني مطبق على دعوى موضوعية قائمة أمام إحدى المحاكم، وذلك لتمكينهم من الدفاع عن حقوقهم وحرياتهم في مواجهة اعتداء السلطة التشريعية عليها، كما أن الرقابة اللاحقة ضرورية لضمان أكبر قدر من الاحترام لنصوص الدستور، نظراً لأن تطبيق القوانين على الحالات الواقعية هو الذى يكشف عن مدى اتفاقها أو اختلافها معه. وقد جاء التعديل الدستوري لعام ٢٠٠٨، بتوسيع اختصاصات المجلس الدستوري بحيث تشمل الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين بالإضافة إلى الرقابة السابقة، ومنح الأفراد حق اللجوء إليه عن طريق دفع فرعي بعدم دستورية نص قانوني مطبق على دعوى موضوعية قائمة أمام إحدى المحاكم. د. يسري محمد العصار - الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة على الدستورية في فرنسا بمقتضى التعديل الدستوري لعام ٢٠٠٨ - المرجع السابق، ولمزيد من التفاصيل حول الدفع بعدم الدستورية في فرنسا انظر: د. عيد أحمد الغفلول - الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء أحكام القانون الدستوري ٧٢٤ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة - الطبعة الثانية منقحة - دار النهضة العربية - ٢٠١١ - ص ١٣٣ وما بعدها، د. مدحت أحمد غنايم - الاتجاهات الحديثة في رقابة دستورية القوانين في الأنظمة اللاتينية (مصر وفرنسا) - الطبعة الأولى - المركز القومي للإصدارات القانونية - ٢٠١٤ - ص ٨٥ وما بعدها.

الفرع الأول: الإغفال التشريعي المخالف لنص دستوري:

تولى المجلس الدستوري الفرنسي الرقابة على الإغفال التشريعي من خلال مراقبته للثغرات والعيوب التي تشوب التشريعات الخاضعة لرقابته^١.

والملاحظ على موقف المجلس الدستوري أنه راقب إن كان تنظيم المشرع للموضوع كافياً أو غير كافٍ "Suffisamment ou insuffisamment" وإذا كان التنظيم غير كافٍ يقرر عدم الدستورية^٢.

ومن أهم قراراته في مجال الرقابة على الإغفال التشريعي المخالف لنصوص الدستور قراره الصادر في ١٩ و ٢٠ يناير ١٩٨١ المتعلق بفحص دستورية قانون بشأن الأمن والحرية، ففي هذا القرار ذهب المجلس الدستوري إلى أنه وفقاً للمادة الثامنة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩ لا تكون هناك عقوبة إلا بناء على نص في القانون ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة على تطبيق القانون، وعندئذ يجب على المشرع أن يحدد الجرائم والعقوبات بصورة واضحة ومحددة بما فيه الكفاية لاستبعاد ثمة تحكم أو تعسف من جانب السلطات العامة، وإلا كان التشريع غير دستوري^٣.

وأكد المجلس الدستوري هذه السياسة في العديد من قراراته اللاحقة ومنها قراره الذي قضى فيه بعدم دستورية أحد النصوص من القانون الخاص بالتصفية القضائية للشركات وتوفيق أوضاعها والذي أقر جريمة إخلال الموظف بواجبات الوظيفة "Malversation" دون تحديد واضح لها بما يمثل إخلالاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات المنصوص عليه بالمادة الثامنة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩ والتي استنتج منها المجلس أنه كان ينبغي على المشرع أن يحدد العناصر المكونة للجريمة -الإخلال بواجبات الوظيفة- تحديداً واضحاً بعبارة محددة لا تثير لبساً في التفسير^٤.

^١ د. عيد أحمد الغفلول - فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع - المرجع السابق - ص ١٥٤-١٥٥، د. محمد ماهر أبو العينين - المرجع السابق - ص ١٨٢.

^٢ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ٦٣.

^٣ Décision du conseil constitutionnel No. 80-127 du 19-20 janvier 1981-الموقع الرسمي للمجلس الدستوري.

^٤ Décision du conseil constitutionnel No. 84-183 du 18 janvier 1985-الموقع الرسمي للمجلس الدستوري.

وكذلك قراره الصادر بشأن القانون المتعلق بالنظام القانوني للصحافة، حيث ورد بهذا القانون تعريف للمؤسسات الصحفية بأنها كل شخص طبيعي أو معنوي أو تجمع قانوني يتولى -يوضعه مالك أو مستأجر (مدير)- إحدى المؤسسات أو النشرات الصحفية، ونتج عن ذلك أنه في حالة قيام أحد المؤسسات الصحفية المالكة لصحيفة أو نشرة صحفية بتأجير هذه المؤسسة أو الصحيفة أو النشرة الصحفية لمؤسسة أخرى تديرها، فإنه من الصعب تحديد المؤسسة المسؤولة عن الجرائم المنصوص عليها في ذات القانون، وهل هي المؤسسة المالكة أو المستأجرة، وهو الأمر الذي يؤدي إلى عدم تحديد المسئول عن هذه الجرائم بصورة واضحة ومحددة وبالتالي الإخلال بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات مما يتعارض مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات المنصوص في المادة الثامنة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩^١.

يتضح لنا من قرارات المجلس الدستوري السابقة أنه ذهب إلى أن عدم تحديد المشرع للجرائم والعقوبات أو مرتكبيها بصورة كافية ومحددة يعد إغفالاً تشريعياً مخالفاً للدستور ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات المنصوص في المادة الثامنة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩.

ومن قرارات المجلس الدستوري بشأن رقابة الإغفال التشريعي، قراره الصادر بشأن مؤسسات الائتمان، ومدى دستورية المادة الثامنة من مشروع قانون الموازنة العامة للعام ١٩٨٤ والتي كانت تنص على إخضاع صندوق الودائع والأمانات والأجهزة المالية بمكاتب البريد ومحاسبي الخزنة العامة في حال تلقيهم ودائع مالية من الأفراد للضوابط التي تضعها "لجنة تنظيم عمليات مؤسسات الائتمان"، وقد ذهب المجلس في قراره إلى أن المادة قد أغفلت النص على سلطة اللجنة المشار إليها في أن تقرر إخضاع أو عدم إخضاع تلك الأجهزة المشار إليها لما تصدره من قواعد^٢.

يتبين لنا من القرار السابق، أن المجلس الدستوري راقب إغفال المشرع النص على أحد اختصاصات لجنة تنظيم عمليات مؤسسات الائتمان وكان يتعين أن ينص عليه.

^١ الموقع الرسمي للمجلس الدستوري - 86-210 du 29 juillet 1986 Décision du conseil constitutionnel.

^٢ الموقع الرسمي للمجلس الدستوري - 83-167 du 19 janvier 1984 Décision du conseil constitutionnel.

وأكد المجلس الدستوري هذه السياسة القضائية في رقابته على الإغفال التشريعي في قراره بعدم دستورية المادة (٢) من القانون الخاص بحماية الأشخاص الطبيعية في مواجهة المعالجة الآلية للبيانات الشخصية والتي بعد أن وضعت مبدأ حظر جمع أو معالجة البيانات الشخصية قد وضعت استثناء مؤداه "لا يجوز استعمال البيانات الشخصية الخاصة بالجرائم أو الإدانة وإجراءات الأمن بواسطة الأشخاص المعنوية ضحايا جرائم أو التي تعمل لحساب هؤلاء الضحايا، لضرورة الوقاية ومكافحة التهريب. وكذلك تعويض الأضرار..." وذلك لعدم تحديد شروط الوكالة والجرائم المشار إليها^١.

وذهب المجلس الدستوري في أحد قراراته إلى أن التشريع لا يمكن أن يتصدى لتنظيم حرية إلا بهدف إعطائها مزيداً من الفعالية أو التوفيق بين هذه الحرية وبين القواعد والمبادئ الدستورية^٢.

ومن ذلك نخلص إلى أن المجلس الدستوري الفرنسي تبنى رقابة الإغفال التشريعي المخالف لنص دستوري من أجل حماية وصون موضوعات دستورية وعلى الأخص الحقوق والحريات العامة، وذلك من خلال استخدام عبارات تدل على أن التنظيم غير الكافي أو القاصر يعد إغفالاً تشريعياً خاضعاً للرقابة الدستورية، وهو ما يجعلنا نسلم بأن الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي عرفت طريقها في القضاء الدستوري الفرنسي، حيث أقرها المجلس الدستوري عند مخالفة التشريع للدستور بطريق الإغفال لنص دستوري.

^١ Décision du conseil constitutionnel No. 2004-499 du 29 juillet 2004 - الموقع الرسمي للمجلس الدستوري -

^٢ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانونيين المصري والفرنسي - المرجع السابق - ص ٣٣٨.

الفرع الثاني: الإغفال التشريعي المخالف لنص تشريعي سابق:

لم يقف المجلس الدستوري الفرنسي عند حد مراقبة الإغفال التشريعي لنص دستوري وإنما مد رقابته إلى الإغفال التشريعي المخالف لنص تشريعي سابق، ومفهوم هذه الرقابة بأن المجلس الدستوري قد راقب مدى إغفال المشرع في التشريع الجديد النص على الضمانات والحقوق التي كان يتضمنها التشريع القديم، أي بمعنى آخر أنه راقب الإغفال بين نصين تشريعيين جديد وقديم. تأسيساً على الأساس العام الوارد في كافة الدساتير وهو أن المشرع هو الذي يجب عليه أن يكفل حماية الحقوق والحريات كما وردت بالدستور.

وكان موقف المجلس الدستوري معبراً عن دفاعه عن الحقوق والحريات العامة رافضاً كل مشروع قانون ينقص من الحق أو الحرية، أو يغفل النص من ضمانات كانت موجودة في ظل التشريع الملغي أو المعدل، وبالتالي منبهاً للمشرع بأن أي ثمة تحايل من جانبه بشأن تقييد الحق أو الحرية تحت ستار تعديل أو إلغاء التشريع القديم سوف يكون مردوداً^١.

وكانت الصيغة المستخدمة من قبل المجلس الدستوري تتمثل في أنه إذا كان المشرع يملك تعديل التشريعات القائمة إلا أنه لا يملك أن يغفل أو يهمل ضمانات كان يقررها التشريع القديم، لذلك إذا أراد المشرع تعديل التشريعات القائمة المتعلقة بالحقوق والحريات فيجب أن يضع في اعتباره بأن يكون إعادة التنظيم لا يكون إلا بهدف تحقيق ضمانات أكثر للحق أو الحرية وللأفراد مما كانت عليه قبل هذا التعديل، وهو ما عبر عنه المجلس الدستوري بأن تكون الضمانات المنصوص عليها بالتشريع الجديد إن لم تكن تفوق الضمانات السابقة فإنه يجب على الأقل أن تكون هذه الضمانات معادلة لتلك التي كانت في التشريع السابق، فإذا تعدى من خلال هذا التعديل وأنقص من هذه الضمانات كان القاضي الدستوري رادعاً لمسلك المشرع، قاضياً بعدم دستورية هذا التعديل^٢.

^١ د. عيبر حسين السيد حسين - المرجع السابق - ص ٤٠٠-٤٠١.

^٢ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ٦٦.

وكانت البداية لهذا الاتجاه قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في ٢٠ يناير ١٩٨٤ والخاص بتعديل قانون التعليم العالي، مبيناً بعبارات واضحة أن هذا التعديل التشريعي أغفل الضمانات التي كان يتضمنها التشريع القديم والتي كانت تتفق وأحكام الدستور^١.

ويظهر لنا من هذا القرار أن المجلس الدستوري قد انتهى إلى عدم دستورية التعديل التشريعي لأنه لم يتضمن الضمانات التي ينص عليها التشريع قبل التعديل، وهنا يؤكد المجلس دوره في صيانة الحقوق والحريات وحمايتها ويبين بأن دور المشرع هو تطوير التشريعات بما يؤدي إلى زيادة حماية الحرية أو مقدار الضمانات وليس العكس.

وأكد المجلس الدستوري هذه السياسة القضائية في قراره الصادر بمناسبة رقابته على تعديل التشريع الخاص بالمنشآت التعليمية الخاصة، حيث وجد المجلس الدستوري أن التشريع الجديد أغفل الضمانات التي كان يتضمنها التشريع القديم وبالتالي مخالفة هذا التشريع للدستور^٢.

وهو ما دفع جانباً من الفقه الفرنسي إلى التعبير عن هذه السياسة التي يستخدمها المجلس الدستوري بأن "مشرع اليوم سوف يجد نفسه مقيداً بمشرع الأمس"^٣.

"Le législateur d'Aujourd'hui est limite par le législateur d'heir"

وموقف المجلس الدستوري الفرنسي في واقع الحال هو أنه لا يراقب التعارض بين تشريع قديم وتشريع جديد بل يراقب أن التشريع الجديد قد انتقص وأغفل الضمانات التي أوردتها تشريع سابق وقديم، وهذا الإغفال أو الانتقاص أيضاً يتضمن مخالفة للدستور الذي ينص على مبدأ تعزيز الحقوق والحريات وصيانتها، ذلك أن تنظيم المشرع للحقوق والحريات يجب أن يكون دائماً مقيداً بعدم المساس بها أو الانتقاص منها سواء عند تنظيمها لأول مرة أو تعديل تنظيمها القائم.

وهذا ما يؤكد جانب من رؤساء المحكمة الدستورية العليا، إذ يذهب الدكتور عوض المر إلى أنه لا شأن للرقابة على الدستورية بالتعارض بين نصين تشريعيين يتحدان أو يختلفان في

¹ الموقع الرسمي للمجلس الدستوري - Décision du conseil constitutionnel No. 83-165 du 20 janvier 1984.

² الموقع الرسمي للمجلس الدستوري - Décision du conseil constitutionnel No. 84-185 du 18 janvier 1985.

³ Dominique Turpin - contentieux constitutionnel - P.U.F. - 2eme édition - 1993 - p.165.

مرتبيتهم، إذا لم تكن نصوص الدستور طرفاً في هذا التعارض^١، كما يذهب المستشار محمد ولي الدين جلال في معرض كلامه حول حق التقاضي أمام المحكمة الدستورية العليا إلى أنه لا يجوز معاودة تنظيم هذا الحق إلا بتوسعته وتأصيله وليس على وجه يهمله أو ينقصه^٢.

وقد ذهب البعض من الفقه المصري إلى تأييد سياسة المجلس الدستوري الفرنسي بشأن بسط رقابته على الإغفال التشريعي المخالف لنص تشريعي سابق وذلك إذا أغفل النص الجديد ضمانات كان يحويها التشريع القديم المتعلق بالحقوق والحريات العامة ودعوة المحكمة الدستورية العليا المصرية إلى تبني ذات السياسة^٣.

في حين أن جانباً آخر من الفقه المصري وإن كان يتفق مع الرأي السابق في الهدف المتمثل في ضرورة ارتقاء السياسة التشريعية والدفع بها قدماً نحو مزيد من الضمانات التي تحيط بحقوق الأفراد وحرياتهم، إلا أنه يختلف معه في إقرار الوسيلة المستخدمة وهي دعوة المحكمة الدستورية العليا لبسط رقابتها على الإغفال التشريعي المخالف لنص تشريعي سابق^٤.

ويستطرد هذا الرأي بأن القاعدة التي لا جدال فيها أن ما تقرر بتشريع يجوز تعديله أو إلغاؤه بأداة متكافئة أي بتشريع آخر لا ينهض في مجال تبرير مخالفة هذه القاعدة والخروج عنها القول باحتواء التشريع السابق على ضمانات أكبر، ذلك أن نبل هذا الهدف لا يبرر افتقار وسيلة تحقيقه لأي أساس قانوني معقول، وأن المحكمة الدستورية إن فعلت ما دُعيت إليه فإنها تكون قد تسورت به حدود اختصاصها وانتحلت به لنفسها سلطة لم يقررها لها الدستور أو التشريع المنظم لها. فضلاً عن أن الرقابة الدستورية ذاتها تثير أصلاً للتأكيد على التمييز بين الدستور والتشريعات العادية وأن جهة الرقابة لا تمثل هيئة إشراف أو مراجعة على أعمال السلطة التشريعية وأن الدعوى الدستورية إنما تهدف إلى صيانة أحكام الدستور في نصوصه وفي فحواه فإذا كان الخلاف بين نصين تشريعيين فإن فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين لا تنثور أصلاً، ولا يكون للدعوى الدستورية محل.

^١ د. عوض المر - المرجع السابق - ص ١٣٤١.

^٢ المستشار محمد ولي الدين جلال رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية الأسبق - مقدمة الجزء التاسع من أحكام المحكمة الدستورية العليا (١٩٩٨-٢٠٠١) - ص ٦-٩.

^٣ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ٦٥-

٦٦، د. عيبر حسين السيد حسين - المرجع السابق - ص ٤٠١.

^٤ د. جابر محمد حجي - المرجع السابق - ص ٤١٦.

ومع احترامي وتقديري للآراء السابقة إلا أنني وإن كنت اتفق والاتجاه الأول بتأييد سياسة المجلس الدستوري الفرنسي في بسط رقابته على الإغفال التشريعي المخالف لنص تشريعي سابق (تشريع سابق) بشأن حقوق وحرّيات الأفراد إذا أغفل النص (التشريع) الجديد ضمانات كان يحتويها التشريع القديم، إلا أنني أرى أنه لا بد من التعمق والنظر في حقيقة هذه الرقابة فالقاعدة أن العبرة بالمقاصد والمعاني وليست بالألفاظ والمباني، فإن رقابة القضاء الدستوري هنا على الإغفال التشريعي الذي يكون مرتبطاً بنص دستوري بطريق غير مباشر وبنص تشريعي سابق بطريق مباشر، لاسيما إذا كان النص يتعلق بأحد الحقوق والحرّيات العامة.

لذا يتعين على المشرع عند تعديله للتشريعات المنظمة للحقوق والحرّيات، التقيد بالقيود والضوابط الدستورية بشأن تنظيم الحقوق والحرّيات وأهمها القيد العام وهو عدم المساس بأصل أو جوهر الحقوق والحرّيات أو الانتقاص منها، وأن يكون هذا التعديل بهدف منح الحق أو الحرية مزيداً من الضمانات لممارستها، فلا يملك المشرع عند تعديله لها أن ينتقص من الضمانات التي كانت موجودة وقائمة بموجب التشريع قبل تعديله.

ونهيّب بالمحكمة الدستورية البحرينية بأن تتجه ذات الاتجاه الذي سلكه المجلس الدستوري الفرنسي بشأن رقابته على التشريعات المعدلة للحقوق والحرّيات أو التي تعيد تنظيمها وفحص دستوريّتها، وتجعل التشريع السابق (القديم) المنظم لذات الحقوق والحرّيات معياراً لها بأن يكون التعديل أو إعادة التنظيم بهدف إعطائها مزيداً من الضمانات وجعلها أكثر فعالية، وأن تستعين بمبادئ الشريعة الإسلامية للتعرف على ما تناولته بصدد تنظيمها لنفس الحق أو الحرية، وبالقواعد الدولية الخاصة بالحقوق والحرّيات العامة.

المطلب الثاني:

الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر^١

المتتبع لقضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر يمكن أن يلاحظ أنها مرّت بشأن الرقابة على الإغفال التشريعي بمرحلتين، المرحلة الأولى تمثل رفضها لهذه الرقابة، والمرحلة الثانية تمثل قبولها لرقابة الإغفال التشريعي معلنة عن سياستها الجديدة بشأنه، وفيما يلي بيان ذلك^٢.

المرحلة الأولى: رفض الرقابة على الإغفال التشريعي:

تبنى القضاء الدستوري في مصر في البداية موقفاً رافضاً لرقابة الإغفال التشريعي، وقد اتضح ذلك من حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر بجلسة ١٦ فبراير ١٩٨٠ في

^١ تختص المحكمة الدستورية العليا في مصر بالرقابة على دستورية القوانين، طبقاً للدستور المصري لعام ١٩٧١، الذي نص على الرقابة اللاحقة في المادة (١٧٥) منه على أن: "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وتتولى تفسير النصوص التشريعية، وذلك كله على الوجه المبين في القانون، ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة، وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها"، وطبقاً للتعديل الدستوري لعام ٢٠٠٥ بدأت الرقابة السابقة، حيث تعدل نص المادة (٧٦) من الدستور ليصبح: "٠٠ يعرض رئيس الجمهورية مشروع القانون المنظم للانتخابات الرئاسية على المحكمة الدستورية العليا بعد إقراره من مجلس الشعب، وقبل إصداره لتقرير مدى مطابقتها للدستور، ٠٠"، وقد بدأت الرقابة السابقة بداية متواضعة على سبيل الاستثناء، وعلى نطاق ضيق ينحصر في مشروعات القوانين المنظمة للانتخابات الرئاسية دون غيرها، وقد قيل لتبرير إدخال هذا النوع من الرقابة إلى النظام الدستوري المصري، تمثلت في الحفاظ على استقرار المركز القانوني لرئيس الدولة، كما أخذ الدستور المصري لعام ٢٠١٢ الملغي بنوعي الرقابة اللاحقة والسابقة وقد وسع المشرع الدستوري من نطاق الرقابة السابقة في هذا الدستور. ولمزيد من التفاصيل حول نظام الرقابة الدستورية بمصر انظر: د. عبدالعزيز محمد سالم - نظم الرقابة على دستورية القوانين - دراسة مقارنة - الطبعة الثانية - مزينة ومنقحة - دار الفكر الجامعي - ٢٠١٤، د. عزيزة الشريف - القضاء الدستوري المصري - دار النهضة العربية - ١٩٩٠.

أما الدستور المصري الحالي لعام ٢٠١٤ فقد نص صراحة على الأخذ بالرقابة اللاحقة حيث نص في المادة (١٩٢) منه على أن: "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على 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 أية 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".

^٢ ونظراً لحدائث الدستور المصري لعام ٢٠١٤، فإن دراستنا لموقف قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية بشأن رقابة الإغفال التشريعي ستكون في ظل الأحكام التي صدرتها تطبيقاً لدستور ١٩٧١.

القضية رقم (١٣) لسنة (١) قضائية "دستورية" والذي يعد الحكم الأول وربما الوحيد الذي تفصح فيه المحكمة عن سياستها القضائية بشأن الإغفال التشريعي، وكان في ذات الوقت الحكم الأخير الذي اعتبرت فيه أن إغفال المشرع أو قصوره في التنظيم لأحد الموضوعات من قبيل الملاءمات التي يستقل بتقديرها المشرع ومن ثم عدم امتداد الرقابة الدستورية إليه.

وكان المدعي في هذه القضية يطعن بعدم دستورية المادة الثالثة من القانون رقم (٥٢) لسنة ١٩٦٦ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم (١٧٨) لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعي والتي تنص على أنه: "يجب على كل مؤجر أو دائن أياً كانت صفته يحمل سنداً بدين على مستأجر أرض زراعية كالكمبيالات وغيرها أن يتقدم خلال شهرين من تاريخ العمل بهذا القانون ببيان وافٍ عن هذا الدين وقيمه وسببه وتاريخ نشوئه وتاريخ استحقاقه واسم الدائن وصفته ومحل إقامته واسم المدين وصفته ومحل إقامته. ويقدم هذا الإخطار إلى الجمعية التعاونية الزراعية الواقع في دائرتها محل إقامة المدين. ويسقط كل دين لا يخطر الدائن عنه خلال الموعد المحدد لذلك".

ونعى المدعي على هذه المادة كونها لم تحدد طريقاً لإشهار صفة المستأجر للأرض الزراعية حتى يتأتى لمن كان قد تعامل معه أن يكون على بينة من التزامه القانوني بإخطار الجمعية التعاونية المختصة بالدين.

إلا أن المحكمة رفضت هذا النعي وأوردت في حكمها أنه: "ولما كانت ملازمة التشريع والبواعث على إصداره من إطلاقات السلطة التشريعية ما لم يقيد الدستور بحدود وضوابط معينة، وكان ما يقرره المدعي بشأن إغفال النص المطعون فيه تنظيم طريق لإشهار صفة المستأجر للأرض الزراعية حتى يتبين من تعامل معه التزامه بالإخطار عن دينه، لا يعدو أن يكون جديلاً حول ملازمة التشريع وما قد يترتب عليه من إحفاف بحقوق طائفة من الدائنين، فإن ما ينعاه المدعي في هذا الشأن لا يشكل عيباً دستورياً يوصم به النص المطعون فيه وتمتد إليه الرقابة على دستورية القوانين".^١

^١ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٣) لسنة (١) قضائية "دستورية" جلسة ١٦ فبراير ١٩٨٠ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

فيظهر لنا من هذا الحكم أن المحكمة استخدمت مصطلح إغفال لأول مرة، وتناولته في أسباب الحكم بالدفع المبدى من المدعي ولكنها أحجمت عن اعتباره أحد العيوب التي تصم النص المطعون فيه بعدم الدستورية ومن ثم لم تخضعه للرقابة الدستورية بل أنها قررت في عبارات قاطعة لا لبس فيها أن إغفال المشرع أو قصوره في التنظيم لأحد الموضوعات من قبيل الملاءمات التي يستقل بتقديرها المشرع.

المرحلة الثانية: إعمال الرقابة على الإغفال التشريعي:

إذا نحينا الحكم سالف البيان جانباً نجد أن المحكمة الدستورية العليا سرعان ما عدلت عن قضائها السابق وأعملت رقابتها على الإغفال التشريعي واعتبرت توافره عيباً دستورياً يلحق بالنص المطعون فيه ويترتب عليه القضاء بعدم دستورية هذا النص فيما أغفل بيانه.

ولعل أول حكم تعلن فيه المحكمة عن سياستها الجديدة هو حكمها في القضية رقم (٢٠) لسنة (١٥) قضائية "دستورية" بجلسة ١ أكتوبر ١٩٩٤ وفيه قضت المحكمة بعدم دستورية المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٤٥٠) لسنة ١٩٨٦ بإنشاء محميات طبيعية بمنطقة جبل علبة بالبحر الأحمر وذلك فيما تضمنه من عدم تعيين الحدود التي تبين النطاق المكاني لتلك المحميات، حيث قضت المحكمة بأن: "قرار رئيس مجلس الوزراء المطعون فيه قد أحال في شأن تعيين حدود المحميات الطبيعية التي عينها إلى خريطة تبين مواقعها، إلا أنها لم تنشر، وظل خافياً بذلك النطاق المكاني الذي تمتد إليه تلك المحميات على صعيد المياه البحرية، وكان إتيان الأفعال التي أتمها قانون المحميات الطبيعية في هذا النطاق شرطاً لتجريمها على ما سلف البيان فإن القرار المطعون فيه إذ جهل بحدود المحميات الطبيعية التي يسري عليها والتي يعتبر تعيينها مفترضاً أولاً لإعمال النصوص العقابية التي تضمنها القانون المنظم لتلك المحميات من خلال ترسيم الدائرة التي تعمل فيها يكون مفترقاً إلى خاصية اليقين التي تهيمن على التجريم، ويخل كذلك بالحرية الشخصية من خلال القيود التي لا يجوز أن تنال من جوهرها essential core، ويغدو هذا القرار بالتالي مخالفاً للمادتين (٤١، ٦٦) من الدستور. فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٤٥٠) لسنة ١٩٨٦

بإنشاء محميات طبيعية بمنطقة جبل علبة بالبحر الأحمر وذلك فيما تضمنته من عدم تعيين الحدود التي تبين النطاق المكاني لتلك المحميات"^١.

يتضح لنا من الحكم السابق أن المحكمة قد اعترفت برقابة الإغفال التشريعي كونه عيباً دستورياً استوجب القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه فيما تضمنه من حكم قاصر وهو عدم تحديد لحدود المحميات الطبيعية المجرم الاعتداء عليها بالمخالفة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، واستخدمت عبارة (فيما تضمنته من عدم تعيين الحدود التي تبين النطاق المكاني لتلك المحميات) للتعبير عن هذا الإغفال.

كما أن الحكم يتعلق بقرار لائحي وهو ما يعني أن المحكمة لم تفرق في أعمال رقابتها على الإغفال التشريعي بين القوانين واللوائح وإنما تناولت الإغفال في الحالتين سواء بسواء كما هو الحال في تناولها لعدم الدستورية في غير حالات الإغفال التشريعي.

ثم توالى الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا التي بسطت فيها رقابتها على الإغفال التشريعي وقضت بعدم دستورية النص فيما لم يتضمنه من أحكام قانونية معينة أو ما تضمنه من حكم قاصر أي فيما تضمنه من إغفال وبالتالي مخالفتها لنصوص دستورية صريحة وردت بالدستور، ومنها:

حكمها الصادر بعدم دستورية نص الفقرة الثالثة من المادة (٢٦) من قانون تنظيم هيئة قضايا الدولة الصادر بالقانون رقم (٧٥) لسنة ١٩٦٣ وذلك فيما لم يتضمنه من وجوب سماع أقوال العضو في مرحلة التحقيق، وكان نص المادة المذكورة قد استوجب أن تقام الدعوى التأديبية ضد أعضاء هيئة قضايا الدولة من وزير العدل بناء على طلب من رئيس الهيئة، واشترط ألا يقدم هذا الطلب إلا بناء على تحقيق جنائي أو بناء على تحقيق إداري، ولم يشترط في هذا التحقيق سماع أقوال العضو المعني بالتحقيق^٢.

^١ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٢٠) لسنة (١٥) قضائية "دستورية" جلسة ١ أكتوبر ١٩٩٤ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

^٢ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٦٢) لسنة (١٩) قضائية "دستورية" جلسة ٧ مارس ١٩٩٨ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

ذهبت المحكمة في هذا الحكم إلى أن: "وحيث إن ضمان الدستور لحق الدفاع، قد تقرر باعتباره أحد الأركان الجوهرية لسيادة القانون، كافلاً للخصومة القضائية عدالتها، وبما يصون قيمها، ويندرج تحتها ألا يكون الفصل فيها بعيداً عن أدلتها، أو نابذاً الحق في إجهاضها من خلال مقابلتها بما يهدمها من الأوراق وأقوال الشهود؛ فلا يكون بنیان الخصومة متحيفاً حقوق أحد من الخصوم؛ بل مكافئاً بين فرصهم في مجال إثباتها أو نفيها؛ استظهاراً لحقائقها، واتصالاً بكل عناصرها. متى كان ذلك؛ وكان نص الفقرة الثالثة من المادة (٢٦) من قانون الهيئة، قد خلا مما يحتم سماع أقوال العضو المحال إلى التحقيق، فإن مضمونه يكون دائراً في الفراغ، ولا يجوز أن ينبني عليه اتهام".

يتبين من الحكم السابق أن المحكمة بسطت رقابتها على الإغفال التشريعي في نطاق حق الدفاع حيث قضت بعدم دستورية إغفال ضمانات جوهرية كفلها الدستور هي سماع أقوال العضو المحقق معه لما في ذلك من إهدار لحقه في تحقيق دفاعه واستجلاء وجهة نظره فيما ينسب إليه بمقتضاه، واستخدمت عبارتين مختلفتين للتعبير عن هذا الإغفال هما (فيما لم يتضمنه من وجوب سماع أقوال العضو في مرحلة التحقيق) و(خلا مما يحتم سماع أقوال العضو المحال إلى التحقيق).

ويترتب على هذا الحكم أن يصبح الشرط الذي قضت به المحكمة والمتعلق بسماع أقوال العضو المحقق معه جزءاً من النص سواء بسواء، وسنأتي لاحقاً ببيان نتائج الرقابة على الإغفال التشريعي.

وقد ذهب الدكتور أحمد فتحي سرور بمناسبة تعليقه على هذا الحكم إلى أنه: "واضح من هذا الحكم أن المحكمة الدستورية العليا قد أدانت إغفال المشرع تقرير حق دستوري لما يترتب على هذا الإغفال من تشويه مضمون النص، فامتد بذلك عدم الدستورية إلى إغفال المشرع للنص على وجوب سماع العضو. ويتمثل تنفيذ هذا الحكم في دعوة المشرع إلى إيراد نص بهذا المعنى. ولكننا نلاحظ على الحكم المذكور أن المبادئ العامة تحتم سماع أقوال العضو المحال إلى التحقيق، وكان يتعين على المحكمة الدستورية عدم النص على ذلك صراحة في ضوء القواعد العامة، وخاصة أن إغفال سماع العضو لا يعني المنع".^١

^١ د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - المرجع السابق - ص ٢٠٧.

ومن جانبنا، فإنه لا يمكن التشكيك في كون سماع أقوال العضو من المبادئ العامة التي تطبقها المحكمة الدستورية العليا وإن لم ينص عليها القانون الخاص، إلا أننا لا يمكننا أن نطالب المحكمة الدستورية العليا حين أعمال رقابتها على التشريع أن تغمض عينيها عن هذا الإغفال بدعوى أن المبادئ العامة تستوجبه، ذلك أن دور المحكمة الدستورية العليا هو تنقية التشريعات من الشوائب والعيوب أي فحص التشريعات الخاضعة لرقابتها والتأكد من خلوها من أي عيوب دستورية، فإذا ما رأت أن التشريع الخاضع لرقابتها أغفل النص على ضمانات الضمانات التي تقتضيها حماية الحقوق والحريات المكفولة بالدستور، فإنها لا شك تقضي بعدم دستوريته.

وفي مجال تطبيقها على الملكية الخاصة، حكمها الصادر بعدم دستورية المادة (١٣) من قانون حماية الآثار الصادر بالقانون رقم (١١٧) لسنة ١٩٨٣ وذلك فيما لم تتضمنه من النص على تعويض المالك عن اعتبار ملكه أثراً، وجاء في حيثيات الحكم: "إن 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، ذلك أن صون الملكية الخاصة وإعاقتها لا يجتمعان، وكلما تدخل المشرع مقوضاً بنيانها من خلال قيود ترهقها إلى حد ابتلاعها، كان عمله افتتاتاً عليها منافياً للحق فيها. ومؤدى ذلك أن بقاء الملكية مع الحرمان من مقوماتها أمران متناقضان، ذلك أن نزاعها يفيد زوالها عن أصحابها وانتقال سندها إلى أحد الأشخاص الاعتبارية العامة - لا ليباشر عليها حقوق الملكية، تصرفاً واستغلالاً واستعمالاً - وإنما ليسخرها لأغراض تقتضيها مصالح الناس في مجموعهم، وإذا كان بقاء الملكية بيد أصحابها هو الأصل فيها، فإن إخراجها من ذمتهم يعتبر حرماناً منها لا يجوز إلا في الأحوال التي يقررها القانون، وبالطريقة التي رسمها، ومقابل تعويض عادل، وهذه القاعدة عينها هي التي التزمها الدساتير المختلفة، جاعلة منها قيداً على السلطتين التشريعية والتنفيذية بما يحول دونهما ونزع الملكية دون مقتضى، أو بغير تعويض، أو دون تقيد بالقواعد التي حددها القانون. وحيث إن تدخل المشرع بتنظيم أوضاع أموال معينة مع إبقائها بيد أصحابها بطريقة تؤدي عملاً إلى تقويض مقوماتها من خلال إهدار قيمتها الاقتصادية إلى حد كبير، ولو كان ذلك تدرعاً بالوظيفة الاجتماعية للملكية أو بوجوب المحافظة على التراث القومي إنما يعد انتقاصاً من حق الملكية

تحدد مشروعيته من زاوية دستورية بأن يكون مقترناً بالتعويض العادل عن القيود التي يتضمنها ذلك التنظيم"^١.

هذا الحكم من الأحكام التي أصدرتها المحكمة في مجال تطبيقها على الملكية الخاصة، وذهبت فيه إلى أن المشرع قد أغفل عن النص على تعويض المالك عن اعتبار ملكه أثراً، واستخلصنا ذلك من استخدامه لعبارة (فيما لم تتضمنه من النص على تعويض المالك عن اعتبار ملكه أثراً) وهي ذات العبارة التي استخدمتها المحكمة في العديد من أحكامها للدلالة على الإغفال التشريعي بعدم تضمين النص لحكم كان يتعين أن يتضمنه.

وقد خلاص الحكم إلى أن هذا النص إذ أورد القيود على هذه الملكية وأغفل النص على التعويض عليها فكان هذا الإغفال من المشرع في موضع بيانه كاشفاً عن إرادته الضمنية في حرمان المالك من حقه في التعويض، وهو بذلك يشكل مخالفة للدستور لما لذلك من افتئات على حقه في الملكية وانتقاصاً منه.

وفي مجال الحق في المساواة، حكمها الصادر بعدم دستورية نص الفقرة الرابعة من المادة (١٧) من القانون (١٣٦) لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، فيما تضمنه من قصر استمرار عقد الإيجار على الزوجة المصرية وأولادها من زوجها المستأجر غير المصري عند انتهاء إقامته بالبلاد فعلاً أو حكماً دون الزوج المصري وأولاده من زوجته المستأجرة غير المصرية، وأكدت المحكمة بكل وضوح في هذا الحكم أن مبدأ المساواة كان يحتم أن يمد مظلة حكم النص المطعون فيه إلى الزوج المصري وأولاده من المستأجرة الأجنبية عند انتهاء إقامتها بالبلاد إن فعلاً وإن حكماً. وإذا لم يفعل النص ذلك فإنه يكون مخالفاً لمبدأ المساواة ويتصادم وحكم المادة (٤٠) من الدستور^٢.

وبهذا الحكم أكدت المحكمة أن إغفال المشرع لجانب معين من جوانب الحق محل التنظيم لا سيما إذا كان الأفراد يتمتعون بنفس المركز القانوني، يعد مخالفة للنص الدستوري الذي ينص

^١ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٨٢) لسنة (١٩) قضائية "دستورية" جلسة ٢ مايو ١٩٩٩ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

^٢ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٦) لسنة (٢٠) قضائية "دستورية" جلسة ١٤ إبريل ٢٠٠٢ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

على كفالة مبدأ المساواة بين الأفراد، ويلاحظ أن المحكمة استخدمت عبارة (فيما تضمنه من قصر استمرار عقد الإيجار على الزوجة المصرية وأولادها من زوجها المستأجر غير المصري عند انتهاء إقامته بالبلاد فعلاً أو حكماً دون الزوج المصري وأولاده من زوجته المستأجره غير المصرية).

وكذلك أحكامها بعدم دستورية المادة الخامسة من القانون رقم (٦٥٢) لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة من حوادث السيارات التي تنص على أن: "يلتزم المؤمن بتغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن الوفاة أو عن أية إصابة بدنية تلحق أي شخص من حوادث السيارة إذا وقعت في جمهورية مصر وذلك في الأحوال المنصوص عليها في المادة (٦) من القانون رقم (٤٤٩) لسنة ١٩٥٥ ويكون التزام المؤمن بقيمة ما يحكم به قضائياً من تعويض مهما بلغت قيمته ويؤدي المؤمن مبلغ التعويض إلى صاحب الحق فيه. وتخضع دعوى المضرور قبل المؤمن للتقدم المنصوص عليه في المادة (٧٥٢) من القانون المدني). وتنص المادة (٦) من القانون رقم (٤٤٩) لسنة ١٩٥٥ بشأن السيارات وقواعد المرور على أنه: "إذا أثبت الفحص الفني صلاحية السيارة فعلى الطالب أن يقدم وثيقة تأمين من حوادث السيارة عن مدة الترخيص صادرة من إحدى هيئات التأمين التي تزاوِل عمليات التأمين بمصر. ويجب أن يغطي التأمين المسؤولية المدنية عن الإصابات التي تقع للأشخاص وأن يكون التأمين بقيمة غير محددة. ويكون التأمين في السيارة الخاصة والموتوسيكل الخاص لصالح الغير دون الركاب ولباقي أنواع السيارات يكون لصالح الغير والركاب دون عمالها".

وذلك فيما تضمنته المادة الخامسة سالفه الذكر من قصر آثار عقد التأمين في شأن السيارات الخاصة على الغير دون الركاب^١، وفيما تضمنته من قصر آثار عقد التأمين في شأن باقي أنواع السيارات غير الخاصة على الغير والركاب دون العمال^٢، وفيما تضمنته من قصر آثار عقد التأمين في شأن الموتوسيكلات الخاصة على الغير دون الركاب^٣.

^١ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٥٦) لسنة (٢٢) قضائية "دستورية" جلسة ٩ يونيو ٢٠٠٢ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

^٢ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٠٩) لسنة (٢٥) قضائية "دستورية" جلسة ٤ إبريل ٢٠٠٤ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

^٣ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٢٣٥) لسنة (٢٥) قضائية "دستورية" جلسة ٦ يونيو ٢٠٠٤ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

وقد جاء في أحد أحكامها سالف الذكر: "إعمالاً لمبدأ المساواة أمام القانون الذي يستهدف وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- حماية حقوق المواطنين وحرياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيد ممارستها، وهو بذلك يعد وسيلة لتقدير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر تطبيقها على الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في الدستور، بل ينسحب مجال إعمالها إلى الحقوق التي يقرها القانون العادي ويكون مصدراً لها، ومن ثم فلا يجوز للقانون أن يقيم تمييزاً غير مبرر تتنافر به المراكز القانونية التي تتماثل عناصرها"^١.

نستخلص من الأحكام السابقة أن المحكمة أعملت رقابتها على إغفال المشرع الذي أدى إلى تمييز غير مبرر بين المراكز القانونية المتماثلة بالمخالفة لمبدأ المساواة، إلا أننا نلاحظ أن المحكمة استخدمت للدلالة على الإغفال المخالف لمبدأ المساواة عبارة (فيما تضمنته من قصر النص على فئة دون فئة أخرى) وهي صيغة تختلف عن تلك التي اعتادت المحكمة على استخدامها للتعبير عن الإغفال.

ومن بين أحكام المحكمة الدستورية العليا بشأن رقابتها على الإغفال التشريعي في مجال رقابتها على النظام الضريبي، ما ذهبت إليه في حكمها بعدم دستورية نص المادة (٢٣) من قانون الجمارك الصادر بقرار رئيس الجمهورية رقم (٦٦) لسنة ١٩٦٣، وذلك فيما لم يتضمنه من وجوب تسبيب قرار مصلحة الجمارك بإطراحها البيانات المتعلقة بقيمة البضائع المثبتة في المستندات والعقود والمكاتبات والفواتير المقدمة من صاحب البضاعة، مما يترتب عليه من إبعاد قرارات مصلحة الجمارك من نطاق الرقابة القضائية^٢.

في هذا الحكم استخدمت المحكمة عبارة (فيما لم يتضمنه من وجوب تسبيب قرار مصلحة الجمارك) للتعبير عن إغفال المشرع لجانب من جوانب تنظيم النظام الضريبي وهي ذات العبارة التي درجت المحكمة على استخدامها في العديد من أحكامها للدلالة عن الإغفال التشريعي.

^١ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٠٩) لسنة (٢٥) قضائية "دستورية" جلسة ٤ إبريل ٢٠٠٤ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

^٢ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٥٩) لسنة (٢٠) قضائية "دستورية" جلسة ١٣ أكتوبر ٢٠٠٢ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

وفي مجال حق الملكية والعدالة الضريبية، حكمها بعدم دستورية نص البند (ج) من (ثانياً) من المادة (٧٥) من القانون رقم (٩٠) لسنة ١٩٤٤ بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية، فيما لم يتضمنه من وضع ضوابط وأسس موضوعية لنظام التحري عن القيمة الحقيقية للأراضي الزراعية الكائنة في ضواحي المدن، وتحصيل رسم عن الزيادة التي تظهر في هذه القيمة^١.

يتبين لنا من هذا الحكم أن المحكمة أسست قضاءها على إغفال المشرع وضع ضوابط وأسس لنظام التحري باستخدامها عبارة (فيما لم يتضمنه من وضع ضوابط وأسس موضوعية لنظام التحري)، وكان النص المطعون فيه يعطي لقلم الكتاب الحق في إعادة تقدير الرسم المستحق على رسوم التوثيق المبينة به استناداً إلى التحري الذي يجريه بمعرفته، وكان مؤدى ذلك أن تحري قلم الكتاب هو الوسيلة الوحيدة التي أقرها المشرع في هذا النص لاحتساب القيمة الحقيقية التي يحسب على أساسها الرسم، وقد خلص الحكم بحق إلى أن اعتماد نظام التحري دون وضع ضوابط وأسس موضوعية ومعايير دقيقة تضبطه يتعارض مع حق الملكية والعدالة الضريبية التي أقرها الدستور واعتمدها أساساً له.

ومن الأحكام الصريحة والمهمة التي صدرت بعدم دستورية نص تشريعي لإغفال المشرع جانباً من جوانب الموضوع الذي لا يكتمل التنظيم إلا به ومخالفته لأحكام الدستور، حكم المحكمة الدستورية العليا في نطاق الحق في العمل ومبدأ المساواة، حكمها الذي انتهت فيه إلى عدم دستورية نص الفقرة (١) من المادة (١١٢) من لائحة نظام العاملين بالهيئة القومية لسكك حديد مصر الصادرة بقرار وزير النقل والمواصلات والنقل البحري رقم (١٧) لسنة ١٩٨٢^٢.

وذهبت في حيثيات حكمها إلى أن: "أغفل المشرع في النص الطعين اشتراط إنذار العامل كتابة قبل إنهاء خدمته للانقطاع" وأن: "النص الطعين قد أغفل شرط الإنذار الكتابي المسبق للعامل قبل إنهاء خدمته للانقطاع، فإنه بذلك يكون قد أدخل بضمانة جوهرية بما ينطوي على تمييز غير مبرر بين العاملين بتلك الهيئة وغيرهم من العاملين الخاضعين لأحكام قانون نظام

^١ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٣٠٨) لسنة (٢٤) قضائية "دستورية" جلسة ١١ يونيو ٢٠٠٦ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

^٢ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٧٧) لسنة (٢٦) قضائية "دستورية" جلسة ١٤ يناير ٢٠٠٧ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

العاملين المدنيين بالدولة رغم عدم تمايز أوضاعهم الوظيفية في شأن الحقوق التي ينظمها النص الطعين".

وأُسست المحكمة قضاءها على أن: "وحيث 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 وحياتهم، 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 لنفسها 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".

وانتهت في حكمها إلى: "عدم دستورية نص الفقرة (١) من المادة (١١٢) من لائحة نظام العاملين بالهيئة القومية لسكك حديد مصر الصادرة بقرار وزير النقل والمواصلات والنقل البحري رقم (١٧) لسنة ١٩٨٢، فيما لم تتضمنه من وجوب إنذار العامل كتابة قبل إنهاء خدمته لانقطاعه عن العمل بغير إذن أكثر من ثلاثين يوماً متتالية".

يبدو جلياً من هذا الحكم أن المحكمة الدستورية العليا باشرت رقابة الإغفال التشريعي في مجال حقوق المواطنين وحياتهم وأنها استخدمت العديد من العبارات والمصطلحات التي تدل على تبنيها هذه الرقابة إلى جانب استخدامها لمصطلح الإغفال صراحة، وهذه العبارات هي (أغفل المشرع في النص الطعين اشتراط إنذار العامل كتابة قبل إنهاء خدمته للانقطاع) و(النص الطعين قد أغفل شرط الإنذار الكتابي المسبق للعامل قبل إنهاء خدمته للانقطاع) و(النصوص القانونية التي ينظم بها هذه الحقوق وتلك الحريات، ... 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) و(فيما لم تتضمنه من وجوب إنذار العامل كتابة قبل إنهاء خدمته لانقطاعه عن العمل بغير إذن أكثر من ثلاثين يوماً متتالية).

وجميع العبارات التي استخدمتها المحكمة في هذا الحكم تدل على أنها تطورت في رقابتها على الإغفال التشريعي باستخدامها لمصطلحات وعبارات أكثر وضوحاً وصراحة كمصطلح الإغفال ذاته إلى جانب عبارات مختلفة كالتنظيم القاصر وعدم تضمين النص لحكم كان يتعين أن يتضمنه.

وبخلاف الأحكام التي سبق سردها والتي تعرضت فيها المحكمة على نحو واضح لإغفال المشرع وقضت فيها صراحة بعدم دستورية النص المطعون فيه فيما لم يتضمنه من قاعدة ارتأت وجوب تضمينها للنص، توجد أحكام أخرى تعرضت فيها المحكمة لما يعد إغفالاً تشريعياً بالمعنى الاصطلاحي إلا أنها لم تشر صراحة في أسباب الحكم إلى إغفال المشرع ولم تنته في معالجتها إلى تصحيح النص المطعون فيه ولم تقض في منطوق الحكم بعدم دستورية النص فيما لم يتضمنه من قاعدة من المستوجب إضافتها إليه وإنما قضت بعدم دستورية النص فيما ارتأت أن النص تضمنه صراحة.

مثال ذلك حكمها بعدم دستورية نص المادة (٢٣٦) من قانون التجارة -ألغى لاحقاً- فيما تضمنته من جواز أن يكون مأمور التفليسة عضواً بالمحكمة الابتدائية التي تفصل في التظلم من الأوامر التي أصدرها بشأن التفليسة، وكانت المادة (٢٣٦) تنص على أنه: "ولا يقبل التظلم من الأوامر التي تصدر عن مأمور التفليسة إلا في الأحوال المبينة في القانون، ويرفع التظلم في الأحوال المذكورة للمحكمة الابتدائية"^١.

واستندت هيئة قضايا الدولة في دفاعها على: "أن المحكمة الابتدائية التي تنتظر التظلم من الأوامر التي تصدر عن مأمور التفليسة، تتعدد دوائرها، وقد يُعرض التظلم من أوامر هذا المأمور على دائرة لا يكون هو من بين أعضائها أو رئيسها، بل إن عرض هذا التظلم على دائرة يكون المأمور من قضائها، لا يخل بحق المدعي في التمسك أمامها بالقواعد التي قررها قانون المرافعات في شأن صلاحية القاضي ورده وتتحية عن نظر خصومة بذاتها".

^١ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٣٤) لسنة (١٦) قضائية "دستورية" جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

إلا أن المحكمة لم تقبل هذا الدفع وقالت: "وحيث إن هذا النعي مردود أولاً: بأن عرض التظلم من أوامر مدير التفليسة على دائرة يكون هو من بين أعضائها أو على غيرها، احتمالان متساويان. ومن المقرر أنه إذا تقابل دليلان أو أمارتان، وكان استواءهما نافياً لرجحان أحدهما، فإن القول بتقديم أيهما، يكون ممتنعاً. ومردود ثانياً: بأن النص المطعون فيه لا يتضمن نهياً جازماً عن أن يكون المأمور ماثلاً في الدائرة التي رفع إليها التظلم من الأوامر التي أصدرها، ليكون مستصحباً أصل الحل، دالاً على جواز أن يكون ضمن تشكيلها. ومردود ثالثاً: بأن قانون المرافعات المدنية والتجارية وإن حدد بنصوص آمرة، أحكام عدم صلاحية القاضي وصور رده، إلا أن هذه الضمانة لا تعمل بذاتها في الأعم من الأحوال، بل يكون إنفاذها غالباً من خلال خصومة قضائية تحركها، لتقوم للمدعي مصلحة شخصية ومباشرة في إبطال النص المطعون فيه الذي أسقطها".

يظهر لنا من هذا الحكم أن المحكمة بسطت رقابتها على الإغفال التشريعي ضمناً، حيث أن المشرع أغفل في النص المطعون فيه منع مأمور التفليسة من أن يكون عضواً بالمحكمة المختصة بالفصل في التظلم من الأوامر الصادرة منه بشأن التفليسة، مما يعني أنه قد ينظر مأمور التفليسة في تظلم مقدم إلى المحكمة التي يتبعها في شأن الأوامر التي أصدرها في موضوع التفليسة، وقد ارتأت المحكمة عدم جواز ذلك انتصافاً لضمانة الحيدة وتوكيداً لها، إلا أنها لم تقض بعدم دستورية هذا النص فيما لم يتضمنه من منع مأمور التفليسة أن يكون عضواً بالمحكمة الابتدائية المختصة بالفصل في التظلم من الأوامر التي أصدرها بشأن التفليسة، وإنما قضت بالوجه الآخر أي فيما تضمنته من جواز أن يكون مأمور التفليسة عضواً بالمحكمة الابتدائية التي تفصل في التظلم من الأوامر التي أصدرها بشأن التفليسة.

ويبدو جلياً من جملة الأحكام السابقة أن المحكمة الدستورية العليا في مصر قد اعتنقت رقابة الإغفال التشريعي والتي كانت غالبيتها في موضوع الحقوق والحريات، وأكدت في أحكامها على كونه عيباً دستورياً يستوجب القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه فيما تضمنه من إغفال، واستخدمت في أحكامها العديد من المصطلحات والعبارات التي تدل على ذلك، فقد استخدمت إلى جانب مصطلح الإغفال، عبارات التنظيم القاصر وفيما تضمنه النص من حكم قاصر أو فيما لم يتضمنه من حكم كان يتعين أن يتضمنه وفيما تضمنته من قصر النص على فئة دون فئة أخرى، وقيام المحكمة بترديد هذا الموقف وإصرارها عليه يمثل سياسة ثابتة بخصوص تناولها للإغفال التشريعي وأن ما صدر عنها في بداية نشأتها من استبعاد الرقابة على

الإغفال التشريعي واعتباره من قبيل الملاءمات التي يستقل بتقديرها المشرع لم يكن سوى اتجاه معارض كان جديراً بالعدول عنه.

كما أن المحكمة لم تفرق في أعمال رقابتها على الإغفال التشريعي بين القوانين واللوائح، وإنما تناولت الإغفال في الحالتين سواء بسواء كما هو الحال في تناولها لعدم الدستورية في غير حالات الإغفال التشريعي.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد ما ذهب إليه جانب من الفقه المصري، بأنه يمكن للمحكمة الدستورية العليا^١ حال قيامها بمهمتها بالرقابة السابقة على مشروعات القوانين أن تراقب دستورية إغفال المشرع لنص ما في المشروع يمس الضمانات التي أكدها الدستور، أو كان من شأنه أن يعطل أحد نصوصه، ودورها في هذا الشأن لا يختلف عن دورها في الرقابة اللاحقة^٢.

^١ أن المشرع الدستوري طبقاً للمادة (١٩٢) من الدستور المصري الجديد لعام ٢٠١٤ المشار إليها سلفاً اقتصر على الأخذ بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين واللوائح دون الرقابة السابقة، وهذه المسألة محل خلاف فقهي، فجانبا من الفقه يرى بأن الدستور المصري نص صراحة على الأخذ بالرقابة اللاحقة دون السابقة، باعتبار أن الرقابة السابقة للمحكمة الدستورية العليا كانت موجودة في دستور ١٩٧١ و ٢٠١٢، لكن لجنة وضع دستور ٢٠١٤ ألغت الرقابة السابقة للمحكمة، وأن إضافتها تستلزم تعديل للدستور، بينما يرى جانب آخر بأنه وإن كان الدستور أخذ بالرقابة اللاحقة على القوانين إلا أنه بالإمكان إضافة اختصاص الرقابة السابقة للمحكمة بموجب تعديل تشريعي لقانون المحكمة الدستورية العليا واستندوا في ذلك إلى الفقرة الأخيرة من المادة (١٩٢) التي تنص على أن "ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة"، وبغض النظر عن الرأي الذي سترجحه المحكمة وتثبتته تطبيقاتها، ففي الحالتين سواء الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين أو الرقابة السابقة على مشروعات القوانين فإن دور المحكمة الدستورية في شأن رقابة الإغفال التشريعي لا يختلف في الرقابة السابقة عن دورها في الرقابة اللاحقة.

^٢ د. عبدالعزيز محمد سالم - نظم الرقابة على دستورية القوانين - المرجع السابق - ص ٤٣٠-٤٣١، د. عبدالعزيز محمد سالم - الرقابة السابقة في الدستور الجديد - مجلة "الدستورية" التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا المصرية - العدد (٢٣) - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

المبحث الثاني:

الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية في البحرين

إذا كانت المحكمة الدستورية البحرينية قد باشرت الرقابة على دستورية القوانين واللوائح سواء بشأن الطعون الدستورية التي تقوم على مخالفات شكلية للأوضاع والإجراءات المقررة في الدستور بشأن اقتراح التشريع وإقراره وإصداره أو تلك التي تنصب على مخالفة أحكام الدستور الموضوعية^١، إلا أن التساؤل الذي يطرح نفسه هو هل اعتبرت المحكمة الدستورية الإغفال التشريعي عيباً من العيوب التي تصيب التشريع أم لا؟

بداية نشير إلى أن إزاء غياب نص تشريعي في القانون البحريني ينص صراحة على الرقابة على الإغفال التشريعي فإن أحكام المحكمة الدستورية البحرينية تؤكد مناقشة عيب الإغفال التشريعي رغم عدم الإفصاح عنه صراحة، فقد قضت في البعض من أحكامها، لاسيما في الموضوعات المتعلقة بالحقوق والحريات بعدم دستورية النص أو التشريع تأسيساً على الإغفال التشريعي، وإن لم تستخدم المحكمة هذا الاصطلاح صراحة، كما فعلت المحكمة

^١ أن دستور مملكة البحرين المعدل لعام ٢٠٠٢ نص على إنشاء المحكمة الدستورية وتحديد اختصاصاتها في المادة (١٠٦) منه التي تنص على أن: "تتشأ محكمة دستورية، من رئيس وستة أعضاء يعينون بأمر ملكي لمدة يحددها القانون، وتختص بمراقبة دستورية القوانين واللوائح. ويبين القانون القواعد التي تكفل عدم قابلية أعضاء المحكمة للعزل، ويحدد الإجراءات التي تُتبع أمامها، ويكفل حق كل من الحكومة ومجلس الشورى ومجلس النواب ونوبي الشأن من الأفراد وغيرهم في الطعن لدى المحكمة في دستورية القوانين واللوائح. ويكون للحكم الصادر بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة أثر مباشر، مالم تحدد المحكمة لذلك تاريخاً لاحقاً، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تُعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن. وللملك أن يحيل إلى المحكمة ما يراه من مشروعات القوانين قبل إصدارها لتقرير مدى مطابقتها للدستور، ويعتبر التقرير ملزماً لجميع سلطات الدولة ولكافة"، وتختص المحكمة الدستورية بموجب هذا النص بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح إما عن طريق الرقابة السابقة التي تتولاها المحكمة إذا أحيل مشروع القانون قبل إصداره من الملك إليها، وإما عن طريق الرقابة اللاحقة التي تتم بدعوى أصلية مبتدأة ترفع إليها بقصد إثبات أن قانوناً أو لائحة يخالف نصاً دستورياً أو بإحالة من إحدى المحاكم نتيجة لما يترأى لها من عدم دستورية النص أو لدفع جدي من أحد الخصوم. د. رمزي الشاعر - القضاء الدستوري في مملكة البحرين - دراسة مقارنة - ٢٠٠٣ - ص ٣٥٠، لمزيد من التفاصيل حول رقابة المحكمة الدستورية على دستورية القوانين واللوائح في مملكة البحرين، انظر: المرجع السابق - ص ٢٩٥ وما بعدها، سالم محمد الكواري - المرجع السابق، د. إحسان المفرجي - القضاء الدستوري وتجربته في مملكة البحرين - جامعة البحرين - ٢٠١٠، يوسف عيسى الهاشمي - رقابة دستورية القوانين واللوائح وتطبيقها في مملكة البحرين والدول العربية والأجنبية - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة - المكتب الجامعي الحديث - ٢٠١٥.

الدستورية العليا المصرية، إلا أنه لا يرب أنهما أعملت مضمون الفكرة الحقيقي، وذلك لأن التنظيم القاصر في حد ذاته يشكل مخالفة للدستور.

ولعل أول الأحكام التي واجهت فيها المحكمة الدستورية الإغفال التشريعي كانت في مجال مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ومبدأ المساواة، وهو حكمها الصادر بتاريخ ٢٦ يونيو ٢٠٠٦ بشأن اتساع نص تجريم الاتفاق الجنائي وغموض عباراته، فقد قضت المحكمة بعدم دستورية نص المادة (١٥٧) من قانون العقوبات الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧٦، المعدل بالمرسوم بقانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٢ الذي ينص على أن: (يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت من ساهم في اتفاق كان الغرض منه ارتكاب جنائية من الجنايات المنصوص عليها في المواد ١٤٧ إلى ١٥٥ أو اتخذها وسيلة للوصول إلى الغرض المقصود منه، ويعاقب بالسجن المؤبد من حرض على الاتفاق أو كان له شأن في إدارة حركته، ومع ذلك إذا كان الغرض من الاتفاق ارتكاب جريمة معينة أو اتخاذها وسيلة إلى الغرض المقصود وكانت عقوبتها أخف مما نصت عليه الفقرتان السابقتان فلا توقع عقوبة أشد من العقوبة المقررة لتلك الجريمة. ويعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن خمس سنوات من دعا آخر إلى اتفاق من هذا القبيل ولم تقبل دعوته، ومع ذلك إذا كان الغرض من الاتفاق ارتكاب جريمة معينة أو اتخاذها وسيلة إلى الغرض المقصود منه وكانت عقوبتها أخف من السجن فلا توقع عقوبة أشد من العقوبة المقررة لتلك الجريمة. ويعفى من العقوبات المقررة في الفقرات الثلاث الأولى من بادر من الجناة بإبلاغ السلطات القضائية أو الإدارية بقيام الاتفاق وبمن ساهموا فيه قبل الشروع في ارتكاب أية جنائية من الجنايات المتفق عليها)^١.

ومن ضمن ما أسست عليه المحكمة قضاءها أنه: "وحيث إن الدستور قد بوا مبادئ العدل والحرية والمساواة مكاناً علياً بين نصوصه وحرص على تصدرها المقومات الأساسية للمجتمع الواردة بالبواب الثاني منه، فنص في المادة (٤) على أن: (العدل أساس الحكم، والتعاون والتراحم صلة وثقى بين المواطنين، والحرية والمساواة والأمن والطمأنينة والعلم والتضامن الاجتماعي وتكافؤ الفرص بين المواطنين دعائم للمجتمع تكفلها الدولة)، ثم أورد المواد (١٩) و(٢٠) و(٣١) من الدستور لتفصل تلك المبادئ والمقومات الأساسية المتعلقة بكفالة الحرية

^١ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (د/٣/٠٤ و د/٤/٠٤) لسنة (٢) قضائية جلسة ٢٦ يونيو ٢٠٠٦ منشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٧٤٦) الأربعاء ٢٠٠٦/٧/٥، وانظر تعليق د. مأمون سلامة على حكم المحكمة بعدم دستورية المادة (٤٨) عقوبات (الخاصة بالاتفاق الجنائي) - المرجع السابق - ص ٥٥ - ٥٧.

الشخصية وصون الحقوق والحريات العامة، تأكيداً منه على عدم جواز أن ينال تنظيمها أو تحديدها من جوهرها، وعدم جواز التجريم والعقاب إلا بناءً على قانون، والحرص على تقرير مبدأ افتراض البراءة، باعتباره يتفق مع الفطرة التي فطر الله - عز وجل - الناس عليها، مما مؤداه افتراض براءة المتهم حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة. ومما يدل على سمو مبادئ الحرية والمساواة وعلو شأنها بين نصوص الدستور".

وقررت المحكمة بأن الدستور وضع على القوانين العقابية قيوده الصارمة وضوابطه الواضحة، حتى لا يتخذها المشرع وسيلة للذهاب بجوهر الحرية الشخصية، ومن أهم هذه الضوابط ضرورة أن تكون درجة اليقين التي تنظم أحكام القوانين العقابية في أعلى مستوياتها، وأظهر في هذه القوانين من أية تشريعات أخرى، ويتعين بالتالي ضماناً للحرية الشخصية أن تكون الأفعال التي تؤثمها محددة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها، وأن تكون جلية واضحة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها.

وقد أوردت المحكمة في حكمها أن النص المطعون فيه وهو نص المادة (١٥٧) من قانون العقوبات يعاقب من يساهم في الاتفاق الجنائي دون ارتكاب أي فعل مادي منهي عنه من المشرع أو الامتناع عن فعل مطلوب منه القيام به، وبغية هذا الركن -الركن المادي لجريمة الاتفاق الجنائي- ينتفي معه أي وجود، فضلاً عن أن نطاق التجريم في النص المطعون فيه قد جاء مبهماً واسعاً فضفاضاً، إذ لم يحدد مفهوم وطبيعة المساهمة في الاتفاق الجنائي محل النص، ولا القواعد التي تضبط قيام هذا الاتفاق، كذلك لم يعرف النص المطعون فيه الاتفاق الجنائي، ولم يشترط عدداً معيناً من المتهمين لقيام الجريمة، ولم يتطلب استمرار الاتفاق الجنائي لمدة معينة، أو أن يكون على قدر من التنظيم، كما لم يستلزم الاتفاق استعمال العنف -بأي درجة- لتحقيق غاية الاتفاق، سواء كانت هذه الغاية في ذاتها مشروعة أم غير مشروعة.

وبالإضافة إلى ما تقدم، فقد حدد النص المطعون فيه عقوبة جنائية بالغة القسوة بالرغم من غياب الركن المادي للجريمة، وانتفاؤها بالتالي على ما سلف بيانه، مما يفقد النص مبررات وجوده، ويصبح مقيداً للحرية الشخصية بغير مبرر أو سند، مجاوزاً بذلك نطاق السلطة التقديرية التي يملكها المشرع، منافياً لمبدأ افتراض البراءة، مناقضاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

كما أن النص المطعون فيه قد ساوى في العقوبة بين مراكز قانونية غير متكافئة، إذ ساوى في العقوبة بين من ساهم في الاتفاق الجنائي على ارتكاب هذه الجريمة حتى لو لم تقع بناء على هذا الاتفاق، وبين من ارتكبها فعلاً، مخالفاً في ذلك مبدأ المساواة المقرر في الدستور.

وانتهت المحكمة في حكمها إلى أن نص المادة (١٥٧) من قانون العقوبات المطعون فيه على ذلك النحو مخالفاً كفالة الحرية الشخصية ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وافترض البراءة ومبدأ المساواة كما ورد النص عليها في الدستور.

بهذا الحكم تكون المحكمة الدستورية قد بسطت رقابتها على الإغفال التشريعي ضمناً، وذلك لأنها تعرضت في هذا الحكم لما يعد إغفالاً تشريعياً بالمعنى الاصطلاحي وذلك استناداً إلى أنها أشارت في أسباب الحكم إلى أن المشرع أغفل في النص المطعون فيه الركن المادي لجريمة الاتفاق الجنائي وبالتالي عدم وجود جريمة، كما أنه لم يحدد النص مفهوم وطبيعة المساهمة في الاتفاق الجنائي كما لم يعرف الاتفاق الجنائي، ولم يشترط عدداً معيناً من المتهمين لقيام الجريمة، ولم يتطلب استمرار الاتفاق الجنائي لمدة معينة، كما لم يستلزم الاتفاق استعمال درجة من العنف، كما أن المشرع ساوى في العقوبة بين مراكز قانونية غير متكافئة، إذ ساوى في العقوبة بين من ساهم في الاتفاق الجنائي على ارتكاب هذه الجريمة حتى لو لم تقع بناءً على هذا الاتفاق، وبين من ارتكبها فعلاً.

إلا أنها لم تقض في منطوق الحكم بعدم دستورية النص فيما لم يتضمنه من قاعدة من المستوجب إضافتها إليه إنما قضت بعدم دستورية النص فيما أرتأت أن النص تضمنه صراحة، وذلك بخلاف الأحكام التي سيلي ذكرها والتي تعرضت المحكمة فيها صراحة بعدم دستورية النص المطعون فيه فيما لم يتضمنه من قاعدة أرتأت وجوب تضمينها للنص.

كما يتضح لنا من هذا الحكم بأن العيب في صياغة نص المادة (١٥٧) من قانون العقوبات المطعون فيه باتساع نص تجريم الاتفاق الجنائي وغموض عباراته أدى إلى إغفاله جانب أو أكثر من جوانب جريمة الاتفاق الجنائي ومن ثم العيب في الصياغة التشريعية أدى إلى الإغفال التشريعي المخالف لمبدأ المساواة وكفالة الحرية الشخصية ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وافترض البراءة كما وردت في الدستور.

ومن الأحكام المهمة والصريحة في رقابة المحكمة الدستورية على الإغفال التشريعي كان حكمها الصادر بجلسة ٢٦ مارس ٢٠٠٧ في نطاق الملكية الخاصة حيث قضت بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم (٨) لسنة ١٩٧٠ بشأن إستملاك الأراضي للمنفعة العامة^١.

وأقامت قضاءها على دعامة رئيسية مقتضاها أن المرسوم بقانون المطعون فيه قد خلا من تحديد حالات المنفعة العامة وبذلك يكون مشوباً بعيب مخالفة الدستور -وعلى الأخص نص الفقرة (ج) من المادة التاسعة منه- لعدم تحديد هذه الحالات.

واستندت الحكومة في دفاعها عن دستورية هذا المرسوم بقانون بأن: "اختيار المشرع لعبارة مجملة لأحوال المنفعة العامة دون تفصيل أو حصر يدخل في نطاق الملاءمة التشريعية التي يتمثل جوهرها في المفاضلة بين ما يُقدر أنه أنسبها لمصلحة الجماعة، وأكثر ملاءمة للوفاء بمتطلباتها، نظراً لصعوبة حصر حالات المنفعة العامة التي تتنوع في صورها. بما يجعل التنبؤ بها بعيداً. ولا محل لما أثاره المدعى من أن من شأن إجمال حالات المنفعة العامة -دون حصرها- المساس بضمانة حماية الملكية الفردية".

إلا أن المحكمة لم تقبل هذا الدفع وأسست قضاءها على أن: "وحيث إن نص المادة التاسعة (فقرة ج) من الدستور يجرى على أن (الملكية الخاصة مصونة فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه، وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً). وإذ كان النص قد استلزم بيان حالات المنفعة العامة في القانون بعبارة واضحة جلية، لا يشوبها غموض أو تعارض بينها وبين أي نص آخر من نصوص الدستور، وجاءت مقصودة في سياق النص بالفاظ دالة على المعنى المأخوذ منها، والذي يتبادر فهمه باعتباره مقصوداً من سياقها -وهو بيان أحوال المنفعة العامة في القانون- فمؤدى ذلك أن النص المذكور أستوجب أن يبين القانون الأحوال التي يجوز فيها للسلطة التنفيذية نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة والكيفية التي يتم بها ذلك، وبشرط تعويض المالك عنها تعويضاً عادلاً. وإذ كان المرسوم بقانون المطعون فيه بكامل نصوصه، قد خلا من تحديد حالات المنفعة العامة فإنه يكون مشوباً بعيب مخالفة الدستور لعدم تحديد هذه الحالات.

^١ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (٥٥/٢/د) لسنة (٣) قضائية جلسة ٢٦ مارس ٢٠٠٧ منشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٧٨٦) الخميس ٢٠٠٧/٤/١٢.

ولا ينال من هذا النظر ما تضمنه نص المادة الأولى من المرسوم المطعون فيه من أن المقصود من "الإستملاك: نزع ملكية الأرض لمصلحة المستملك بقصد تأمين متطلبات المشاريع ذات المنفعة العامة" ذلك أن النص المذكور لم يبين حالات المنفعة العامة وهي أصل المسألة الدستورية".

ويتضح من هذا الحكم أن المحكمة الدستورية قد باشرت رقابتها على الإغفال التشريعي صراحة في مجال حق الملكية استناداً إلى أن أغفل المشرع عن تحديد حالات المنفعة العامة بالمخالفة للدستور الذي استوجب أن يبين القانون الأحوال التي يجوز فيها للسلطة التنفيذية نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة والكيفية التي يتم بها ذلك وبشرط تعويض المالك عنها تعويضاً عادلاً، واستخدمت المحكمة عدة عبارات للتعبير عن هذا الإغفال وهي (خلا من تحديد حالات المنفعة العامة فإنه يكون مشوباً بعيب مخالفة الدستور لعدم تحديد هذه الحالات) و(أن النص لم يبين حالات المنفعة العامة).

كما استندت المحكمة في ذات الحكم إلى أن: "السلطة التشريعية لم تمتثل لأحكام المادة التاسعة من الدستور فيما أوجبه من تحديد أحوال المنفعة العامة في المرسوم بقانون المطعون فيه، وتحملت من القيد الذي فرضته تلك المادة، وتنازلت عن اختصاص أصيل لها -وهو تحديد أحوال المنفعة العامة- وناطت بالسلطة التنفيذية تحديد تلك الحالات بقرارات إدارية، فإن المرسوم بقانون المطعون فيه يكون فضلاً عن مخالفته أحكام المادة التاسعة من الدستور قد خالف أيضاً مبدأ الفصل بين السلطات المنصوص عليه في المادة (٣٢) فقرة أ)".

ويتبين من ذلك أن المحكمة قد باشرت رقابتها على عدم الاختصاص السلبي للمشرع إلى جانب رقابتها على الإغفال التشريعي، وذلك استناداً إلى أن المشرع تنازل عن اختصاصه التشريعي في تحديد حالات المنفعة العامة وناط بالسلطة التنفيذية تحديد تلك الحالات مخالفاً بذلك المادة (٩) من الدستور ومبدأ الفصل بين السلطات المنصوص عليه في المادة (٣٢/أ) منه.

وانتهت المحكمة في قضاءها إلى أن إلغاء المرسوم بقانون رقم (٨) لسنة ١٩٧٠ بشأن إستملاك الأراضي للمنفعة العامة المطعون فيه بأكمله سينتج عنه فراغ تشريعي أو ما يسمى بالإغفال الكلي، ومن ثم فإن تدخل المشرع لإصدار تشريع جديد بتنظيم الاستملاك يسد هذا الفراغ أو الإغفال الكلي أو عدم تدخله يدخل ضمن الملاءمات التي يستقل بتقديرها المشرع ولا

يخضع للرقابة الدستورية، حيث جاء في حكمها: "وإذ كان ذلك وكانت نصوص المرسوم بقانون المطعون فيه -على نحو ما أوردتها المحكمة سلفاً- قد جاءت مرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً لا يقبل الفصل أو التجزئة، فإن عدم بيانها حالات المنفعة العامة يستتبع بحكم هذا الارتباط إبطال جميع نصوص القانون المطعون فيه مما يستوجب الحكم بعدم دستوريته برمته.

وحيث إنه ولئن كان إبطال المرسوم بقانون المطعون فيه يستتبع فراغ تشريعي يستدعي تدخل المشرع بإصدار نص جديد يملأ هذا الفراغ، فإن ذلك لا يحول بذاته دون القضاء بعدم الدستورية ومن ثم يتمتع تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية طبقاً لنص المادة (٣١) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية، وعند هذا الحد تقف سلطة القاضي الدستوري بغير امتداد إلى البديل، حيث يؤول ذلك إلى السلطة التشريعية، التي تظل محتفظة بسلطة التقدير التي تملكها، وهي تصدر قانوناً جديداً ترفع فيه العوار الذي شاب النص القديم ولا يجوز بالتالي حملها على التدخل في زمن معين أو على نحو معين".

ويُلاحظ أن المحكمة انتهت إلى عدم دستورية المرسوم بقانون المطعون فيه بأكمله بما فيه النص الضمني غير الدستوري باعتبار أن هذا النص هو جوهر التنظيم المطعون فيه وأن أحكامه مرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً لا يقبل الفصل أو التجزئة.

وإن كانت المحكمة قد بسطت رقابتها على الإغفال التشريعي إلا أنها لم تبسط رقابتها على الفراغ التشريعي الذي سينتج عن إلغاء التشريع القديم بأكمله أو ما يسميه الفقه بالإغفال الكلي أو السكوت التشريعي وذلك بأن حرصت المحكمة على كفالة استقلال السلطتين التشريعية والقضائية وما تتمتع به السلطة التشريعية من سلطة تقديرية من حيث عدم جواز حملها على التدخل في زمن معين أو على نحو معين هذا من جانب، ومن جانب آخر وجهت المحكمة نداء للسلطة التشريعية بأن تصدر تشريعاً جديداً لسد هذا الفراغ التشريعي ترفع فيه العوار الدستوري الذي شاب التشريع القديم، وهو ما يعبر عن سياسة حكيمة للمحكمة الدستورية البحرينية في تجنب حساسية السلطة التشريعية.

ومن الأحكام واضحة الدلالة في رقابة المحكمة الدستورية للإغفال التشريعي حكمها الصادر بشأن الإحالة الملكية لمشروع قانون بإنشاء غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية الصادر بجلستها ٢٥ يونيو ٢٠٠٩ الذي قضت فيه المحكمة أن المواد

(١)، (١٠)، (٢٣)، (٢٤)، (٢٦) من مشروع القانون المعروض غير مطابقة لأحكام الدستور المعدل على النحو المبين بالأسباب^١.

فقد قضت بعدم مطابقة نص المادة (١) من مشروع القانون للدستور الذي ينص على أن: (في تطبيق أحكام هذا القانون يكون للكلمات والعبارات التالية المعاني المبينة قرين كل منها، ما لم يقتض سياق النص خلاف ذلك..... هيئة تسوية النزاع: شخص طبيعي أو أكثر يعين لتسوية النزاع)، وذلك فيما لم يتضمنه هذا النص من تشكيل هيئة تسوية النزاع من قاضٍ أو أكثر يندب لتسوية النزاع بقرار من المجلس الأعلى للقضاء بناءً على طلب وزير العدل، وأن تكون الغلبة للعنصر القضائي في تشكيل هذه الهيئة.

حيث أوردت في حكمها: "إن فرض المشروع للتحكيم "على نحو ما سلف" يؤدي إلى المغايرة بين المتقاضين المتساوين في مراكزهم القانونية في حقهم في اللجوء إلى المحاكم مما يخالف مبدأ المساواة المنصوص عليه في المادتين (٤)، (١٨) من الدستور المعدل فضلاً عن مخالفته لكل من الفقرة (و) من المادة (٢٠) من الدستور المعدل التي تنص على أن (حق التقاضي مكفول وفقاً للقانون)، والفقرة (أ) من المادة (٣٢) التي تنص أن (يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية مع تعاونها وفقاً لأحكام الدستور....)، وما تنص عليه الفقرتان (أ)، (ب) من المادة (١٠٤) من الدستور المعدل من أن (أ- شرف القضاء، ونزاهة القضاة وعدلهم، أساس الحكم وضمان للحقوق والحريات. ب- لا سلطان لأية جهة على القاضي في قضائه، ولا يجوز بحال التدخل في سير العدالة، ويكفل القانون استقلال القضاء، ويبين ضمانات القضاة والأحكام الخاصة بهم).

ومن أجل ذلك، يكون نص المادة (١) من المشروع المعروض مخالفاً لأحكام الدستور المعدل السالف بيانها، وذلك فيما لم يتضمنه هذا النص، بالنسبة لأحكام الفصل الأول من الباب الثاني من المشروع -وهو الفصل الخاص باختصاصات الغرفة بموجب القانون- من تشكيل هيئة تسوية النزاع من قاضٍ أو أكثر يندب لتسوية النزاع بقرار من المجلس الأعلى للقضاء بناءً على طلب وزير العدل، وأن تكون الغلبة للعنصر القضائي في تشكيل هذه الهيئة".

^١ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (١٠٩/م.ح.١) لسنة (٧) قضائية جلسة ٢٥ يونيو ٢٠٠٩ منشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٩٠١) الخميس ٢٥/٦/٢٠٠٩.

يُلاحظ أن المحكمة الدستورية في هذا الحكم اتجهت إلى استخدام عبارات أكثر تحديداً ووضوحاً للتعبير عن الإغفال التشريعي ومنها عبارة فيما لم يتضمنه النص من حكم كان يتعين أن يتضمنه.

كما قضت المحكمة بعدم مطابقة نص المادة (١٠) من مشروع القانون للدستور التي تنص على أن "إذا نظر النزاع أمام الغرفة وفقاً لأحكام هذا الفصل فإنه لا يجوز مباشرة أي إجراء إلا بعد تحصيل الرسم المستحق عليه مقدماً، وتحدد فئات الرسوم وتعديل بقرار من الوزير بعد موافقة مجلس الوزراء ويجوز بقرار من الوزير تأجيل سداد الرسم أو الإعفاء منه كلياً أو جزئياً" لأنها خلت من تحديد لضوابط فرض الرسوم التي بينتها وأنواع هذه الرسوم ونسبتها أو حدودها القصوى التي لا يجوز تخطيها وكان ذلك من شأنه أن يطلق يد وزير العدل في فرض هذه الرسوم، بالمخالفة لنص المادة (١٠٧) من الدستور التي تنص في فقرتها (أ) و(ب) على أن: (أ) - إنشاء الضرائب العامة وتعديلها وإلغاؤها لا يكون إلا بقانون، ولا يُعفى أحد من أدائها كلها أو بعضها إلا في الأحوال المبينة بالقانون. ولا يجوز تكليف أحد بأداء غير ذلك من الضرائب والرسوم والتكاليف إلا في حدود القانون. ب- يبين القانون الأحكام الخاصة بتحصيل الضرائب والرسوم وغيرها من الأموال العامة، وبإجراءات صرفها".

نلاحظ هنا أن المشرع قد نص على فرض الرسوم على المنازعات التي تختص بها غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية، ولكن وضع هذا النص قاصر وغير مكتمل بأن أغفل تحديد ضوابط فرض الرسوم بالمخالفة لنص المادة (١٠٧) من الدستور، واستخدمت المحكمة ذات الصياغة التي استخدمتها في حكمها الخاص بعدم دستورية قانون الاستملاك بأن ذكرت عبارة أن المادة خلت من تحديد ضوابط فرض الرسوم.

وكذلك قضت بعدم مطابقة نص المادة (٢٣) الفقرة (ب) من مشروع القانون للدستور الذي ينص على أن (ب) - إذا رفض قاضي محكمة الاستئناف العليا الأمر بتنفيذ حكم هيئة تسوية النزاع وجب أن يكون قرار الرفض مسبباً، ويكون هذا القرار قابلاً للتظلم منه أمام محكمة الاستئناف العليا خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه لطالب الأمر بالتنفيذ، وذلك فيما لم يتضمنه من تقرير حق أحد الأطراف في التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم هيئة تسوية النزاع مخالفاً لمبدأ المساواة المنصوص عليه بالمادتين (٤) و(١٨) من الدستور المعدل وانتقاصه من حق التقاضي المنصوص عليه بالمادة (٢٠/و) من الدستور.

وكذلك فيما لم يتضمنه من وجوب ألا يكون قاضي محكمة الإستئناف العليا الذي يصدر القرارات المتعلقة بالتنفيذ ضمن تشكيل هيئة المحكمة ذاتها التي تختص بنظر التظلم من تلك القرارات يكون نص الفقرة (ب) من المادة (٢٣) من المشروع مخالفاً لمبدأ حياد القاضي واستقلاله المقرر طبقاً للمادة (١٠٤/ب) من الدستور.

وعدم مطابقة المادة (٢٤) من مشروع القانون للدستور والتي تقرر لأطراف النزاع الحق في الطعن بالبطلان أمام محكمة التمييز على حكم هيئة تسوية النزاع إلا أنها لم تقرر الحق في التظلم أمام محكمة التمييز إلا للطرف الذي يتظلم من الأمر الصادر بالتنفيذ طبقاً لنص المادة (٢٣) من المشروع المعروض -وهو الطرف المطلوب التنفيذ ضده- ومن ثم يكون نص المادة (٢٤) من المشروع مخالفاً مبدأ المساواة المنصوص عليه بالمادتين (٤) و(١٨) من الدستور فضلاً عن انتقاصه من حق التقاضي المنصوص عليه بالمادة (٢٠/و) من الدستور وذلك فيما لم يتضمنه من تقرير حق طالب الأمر بالتنفيذ في التظلم أمام محكمة التمييز من الأمر الصادر برفض التنفيذ طبقاً للمادة (٢٣) من المشروع.

يبدو جلياً من حكم المحكمة الدستورية السابق بشأن مشروع قانون بإنشاء غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية أن المحكمة قد باشرت رقابتها على الإغفال التشريعي وإن لم تشر إلى مصطلح الإغفال التشريعي إلا أنها تطورت حينما استخدمت عبارات أكثر وضوحاً وتحديداً للدلالة على تبنيها الرقابة عليه من العبارات التي استخدمتها في الحكمين سالفَي البيان وهذه العبارات هي (فيما لم يتضمنه من تشكيل هيئة تسوية النزاع من قاضي أو أكثر) و(خلت من تحديد لضوابط فرض الرسوم التي بينتها وأنواع هذه الرسوم ونسبتها أو حدودها القصوى) و(فيما لم يتضمنه من تقرير حق أحد الأطراف في التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم هيئة تسوية النزاع مخالفاً لمبدأ المساواة وانتقاصه من حق التقاضي) وكذلك (فيما لم يتضمنه من وجوب ألا يكون قاضي محكمة الإستئناف العليا الذي يصدر القرارات المتعلقة بالتنفيذ ضمن تشكيل هيئة المحكمة ذاتها التي تختص بنظر التظلم) و(ذلك فيما لم يتضمنه من تقرير حق طالب الأمر بالتنفيذ في التظلم أمام محكمة التمييز من الأمر الصادر برفض التنفيذ مخالفاً لمبدأ المساواة وانتقاصه من حق التقاضي)، لذلك نجد أن غالبية نصوص المواد التي قضت المحكمة بعدم مطابقتها للدستور استندت فيها إلى الإغفال التشريعي وذلك بعدم تضمن النص المطعون فيه لحكم كان يتعين أن يتضمنه أو خلوه منه، وأكدت المحكمة في هذا الحكم أن التنظيم القاصر أو الإغفال التشريعي يشكل مخالفة للدستور وفيما لم يتضمنه النص المطعون فيه من حكم.

وتحليل هذا الحكم يكشف تعدد أسباب حكم المحكمة بعدم مطابقة بعض نصوص مشروع القانون، وأهمها إغفال المشرع عن تنظيم موضوع من الموضوعات الدستورية (فرض الرسوم) بصورة كاملة أي قام بتنظيمه بصورة منقوصة وقاصرة بالمخالفة للدستور، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، إغفال المشرع عن تنظيم الحقوق والحريات (حق التقاضي ومبدأ حياد القاضي ومبدأ المساواة) بصورة كاملة أي منقوصة مما يقلل الضمانات الدستورية التي كفلها لها الدستور وإخلال لمبدأ المساواة.

ويلاحظ أن المحكمة راقبت الإغفال التشريعي حال قيامها بمهمتها بالرقابة السابقة على مشروعات القوانين، وذلك إذا كان إغفال المشرع لنص ما في المشروع يمس الضمانات التي أكدها الدستور، ودورها في هذا الشأن لا يختلف عن دورها في الرقابة اللاحقة.

وكما قضت المحكمة بعدم مطابقة نص المادة (٢٦) من مشروع القانون للدستور الذي ينص على أن: "يصدر الوزير، بعد موافقة المجلس الأعلى للقضاء في مدة لا تتجاوز ستة أشهر من صدور القانون لائحة تتضمن القواعد والإجراءات المتبعة أمام الغرفة والمواعيد الواجب مراعاتها على المنازعات التي تنظرها الغرفة طبقاً لأحكام الفصل الأول من الباب الثاني من هذا القانون، بما في ذلك إجراءات تقديم الدعوى وإدارتها وشروط تعيين واختيار أعضاء هيئة تسوية النزاع والقواعد المنظمة لردهم وأسباب تحييم وشروط تمثيل الخصوم أمام هيئة تسوية النزاع وحالات عدم صلاحية من يعين لتسوية النزاع للفصل فيه، والأحكام المنظمة لسداد الرسوم والمصاريف وإيداعها خزينة الغرفة، وغيرها من الأمور اللازمة لتنظيم الإجراءات بما فيها الحضور والغياب والإدخال والتدخل وتفسير الأحكام وتصحيح الأخطاء المادية والحسابية وإغفال الطلبات".

وأوردت في حكمها: "وحيث إن الدستور المعدل قد اختص في الفقرة (ب) من المادة (٣٢) منه السلطة التشريعية بمهمة إقرار القوانين، فلا تباشرها إلا بنفسها، ولم يخول السلطة التنفيذية مباشرة شيء من الوظيفة التشريعية إلا في الحدود الضيقة التي بينتها النصوص حصراً، ذلك أن الأصل أن السلطة التنفيذية لا تتولى التشريع، وإنما يقوم اختصاصها أساساً على أعمال القوانين، وإحكام تنفيذها، غير أنه استثناء من هذا الأصل وتحقيقاً لتعاون السلطات وتساندها الذي نصت عليه الفقرة (أ) من المادة (٣٢) من الدستور المعدل. فقد عهد الدستور إليها في حالات محددة بأعمال تدخل في نطاق الأعمال التشريعية، من ذلك، إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين،

فنصت المادة (٣٩) من الدستور المعدل على أن (يضع الملك بمراسيم اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما لا يتضمن تعديلاً فيها أو تعطيلاً لها أو إعفاء من تنفيذها، ويجوز أن يعين القانون أداة أدنى من المرسوم لإصدار اللوائح اللازمة لتنفيذها).

ومفاد هذا النص، أن الدستور المعدل حدد على سبيل الحصر الجهات التي تختص بإصدار اللوائح التنفيذية فقصرها على الملك أو من يفوضه القانون في ذلك.

والأصل في اللوائح التي تصدر وفقاً لنص المادة (٣٩) من الدستور المعدل أنها تفصل ما ورد إجمالاً من النصوص القانونية، بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها. فإذا عهد المشرع إلى اللائحة التنفيذية تنظيم موضوع بأكمله لم تجمله النصوص فإنه يكون قد تنازل عن اختصاصاته للسلطة التنفيذية خلافاً لأحكام المادتين (٣٢) و(٣٩/أ) من الدستور المعدل.

وحيث إن الدستور قد أفصح بنص الفقرة (و) من المادة (٢٠) عن كفالة حق التقاضي وفقاً للقانون. كمبدأ دستوري أصيل مردداً بذلك ما قرره المواثيق والإعلانات الدولية من كفالة هذا الحق لكل فرد باعتباره الوسيلة التي تكفل حماية الحقوق التي يتمتع بها قانوناً، ورد العدوان عليها وإذا كانت القواعد الإجرائية هي السياج الذي يقيمه القانون لحماية هذا الحق وصولاً إلى الترضية القضائية التي يسعى إليها من يطلبها، وجب على السلطة التشريعية أن تنظم هذه القواعد بقانون إعمالاً لحكم الفقرة (و) من المادة (٢٠) من الدستور المعدل سائلة الذكر أما اللائحة التنفيذية فدورها يقتصر على تفصيل ما أجملته هذه القواعد بما لا يتضمن تعديلاً فيها أو تعطيلاً لها أو إعفاء من تنفيذها.

وإذ فوض المشروع في المادة (٢٦) منه وزير العدل في إصدار لائحة تتضمن القواعد والإجراءات المتبعة أمام الغرفة، والمواعيد الواجب مراعاتها على المنازعات التي تنظرها الغرفة طبقاً لأحكام الفصل الأول من الباب الثاني من هذا القانون..... فإنه يكون قد فوضه في تنظيم موضوع بأكمله لم تجمله النصوص بالمخالفة لنص المادتين (٣٢) ، (٣٩/أ) من الدستور فضلاً عما تقتضيه المادة (٢٠/و) من الدستور من تنظيم هذه القواعد بقانون".

ويتبين من ذلك أن المحكمة في هذا الحكم إلى جانب رقابتها على الإغفال التشريعي بسطت رقابتها على عدم الاختصاص السلبي للمشرع واستخدمت عبارة (عهد المشرع إلى اللائحة التنفيذية تنظيم موضوع بأكمله لم تجمله النصوص فإنه يكون قد تنازل عن اختصاصاته للسلطة التنفيذية)، وذلك استناداً إلى أن الدستور أوجب على السلطة التشريعية أن تنظم القواعد الإجرائية لحماية وكفالة حق التقاضي وأن يقتصر دور اللائحة التنفيذية على تفصيل ما أجملته هذه القواعد، إلا أن المشرع في مشروع القانون المعروض لم يلتزم بقواعد الاختصاص في شأن

كفالة حق التقاضي سאלفة الببان وتنازل وترك أمر تنظيم القواعد الإأرائفة المتبعة أمام الغرفة برمته للسلطة التنفيذية مخالفاً بذلك المادة (٢٠/و) من الدستور ومبدأ الفصل بين السلطات المنصوص علفه فف المادة (٣٢/أ) منه.

وفف معرض أحد أحكامها، قضت المحكمة فف ألستها ٢٩ فبرافر ٢٠١٢ بأعتبار الخصومة منتهفة لصدور قانون الخدمة المدنية بموجب المرسوم بقانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٠، وذلك فف طلب رؤفس مجلس النواب بعدم دستورية المادة (١٥) من قانون الخدمة المدنية رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٦ التي تنص على أن: "فكون فعفن فر البفرنففن بصفة مؤقتة وبطرفق التعاقد، وتسرف على المعفنن بطرفق التعاقد أحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية ففما لم فرف به نص خاص فف العقود المبرمة معهم، فوضع دفوان الخدمة المدنية قواعد وأحكام وصفغ هذه العقود، وتضع اللائحة التنفيذية للقانون القواعد الخاصة بتوظفف الخبراء البفرنففن وففر البفرنففن ومن فقوم بأعمال عارضة ومن فعمل بدوام جزئف"، وذلك لمخالفتها المادة (١٦/أ) من الدستور التي تنص على أن: "الوظائف العامة خدمة وطنية تناط بالقائمن بها، وبسهدف موظفو الدولة فف أداء وظائفهم المصلحة العامة، ولا فولى الأجانب الوظائف العامة إلا فف الأحوال التي فبفنها القانون".

وقد ذهبف المحكمة فف ففثفاف حكمها إلى أن: "مف كان ذلك، وكان الطالب فنفى على النص الطعن عدم دستورفته على سند من وروده خالفاً من ففداف الحالات التي ففوز ففها فولى فر البفرنففن الوظائف العامة بحسبان أن عبارة ((فكون فعفن فر البفرنففن بصفة مؤقتة وبطرفق التعاقد)) التي فرف بها النص الطعن لا فُعتبر ففدافاً وففافاً للأحوال التي ففوز ففها فولى فر البفرنففن الوظائف العامة، فمن ثم فإن نطاق المنازعة الماثلة فففد فف العبارة آنفة الذكر ففما لم ففضمفه من فبان حالات فواز فعفن فر البفرنففن فف الوظائف العامة بأعتباره أساس المسألة الدستورية مناط المنازعة.

وفف إن الطالب لئن لم فعرض لأوجه المخالفة الدستورية إلا ففاماً ولم ففسطها إلا ابفساراً وإجمالاً، مستعفضاً عن التفففل فف معرض الببان، بالارتكان إلى ففراء مدونات حكم المحكمة الدستورية فف الدعوى رقم (٢٠٠٥/٢/د) الصادر بألسة ٢٦ مارس ٢٠٠٧، المنشور فف الفرفدة الرسمية عدد (٢٧٨٦) المؤرخ ١٢ فبرفل ٢٠٠٧، لفشابه ارتآه بين الدعوففن من ففث مناط كل منهما، فإن فعمال هذه المحكمة لفظرها فف شأن هذه الأوجه استألاء لها وإحاطة بتخومها واستظهاراً لفففقتها وما قصد إلىه الطاعن حقاً من فثارفها، فُنبئ بأن الطالب قد قصد إقامة طعنه على وجهفن، أولهما: النعف على النص الطعن إهداره للقفود التي اقترضها

المادة (١٦) الفقرة (أ) من الدستور من وجوب تحديد الحالات التي يجوز فيها شغل الوظائف العامة بغير البحرينيين، وثانيهما: القولُ بمخالفة النص المطعون فيه لمبدأ فصل السلطات على سندٍ من أنَّ المشرع إذ لم يمتثل لأحكام المادة (١٦) الفقرة (أ) من الدستور على نحو ما تقدم، فإنه يكون بذلك قد تحلل من القيد الذي فرضته تلك المادة وتنازل عن اختصاص أصيل له، وناط بالسلطة التنفيذية تحديد تلك الحالات بقرارات إدارية، بما مؤداه -حسب الطاعن- تردّي النص الطعين أيضاً في حماة مخالفة المادة (٣٢) الفقرة (أ) من الدستور^١.

يمثل هذا الحكم اتجاهاً متطوراً ومتقدماً للمحكمة الدستورية البحرينية في رقابتها على الإغفال التشريعي، حيث يظهر فيه بوضوح أنها قبلت نعي الطالب بعدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه استناداً إلى أساسيين، الأول، الإغفال التشريعي، وذلك حينما تناول المشرع موضوع تعيين غير البحرينيين في الوظائف العامة بصورة قاصرة من حيث عدم تحديد حالات تعيين المشار إليهم بالمخالفة للدستور، وقد استند الطالب إلى حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم (د/٢/٢٠٠٥) الصادر بجلسة ٢٦ مارس ٢٠٠٧ الخاص بالطعن بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم (٨) لسنة ١٩٧٠ بشأن إستملاك الأراضي للمنفعة العامة، إلا أننا نلاحظ أن المحكمة في حكمها لم تقتصر على ذكر ذات العبارة الذي استخدمتها للدلالة على الإغفال التشريعي في حكمها بشأن المرسوم بقانون بشأن استملاك الأراضي للمنفعة العامة المشار إليه وهي (خالياً من تحديد الحالات التي يجوز فيها تولي غير البحرينيين الوظائف العامة) وإنما أكدت إغفال المشرع بذكر عبارة (فيما لم تتضمنه من بيان حالات جواز تعيين غير البحرينيين في الوظائف العامة) وهذا يدل على أن المحكمة استمرت على ذات نهج حكمها بشأن مشروع قانون بإنشاء غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية باستخدامها عبارات أكثر وضوحاً وصراحة للتعبير عن الإغفال التشريعي.

والثاني، عدم الاختصاص السلبي للمشرع، باستخدامه عبارة (تتنازل -المشرع- عن اختصاص أصيل له وناط بالسلطة التنفيذية تحديد تلك الحالات بقرارات إدارية) وذلك استناداً إلى أن المشرع تنازل عن اختصاصه التشريعي في تحديد الحالات التي يجوز فيها تولي غير البحرينيين الوظائف العامة للسلطة التنفيذية مخالفاً بذلك مبدأ الفصل بين السلطات المنصوص عليه في المادة (٣٢/أ) من الدستور والمادة (١٦/أ) منه.

^١ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (طن/١/٠٨) لسنة (٦) قضائية جلسة ٢٩ فبراير ٢٠١٢ منشور في الجريدة الرسمية العدد (٣٠٤٢) الخميس ٨/٣/٢٠١٢.

ولعل خير مثال لرقابة الإغفال التشريعي نختم به وندلل به على تصدي المحكمة الدستورية للإغفال التشريعي في مجال الحقوق والحريات، هو حكم حديث لها صادر بتاريخ ٢ يوليو ٢٠١٤ بشأن الإحالة الملكية لمشروع قانون المرور قبل إصداره لتقرير مدى مطابقة المادة (٢٠) منه للدستور التي تنص على أن: "مع عدم الإخلال بالشروط الواجب توافرها في المادة السابقة، لا يجوز للأجانب المقيمين في مملكة البحرين، من غير مواطني دول مجلس التعاون الخليجي، الحصول على رخصة قيادة أو قيادة مركبة آلية إلا إذا كانت طبيعة عملهم تقتضي ذلك، وتحدد اللائحة التنفيذية طبيعة الأعمال الأخرى التي تُمنح بموجبها رخص القيادة للأجانب أو يُسمح لهم بقيادة مركبة آلية في مملكة البحرين".^١

وأكدت المحكمة الدستورية في هذا الحكم أن تنظيم المشرع للحقوق والحريات العامة مقيد بعدم المساس بجوهرها أو الانتقاص منها، وعدت الانتقاص من الحقوق والحريات أمراً مخالفاً للدستور، فجاء في حكمها أن: "وحيث إنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المادة (٣١) من الدستور، إذ اقتضت الآتي ((لا يكون تنظيم الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون، أو بناءً عليه. ولا يجوز أن ينال التنظيم أو التحديد من جوهر الحق أو الحرية))، فقد دلّ ذلك على أن جوهر سلطة المشرع في تنظيم الحقوق يتمثل في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة التي تتصل بالموضوع محلّ التنظيم موازناً بينها ومرجّحاً ما يراه أنسبها لمضمونها وأجدرها بتحقيق مصالح الجماعة واختيار أصلحها ملائمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله التنظيم. إلا أن ممارسة هذه السلطة مقيدة بضوابط الدستور وحدوده والتي تعدّ سياجاً لا يجوز اقتحامه أو تخطيه، فإذا ما عهد الدستور إلى أي من السلطتين التشريعية أو التنفيذية بتنظيم موضوع معيّن، كان لزاماً على القواعد القانونية التي تصدر عن أي منهما في هذا النطاق ألا تتال من جوهر الحقوق أو الحريات التي كفلها الدستور، سواء بنقضها من أساسها، أو بانتقاصها من أطرافها. وإلاّ كان ذلك بمثابة عدوان على مجالاتها الحيويّة.

وحيث نصّت المادة (١٩) من دستور مملكة البحرين لسنة ٢٠٠٢، في البند (أ) منها على أن ((الحرية الشخصية مكفولة وفقاً للقانون)).

^١ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (إ.ح.م/١/٢٠١٤) لسنة (١٢) قضائية جلسة ٢ يوليو ٢٠١٤ منشور في الجريدة الرسمية العدد (٣١٦٤) الخميس ١٠/٧/٢٠١٤.

كما أوردت المحكمة في حيثيات حكمها أن: "وحيث إن مملكة البحرين قد انضمت إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية للأمم المتحدة، وتم التصديق على انضمامها بتاريخ ١٢ أغسطس ٢٠٠٦، وصدر بشأن ذلك القانون رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٦ وتُشر في الجريدة الرسمية في العدد (٢٧٥٢) بتاريخ ١٦ أغسطس ٢٠٠٦م، وقد نصّت المادة (١/١٢) من هذا العهد على أن: ((لكل فرد يوجد على نحو قانوني داخل إقليم دولة ما حقُّ حرية التنقّل فيه...)). كما نصّت المادة (٢٦) منه على أن ((الناس جميعاً سواء أمام القانون ويتمتعون دون أي تمييز بحق متساوٍ في التمتع بحمايته. وفي هذا الصدد يجب أن يحظر القانون أي تمييز وأن يكفل لجميع الأشخاص على السواء حماية فعالة من التمييز لأي سبب كالعرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي سياسياً أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب)). وإنّه لمن نافل القول الإلماعُ إلى أن عبارتي "فرد" و"الناس" الواردتين تباعاً في كل من المادتين (١٢) و(٢٦) أنفتي البيان، إنما تستغرقان الناس كافة ولا تتصرفان فقط إلى من انعقدت له صفة المواطن.

وحيث إنه استصحاباً لهذه المعايير، وتوكيداً لضرورة العمل بمقتضاها، صدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الأربعين قرارها رقم ١٤٤/٤٠ المؤرخ ١٣/١٢/١٩٨٥ متضمناً إعلانها في شأن ((حقوق الإنسان للأفراد الذين ليسوا من مواطني البلد الذي يعيشون فيه))، مقررّاً سريان أحكامه في شأن كل فرد يوجد في إحدى الدول ولا يكون من رعاياها؛ ومنوهاً بضرورة أن تتقيد الدول في كل تشريعاتها التي تنظم بها دخول غير مواطنيها إليها، وشروط إقامتهم فيها، وما يمكن أن يقوم بينهم وبين رعاياها من الفروق؛ بالحدود التي رسمتها التزاماتها الدولية، بما في ذلك ما يتعلق منها بحقوق الإنسان. ومُبيناً في المادة (٣) منه حقّهم في حرية التنقّل صَوْناً لحريتهم الشخصية التي لا يجوز الإخلال بها إلا وفقاً للقانون، مما ينبغي أن يكون مكفولاً بقوانينها المحلية، ودون إخلال بالتزاماتها الدولية المتصلة بها. وذلك كله -لا مشاحة- وفق القيود التي يجوز أن تفرضها الدول الديمقراطية في مجتمعاتها لأغراض محددة، يندرج تحتها حماية أمنها القومي، ودعم نظامها العام، وصون أخلاقها، مع ضمان حقوق الآخرين، وبما لا يخل بغيرها من الحقوق المنصوص عليها في هذا الإعلان، وكذلك تلك التي قررتها المواثيق الدولية التي تنظمها.

وحيث إنه من المقرّر أن المعايير الدولية المتقدم بيانها، لا يجوز إهدارها من خلال أعمال تُناهضها تأتيها الدول التي يقيم غير المواطنين بها، إلا في أضيق الحدود التي تملئها المصالح الوطنية العليا في مجتمع ديمقراطي، فقد أضحى مقضياً أنه كلّما كان العمل الصادر عنها متضمناً مساساً بالحقوق التي كفلتها هذه المعايير، أو تحديداً لآثارها، أو كان مُنبئاً عن إخلالها ولو عن غير قصد، بواجباتها، أو منحدرّاً -بوجه عام- بمعاملتهم إلى ما دون مستوياتها

الدولية التي لا يجوز التخلي عنها، كان إبطال هذا العمل - من خلال الرقابة التي تفرضها هذه المحكمة في شأن الشرعية الدستورية - لازماً أساس ذلك كله ومناطق القول فيه ما اقتضاه صدر المادة (١٨) من الدستور من أن ((الناس سواسية في الكرامة الإنسانية)).

وحيث جعل الله حرية التنقل حقاً وواجباً بأن مهد الأرض لعباده يمشون في مناكبها أعزاء غير مقهورين أحراراً غير مُقَمَّحين، مصداقاً لقوله تعالى: "هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذَلُولاً فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُور". وحيث إنه لما كانت حرية التنقل -وما يقارنها من إختيار الفرد لوسيلة تنقله- وهي المعتبرة بمقتضى الدستور وعلى ما جرى به البند (ب) من المادة (١٩) من الدستور، من عناصر الحرية الشخصية فلا تتكامل بعيداً عنها، ومؤدى ذلك أن حرية التنقل حق عام وأن تقييده دون مقتضى مشروع إنما يجرد الحرية الشخصية من خصائصها ويقوّض صحيح بنائها فتستحيل سديماً لا قوام له، وترتد جُفاءً أحوى".

وانتهت في حكمها إلى أن: "وحيث إنّ نص المادة (٢٠) من مشروع قانون المرور، وإن لم يجرد الأجنبي من الحق في التنقل، إلا أنه إذ حرّمه من الحصول على رخصة قيادة أو قيادة مركبة آلية، فإنه يكون قد نظم هذا الحق على نحو يؤدي إلى انتقاصه من أطرافه اعتسافاً، وإلى التضيق منه تحكماً".

يتبين من هذا الحكم أن المحكمة الدستورية لم تكتف بإيراد نصوص الدستور البحريني المعدل بل رجعت كذلك إلى نصوص القرآن الكريم ونصوص الاتفاقيات والإعلانات الدولية بشأن حرية التنقل، وأضافت المحكمة أن حق الأفراد في حرية التنقل صوناً لحرية الشخصية التي لا يجوز الإخلال بها إلا وفقاً للقانون مما ينبغي أن يكون مكفولاً بقوانين الدولة المحلية ودون إخلال بالتزاماتها الدولية المتصلة بها.

وقد انتهت المحكمة إلى عدم مطابقة المادة (٢٠) من مشروع قانون المرور للدستور ويمكننا القول بأن المحكمة في هذا الحكم استندت إلى الإغفال التشريعي الذي أدى إلى المساس بالحق في التنقل والانتقاص منه، عندما نظم المشرع هذا الحق تنظيماً قاصراً على نحو يؤدي إلى المساس به أو انتقاصه حينما قصره على فئة الأجانب الذين تقتضي طبيعة عملهم منحهم رخصة قيادة وعدم تقرير هذا الحق لفئة الأجانب الذي لا تقتضي طبيعة عملهم منحهم لهذه الرخصة، وهو ما يعد إغفالاً تشريعياً مخالفاً للدستور، وهو ما يؤكد أن المحكمة اعتبرت عدم تضمين المشرع النصوص التشريعية التي ينظم بها الحقوق والحريات لجانب معين من جوانبها أي نظمها على النحو الذي يؤدي إلى انتقاصها أو إهدارها إغفالاً تشريعياً.

ومن مجموع ما تقدم من أحكام المحكمة الدستورية البحرينية نخلص إلى أنها تعرضت للإغفال التشريعي وباشرت رقابتها رغم عدم الإفصاح عن هذا العيب بصراحة في أحكامها وأنها لم تستخدم اصطلاح الإغفال التشريعي صراحة إلا أنها استخدمت عدة عبارات تقودنا إلى القول بإعمال رقابتها عليه، ومنها فيما لم يتضمنه النص من حكم أو خلا النص من حكم كان يتعين أن يتضمنه أو النص لم يحدده أو لم يبينه أو نظم هذا الحق على نحو يؤدي إلى انتقاصه، مؤكدة أن الإغفال التشريعي أي التنظيم القاصر في حد ذاته يشكل مخالفة للدستور سواء تمثل في عدم تضمين النص التشريعي المطعون فيه لحكم كان يتعين أن يتضمنه أو انتقاصه لحقوق وحرريات الأفراد وإخلاله بمبدأ المساواة هذا من جانب.

ونلاحظ بأن الأحكام الدستورية السابقة في مجال الحقوق والحرريات قد جعلت من مضمون نص المادة (٣١) من الدستور البحريني قيداً أو ضابطاً عاماً بشأن تنظيم المشرع للحقوق والحرريات العامة، إذ يجب أن يلتزم المشرع بعدم المساس بأصل وجوهر الحق أو الانتقاص منه وذلك إلى جانب القيود والضوابط الأخرى التي وضعها الدستور بشأن كل حق أو حرية.

ومن جانب آخر فإنها لا تتدخل في مراقبة السكوت التشريعي أو ما يسمى في الفقه بالإغفال الكلي وتعتبره من الملاءمات التي يستقل بتقديرها المشرع.

كما أن المحكمة بسطت في أحكامها سאלفة البيان رقابتها على الإغفال التشريعي سواء عند مباشرتها للرقابة السابقة على مشروعات القوانين قبل إصدارها التي يحيلها إليها جلالة الملك لتقرير مدى مطابقتها للدستور أو عند مباشرتها للرقابة اللاحقة على القوانين واللوائح التي تتم بدعوى أصلية أو الإحالة التلقائية من محكمة الموضوع أو الدفع من الأفراد لفحص دستوريته.

المبحث الثالث:

ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي ونتائجها

إن القضاء الدستوري في الأنظمة القانونية محل الدراسة لم ينتهج سياسة واحدة بمناسبة معالجته للإغفال التشريعي، لا سيما وإن هذه الأنظمة لم تتضمن النص صراحة على تنظيم الرقابة على الإغفال التشريعي.

كما أن القضاء الدستوري وضع بعض الضوابط التي يتقيد بها بمناسبة رقابته على الإغفال التشريعي.

وسوف نتناول ذلك في هذا المبحث، ونقسمه إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي.

المطلب الثاني: نتائج الرقابة على الإغفال التشريعي.

المطلب الأول: ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي

حرص القضاء الدستوري في الأنظمة محل الدراسة على وضع مجموعة من الضوابط القضائية للرقابة على دستورية القوانين بصفة عامة، والرقابة على دستورية الإغفال التشريعي بصفة خاصة.

ويمكن رد الضوابط القضائية بشأن الرقابة على الإغفال التشريعي إلى أولاً ارتباط الإغفال التشريعي بنصوص الدستور، وهو ما يجعلنا نثير تساؤلاً بمدى قبول ربط الرقابة على الإغفال التشريعي بنص تشريعي سابق، وثانياً حرص القضاء الدستوري على عدم المساس بالسلطة التقديرية للمشرع، ومن هنا يكون تناولنا لهذه الضوابط في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: ارتباط الإغفال التشريعي بنصوص الدستور:

يعد هذا الضابط من الأمور المسلم بها في الرقابة على دستورية القوانين بصفة عامة وعلى الإغفال التشريعي بصفة خاصة باعتبار أن الدستور المكتوب هو أحد المقدمات الأساسية للرقابة على دستورية القوانين. وقد ردت المحكمة الدستورية العليا المصرية والمحكمة الدستورية البحرينية الرقابة على الإغفال التشريعي إلى نصوص الدستور، وذلك باستثناء المجلس الدستوري الفرنسي كما أشرنا إليه سابقاً وعلى نحو ما سنوضحه في هذا الفرع^١.

ذلك أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تستهدف صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه، وسبيل هذه الرقابة تكون بالتحقق من التزام المشرع بما يورده الدستور في مختلف نصوصه من ضوابط وقيود بما مؤداه أن مجال الرقابة على الشرعية الدستورية لا ينحصر فيما أخل به المشرع عند تنظيم موضوع من الموضوعات الدستورية لا سيما الحقوق والحريات العامة، ولكنها تتناول أيضاً ما أغفله من هذه الموضوعات أو الحقوق، فكلما كان

^١ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ١٩٣-١٩٤.

تنظيم المشرع لأحد هذه الموضوعات أو الحقوق قاصراً بما يجعله في غير الصورة التي تكفل فاعلية مباشرته أخل هذا القصور بالحماية الدستورية، بمعنى أن إغفال المشرع تقرير بعض القواعد في النص التشريعي بما يخل بما يورده الدستور من ضوابط وقيود يجعل هذا الإغفال مخالفاً للدستور.

وهذا ما أكدته أحكام القضاء الدستوري في الأنظمة القانونية محل الدراسة التي سبق وأن ذكرناها بتفصيل، ومنها قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر بشأن حرية الصحافة، الذي ذهب فيه إلى أن المشرع نظم بعض الجرائم الصحفية بصورة غير محددة مما يؤدي إلى عدم تحديد مرتكبي هذه الجرائم بما يخالف المبدأ الدستوري "شرعية الجرائم والعقوبات".^١

وقضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بعدم دستورية نص الفقرة (١) من المادة (١١٢) من لائحة نظام العاملين بالهيئة القومية لسكك حديد مصر الصادرة بقرار وزير النقل والمواصلات والنقل البحري رقم (١٧) لسنة ١٩٨٢ فيما لم تتضمنه من وجوب إنذار العامل كتابة قبل إنهاء خدمته لانقطاعه عن العمل بغير إذن أكثر من ثلاثين يوماً متتالية.^٢

وأكدت في حكمها على أن: "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 لتنفسها 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".

^١ Décision du conseil constitutionnel No. 84-181 du 10 et 11 octobre 1984 –

الموقع الرسمي للمجلس الدستوري.

^٢ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٧٧) لسنة (٢٦) قضائية "دستورية" جلسة ١٤ يناير ٢٠٠٧ – الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

وكما قضت المحكمة الدستورية البحرينية بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم (٨) لسنة ١٩٧٠ بشأن إستملاك الأراضي للمنفعة العامة لمخالفته نص الفقرة (ج) من المادة التاسعة من الدستور، وقد جاء في حكمها: "أن الطبيعة الأمرة لقواعد الدستور وعلوها على ما دونها من القواعد القانونية، وضبطها للقيم التي ينبغي أن تقوم عليها الجماعة، تقتضي إخضاع القواعد القانونية جميعها -أيأ كان تاريخ العمل بها- لأحكام الدستور القائم كشرط لمشروعيتها الدستورية"^١.

وبمناسبة ارتباط الإغفال التشريعي بنص دستوري، يثور تساؤل حول مدى جواز الرقابة على الإغفال التشريعي المخالف لنص تشريعي سابق؟

يبدو لنا للوهلة الأولى أن هذه المسألة تخرج من ولاية القاضي الدستوري لأنه قاضي دستورية وليس قاضي مشروعية أي أن القضاء الدستوري يختص بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح ويكون أساس الطعن هو مخالفة التشريع لنص دستوري فلا يمتد لحالات التعارض بين القوانين أو اللوائح ذات المرتبة الواحدة^٢، ويتفق هذا الاتجاه مع ما قرره المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن: "الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن دستورية القوانين واللوائح، مناطها قيام تعارض بين نص قانوني وحكم في الدستور، ولا شأن لها بالتناقض بين نصين قانونيين، سواء جمعهما قانون واحد أم تفرقا بين قانونين مختلفين، أم كان واقعاً بين تشريعين من مرتبتين مختلفتين"^٣، وذلك كله "ما لم يكن هذا التعارض منطوياً -بذاته- على مخالفة دستورية"^٤.

^١ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (د/٢٠٥) لسنة (٣) قضائية جلسة ٢٦ مارس ٢٠٠٧ منشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٧٨٦) الخميس ١٢/٤/٢٠٠٧.

^٢ د. إحسان المفرجي - المرجع السابق - ٢٧٢-٢٧٣، د. عادل الطبطبائي - المحكمة الدستورية الكويتية (تكوينها، اختصاصاتها، إجراءاتها) - دراسة تحليلية مقارنة - مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت - ٢٠٠٥ - ص ٢٢٣، د. رمزي الشاعر - القضاء الدستوري في مملكة البحرين - المرجع السابق - ص ٣٣٧، د. محمد فؤاد عبدالباسط - المرجع السابق - ص ٣٧١ وما بعدها.

^٣ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٤) لسنة (١٦) قضائية "دستورية" جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

^٤ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٢٤) لسنة (٢١) قضائية "دستورية" جلسة ٢ يونيو ٢٠٠١ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية البحرينية بقولها: "أن الرقابة القضائية التي تبأشرها على دستورية التشريعات العادية والفرعية، مناطها مخالفة التشريع لنص في الدستور، ولا تشمل بحث حالات التعارض بين القوانين، .."^١.

نجد أن الأحكام الدستورية السابقة تؤكد على أن ولاية القاضي الدستوري لن تشمل في نطاقها حالات التعارض بين القوانين (التشريعات) بعضها البعض أو نصوص ذات القانون أو اللوائح بعضها وبعض أو القوانين واللوائح.

ولكن يرى جانب من الفقه أن هذا الفرض -مخالفة النص التشريعي الضمني نصاً تشريعياً وليس نصاً دستورياً- لا يبعد كثيراً عن الرقابة على دستورية القوانين إذا كان يمكن ردها إلى الدستور بطريق غير مباشر، وذلك متى كان التشريع الجديد يلغي أو يعدل تشريعاً يتعلق بحق أو حرية أساسية، تأسيساً على اتجاه المجلس الدستوري الفرنسي الذي استند إلى المخالفة غير المباشرة للنص الدستوري، باعتبار أن الدستور يضع على عاتق المشرع حماية الحقوق والحريات العامة، ومن ثم لا يملك أن يقلل من الضمانات التي تنص عليها التشريعات القديمة عند تعديلها، ولذلك إذا أغفل ضمانات أساسية كان ينص عليها التشريع القديم كان مصير هذا التشريع عدم الدستورية لمخالفته للنص الدستوري بطريق غير مباشر^٢.

وهذه السياسة للمجلس الدستوري الفرنسي في رقابته على التشريع الجديد الذي يعدل أو يعيد تنظيم الحقوق والحريات لمخالفته الضمانات التي احتواها التشريع القديم هي في واقع الحال ذاتها رقابة على مخالفة التشريع الجديد للدستور الذي كفل الحماية للحقوق والحريات وقد جعل التشريع القديم وما احتواه أو تضمنه من ضمانات معياراً لذلك.

ورسم المجلس الدستوري سياسته التوجيهية على السلطة التشريعية فيما يتعلق بمسألة تدخل المشرع لتعديل التشريعات القائمة المنظمة للحريات الأساسية بقراره التاريخي الصادر في ٢٠ يناير ١٩٨٤ بمناسبة فحص دستورية تعديل قانون التعليم العالي محدداً بعبارة واضحة

^١ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (ط.ن/٢/٠٨) لسنة (٦) قضائية جلسة ٢٨ مارس ٢٠١٢ منشور في الجريدة الرسمية العدد (٣٠٤٦) الخميس ٢٠١٢/٤/٥.

^٢ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ١٩٦-١٩٧.

وصريحة أن هذا التعديل التشريعي أغفل الضمانات التي كان يتضمنها التشريع القديم التي كانت تتفق وأحكام الدستور منتهياً إلى عدم دستورية هذا التعديل^١.

ويمكننا القول بأن المجلس الدستوري الفرنسي وضع ضوابط قضائية لتنظيم الحقوق والحريات، مقسماً إياها إلى شقين، الشق الأول فيما يتعلق بتدخل المشرع ابتداءً بتنظيم الحق أو الحرية الدستورية، ففي هذه الحالة فإن القانون لا يمكنه أن يتصدى لتنظيم الحق أو الحرية إلا بهدف إعطائها مزيداً من الفعالية عبر التيسير على الأفراد بممارسة هذا الحق أو الحرية، أو التوفيق بين هذه الحرية وبين القواعد والمبادئ الدستورية، أما الشق الثاني فيتعلق بتدخل المشرع لتعديل القوانين القائمة والمتعلقة بتنظيم الحقوق والحريات، وعندها يجب أن يكون التدخل بهدف تحقيق ضمانات أكثر للحرية وللأفراد مما كانت عليه قبل التعديل، أو على أقل تقدير مساوية لها، ولا يجوز للمشرع أن يختصم حق أو حرية، إلا بصورة استثنائية، وذلك في حالتين فقط، الحالة الأولى تتعلق بالقضاء على مراكز قانونية اكتسبت بطريقة غير مشروعة، أما الحالة الثانية فتكون حين يضطر المشرع لتقييد الحرية بهدف تحقيق هدف دستوري (المصلحة العامة)^٢.

ومن جانبنا نهيب بالمحكمة الدستورية البحرينية بأن تتجه ذات الاتجاه الذي سلكه المجلس الدستوري الفرنسي بشأن رقابته على التشريعات المعدلة للحقوق والحريات أو التي تعيد تنظيمها وفحص دستوريته وعدم مخالفتها لأحكام الدستور والقيود والضوابط الدستورية بشأن تنظيم الحقوق والحريات وأهمها القيد العام المنصوص عليه بالمادة (٣١) من الدستور البحريني وهو ألا يمس التنظيم بأصل أو جوهر الحق أو ينتقص منه، وتجعل التشريع السابق (القديم) المنظم لذات الحقوق والحريات معياراً لها بأن يكون التعديل أو إعادة التنظيم بهدف إعطاءها مزيداً من الضمانات وجعلها أكثر فعالية، وذلك على أساس أن مرجع المخالفة الدستورية هنا هو التعارض مع نصوص الدستور وليس مخالفة نص تشريعي سابق، وهو ما يعني أن النصوص التشريعية حتى وإن كان من شأنها توفير ضمانات أوفر للأفراد ليست لها قدسية خاصة تعصمها من التعديل حتى وإن كان التعديل يتضمن انتقاصاً من هذه الحقوق، ذلك أنه في حال تحقق هذا

^١ Décision du conseil constitutionnel No. 83-165 du 20 janvier 1984 - الموقع الرسمي للمجلس الدستوري -

^٢ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانونيين المصري والفرنسي - المرجع السابق - ص ٣٣٧ وما بعدها.

الانتقاص على نحو يهدر الحق أو يجعل ممارسته عسيرة أو شاقة فإن عدم الدستورية يكون مرجعه إلى مخالفة نصوص الدستور.

الفرع الثاني: عدم المساس بالسلطة التقديرية للمشرع:

حرص القضاء الدستوري في النظم القانونية محل الدراسة على عدم المساس بالسلطة التقديرية للمشرع بمناسبة رقابته على الإغفال التشريعي، حيث أنه لا يمارسها إلا بضوابط محددة، ولعل أهمها ألا يلجأ للرقابة على الإغفال التشريعي إلا عند الضرورة، وكذلك قصور الحكم على بطلان النص التشريعي الضمني المخالف للدستور، وأخيراً عدم مباشرة الرقابة على الإغفال الكلي أو ما يسمى بالسكوت التشريعي، وذلك على النحو الآتي.

أولاً: عدم مباشرة الرقابة على الإغفال التشريعي إلا عند الضرورة:

يشترط للقضاء بعدم دستورية الإغفال التشريعي ألا يكون موضع العيب الدستوري ما تضمنه النص من أحكام منصوص عليها صراحة، وإنما فيما لم يتضمنه من أحكام أي فيما أغفله. وهذا الشرط بديهي إذ لو تضمن النص الصريح مخالفة للدستور لوجب الحكم بعدم دستورية النص أو أحد عبارته فيما تضمنه صراحة من مخالفة للدستور، ولكن في الإغفال التشريعي يكون موضع العوار الدستوري هنا ليس فيما نص عليه المشرع وإنما فيما أغفله¹.

وتأكيداً لذلك ذهب القضاء الدستوري في الأنظمة محل الدراسة في العديد من أحكامه إلى أن القاضي الدستوري لا يباشر الرقابة على الإغفال التشريعي إلا عند الضرورة وذلك إذا كان هذا الإغفال لا يمكن استنتاجه من مجموع نصوص التشريع الخاضع للرقابة، وعندئذ إذا كان القاضي الدستوري يملك سد هذا الفراغ التشريعي من خلال مجموع نصوص التشريع الخاضع لرقابته، فإنه لا يلجأ إلى الحكم بعدم دستورية النص التشريعي، فيما لم يتضمنه من قواعد قانونية تخالف الدستور، وهذا الاتجاه القضائي إنما يعد إعمالاً للمبدأ الذي استقر عليه

¹ د. محمد عماد النجار - المرجع السابق.

القضاء الدستوري، وهو افتراض توافق النصوص التشريعية المطعون فيها مع الدستور، أو افتراض قرينة الدستورية في التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية إذا ما طعن عليها^١.

تفرض قرينة الدستورية لمصلحة التشريع، أن لا تقضي المحكمة بعدم الدستورية إلا إذا كان ذلك واضحاً وقطعياً بحيث لا يبقى مجال معقول لاحتمال دستورية القوانين هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، أن المحكمة تتخير للتشريع المطعون فيه بعدم الدستورية التفسير الذي يجعله موافقاً للدستور، إذا كان من المحكمة حملة على أكثر من تفسير^٢، ومؤدى ذلك أنه إذا أمكن تفسير التشريع على أكثر من وجه، وكان أحد الوجوه يجعله متفقاً مع الدستور، فإن على المحكمة أن تلتزم هذا التفسير ما دامت عبارات النص تحتمله دون أن تكلف نفسها عناء البحث في نية المشرع الحقيقية، وفي المدلول الذي أراد أن يعطيه للتشريع^٣.

ويرى القاضي إبراهيم محمد حميدان -الرئيس الأسبق للمحكمة الدستورية البحرينية- في ذات السياق، بأن قاعدة قرينة الدستورية لمصلحة التشريع تعني أن الأصل فيما يصدر عن السلطة التشريعية من تشريعات أنها صادرة في حدود الدستور، ومن ثم يجب على المحكمة عند فحص دستورية التشريعات أن تلاحظ هذا الأمر فلا تخرج عن مقتضى هذه القرينة إلا إذا كان التعارض بين التشريع والدستور واضحاً بيّناً وصريحاً بحيث يستحيل التوفيق بينهما، وبعبارة أخرى، فإن المحكمة لا تقضي بعدم الدستورية إلا إذا كانت مخالفة التشريع للدستور فوق مستوى كل شك^٤.

وفي هذا الخصوص قررت المحكمة الدستورية العليا المصرية أن: "الأصل في النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية بافتراض مطابقتها للدستور ومن ثم لا يجوز أن يكون سريانها متراخياً، بل يكون إنفاذاً -واعتباراً من تاريخ العمل بها- لازماً ولا يجوز بالتالي أن يكون مجرد الطعن عليها موقفاً لأحكامها أو مانعاً من فرضها على المخاطبين بها، ذلك أن إبطالها لا يكون إلا بقرار من المحكمة الدستورية العليا إذا ما قام الدليل لديها على مخالفتها

^١ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ٢٠١-٢٠٣.

^٢ د. ثروت عبدالعال أحمد - السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا - دار النهضة العربية - ٢٠٠٤ - ص ٣٤.

^٣ د. رمزي الشاعر - القضاء الدستوري في مملكة البحرين - المرجع السابق - ص ٤٩٥-٤٩٦.

^٤ إبراهيم محمد حميدان - مسيرة المحكمة الدستورية بمملكة البحرين في خمس سنوات - مجلة "الرقابة الدستورية" التي يصدرها اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية - السنة الأولى - العدد الأول - ديسمبر ٢٠٠٧ - ص ٢٤٩-٢٥٠.

للدستور، فإن هي انتهت إلى براءتها من العيوب الشكلية والموضوعية، كان ذلك استصحاباً لأصل صحتها لتزول الشبهة التي كانت عالقة بها. ولازم ذلك أن النصوص التشريعية التي لا تبطلها المحكمة الدستورية العليا، لا يجوز بحال وقف تنفيذها، بل يجب إعمال آثارها كاملة دون انقطاع يوقف سريانها، وإلا عد ذلك عدواناً على الولاية التي أثبتتها الدستور للسلطة التشريعية، وإسبغاً لاختصاص منتحل على المحكمة الدستورية العليا، دون سند من الدستور أو القانون".^١

وهذا ما قرره المحكمة الدستورية البحرينية في العديد من أحكامها حيث ذهبت في أحد أحكامها إلى: "أن المحكمة في مجال إعمال ولايتها لبسط رقابتها على النص التشريعي المختص للتحقق من مطابقته أو عدم مطابقته للدستور، تتخذ من ظاهر النص أساساً لفحص مدى دستوريته، وأن قرينة الدستورية تصاحبه بحسبان أن الأصل في التشريعات هو مطابقتها لأحكام الدستور ما لم تنقض هذه القرينة بدليل قطعي يكون بذاته نافياً على وجه الجزم دستورية النص المطعون فيه، ويكون التعارض بين هذا النص وبين الدستور واضحاً جلياً قاطعاً صريحاً"، وأن: "الرقابة القضائية التي تباشرها هذه المحكمة في شأن الشرعية الدستورية، لا تستقيم موطناً لإبطال نصوص قانونية يحتمل مضمونها تأويلاً يجنبها الوقوع في حماة المخالفة الدستورية، ذلك أن المحكمة الدستورية إنما تباشر رقابتها لضرورة تقتضيها، وهي تكون كذلك كلما كانت النصوص-المطعون عليها أو المحالة إليها لتقرير مدى مطابقتها للدستور- عصية على تفسير يوائم بين مضمونها وأحكام الدستور".^٢

كما يدل هذا الاتجاه على تقدير القاضي الدستوري لإرادة السلطة التشريعية وأنه لا يجعل من نفسه مشرعاً موازياً للسلطة التشريعية، وهو ما يؤكد الدكتور عوض المر بقوله: "إن ما توليه جهة الرقابة القضائية على الدستورية من تقدير لاجتهاد وتقييم السلطة التشريعية للنصوص التي أقرتها value judgment مرده أن هذه الجهة لا تعتبر مشرعاً أعلى يزن هذه النصوص على ضوء حكماتها أو بواعثها، وعلى الأخص في مناطق يتعذر عليها أن تحيط علماً بها لتنظيم

^١ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١) لسنة (١٥) قضائية "دستورية" جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

^٢ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (طن/٢/٠٨) لسنة (٦) قضائية جلسة ٢٨ مارس ٢٠١٢ - منشور في الجريدة الرسمية العدد (٣٠٤٦) الخميس ٢٠١٢/٤/٥.

^٣ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (ج.م/٢/٢٠١٤) لسنة (١٢) قضائية جلسة ٩ يوليو ٢٠١٤ - منشور في الجريدة الرسمية العدد (٣١٦٥) الخميس ٢٠١٤/٧/١٧.

السلطة التشريعية مسائل اقتصادية بطبيعتها توازن في نطاقها بين بدائل متعددة تتزاحم على تقدير الحل الأفضل لها"^١.

ثانياً: تبني فكرة الإلغاء الجزئي:

أن الإلغاء الجزئي يكون عندما ينصب منطوق الحكم بعدم الدستورية على جزء من النص التشريعي المطعون فيه أو على فقرة أو عبارة منه أو على مجرد أبعاد القاعدة القانونية التي يتضمنها النص^٢.

تلك الفكرة تتعلق بقاعدة فصل أجزاء التشريع عن بعضها، وهي قاعدة حاصلها أن إبطال القضاء الدستوري لأجزاء من تشريع، لا يمنعها من فصل باقيها عنها وتطبيقها استقلالاً عن الأجزاء الباطلة في التشريع، إذا كان هذا الفصل يتفق وإرادة المشرع، وكان بقاء الأجزاء الصحيحة منظوراً إليها وحدها - كافلاً تحقيق آثارها القانونية^٣.

وقد يتصور البعض أن القاضي الدستوري يلجأ إلى سياسة الإلغاء الجزئي بمناسبة الرقابة على دستورية القوانين، إذا كان من الممكن فصل النص غير الدستوري عن باقي النصوص، إلا أن الوضع في رقابة الإغفال التشريعي غير الدستوري يتسم بالخصوصية، حيث إن عدم دستورية النص الخاضع لرقابة القاضي الدستوري تكون لما لم يتضمنه من قاعدة قانونية معينة، وكان من المعلوم أن ينتهي القاضي إلى عدم دستورية النص بأكمله، أي سواء فيما تضمنه أو لم يتضمنه هذا النص، ومن ثم كان القاضي الدستوري حكيماً، عندما اكتفى فقط بالحكم بعدم دستورية النص التشريعي فيما لم يتضمنه النص موضوع الرقابة، دون امتداده إلى النص بأكمله^٤.

^١ د. عوض المر - المرجع السابق - ص ١٥٢، د. وهيب عياد سلامة - أسلوب إصدار المحكمة الدستورية العليا لأحكامها - دار النهضة العربية - ١٩٩٢ - ص ٤٥.

^٢ د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - المرجع السابق - ص ٢٧٤.

^٣ د. عوض المر - المرجع السابق - ص ١٥٣.

^٤ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ٢٠٤-٢٠٥.

وفكرة الإلغاء الجزئي للنص التشريعي الضمني غير الدستوري، أو الإلغاء الجزئي للنص التشريعي بصفة عامة، ليست فكرة جديدة، بل عرفها القاضي الإداري منذ زمن بعيد، ولجوء القاضي الدستوري لهذه الوسيلة يكفل بحق حماية السلطة التقديرية للمشرع، لأنه يملك وحده دون غيره كيفية معالجة ما أغفله التشريع دون أن يكون هناك توجيه أو منهج مرسوم له بواسطة القاضي الدستوري، كما أن الإلغاء الجزئي للنص التشريعي فيما لم يتضمنه إنما يدل على حرص القاضي الدستوري على الحفاظ على أهداف القانون. ومن ثم ليس غريباً إذا قلنا أن القاضي الدستوري قد وازن بين حماية المشرع وتحديد السلطة التقديرية بالنسبة له وبين حماية الدستور، كما فعل القاضي الإداري من خلال توفيقه بين حماية السلطة التقديرية للإدارة وحماية الأفراد باستخدامه فكرة الإلغاء الجزئي للقرار الإداري^١.

وحول إعمال قاعدة قرينة الدستورية لمصلحة التشريع وقاعدة أن إبطال نص في تشريع معين لا يؤدي إلى إبطال باقي نص التشريع -عدا المرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة- في موضوع الإغفال التشريعي يرى جانب من الفقه أن: "عمل جهة الرقابة في حالة الإغفال لا يقتصر على تقرير وجود العيب أو المخالفة الدستورية التي وقع فيها المشرع، وإنما يتجاوز ذلك إلى الكشف عنها وتحديد السبب فيها ثم الانتقال إلى مرحلة التدخل والمعالجة بإصلاحه على نحو تستكمل به الضوابط الدستورية اللازمة لصيرورة النص متوافقاً مع مبادئ الدستور وهو ما من شأنه من جانب الإبقاء على دستورية النص الأصلي وهو ما يحقق قرينة الصحة، ومن جانب آخر توقي القضاء بعدم الدستورية النص المطعون فيه بالكلية"^٢.

وهذا ما عبر عنه جانب آخر من الفقه بالقول بأنه إذا رأى القاضي الدستوري نصاً يطابق الدستور في عمومته، إلا أن بعض أحوال تطبيقه تصادف خروجاً على أحكامه، وكان مصدر هذا الخروج أمر أغفل المشرع النص عليه، فهو بالخيار بين أمر من اثنين، إما أن يقضي بعدم دستورية التشريع برمته، فيتيح بذلك المجال للمشرع كي يتدخل بتشريع آخر يتطابق مع الدستور، وإما أن يقيد تطبيقه بقيود تضمن توافقه مع أحكامه. وهو إن رجح الحل الأخير فإنه يكون قد

^١ انظر بشأن فكرة الإلغاء الجزئي للقرارات الإدارية: د. سليمان محمد الطماوي - القضاء الإداري - الكتاب الأول - قضاء الإلغاء - الطبعة السابعة مزيدة ومنقحة - دار الفكر العربي - ٢٠١٣ - ص ٨٨٩ وما بعدها، د. محمد رفعت عبدالوهاب ود. حسين عثمان - القضاء الإداري - الفتح للطباعة والنشر - ١٩٩٧ - ص ٦٧ وما بعدها، د. سامي جمال الدين - الدعاوى الإدارية (دعوى إلغاء القرارات الإدارية - دعاوى التسوية) - الطبعة الثانية - منشأة المعارف - ٢٠٠٣ - ص ٣٤٩.

^٢ د. جابر محمد حجي - المرجع السابق - ص ٤٠٠.

كشف عن عدم دستورية النص المقضي فيه جزئياً، وأن هذا العيب الدستوري يمكن تصحيحه بتعليق تطبيقه على شروط تكفل دستوريته، وهنا يحكم القاضي الدستوري بعدم دستورية النص لعدم تضمينه هذه الشروط التي استوجبها الدستور لتصحيح هذا العيب الدستوري، أو بعبارة أخرى فإن دستورية النص المطعون فيه تتحدد بإتباع القيود المبينة بموجب هذا الحكم، فلا يتحلل من قضائها بعدم الدستورية إلا بإعمال هذا القيد^١، وهذا ما سنتناوله بشيء من التفصيل في نتائج الرقابة على الإغفال التشريعي.

ثالثاً: عدم مباشرة الرقابة على الإغفال الكلي (السكوت التشريعي):

كما سبق وأن بينا أن الإغفال الكلي أو ما يسمى بالسكوت التشريعي يتحقق عندما لا يتناول المشرع أحد الموضوعات بالتنظيم من الأساس على الرغم من التزامه دستورياً بذلك^٢، ولا يخضع هذا الإغفال الكلي للرقابة الدستورية، لأن مباشرة هذه الرقابة في مثل هذه الأحوال تعد بمثابة تسليط القاضي الدستوري رقابته على تحديد الوقت والزمن الملائم من قبل المشرع لممارسة وظيفته التشريعية على الرغم من طول هذا الإغفال الكلي أو السكوت التشريعي^٣.

وقد برر الدكتور عادل الطبطبائي ذلك في أن السكوت التشريعي من الشئون التي تدخل في صميم الاختصاص الداخلي للسلطة التقديرية للمشرع، وبالتالي فإنه ليس هناك ما يسوغ للقضاء الدستوري صلاحية الرقابة على السكوت التشريعي (أو الإغفال الكلي)، وعليه فإذا ما صدر للمشرع تفويض أو تكليف دستوري لتنظيم معين فإنه يستقل بتقدير مدى ضرورة إصداره لهذا التشريع من عدمه، كما يستقل بتقدير الوقت المناسب لهذا الإصدار من دون رقابة عليه في ذلك من القضاء، ولو تأخر في تنفيذ هذا التكليف تأخيراً غير عادي^٤.

^١ د. محمد عماد النجار - المرجع السابق.

^٢ د. جابر محمد حجي - المرجع السابق - ص ٤٠١.

^٣ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ٢٠٩-٢١٠.

^٤ د. عادل الطبطبائي - الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية - المرجع السابق - ص ٤٤٧.

ويرى الدكتور رمزي الشاعر في ذات السياق، لا يمكن الأخذ باتجاه بعض الدساتير من الرقابة على ضرورة التشريع أو عدم ضرورته في ضوء النصوص المنظمة لاختصاص المحكمة الدستورية في مملكة البحرين، فلا يجوز لهذه المحكمة أن تراقب إغفال المشرع معالجة وضع معين طبقاً للدستور في حد ذاته، إذ تنصب رقابتها على التحقق من مدى مطابقة النصوص التشريعية التي وضعها المشرع للنصوص الدستورية، ومدى إغفال هذه النصوص للمبادئ التي نص عليها الدستور^١.

كما سنرى عند بحث نتائج الرقابة على الإغفال التشريعي بأن يلجأ القاضي الدستوري في مجال رقابته على الإغفال ومعالجته باستخدام الأحكام التفسيرية المضيفة من خلال تفسير النص التشريعي الخاضع للرقابة مع إضافة ما أغفل عنه المشرع حتى يكون النص موضوع الرقابة مطابقاً للدستور.

إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للإغفال الكلي أو ما يسمى بالسكوت التشريعي وهو -كما سبق وأن بيناه- فلا يستطيع القاضي الدستوري أن يتدخل ويحل محل المشرع ويمس بسلطته التقديرية، ومن ثم كل ما يستطيع أن يقوم به القاضي الدستوري في حالة الإغفال الكلي هو توجيه نداء إلى المشرع يلفت نظره فيه إلى ضرورة التدخل لتنظيم مسألة معينة عن طريق صدور نوع من الأحكام التفسيرية يطلق عليها الأحكام التوجيهية أو الندائية^٢.

ويعنى آخر، أن الأحكام الندائية كما عبر عنها الدكتور عيد الغفلون بأنها الأحكام التي يوجهها القاضي الدستوري بصورة أساسية إلى السلطة التشريعية بضرورة التدخل لتنظيم مسألة أو مسائل معينة في ضوء المبادئ التي يتضمنها، بما يؤدي في النهاية إلى وضع حد لحالة من الفراغ التشريعي سابقة في وجودها على تدخل القاضي الدستوري أو ناتجة عن تدخله والحكم بعدم دستورية التشريع الخاضع لرقابته^٣.

^١ د. رمزي الشاعر - القضاء الدستوري في مملكة البحرين - المرجع السابق - ص ٤٩٩.

^٢ د. محمد فوزي نويجي - التفسير المنثني للقاضي الدستوري - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - ٢٠٠٨ - ص ١٨٨-١٨٩.

^٣ د. عيد أحمد الغفلون - فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع - المرجع السابق - ص ٣٦٢.

وهذه الأحكام تصدر بأساليب وصيغ عديدة منها توجيه طلبات للمشرع أو توصيات أو نصائح أو تأنيباً أو تتضمن نداء للسلطة التشريعية، وهذه الصيغ تجمع تحت مسمى الأحكام الندائية^١.

وقد عرف المجلس الدستوري الفرنسي هذا النوع من الأحكام وكذلك المحاكم الدستورية في مصر والبحرين إلا أن هذه الأخيرة لا تلجأ إليها إلا في حالة الضرورة^٢.

ويتبين لنا أن القضاء الدستوري في الأنظمة القانونية محل الدراسة قد التزم تماماً حدود رقابة الإغفال التشريعي فلم يتعرض لرقابة سكوت المشرع عن التنظيم أو ما يسمى في الفقه بالإغفال الكلي، وهذا في تقديرنا عين الصواب لأن الرقابة على هذا النوع من الإغفال يعد تدخلاً مباشراً في وظيفة المشرع وفي أخص مظاهر سلطته التقديرية، إذ لا يتصور إذا ما سكت المشرع عن التشريع أن يكون مسلك المشرع غير دستوري، ولكن إذا تدخل المشرع لتنظيم أحد الموضوعات الدستورية أو تفعيلها فإن مسلكه هذا يخضع لرقابة القاضي الدستوري من حيث اتفاق التنظيم الذي وضعه صراحة ونصوص الدستور.

المطلب الثاني:

نتائج الرقابة على الإغفال التشريعي

يعالج القاضي الدستوري في الأنظمة القانونية محل الدراسة الإغفال التشريعي إما أن يقوم بإضافة ما أغفله المشرع إلى النص الخاضع لرقابته بهدف تجنب الحكم بعدم دستوريته، وإما أن يقوم القاضي الدستوري بالحكم بعدم دستورية النص التشريعي الضمني، وهو ما يعني نفاذ حكم القاضي الدستوري في مواجهة المشرع نفسه، وهو ما سنتناوله في الفرعين الآتيين.

^١ د. عبدالعزيز محمد سالمان - رقابة الإغفال في القضاء الدستوري - مجلة "الدستورية" - المرجع السابق.

^٢ لمزيد من التفاصيل حول تطبيقات الأحكام الندائية أو التوجيهية انظر: د. عيد أحمد الغفلول - فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع - المرجع السابق - ص ٣٣٦ وما بعدها، د. محمد فوزي نويجي - المرجع السابق - ص ١٩١ وما بعدها.

الفرع الأول: الأحكام التفسيرية المضيضة:

لاشك أن القاضي الدستوري في مجال رقابته على دستورية القوانين بصفة عامة يقوم بتفسير النص التشريعي موضوع الرقابة قبل الحكم عليه ومقارنته من كافة الوجوه بالنصوص الدستورية، التي من الممكن أن يتعارض معها، وذلك وصولاً إلى الحكم بدستورية هذا النص التشريعي، ما لم يكن الحكم بعدم الدستورية هو الحل الوحيد أمام القاضي الدستوري.

ويقوم القاضي الدستوري في مجال رقابته على الإغفال التشريعي ومعالجته باستخدام الحكم التفسيري المضيض من خلال تفسير النص التشريعي الخاضع للرقابة مع إضافة ما أغفل عنه المشرع حتى يكون النص موضوع الرقابة مطابقاً للدستور^١.

إن العميد Favoreu هو أول من أشار إلى الأحكام المضيضة مستخلصاً إياها من قرارات المجلس الدستوري الفرنسي، وعرفه بأنه الذي يضيف على النص لوناً يجعله مطابقاً للدستور. ولهذا سميت الأحكام التي تبني على هذا النوع من التفسير بالأحكام المضيضة "Additives" أو "Le jugement additif"^٢، وموضوع هذه الأحكام أنها تفسر النص الخاضع للرقابة مع الإضافة إلى النص التشريعي لما أغفله أو سكت عنه حتى يكون متطابقاً مع النص الدستوري^٣.

وتبع العميد Favoreu جانب من الفقه الفرنسي منهم الأستاذ Dargo حيث ذهب إلى أن المجلس الدستوري الفرنسي يستطيع من خلال آلية التفسير الإنشائي أن يملك سلطة تفسيرية خلاقية، يستطيع من خلالها أن يكمل النقص أو القصور الموجود بالتشريع الخاضع لرقابته حتى يتلافى الحكم بعدم دستوريته، فالمجلس الدستوري الفرنسي لا يكتفي ببيان كيفية إكمال النقص

^١ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ١٦٠-١٦١، د. عبدالعزيز محمد سالمان - رقابة الإغفال في القضاء الدستوري - مجلة "الدستورية" - المرجع السابق.

^٢ د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - المرجع السابق - ص ٢٥١.

^٣ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ١٦٠-١٦١.

التشريعي، سواء من جانب المشرع أو السلطات المكلفة بتطبيق التشريع، وإنما يقوم من خلال التفسير الإنشائي بعلاج هذا القصور عن طريق إكمال النقص الوارد في النص^١.

ويؤكد جانب آخر من الفقه وهو الأستاذ الكبير Rousseau أن المجلس الدستوري يلجأ إلى التفسير لهدف يتمثل في احترام إرادة المشرع وذلك بأن يعلن أن التشريع بعد إعادة تفسيره من قبل المجلس أصبح مطابقاً للدستور، وهذه وسيلة بارعة لحمل المجلس على التقيد بأحكام الدستور دون حاجة إلى إبطال التشريع^٢.

وعبر جانب من الفقه المصري عن هذا النوع من الأحكام التفسيرية بأنها تتطوي على تدخلاً مباشراً من قبل القاضي الدستوري لسد النقص الذي يعتري النص الخاضع لرقابته، عن طريق تضمين قاعدة أو عدة قواعد ذات طبيعة قضائية إضافية لتفادي الحكم بعدم دستوريته^٣.

وذهب الدكتور أحمد فتحي سرور إلى أن الأحكام التفسيرية المضيفة لا تقتصر على إدانة إغفال المشرع، وإنما قد تعمل على إصلاحها أو إعطاء النص تفسير يعالج هذا الإغفال بما يتفق مع الدستور لتبرير الحكم برفض الدعوى الدستورية^٤.

ويلجأ المجلس الدستوري الفرنسي إلى إصدار "الأحكام التفسيرية المضيفة" اللازمة لسد النقص التشريعي الناتج عن حالات الإغفال التشريعي، بحيث تكون أحكامه كافية في ذاتها لسد هذا النقص، ودون حاجة إلى تدخل من السلطة التشريعية أو السلطة المكلفة بتنفيذ القوانين.

ومن أهم قراراته في هذا الصدد قراره بشأن مؤسسات الائتمان، حيث ذهب المجلس إلى أن النص التشريعي قد أغفل النص على سلطة لجنة تنظيم عمليات مؤسسات الائتمان في إخضاع أو عدم إخضاع بعض الأجهزة المالية وهي صندوق الودائع والأمانات والأجهزة المالية بمكاتب البريد ومحاسبي الخزنة العامة لما تصدره اللجنة من قواعد، ومن ثم أضاف المجلس إلى النص

^١ Guillaume Dargo – l'exécution des décisions du conseil constitutionnel – thèse – Paris – 1989 – P. 229-230

^٢ Dominique Rousseau – droit du contentieux constitutionnel – 1995 – P. 130-131.

^٣ د. عيد أحمد الغفلول – فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع – المرجع السابق – ص ٢٩٠، وبذات المعنى: د. محمد فوزي نويجي – المرجع السابق – ص ١٠١.

^٤ د. أحمد فتحي سرور – الحماية الدستورية للحقوق والحريات – المرجع السابق – ص ٢٠٥.

قاعدة وهي مد القواعد التي تقرها اللجنة على تلك الأجهزة من خلال تفسيره للنص التشريعي موضوع الرقابة^١.

وكانت فكرة التفسير المضيف الذي يؤدي إلى تكملة النص التشريعي أكثر وضوحاً في قرار المجلس الدستوري الخاص بقانون بشأن الأمن والحرية، حيث أضاف المجلس الدستوري إلى النص التشريعي التزاماً لقاضي التحقيق لم يكن وارداً بنص التشريع، وهو أنه إذا أراد مد التحفظ على الشخص الموقوف إلى أكثر من ٢٤ ساعة، فإنه يتعين أن يطلع على ملف الشخص الموقوف قبل أن يصدر قرار المد^٢.

ونستخلص من قراري المجلس الدستوري الفرنسي سالف الذكر أن المجلس قام بالإضافة إلى النصوص التشريعية الخاضعة لرقابته ما أغفلتها من أحكام وقواعد كان يتعين أن تتضمنها عن طريق التفسير المضيف.

وبخلاف المجلس الدستوري الفرنسي، لم تذهب المحكمة الدستورية العليا المصرية إلى تكملة النص التشريعي تحت ستار التفسير، باعتبار أن ذلك يبعد المحكمة عن وظيفتها الأساسية وهي الرقابة على دستورية القوانين، بحيث يصبح القاضي الدستوري شريكاً للمشرع في مباشرة الوظيفة التشريعية^٣.

وأرست المحكمة الدستورية العليا مبدأ هاماً بشأن التفسير سواء القضائي أو التشريعي وقررت أنه: "أن سلطة تفسير النصوص التشريعية سواء تولتها السلطة التشريعية أم باشرتها الجهة التي عهد إليها بهذا الاختصاص، لا يجوز أن تكون موطئاً إلى تعديل هذه النصوص ذاتها بما يخرجها عن معناها أو يجاوز الأغراض المقصودة منها. وبوجه خاص لا تتناول هذه السلطة تعديل مراكز قانونية توافرت مقوماتها وفقاً للقانون ... كذلك لا يجوز أن يتخذ التفسير

^١ Décision du conseil constitutionnel No. 83-167 du 19 janvier 1984 - الموقع الرسمي للمجلس -

الدستوري

د. عيد أحمد الغفلول - فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع - المرجع السابق - ص ٩٩.

^٢ Décision du conseil constitutionnel No. 80-127 du 19-20 janvier 1981 - الموقع الرسمي للمجلس -

الدستوري

^٣ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ١٧٨-١٧٩.

التشريعي ذريعة لتصويب أخطاء وقع المشرع فيها، أو لمواجهة نتائج لم يكن قد قدر عواقبها حق قدرها حين أقر النصوص القانونية المتصلة بها، إذ يؤول ذلك إلى تحريفها، ويتمحض عن تعديل لها^١.

وبذلك فإن المحكمة الدستورية العليا قد رفضت التفسير الذي من شأنه التعارض مع الغاية التي يقصدها المشرع واقتصار التفسير على بيان المقاصد الحقيقية التي توختها السلطة التشريعية من وراء إقرارها للنصوص القانونية، وأن التفسير الذي يرمي إلى تعديل النصوص التشريعية حتى ولو عن طريق إضافة شرط جديد لم يتضمنه النص يعد من الأغراض التي تنافي بطبيعتها مع التفسير التشريعي^٢.

وأكدت المحكمة الدستورية العليا المبدأ السابق في حكم آخر حيث ذهبت فيه إلى أن: "من المسلم أيضاً أنه إذا ما استعصى تفسير النصوص المطعون عليها بما يوائم بين مضمونها وأحكام الدستور، فإن وصمها بعدم الدستورية يغدو محتملاً؛ إذ لا يسوغ أن تفسر النصوص القانونية قسراً على وجه لا تحتمله عباراتها ولا يستقيم مع فحواها بقصد تجنب الحكم بعدم دستورتها؛ وإلا انحلت الرقابة الدستورية عبثاً"^٣.

فواضح أن المحكمة الدستورية العليا لا تقوم بإعمال التفسير المضيف حيث إنها تلتزم حدود النص ولا تخرج عنه بخلاف الحال كما رأينا في فرنسا.

وسارت المحكمة الدستورية البحرينية على نهج المحكمة الدستورية العليا المصرية في شأن عدم الأخذ بالأحكام التفسيرية المضيفة فقررت في أحد أحكامها أن: "لا يجوز أن يكون تفسير النصوص التشريعية موطناً إلى تعديل هذه النصوص ذاتها بما يخرجها عن معناها أو يجاوز الأغراض المقصودة منها، ذلك أن المجال الطبيعي للتفسير لا يعدو أن يكون وقوفاً على المقاصد الحقيقية التي توختها السلطة التشريعية من وراء إقرارها للنصوص القانونية. وهي

^١ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٣٤) لسنة (١٣) قضائية "دستورية" جلسة ٢٠ يونيو ١٩٩٤ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

^٢ د. محمد فوزي نوبجي - المرجع السابق - ص ١٣١.

^٣ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١١) لسنة (١٣) قضائية "دستورية" جلسة ٨ يوليو ٢٠٠٠ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

مقاصد لا يجوز توهمها أو افتراضها كي لا تحمل هذه النصوص على غير المعنى المقصود منها ابتداءً، بل مناطقها ما تغياه المشرع حقاً من صياغتها"^١.

وأكدت المحكمة في حكم آخر لها أن: "إن تفسير النصوص ينبغي أن يكون في حدود النص، وما يتضمنه من معان مرتبطة بالحكم المقصود منه، وإلا عد ذلك تجاوزاً لحدود التفسير، والانتقال إلى مرحلة وضع نصوص جديدة، لا مجرد تفسيرها، وهو ما يعتبر خروجاً على دور القضاء، وهو تطبيق القاعدة القانونية لا خلقها، ومن ثم لا يجوز تفسير النصوص بما يبتعد عن الغاية النهائية المقصودة منها، ولا أن ينظر إليها على أنها منعزلة عن بعضها، وإنما تتكامل في إطار العضوية التي تنظمها، من خلال التوفيق بين مجموع أحكامها"^٢.

ويظهر من اتجاه المحكمة الدستورية العليا المصرية والمحكمة الدستورية البحرينية بأنه جاء متفقاً مع كون التفسير يكشف عن إرادة المشرع ولا ينشئها، وإرادة المشرع قد تضمنها النص محل التفسير بعباراته وفحواه، والتفسير الذي يكشف عن هذه الإرادة بالبحث عنها في عبارات النص وفحواه، فالقاضي لا يضيف إلى إرادة المشرع، وإنما يقف دوره عند حد استجلاء هذه الإرادة من عبارات النص وفحواه"^٣.

وحسناً فعلت محكمتنا الدستورية بعدم اتباع نهج الأحكام التفسيرية المضيفة بشكل عام وفي رقابتها على الإغفال التشريعي بشكل خاص، وذلك باعتبار أن القاضي يظهر بالنسبة لهذه الأحكام كما لو كان هو المشرع، وبالتالي حوله محل المشرع، تاركاً وظيفته التقليدية باعتباره مشرعاً سلبياً ليصبح مشرعاً حقيقياً. إلا أن ذلك لا يمنع من استخدام القاضي الدستوري في إطار معالجته للإغفال التشريعي لتفسير النص موضوع الرقابة لتفادي الحكم بعدم دستوريته وليس لتكملة النص الذي أغفله المشرع.

^١ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (د/٥٠) لسنة (٣) قضائية جلسة ٢٦ مارس ٢٠٠٧ منشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٧٨٦) الخميس ٢٠٠٧/٤/١٢.

^٢ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (ح/١/٢٠١٠) لسنة (٦) قضائية جلسة ٢٩ فبراير ٢٠١٢ منشور في الجريدة الرسمية العدد (٣٠٤٢) الخميس ٢٠١٢/٣/٨.

^٣ د. عليوة مصطفى فتح الباب - الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات - الكتاب الثاني - صياغة وتفسير التشريعات - دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات - ٢٠١٢ - ص ٣٢٦.

الفرع الثاني: الأحكام القاضية بعدم الدستورية:

بداية نقول بأن الأثر القانوني المترتب على صدور الحكم القاضي بعدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه لصدوره معيباً بعيب الإغفال التشريعي ليس واحداً في جميع الأحوال^١.

إذ يتمثل هذا الحكم في أحد أمرين: أولهما، إما الحكم بإلغاء التشريع بأكمله، أو النص التشريعي موضوع الرقابة وكذلك ما لم يتضمنه النص التشريعي، إذا كان هناك ارتباط بينهما بحيث يكون النص الصريح موضوع الرقابة غير ذي أثر بدون النص التشريعي الضمني، وثانيهما، اقتصار الحكم على إلغاء النص التشريعي الضمني (الإلغاء الجزئي) دون النص الصريح موضوع الرقابة، إذا كان من الإمكان الفصل بينهما^٢، وفي الحالة الأخير، قد تتولى المحكمة تصحيحه بتعليق تطبيقه على شروط تكفل دستوريته^٣.

ويلجأ القاضي الدستوري لإلغاء التشريع أو النص التشريعي بأكمله، أي سواء فيما تضمنه أو لم يتضمنه، في حالة ارتباطها ارتباطاً لا يقبل التجزئة.

مثال ذلك، حكم المحكمة الدستورية البحرينية بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم (٨) لسنة ١٩٧٠ بشأن إستملاك الأراضي للمنفعة العامة برمته لمخالفته نص الفقرة (ج) من المادة التاسعة من الدستور، الذي انتهت فيه إلى أن: "وإذ كان ذلك وكانت نصوص المرسوم بقانون المطعون فيه -على نحو ما أوردتها المحكمة سلفاً- قد جاءت مرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً لا يقبل الفصل أو التجزئة، فإن عدم بيانها حالات المنفعة العامة يستتبع بحكم هذا الارتباط إبطال جميع نصوص القانون المطعون فيه مما يستوجب الحكم بعدم دستوريته برمته^٤.

^١ د. جابر محمد حجي - المرجع السابق - ص ٤١٠.

^٢ د. عبدالحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق - ص ١٥٨.

^٣ د. محمد عماد النجار - المرجع السابق.

^٤ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (٥٥/٢/د) لسنة (٣) قضائية جلسة ٢٦ مارس ٢٠٠٧ منشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٧٨٦) الخميس ١٢/٤/٢٠٠٧.

كما يلجأ القاضي الدستوري إلى إلغاء النص التشريعي الضمني غير الدستوري (الإلغاء الجزئي) كأحد الحلول الأولية في معالجة الإغفال التشريعي، عندما يكون أحد النصوص التشريعية المطعون على دستوريته يتوافق مع نصوص الدستور في معظم جوانبه، بينما يخالفها في جانب أو أكثر وأن هذه المخالفة مرجعها إغفال المشرع تناول أحد جوانب الموضوع بالتنظيم، فلا تقضي بعدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه الذي لحق به عيب الإغفال وإنما بما أغفل النص عليه^١، ومن ثم يتعين التدخل بتعديل تشريعي لتدارك الإغفال التشريعي.

ولاشك أن لجوء القاضي الدستوري إلى الإلغاء الجزئي للنص التشريعي فيما لم يتضمنه أي أن يقتصر الحكم على إلغاء النص التشريعي الضمني غير الدستوري فقط دون النص الصريح موضوع الرقابة إنما يعد -في تقديرنا- كما سبق وأن بينا من الضوابط التي وضعها القاضي الدستوري بمناسبة رقابته على الإغفال التشريعي، ويدل على حرص القاضي الدستوري على الموازنة بين حماية المشرع وسلطته التقديرية وبين حماية الدستور.

فإذا ما رجعنا إلى أحكام المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية العليا المصرية والمحكمة الدستورية البحرينية -القضاء الدستوري محل الدراسة- سوف نجد أنهم جميعاً اختاروا هذه الوسيلة -الإلغاء الجزئي- لمعالجة الإغفال التشريعي، وقد سبق لنا الإشارة إلى هذه الأحكام، ونكتفي هنا بتناول بعض هذه الأحكام منعاً للتكرار، ومنها قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر بشأن القانون المتعلق بالنظام القانوني للصحافة الذي انتهى فيه إلى عدم التطابق الجزئي مع الدستور لعدم تحديد المشرع للمسئول عن الجرائم الصحفية بصورة كافية بالمخالفة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات^٢.

وحكم المحكمة الدستورية العليا المصرية بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة (٢٦) من قانون تنظيم هيئة قضايا الدولة الصادر بالقانون رقم (٧٥) لسنة ١٩٦٣ لإغفالها النص على ما يوجب سماع أقوال العضو المحال إلى التحقيق، وانتهت في حكمها إلى: "عدم دستورية نص

^١ د. جابر محمد حجي - المرجع السابق - ص ٣٩٨، وذات المعنى: د. محمد عماد النجار - المرجع السابق.

^٢ Décision du conseil constitutionnel No. 86-210 du 29 juillet 1986 -الموقع الرسمي للمجلس الدستوري-

الفقرة الثالثة من المادة (٢٦) من القانون المشار إليه، وذلك فيما لم يتضمنه من وجوب سماع أقوال العضو في مرحلة التحقيق"^١.

وحكم المحكمة الدستورية البحرينية بعدم مطابقة نص الفقرة (ب) من المادة (٢٣) من مشروع قانون بإنشاء غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية للدستور وذلك فيما لم يتضمنه من تقرير حق أحد الأطراف في التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم هيئة تسوية النزاع^٢.

ولكن قد يلجأ القاضي الدستوري في معالجته للإغفال التشريعي، بالإلغاء الجزئي للنص التشريعي فيما لم يتضمنه من حكم كان يتعين أن يتضمنه، ويتولى كذلك تصحيحه بتعليق تطبيقه على شروط تكفل دستوريته.

تفصيل ذلك، إذا عينت المحكمة شروطاً محددة وقابلة للتطبيق بذاتها دون تدخل تشريعي فيكون المشرع غير مطالب بالضرورة بتصحيح النصوص المقضي فيها بعدم دستوريته أو بإيراد موضع الإغفال في النص التشريعي، إذ يترتب على القضاء بعدم دستورية الإغفال أن تكون جميع سلطات الدولة مواجهة بوضع قانوني حاصله اندماج الشروط التي تعلق عليها النص المقضي فيه في النص التشريعي وإتحادها معه، ولهذا فإن هو أراد التحلل من هذه الشروط فليس له إلا إلغاء النص التشريعي فتسقط بهذا الإلغاء الشروط التي وضعتها المحكمة تبعاً لذلك^٣.

وفي رأينا يرجع ذلك إلى أن بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة بعدم دستورية الإغفال التشريعي يمكن إعمال مقتضاها دون الحاجة إلى تدخل المشرع وذلك عندما تكون المحكمة قد حددت موضع هذا الإغفال وعالجته بقدر من الوضوح فيكون على الكافة تطبيق هذا النص بعد أن صححته المحكمة واستكملته فصار مشتملاً على القاعدة القانونية التي ارتأت المحكمة أن المشرع قد أغفلها.

^١ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٦٢) لسنة (١٩) قضائية "دستورية" جلسة ٧ مارس ١٩٩٨ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

^٢ حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (١٠٩/١/م.أ) لسنة (٧) قضائية جلسة ٢٥ يونيو ٢٠٠٩ منشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٩٠١) الخميس ٢٥/٦/٢٠٠٩.

^٣ د. محمد عماد النجار - المرجع السابق.

مثال ذلك، حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة (٢٦) من قانون تنظيم هيئة قضايا الدولة الصادر بالقانون رقم (٧٥) لسنة ١٩٦٣ المشار إليه سلفاً وذلك فيما لم تتضمنه من وجوب سماع أقوال العضو المحال في مرحلة التحقيق^١، ويترتب على هذا الحكم أن يصبح الشرط الذي قضت به المحكمة والمتعلق بسماع أقوال العضو المحقق معه جزء من النص سواء بسواء.

وبعبارة أخرى، أن القضاء بعدم دستورية الإغفال التشريعي هو قضاء غايته التصحيح، بمعنى أن المحكمة لا ترغب في بتر النص المعروض عليها، رغم عدم دستوريته لإغفاله النص على موجبات دستوريته، وإنما هي تقصد إلى إعمال النص مصحوباً بمقتضيات تصحيحه ومعلقاً على ذلك. بيد أن المحكمة في سبيلها لهذه الغاية تلجأ إلى آلية عدم الدستورية، فهي تقضي بعدم دستورية النص فيما تضمنه من إغفال، ويؤدي هذا القضاء أن يصبح النص في حقيقته غير دستوري ما لم يتم إعمال الشروط المعلق عليها، ومن هنا فإن محصلة هذا القضاء تنحل إلى العناصر الآتية^٢:

أولاً: أن النص التشريعي يكون مقضياً بعدم دستوريته إلا أن هذا القضاء معلق على شروط وضعها القضاء الدستوري تضمن تجاوز مواضع عواره وتصحيحه دستورياً، ومن هنا فتتصرف حجيته إلى استبعاد إعمال النص بمعزل عن شروط تصحيحه. وتطبيقاً لذلك يتعين على جميع سلطات الدولة ألا تطبق هذا النص غير الدستوري إلا إذا تحققت من استيفاء الشروط التي تكفل زوال أسباب عدم دستوريته. وعلى هذا فإن حجية القضاء بعدم دستورية ما لم يتضمنه النص تتصرف إلى تعليق أمر دستوريته على استيفاء موجب عدم الدستورية المقضي به.

ثانياً: أن امتناع إحدى سلطات الدولة عن إنفاذ الشرط المعلق عليه دستورية النص التشريعي، يترتب عليه ذات الآثار القانونية المترتبة على الامتناع عن تطبيق أحكام القضاء الدستوري، كما يجيز للقضاء نفسه النظر لكل امتناع على اعتبار أنه عقبة مادية تستنهض ولايته المتعلقة بتنفيذ أحكام هذه القضاء.

^١ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٦٢) لسنة (١٩) قضائية "دستورية" جلسة ٧ مارس ١٩٩٨ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

^٢ د. محمد عماد النجار - المرجع السابق.

ثالثاً: أن القضاء الدستوري إذا عين شروطاً محددة وقابلة للتطبيق بذاتها دون تدخل تشريعي فيكون المشرع غير مطالب بالضرورة بتصحيح النصوص المقضي فيها أو بإيراد موضع الإغفال في النص التشريعي، إذ يترتب على القضاء بعدم دستورية الإغفال أن تكون جميع سلطات الدولة مواجهة بوضع قانوني حاصله اندماج الشروط التي تعلق عليها النص المقضي فيه في النص التشريعي وإتحادها معه، ولهذا فإن هو أراد التحلل من هذه الشروط فليس له إلا إلغاء النص التشريعي فتسقط بهذا الإلغاء الشروط التي وضعها القضاء تبعاً لذلك.

وقد يحدث أن يقضي القضاء الدستوري بعدم دستورية نص لما أغفله من شروط يرى جوهريتها، إلا أنه يكفي بتعيينها تعييناً نوعياً عاماً دون أن يحدد حقيقتها في الحكم، كما لو قضى بعدم دستورية النص لعدم وضعه قيوداً موضوعية على تطبيق حكم أورده دون أن يحدد هذه القيود أو الضوابط، مثال ذلك قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية بعدم دستورية نظام التحري عن القيمة الحقيقية للأراضي الزراعية الكائنة في ضواحي المدن وتحصيل رسم عن الزيادة التي تظهر في هذه القيمة الذي يجريه قلم الكتاب وذلك لعدم تضمين النص الضوابط والأسس الموضوعية لتطبيق هذا النظام^١. فهنا لم يبين الحكم هذه الضوابط والأسس الموضوعية لنظام التحري الأمر الذي يستلزم تدخل تشريعي يبين تفاصيلها وأحكامها.

وتتمتع أحكام القضاء الدستوري بحجية مطلقة في مواجهة كافة وجميع سلطات الدولة، سواء منهم من كان طرفاً في الحكم أو من لم يكن طرفاً فيه^٢، ويكون للحكم بعدم الدستورية أثر مباشر ما لم تحدد المحكمة لذلك تاريخاً لاحقاً، والحكمة من ذلك هي المحافظة على المراكز القانونية المكتسبة واستقرارها وعدم تعريضها للزعزعة وعدم الاستقرار، تحقيقاً للموازنة بين متطلبات الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المراكز القانونية في المجتمع والحفاظ على أمنه اجتماعياً واقتصادياً^٣، ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لتاريخ نشر الحكم، ومقتضى ذلك أن بطلان النص المخالف للدستور يتم من هذا التاريخ اللاحق

^١ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٣٠٨) لسنة (٢٤) قضائية "دستورية" جلسة ١١ يونيو ٢٠٠٦ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

^٢ د. سامي جمال الدين - القانون الدستوري والشرعية الدستورية - المرجع السابق - ص ٣٣٦، د. عزيزة الشريف - دراسة في الرقابة على دستورية التشريع - المرجع السابق - ص ٢٣١.

^٣ المستشار محمد رأفت برغش - نبذة تعريفية عن المحكمة الدستورية في مملكة البحرين - مجلة دراسات دستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية بمملكة البحرين - العدد الصفري - المجلد الأول - يناير ٢٠١٣ - ص ٢٠.

للحكم، ومع ذلك فإنه استثناء من القاعدة العامة التي أخذ بها القانون بشأن الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية قرر بالنسبة للنصوص الجنائية أن يبطل العمل بالنص الجنائي سواء كان عقابياً أو متعلقاً بالإجراءات من التاريخ آنف الذكر على أن تعتبر الأحكام الصادرة بالإدانة استناداً إلى النص الباطل دستورياً كأن لم تكن^١.

وفي تقديرنا تعد هذه الوسيلة -الأحكام القضائية ببطلان النص الضمني غير الدستوري- أفضل صورة أو وسيلة لمعالجة الإغفال التشريعي، لأنها تتفق مع وظيفة القاضي الدستوري من ناحية، وأنها تحافظ -وبحق- على توازن العلاقة بينه وبين السلطة التشريعية من ناحية ثانية، كما أنها لا تمس السلطة التقديرية للمشرع، وأخيراً أنها تعادل تماماً الرقابة على النصوص الصريحة.

ونخلص مما تقدم، أن القاضي الدستوري يلجأ في معالجة الإغفال التشريعي إلى الأحكام القضائية بعدم الدستورية، وذلك أما بإلغاء التشريع برمته أو النص التشريعي محل الرقابة، وأما أن يقتصر بإلغاء النص التشريعي الضمني فقط دون النص الصريح موضوع الرقابة، أو لا يكتفي بذلك إنما يصححه بتعليق تطبيقه على شروط تكفل دستوريته.

^١ د. عزيزة الشريف - دراسة في الرقابة على دستورية التشريع - المرجع السابق - ص ٢٩٧-٢٩٨.

الخاتمة

تناولنا في هذه الدراسة، الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، فاستعرضنا في الفصل الأول، ماهية الإغفال التشريعي، وذلك من خلال بيان مفهوم الإغفال التشريعي، وتمييزه عن غيره من المصطلحات القريبة منه، وطبيعة القاعدة القانونية التي ينشئها الإغفال التشريعي بالمخالفة للدستور.

وتناولنا في الفصل الثاني، أساس الرقابة على الإغفال التشريعي وموقف الفقه منها، من خلال بيان الخلاف الفقهي بشأن رقابة الإغفال التشريعي، وأساس الرقابة عليه وهو حماية سمو الدستور من جانب، وحماية الحقوق والحريات العامة من جانب آخر.

أما الفصل الثالث، فحاولنا فيه بيان موقف القضاء من الرقابة على الإغفال التشريعي وضوابطها ونتائجها، وذلك من حيث بيان الإغفال التشريعي في القضاء الدستوري في فرنسا ومصر، والإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية في البحرين، ومن ثم تناولنا ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي ونتائجها.

ونخلص من دراسة الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، إلى جملة من النتائج والتوصيات، نجملها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

(١) يمكن أن نعرّف الإغفال التشريعي بأنه قيام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات الواردة 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 ومخالفة أحد أو بعض نصوص الدستور.

(٢) من الأهمية بمكان التمييز بين الإغفال التشريعي والإغفال الكلي، فرغم أن كليهما يرد على التزام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات الواردة بالدستور، إلا أن الإغفال التشريعي يكون فيه المشرع قد تناول الموضوع محل التنظيم بصورة قاصرة، أما الإغفال الكلي

أو ما يسمى بالسكوت التشريعي فلا يتناول المشرع أحد الموضوعات الدستورية بالتنظيم من الأساس على الرغم من التزامه دستورياً بذلك، ذلك أن تقرير الحاجة إلى التشريع ومن ثم التدخل لتنظيم الموضوع محل التشريع، أو عدم الحاجة إليه ومن ثم عدم التدخل أي السكوت يعد أهم خصائص السلطة التقديرية للمشرع، ومن ثم فإن السكوت عن تنظيم موضوع من الموضوعات الدستورية لا يعد من قبيل الإغفال التشريعي إذ لا توجد صلة بين الحاجة إلى التشريع وبين دستوريته.

(٣) يجب التمييز بين الإغفال التشريعي وعدم الاختصاص السلبي للمشرع، وعدم الخلط بينهما أو جمعهما في صورة واحدة، ذلك أن عدم الاختصاص السلبي للمشرع يأتي عندما يتنازل المشرع عن اختصاصه التشريعي في تنظيم أحد الموضوعات الدستورية إلى سلطة أخرى لممارسة هذا الاختصاص الموكول إليه وفقاً لنصوص الدستور، وهذا أمر مغاير تماماً لفكرة الإغفال التشريعي الذي يباشر المشرع فيه اختصاصه الدستوري في تنظيم أحد الموضوعات لكن يأتي تنظيمه قاصراً وغير مكتمل الجوانب.

(٤) انقسم الفقه الدستوري بشأن الرقابة على الإغفال التشريعي إلى اتجاهين، يرى الأول أنه لا يمكن أن ينسب للمشرع قواعد قانونية لم يسنها صراحة وبالتالي رفض رقابة الإغفال التشريعي باعتبار أن الرقابة يجب أن ترد على قواعد قانونية صريحة. ويذهب الاتجاه الثاني الغالب إلى إخضاع الإغفال التشريعي لرقابة القضاء الدستوري على سند من أن القاعدة القانونية التي تخضع للرقابة لا يشترط أن تكون قاعدة صريحة بل قد تكون قاعدة ضمنية، وإعلاء لسمو وعلو الدستور على ما عداها من قواعد داخل الدولة سواء أكانت صريحة أو ضمنية.

(٥) يفرض سمو الدستور على المشرع التزامات إيجابية بالتشريع لحماية موضوعات دستورية وذلك بأن يكون تنظيمه لها تنظيمياً كاملاً غير منقوص أو قاصر عن أن يحيط بها من كافة جوانبها مما يؤدي إلى الإخلال بالضمانات الدستورية لها.

(٦) تفرض حماية الحقوق والحريات على المشرع عندما يتدخل لتنظيم الحقوق والحريات ألا يتدخل ليفعلها فحسب بل عليه أن ينظمها تنظيمياً متكامل الجوانب مفعلاً لكافة الضمانات الدستورية لها ألا يغفل جانباً من جوانبها لا يكتمل التنظيم إلا به.

(٧) تبني القضاء الدستوري الرقابة على الإغفال التشريعي في الأنظمة القانونية محل الدراسة في فرنسا ومصر والبحرين التي لم تكن مؤكدة بنصوص دستورية أو تشريعية وإنما تبني القضاء الدستوري لها جاء استناداً إلى علو وسمو الدستور وإلى حماية الحقوق والحريات.

(٨) اعتنق المجلس الدستوري الفرنسي رقابة الإغفال التشريعي من خلال استخدام عبارات تدل على أن التنظيم غير الكافي أو القاصر يعد إغفالاً تشريعياً خاضعاً للرقابة الدستورية، واتسمت سياسة المجلس الدستوري بالتوسع، حيث لم يقصر هذه الرقابة على الحالة التي يكون فيها الإغفال التشريعي مخالفاً لنص دستوري بطريق مباشر، وإنما مد رقابته على الحالات التي يكون فيها الإغفال التشريعي مخالفاً لنص تشريعي سابق بشكل مباشر ونص دستوري بشكل غير مباشر، لا سيما وأن النص يتعلق بالحقوق والحريات، تأسيساً على الأساس العام الوارد في كافة الدساتير وهو أن المشرع هو الذي يجب عليه أن يكفل حماية الحقوق والحريات كما وردت بالدستور.

(٩) تبنت المحكمة الدستورية العليا في مصر الرقابة على الإغفال التشريعي، وأكدت في أحكامها على كونه عيباً دستورياً يستوجب القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه فيما تضمنه من إغفال، واستخدمت في أحكامها العديد من المصطلحات والعبارات التي تدل على ذلك، فقد استخدمت إلى جانب مصطلح الإغفال، عبارات التنظيم القاصر وفيما تضمنه النص من حكم قاصر أو فيما لم يتضمنه من حكم كان يتعين أن يتضمنه.

(١٠) تعرضت المحكمة الدستورية البحرينية للإغفال التشريعي وباشرت رقابتها رغم أنها لم تستخدم اصطلاح الإغفال التشريعي صراحة إلا أنها استخدمت عدة عبارات تقودنا إلى القول بإعمال رقابتها عليه، ومنها فيما لم يتضمنه النص من حكم أو خلا النص من حكم كان يتعين أن يتضمنه، أو النص لم يحدده أو لم يبينه، أو نظم هذا الحق على نحو يؤدي إلى انتقاصه، مؤكدة أن الإغفال التشريعي يشكل مخالفة للدستور سواء تمثل هذا الإغفال فيما لم يتضمنه النص المطعون فيه من حكم أو فيما تضمنه من انتقاص لحقوق وحريات الأفراد وإخلال بمبدأ المساواة.

(١١) يمارس القاضي الدستوري رقابته على الإغفال التشريعي، من خلال إعمال الرقابة السابقة على مشروعات القوانين فيراقب دستورية إغفال المشرع لنص ما في المشروع

يمس الضمانات التي أكدها الدستور، ودوره في هذا الشأن لا يختلف عن دوره في الرقابة اللاحقة.

(١٢) تشمل رقابة الإغفال التشريعي كافة أنواع التشريعات، سواء (القوانين) العادية أو اللوائح، كما أنها تشمل كافة فروع القانون بقسميه العام والخاص، وذلك كما هو الحال في تناولها لعدم الدستورية في غير حالات الإغفال التشريعي.

(١٣) تعرض القضاء الدستوري في مصر والبحرين للإغفال التشريعي الضمني وبسط رقابته عليه، وذلك عندما يتعرض لما يعد إغفالاً تشريعياً بالمعنى الاصطلاحي إلا أنه لم يشر صراحة في أسباب الحكم إلى إغفال المشرع ولم يقض في منطوق الحكم بعدم دستورية النص فيما لم يتضمنه من قاعدة من المستوجب أن يتضمنها -الإغفال التشريعي- وإنما قضى بعدم دستورية النص فيما ارتأى من أن النص تضمنه صراحة.

(١٤) يحيط القاضي الدستوري بموضوع الرقابة على الإغفال التشريعي مجموعة من الضوابط حتى لا تتحول هذه الرقابة إلى سيف مسلط على تقدير السلطة التشريعية من حيث اختيار الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية المبررة للتشريع. ويأتي في مقدمة هذه الضوابط أن يكون هناك ارتباط بين النص التشريعي الضمني غير الدستوري وبين نص دستوري، ورأينا أنه من الممكن أن يكون الإغفال التشريعي مرتبطاً بنص دستوري بطريق غير مباشر وبنص تشريعي بطريق مباشر، لاسيما إذا كان هذا النص يتعلق بأحد الحقوق والحريات العامة. كما أن من ضوابط هذه الرقابة عدم امتدادها إلى حالة السكوت أو الإغفال الكلي للتشريع، هذا في تقديرنا عين الصواب لأن الرقابة على هذا النوع من الإغفال يعد تدخلاً مباشراً في وظيفة المشرع وفي أخص مظاهر سلطته التقديرية.

(١٥) تباينت طرق معالجة القاضي الدستوري للإغفال التشريعي في الأنظمة محل الدراسة، إذ يعالج القاضي الدستوري الإغفال التشريعي، بإحدى الصور الثلاث، الأولى، الحكم بإلغاء النص التشريعي أو التشريع موضوع الرقابة وكذلك ما لم يتضمنه النص التشريعي، إذا كان هناك ارتباط بينهما بحيث يكون النص الصريح أو النصوص موضوع الرقابة غير ذي أثر بدون النص التشريعي الضمني، والثانية، اقتصار الحكم على إلغاء النص التشريعي الضمني دون النص الصريح موضوع الرقابة، إذا كان من الإمكان الفصل بينهما. أما الثالثة، قد يلجأ القاضي الدستوري في فرنسا في مجال رقابته على الإغفال ومعالجته باستخدام الأحكام

التفسيرية المضيفة من خلال تفسير النص التشريعي الخاضع للرقابة مع إضافة ما أغفل عنه
المشرع حتى يكون النص موضوع الرقابة مطابقاً للدستور.

ثانياً: التوصيات:

(١) نظراً لما تمثله الرقابة على دستورية القوانين واللوائح من أهمية، نرى من الأهمية
بمكان توسيع نطاق الرقابة الدستورية، لتشمل رقابة الإغفال التشريعي على نحو أكثر صراحة،
وأكثر تطبيقاً في الموضوعات الواردة في الدستور لاسيما موضوع الحقوق والحريات العامة،
وذلك نظراً لمرونة النصوص الدستورية، واتساع سلطة المشرع التقديرية، مما يستلزم توسيع
المحكمة الدستورية البحرينية لسلطانها الرقابية على التشريعات سواء فيما تضمنته بنصوص
صريحة أو ضمنية.

(٢) نهيب بالمحكمة الدستورية البحرينية التي أعملت رقابتها على الإغفال التشريعي
للحكم بعدم دستورية بعض النصوص التشريعية وذلك إعلاء لسمو الدستور وحماية للحقوق
والحريات العامة، أن تستخدم مصطلح "الإغفال التشريعي" صراحة باعتباره عيباً من العيوب
الدستورية التي توصم التشريعات بعدم الدستورية.

(٣) نأمل من المشرع عند تنظيمه للحقوق والحريات أن ينظمها على النحو الذي
يدعم من فعالية هذه الحقوق والحريات، وكذلك الأمر عند تعديل المشرع للتشريعات المنظمة
لها، وعدم مخالفتها لأحكام الدستور والقيود والضوابط الدستورية بشأن تنظيم الحقوق والحريات
وأهمها القيد العام المنصوص عليه بالمادة (٣١) من الدستور البحريني وهو ألا يمس التنظيم
بأصل أو جوهر الحق أو ينتقص منه، أن يكون هذا التعديل بهدف منح الحق أو الحرية مزيداً
من الضمانات لممارستها، فلا يملك المشرع عند تعديله لها أن ينتقص من الضمانات التي
كانت موجودة وقائمة بموجب التشريع قبل تعديله.

(٤) نهيب بالمحكمة الدستورية البحرينية بأن تتجه ذات الاتجاه الذي سلكه المجلس
الدستوري الفرنسي بشأن رقابته 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، أن

تستعين المحكمة بالقواعد الدولية الخاصة بالحقوق والحريات العامة، وبمبادئ الشريعة الإسلامية للتعرف على ما تناولته بصدد تنظيمها لنفس الحق أو الحرية.

(٥) أهمية 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 وذلك حينما يغفل المشرع جانب أو أكثر من جوانبه من ناحية، ومن ناحية أخرى يؤدي إلى الإخلال بقيود وضمانات أوجب الدستور على المشرع مراعاتها واحترامها، ومن ثم العيب في الصياغة أدى إلى وجود إغفال تشريعي مخالف للدستور.

(٦) ندعم سياسة المحكمة الدستورية البحرينية بشأن معالجة الإغفال التشريعي، ونوصي بالاستمرار فيها، وذلك باتباع أسلوب الإلغاء الجزئي أي أن يقتصر الحكم على إلغاء النص التشريعي الضمني غير الدستوري فقط دون النص الصريح موضوع الرقابة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، عدم اتباع نهج الأحكام التفسيرية المضيفة بشكل عام وفي رقابتها على الإغفال التشريعي بشكل خاص، إلا أن ذلك لا يمنع من استخدام القاضي الدستوري في إطار معالجته للإغفال التشريعي لتفسير النص موضوع الرقابة لتفادي الحكم بعدم دستوريته وليس لتكملة النص الذي أغفله المشرع. وهذه السياسة لمحكمة الدستورية تدل على حرصها على الموازنة بين حماية المشرع وسلطته التقديرية وبين حماية الدستور.

(٧) نوصي المحكمة الدستورية البحرينية بالاستمرار في سياستها بعدم مد رقابتها على الإغفال الكلي أو السكوت التشريعي، وهذا في تقديرنا عين الصواب لأن الرقابة على هذا النوع من الإغفال يعد تدخلاً مباشراً في وظيفة المشرع وفي أخص مظاهر سلطته التقديرية، إذ لا يتصور إذا ما سكت المشرع عن التشريع أن يكون مسلك المشرع غير دستوري، ولكن إذا تدخل المشرع لتنظيم أحد الموضوعات الدستورية أو تفعيلها فإن مسلكه هذا يخضع لرقابة القاضي الدستوري من حيث اتفاق التنظيم الذي وضعه صراحة ونصوص الدستور.

وقد أتاحَت هذه الدراسة إلقاء مزيد من الضوء على الدور البناء للمحكمة الدستورية في الرقابة على دستورية القوانين، لا سيما إذا كان موضوع هذه الرقابة يتعلق بالحقوق والحريات العامة المقررة للأفراد، وذلك من خلال تفسيرها البناء للنصوص المنظمة للرقابة على دستورية القوانين ابتداءً من تفسيرها الواسع لمفهوم القانون الخاضع للرقابة، ونهايةً بكيفية تنفيذ حكمها الصادر بعدم دستورية النص التشريعي. ويعد موضوع الدراسة استكمالاً لهذا الدور البناء، حيث إنها لم تقف عن حرفية النصوص التشريعية التي تنظم الرقابة على دستورية القوانين، متبينة الرقابة على الإغفال التشريعي باعتبارها إحدى النتائج الأساسية المترتبة على وجود دستور جامد يسمو على كافة القوانين ولا يسمى عليه، يعلو على كافة القوانين ولا يعلى عليه.

وتمت بحمد الله،

الباحثة

قائمة المراجع

أولاً: المعاجم:

- معجم اللغة العربية المعاصر، الموقع الإلكتروني المعاني
<http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar>

ثانياً: المراجع العربية:

١ - المراجع العامة:

- إبراهيم درويش:
القانون الدستوري (النظرية العامة) - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية -
٢٠٠٠.

- إبراهيم عبدالعزيز شيجا:
المبادئ الدستورية العامة - منشأة المعارف بالاسكندرية - ٢٠٠٦.

- أحمد فتحي سرور:
القانون الجنائي الدستوري - دار الشروق - الطبعة الثالثة - ٢٠٠٤.

- أحمد الموافي:
مبادئ القانون الدستوري الكويتي - مصر للخدمات العلمية - ٢٠٠٤.

- أدمون رباط:
الوسيط في القانون الدستوري العام - الجزء الثاني - دار العلم للملايين -
بيروت - ١٩٧١.

- إسماعيل الغزال:
القانون الدستوري والنظم السياسية - الطبعة الرابعة مزيده ومنقحة - المؤسسة
الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - ١٩٨٩.
- جورجى شفيق ساري:
أصول وأحكام القانون الدستوري - الطبعة الرابعة - دار النهضة العربية -
٢٠٠٢/٢٠٠٣.
- رمزي الشاعر:
النظرية العامة للقانون الدستوري - جامعة الكويت - ١٩٧٢.
- سامي جمال الدين:
القانون الدستوري والشرعية الدستورية - الطبعة الثانية - منشأة المعارف
بالإسكندرية - ٢٠٠٥.
- سعاد الشرقاوي:
النظم السياسية في العالم المعاصر تحديات وتحولات - دار النهضة العربية -
٢٠٠٢.
- عبدالغني بسيوني عبدالله:
النظم السياسية والقانون الدستوري - الدار الجامعية - ١٩٩٢.
- عيد أحمد الغفلول:
القانون الدستوري (المبادئ الدستورية العامة- النظام الدستوري لجمهورية مصر
العربية) - دار النهضة العربية - ٢٠٠٩.

- **فتحي فكري:**
القانون الدستوري (المبادئ الدستورية العامة - دستور ١٩٧١) - الكتاب الأول:
المبادئ الدستورية العامة - طبعة مزيده ومنقحة - شركة ناس للطباعة -
٢٠٠٢.
- **محمد حسنين عبدالعال:**
القانون الدستوري - دار النهضة العربية - ١٩٩٢.
- **محمد حسين عبدالعال:**
المدخل لدراسة القانون البحريني - الطبعة الرابعة - جامعة البحرين - ٢٠١١.
- **محمد عبدالعال السناري:**
النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة - دراسة مقارنة -
بدون دار نشر وسنة نشر.
- **محمد المشهداني و مروان المدرس:**
القانون الدستوري مع مقدمة في النظرية العامة للدستور - الطبعة الأولى -
جامعة البحرين - ٢٠٠٩.
- **محمد يوسف علوان:**
حقوق الإنسان في ضوء القوانين الوطنية والمواثيق الدولية - الطبعة الأولى -
كلية الحقوق - جامعة الكويت - ١٩٨٩.
- **نعمان أحمد الخطيب:**
مبادئ القانون الدستوري - منشورات جامعة مؤتة - ١٩٩٣.
- **يحي الجمل:**
النظام الدستوري في الكويت مع مقدمة في دراسة المبادئ الدستورية العامة -
مطبوعات جامعة الكويت - ١٩٧٠/١٩٧١.

٢ - المراجع المتخصصة:

- إحسان المفرجي:
القضاء الدستوري وتجربته في مملكة البحرين - جامعة البحرين - ٢٠١٠.
- أحمد فتحي سرور:
الحماية الدستورية للحقوق والحريات - الطبعة الأولى - دار الشروق - ١٩٩٩.
- ثروت عبدالعال أحمد:
- الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٨.
- حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية - دار النهضة العربية - ١٩٩٩.
- السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا - دار النهضة العربية - ٢٠٠٤.
- رمزي الشاعر:
القضاء الدستوري في مملكة البحرين - دراسة مقارنة - ٢٠٠٣.
- سامي جمال الدين:
الدعوى الإدارية (دعوى إلغاء القرارات الإدارية - دعوى التسوية) - الطبعة الثانية - منشأة المعارف - ٢٠٠٣.
- سالم محمد الكواري:
المحكمة الدستورية في مملكة البحرين - الطبعة الأولى - ٢٠٠٤.

- سري محمود صيام:
صناعة التشريع، الكتاب الأول: المعايير الحاكمة للتشريع وقواعد الصياغة التشريعية والمواءمة الوطنية مع المعايير الدولية للقانون الدولي الإنساني ومكافحة الفساد والاتجار بالبشر وحماية البيئة - دار النهضة العربية - ٢٠١٥.
- سلمان عيسى سيادي:
حجية وآثار حكم المحكمة الدستورية بمملكة البحرين - الطبعة الأولى - ٢٠١١.
- سليمان محمد الطماوي:
القضاء الإداري - الكتاب الأول - قضاء الإلغاء - الطبعة السابعة مزيدة ومنقحة - دار الفكر العربي - ٢٠١٣.
- صلاح الدين فوزي:
المجلس الدستوري الفرنسي - دار النهضة العربية - ١٩٩٢.
- عادل الطبطبائي:
- الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية - دراسة مقارنة - مجلس النشر العلمي ولجنة التأليف والتعريب والنشر - جامعة الكويت - ٢٠٠٠.
- المحكمة الدستورية الكويتية (تكوينها، اختصاصاتها، إجراءاتها) - دراسة تحليلية مقارنة - مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت - ٢٠٠٥.
- عبدالحفيظ علي الشيمي:
رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ٢٠٠٣.

- عبدالعزيز محمد سالماني:

- ضوابط وقيود الرقابة الدستورية (منهج المحكمة الدستورية العليا في رقابتها لدستورية القوانين واللوائح) - الطبعة الأولى - سعد سمك للطبوعات القانونية - ٢٠١١.

- أصول الحريات العامة في مملكة البحرين - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى - مركز البحرين للدراسات والبحوث - ٢٠٠٨.

- نظم الرقابة على دستورية القوانين - دراسة مقارنة - الطبعة الثانية - مزينة ومنقحة - دار الفكر الجامعي - ٢٠١٤.

- عبدالقادر الشبخلي:

- الصياغة القانونية - (تشريعاً-فقهاً- قضاءً-محاماة) - دار الثقافة للنشر والتوزيع - ٢٠١٤.

- عبدالمجيد إبراهيم سليم:

- السلطة التقديرية للمشرع - دراسة مقارنة - دار الجامعات الجديدة - ٢٠١٠.

- عزيزة الشريف:

- دراسة في الرقابة على دستورية التشريع - مطبوعات جامعة الكويت - ١٩٩٥.
القضاء الدستوري المصري - دار النهضة العربية - ١٩٩٠.

- عصمت عبدالمجيد بكر:

- مشكلات التشريع - دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة - دار الكتب العلمية - ٢٠١٤.

- عليوة مصطفى فتح الباب:

- الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات - الكتاب الثاني: صياغة وتفسير التشريعات - دار الكتب القانونية- دار شتات للنشر والبرمجيات - ٢٠١٢.

- عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية - مركز رينيه - جان ديبوى للقانون والتنمية - ٢٠٠٣.
- عيد أحمد الغفلول: - فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع - دراسة مقارنة - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - ٢٠٠٣.
- الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء أحكام القانون الدستوري ٧٢٤ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة - الطبعة الثانية منقحة - دار النهضة العربية - ٢٠١١.
- محمد رفعت عبدالوهاب: رقابة دستورية القوانين (المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية) - دار الجامعة الجديدة - ٢٠٠٨.
- محمد رفعت عبدالوهاب و حسين عثمان: القضاء الإداري - الفتح للطباعة والنشر - ١٩٩٧.
- محمد عبداللطيف: الحريات العامة - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى - جامعة الكويت - ١٩٩٥.
- محمد علي سويلم: بنیان الدستور المعاصر - دراسة مقارنة في ضوء الفقه والقضاء الدستوري - دار المطبوعات الجامعية - ٢٠١٤.
- محمد فؤاد عبدالباسط: ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية - منشأة المعارف بالإسكندرية - ٢٠٠٢.

- محمد فوزي نويجي:
التفسير المنشئ للقاضي الدستوري - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى - دار
النهضة العربية - ٢٠٠٨.
- محمد ماهر أبو العينين:
الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته - دراسة تطبيقية - الطبعة الأولى -
المركز القومي للإصدارات القانونية - ٢٠١٣.
- محمد محمد عبداللطيف:
القضاء الدستوري في فرنسا في خمس سنوات (١٩٩٩-٢٠٠٤) - دار النهضة
العربية - ٢٠٠٥.
- مدحت أحمد غنايم:
الاتجاهات الحديثة في رقابة دستورية القوانين في الأنظمة اللاتينية (مصر
وفرنسا) - الطبعة الأولى - المركز القومي للإصدارات القانونية - ٢٠١٤.
- مريم بنت حسن آل خليفة و عبدالكريم علوان:
ملتقى البحرين في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية - جامعة البحرين -
٢٠٠٧.
- مصطفى محمد عفيفي:
رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية - دراسة تحليلية مقارنة - الطبعة
الأولى - مكتبة سعيد رأفت - جامعة عين شمس - ١٩٩٠.
- منير عبدالمجيد:
أصول الرقابة على دستورية القوانين واللوائح - منشأة المعارف بالاسكندرية -
٢٠٠١.

- وهيب عياد سلامة:

أسلوب إصدار المحكمة الدستورية العليا لأحكامها - دار النهضة العربية -
١٩٩٢.

- يسري محمد العصار:

دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري - دراسة مقارنة - دار النهضة
العربية - ١٩٩٩.

- يوسف عيسى الهاشمي:

رقابة دستورية القوانين واللوائح وتطبيقها في مملكة البحرين والدول العربية
والأجنبية - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة - المكتب الجامعي الحديث -
٢٠١٥.

٣- الرسائل العلمية:

- جابر محمد حجي:

السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه -
جامعة القاهرة - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - ٢٠١٢.

- حنفي علي جبالي:

المسؤولية عن القوانين - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - ١٩٧٨.

- عبدالحفيظ علي الشيمي:

القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانونيين المصري والفرنسي -
رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - دار النهضة العربية - ٢٠٠١.

- عبدالعزيز محمد سالماني:
رقابة دستورية القوانين - رسالة دكتوراه - الطبعة الأولى - دار الفكر العربي -
١٩٩٥.

- عبدالمنعم إبراهيم شرف:
المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي - رسالة دكتوراه - جامعة
المنوفية - ٢٠٠١.

- عبير حسين السيد حسين:
دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع - دراسة مقارنة
- رسالة دكتوراه - جامعة بني سويف - دار النهضة العربية - ٢٠٠٩.

- هالة محمد طريح:
حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات العامة والضمانات
المقررة لممارستها - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - دار النهضة العربية -
٢٠١١.

٤ - البحوث والمقالات المنشورة في الدوريات العلمية:

- إبراهيم محمد حميدان:
مسيرة المحكمة الدستورية بمملكة البحرين في خمس سنوات - مجلة "الرقابة
الدستورية" التي يصدرها اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية - السنة
الأولى - العدد الأول - ديسمبر ٢٠٠٧.

- أحمد فتحي سرور:
مبدأ المساواة في القضاء الدستوري - مجلة "الدستورية" التي تصدرها المحكمة
الدستورية العليا المصرية - العدد الثاني - السنة الأولى - إبريل ٢٠٠٣.

- أحمد كمال أبو المجد:

دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر -
الجزء الأول - مجلة "الدستورية" التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا
المصرية - العدد الأول - السنة الأولى - يناير ٢٠٠٣.

- أشرف توفيق شمس الدين:

الضوابط الدستورية لنصوص التجريم والعقاب في قضاء المحكمة الدستورية
العليا - مجلة "الدستورية" التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا المصرية -
العدد (١٣) - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

- سامي جمال الدين:

الشريعة الإسلامية مصدر رسمي للقانون أم مصدر موضوعي للتشريع - قراءة
في نص المادة الثانية من الدستور - مجلة "الدستورية" التي تصدرها المحكمة
الدستورية العليا المصرية - العدد (٢٢) - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية
العليا.

- صبري محمد السنوسي:

أركان صحة التشريع - مجلة "القانونية" التي تصدرها هيئة التشريع والإفتاء
القانوني بمملكة البحرين - العدد الثاني - يونيو ٢٠١٤.

- عاطف سعدي:

مهارات استخدام اللغة القانونية في مجالي التشريع والإفتاء القانوني - مجلة
"القانونية" التي تصدرها هيئة التشريع والإفتاء القانوني بمملكة البحرين - العدد
الثالث - يناير ٢٠١٥.

- عبدالرزاق السنهوري:

مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية - مجلة
مجلس الدولة - السنة الثالثة - يناير ١٩٥٢ - أعيد طبعه بملحق خاص

بكتاب الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته للمستشار الدكتور محمد ماهر
أبو العينين - الكتاب الأول - الطبعة الأولى - المركز القومي للإصدارات
القانونية - ٢٠١٣.

- عبدالعزيز محمد سالماني:

- رقابة الإغفال في القضاء الدستوري - مجلة "الدستورية" التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا المصرية - العدد (١٥) - السنة الثامنة - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.
- رقابة الإغفال في القضاء الدستوري - مجلة "الرقابة الدستورية" التي يصدرها اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية - السنة الثانية - العدد الثاني - يناير ٢٠٠٩.
- الحق في المساواة - مجلة "الدستورية" التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا المصرية - العدد (١٤) - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.
- الرقابة السابقة في الدستور الجديد - مجلة "الدستورية" التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا المصرية - العدد (٢٣) - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

- علي إسماعيل مجاهد:

- تطبيقات مبدأ سيادة القانون والاستثناء الوارد عليه في الدستور البحريني - مجلة "القانونية" التي تصدرها هيئة التشريع والإفتاء القانوني بمملكة البحرين - العدد الثالث - يناير ٢٠١٥.

- مأمون سلامة:

- التشكيلات العصابية وجريمة الاتفاق الجنائي - تعليق على حكم المحكمة بعدم دستورية المادة (٤٨) عقوبات - مجلة "الدستورية" التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا المصرية - العدد الثاني - السنة الأولى - إبريل ٢٠٠٣.

- محمد رأفت برغش:

نبذة تعريفية عن المحكمة الدستورية في مملكة البحرين - مجلة دراسات
دستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية بمملكة البحرين - العدد الصفري -
المجلد الأول - يناير ٢٠١٣.

- محمد عماد النجار:

في القضاء بعدم دستورية الإغفال التشريعي "قضاء عدم الدستورية الشرطي" -
مجلة "الدستورية" التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا المصرية - العدد ١٧
- السنة الثامنة - إبريل ٢٠١٠ - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

- مروان محمد المدرس:

- الضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة في دستورية مملكة
البحرين - مجلة الحقوق التي تصدرها جامعة البحرين - العدد العاشر
- يوليو ٢٠٠٨.

- دور المحكمة الدستورية في مملكة البحرين في حماية الحقوق والحريات
العامة - مجلة دراسات دستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية
بمملكة البحرين - العدد الثالث - يوليو ٢٠١٤.

- مروان محمد المدرس و خليل محمد مصطفى:

حق الملكية الخاصة في نظام الاستملاك بين النصوص القانونية وأحكام
المحكمة الدستورية البحرينية - مجلة "القانونية" التي تصدرها هيئة التشريع
والإفتاء القانوني بمملكة البحرين - العدد الخامس - يناير ٢٠١٦.

- يسري محمد العصار:

الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة على الدستورية في فرنسا بمقتضى التعديل
الدستوري لعام ٢٠٠٨ - مجلة "الدستورية" التي تصدرها المحكمة الدستورية
العليا المصرية - العدد (١٦) - الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.

٥- التقارير وأوراق العمل:

- ورقة عمل بعنوان "إطالة على الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ضوء مبدأ الفصل بين السلطات" مقدمة من وفد جمهورية مصر العربية إلى المؤتمر العالمي الثاني حول العدالة الدستورية، ري دي جانيرو - البرازيل، ١٦-١٨ يناير ٢٠١١ ، منشورة بالموقع الإلكتروني:

www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/EGY_Supreme_Court_ARA.pdf

- قرارات المحاكم الدستورية وما عادلها من هيئات وتنفيذها في دول الاتحاد الأوروبي - مجلة "الرقابة الدستورية" التي يصدرها اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية - السنة الثالثة - العدد الثالث - ٢٠١٠.

- مروان محمد المدرس:

رقابة المحكمة الدستورية على الصياغة التشريعية في مملكة البحرين - ورقة عمل مقدمة في مؤتمر رؤى قانونية والذي عقدته كلية الحقوق في جامعة البحرين سنة ٢٠١٥.

ثالثاً: الدساتير والإعلانات:

- الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩.
- الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ وتعديله لعام ٢٠٠٨.
- الدستور المصري لعام ١٩٧١ المعدل عام ٢٠٠٥.
- الدستور المصري لعام ٢٠١٢.
- الدستور المصري لعام ٢٠١٤.
- الدستور البحريني المعدل لعام ٢٠٠٢.

رابعاً: أحكام القضاء الدستوري:

١ - قرارات المجلس الدستوري الفرنسي:

- الموقع الرسمي للمجلس الدستوري - الجمهورية الفرنسية
<http://www.conseil-constitutionnel.fr>

- الموقع الرسمي الفرنسي لنشر القانون عبر الشبكة الإلكترونية - الجمهورية الفرنسية
<http://www.legifrance.gouv.fr>

٢ - أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية:

- الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا - جمهورية مصر العربية
<http://hccourt.gov.eg/pages/elmglaacourt>

٣ - أحكام المحكمة الدستورية البحرينية:

- الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية - مملكة البحرين
<http://www.ccb.bh/ccb>

- الموقع الرسمي لهيئة التشريع والإفتاء القانوني - مملكة البحرين
<http://www.legalaffairs.gov.bh>

خامساً: المراجع الفرنسية:

- **Dominique Rousseau :**
Droit du contentieux constitutionnel – 1995.
- **Dominique Turpin :**
Contentieux constitutionnel – P.U.F. – 2eme édition – 1993.
- **Favoreu et Philip :**
Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel – ED.
Dalloz – 9e éd – 1997.
- **George Schmitter :**
L'incompétence négative du législateur et des autorités
administrative – A.I.J.C. – Economica –1989.
- **Guillaume Dargo :**
l'exécution des décision du conseil constitutionnel – thèse –
Paris – 1989.
- **Thierry di manno :**
Le Juge constitutionnel et la technique des décisions
interprétatives en France et en Italie – Economica – 1997.

Thesis Summary

This study is about “Constitutional Monitoring of Legislative Omission” which is a “comparative analytical study”, in the light of the Bahraini constitution, with a deliberate comparison with the French and Egyptian constitution. And we reviewed the jurisprudence’s opinions with an accurate analysis of the judgments issued by the constitutional judiciary in France, Egypt and Bahrain.

In addition, we focused on investigating the aforementioned topic, through explaining the concept “legislative omission” which is considered to be one of the modern terminologies within the scope of constitutional studies. We concluded that legislative omission occurs when the legislator regulates the required topic or topics in the constitution in an imperfect and incomplete. That is, when the complete aspects of the topic are not taken into consideration, and when one or some of the constitutional provisions are violated. Then, we distinguished this terminology from other similar terminologies such as absolute omission and legislator’s negative incompetency, followed by an explanation of the nature of the legal rule created by the legislative omission that violates the constitution.

Furthermore, we pointed out the Jurisprudence’s attitude towards monitoring legislative omission that ranges between a complete denial and recognition of this monitoring. Moreover, we focused on the arguments that support each of these two opinions. Then, we pointed out the bases on which such monitoring is established, which could be referred to one of these bases or both of them; the principle of the supremacy of the constitution, and the principle of protecting the individuals’ rights and freedoms.

Then, we reviewed the attitudes of the constitutional judiciary in the legal provisions in France, Egypt and Bahrain towards monitoring legislative omission as it monitors legislative omission despite the absence of constitutional or legislative articles stating that. We concluded that the legal systems have not pursued one policy to monitor legislative omission. In addition, these legal systems developed a set of monitoring controls that have to be taking into account by the constitutional judge when monitoring legislative omission.

UNIVERSITY OF BAHRAIN

College Of Law

Pubic Law Department



**Constitutional Monitoring
Of Legislative Omission
"Comparative Analytical Study"**

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the
Master's Degree in the Public law (constitutional law)

Submitted by

Jawaher Adel Mohammed AlAbdulrahman

University number: 20010347

Supervised by

Dr. Marwan Mohammed Mahroos AlModars

Assistant Professor of Pubic Law

University Of Bahrain

Kingdom of Bahrain

March 2016