صور الرقابة القضائية المنفردة

أ.د. سيفان باكراد ميسروب م. م نغم عبد الستار حسين الجميلي
جامعة الموصل/ كلية الحقوق

Single judicial oversight photos

Nagham AbdulSattar Hussein Al-Jumaili Sivan Packrad Mesrob
Mosul University / College of Law

المقدمة

من خلال صور الرقابة القضائية المنفردة يتولى القاضي الدستوري معالجة الإغفال التشريعي عن طريق الحكم الصادر منه، المُنصب فقط على الجزء المتضمن للإغفال حيث يكون إلغاء النص جزئياً، أو أن يقوم القاضي الدستوري بتفسير النص التشريعي مع الإضافة إلى النص ما أغفله أو سكت عنه حتى يكون متطابقاً مع الدستور.

أولا– أهمية البحث وأسباب إختياره: يأخذ موضوع الرقابة القضائية المنفردة للإغفال التشريعي أهميته من كونه يتيح للقاضي الدستوري، الإنفراد في الرقابة لحماية الحقوق والحريات العامة المكفولة دستوريا، عبر صورتين، تتيح له إما بالإضافة أو إكمال النصوص التي أغفلها المشرع عن عمد أو إهمال، أو أن يقضي بعدم دستورية النص لتعارضه مع الحماية الدستورية التي أضفاها الدستور على هذه الحقوق والحريات. لذلك فقد إختارت الباحثة هذا الموضوع نظراً لخطورة الدور الذي يقوم به القاضي الدستوري في هذا النوع من الرقابة، وبالتالي فإنّ تسليط الضوء على هذا الدور في دراسة منهجية يساعد في فهم هذا الدور من جهة، ووضع إطار قانوني دستوري له من جهة أخرى.

ثانياً– مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث، في بيان ما إذا كان إعطاء رقابة الإغفال التشريعي المنفردة للقاضي الدستوري يحوله إلى مشرع؟ أم أن هذا الدور يأتي في سياق الدستور نفسه الذي يتيح هذا الإختصاص للقاضي الدستوري؟ وأيهما أخطر الرقابة المضيفة أم القضاء بعدم دستورية النص؟

ثالثاً- منهجية البحث: إستخدمت الباحثة في مناقشة البحث، المنهج التحليلي والمنهج الوصفي والمنهج المقارن، إلى جانب بعض المناهج الأخرى التي إقتضتها بعض جزئيات البحث.

رابعا- هيكلية البحث: تمّ تقسيم البحث إلى مقدمة، ومبحثين وعدد من المطالب، وخاتمة تضمنت النتائج والمقترحات التي توصلت إليها الباحثة، وكما يأتي:

المبحث الأول/ الأحكام القضائية المضيفة أو المكملة.

المبحث الثاني/ الأحكام القضائية بعدم الدستورية.

المبحث الأول

الأحكام القضائية المضيفة أو المكملة

من أجل مناقشة دور القاضي الدستوري في إصدار الأحكام القضائية المضيفة، فقد تمّ تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، وكما يأتي:

المطلب الأول

التعريف بالأحكام القضائية المضيفة أو المكملة وأنواعها

في هذه الصورة من الرقابة القضائية المنفردة يقوم القاضي الدستوري بتفسير النص التشريعي مع الإضافة إلى النص ما أغفله أو سكت عنه حتى يكون متطابقاً مع الدستور. وتفسير القاضي الدستوري للنص يمكن أن يأخذ أحد ثلاث صور: الأولى: التفسير الإنشائي أو البناء الذي يكون الغرض منه ملء الفراغ التشريعي. الثانية: التفسير المحايد: الذي لا يتضمن أي إضافة إلى النص التشريعي، ويقتصر على مجرد التفسير. وأخيراً التفسير التوجيهي الذي لا يكون الغرض منه إلا توجيه القائمين على تطبيق القانون باتباع منهج معين أو اتباع الضوابط والتحفظات التي انتهى إليها القاضي الدستوري من خلال تفسيره للنص محل الرقابة(سالمان، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري (https://www.iraqidevelopers.com) ويتمثل دور القاضي الدستوري في الأحكام المضيفة أو المكملة بالتدخل المباشر لسد النقص أو عدم الكمال الذي يشوب النص محل رقابته، وذلك من خلال قيامه بتضمين النص قاعدة أو عدة قواعد قضائية إضافية، بما

يمكنه من معالجة الإغفال بصورة كاملة حتى يتجنب الحكم بعدم دستورية النص. وهذا يعني أنّ دور القاضي الدستوري لا يقتصر على مجرد تفسير النص التشريعي وإستنتاج الإغفال الذي يعتري النص، وإنما يتعدّى ذلك إلى إكمال هذا النقص من خلال إستعمال سلطته في التفسير بإضافة ما أغفله المشرع أو سكت عنه إلى النص حتى يكون متطابقاً مع الدستور(الغفلول، فكرة عدم الإختصاص السلبي للمشرع ، ص290.). ويشار إلى أن القاضي الدستوري قد أخذ بالأحكام المضيفة في التفسير من منطلق فكرة النقص في التشريع، إذ من خلاله يستطيع أن يوازن بين إحترام إرادة المشرع وذلك بعدم إلغاء تشريعاته من جهة، وضمان إحترامه لأحكام الدستور والحقوق والحريات من جهة أخرى(نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري ، ص102).

وتذهب الآراء إلى أنّ المحكمة الدستورية الإيطالية هي أولى المحاكم الدستورية التي لجأت إلى صورة الأحكام المضيفة، وذلك في بداية الستينات من القرن الماضي، بهدف الوقاية من نقص التشريع، وسد الفراغ التشريعي الجزئي بسبب الإغفال، وذلك في نوعين من الأحكام، وهما: وهي الأحكام المضيفة الخالصة وهي أحكام مضيفة بالمعنى الكامل، والأخرى الأحكام التفسيرية ذات القيمة المضيفة والتي تصدر برفض الطعن بعدم الدستورية(نويجي المصدر السابق، ص104):

1. **الأحكام المضيفة الخالصة:** يُعتبر هذا النوع من الأحكام أحكاماً مضيفة بالكامل، حيث تلجأ المحكمة الدستورية الإيطالية إلى الأحكام المضيفة الخالصة بصورة أصلية ومتكررة، من أجل إعادة تشكيل دلالة النص محل الرقابة دون المساس ببنيته الخارجية التي تتمثّل بألفاظه. أو بمعنى آخر أن القاضي الدستوري بلجوءه إلى هذا النوع من الأحكام إنما يقوم باللعب على المعنى الذي يحمله النص دون أن يتناول الوعاء الذي يؤطر هذا المعنى، الذي تشكله الألفاظ المستخدمة في صياغة النص(الغفلول، المصدر السابق، ص292-293). لذلك تذهب بعض الآراء الفقهية إلى تصنيف هذه الألفاظ ضمن فئة الأحكام "التحايلية"، نظراً لإحداثها تحولا في دلالة القانون ومغزاه دون التطرق لصياغة النصية اللفظية، وبالتالي فإن الرقابة على القانون في هذه الحالة لا تتناول ما نصّ عليه صراحة، ولكنها تتناول ما لم ينص عليه لإغفال المشرع، الأمر الذي وصفه البعض بعدم دستورية صمت

القانون. ولأن هذه الأحكام لا تقتصر على مواجهة الإغفال التشريعي، وإنما تتعدّى ذلك إلى إصلاح ما يترتب على هذا النقص من ضرر، فقد إعتبرها الأستاذ (دياماتو) ذات جانبين: جانب يتعلق بالجزاء المقرر ضد الإغفال التشريعي، وجانب يتناول بنية النص بإدخال الجزء القاعدي القاصر بطريقة إيجابية بهدف جعل النص التشريعي دستوريا

(Di Manno, le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie, P.239).

ومن أمثلة الأحكام التي صدرت عن المحكمة الدستورية الإيطالية بخصوص هذا النوع من الأحكام، حكمها رقم (168) لسنة 1963، والذي قضت فيه بدستورية المادة(1/11) من القانون رقم(195) الصادر في 24 آذار 1858 المتعلق بتنظيم المجلس الأعلى للقضاء الإيطالي، فقد تطلّب هذا النص مبادرة من وزير العدل فيما يخص مداولات القضاة. حيث قررت المحكمة أن هذا النص لا يعد غير دستوري ولكنه سيصبح غير دستوري إذا ما تمّ إستبعاد مبادرة المجلس ذاته ضمنياً. لذلك ومع تجميد القاعدة الواردة في النص المطعون ضده الخاصة بالمبادرة الوزارية، فإن تقرير عدم دستورية إستبعاد مبادرة المجلس الأعلى للقضاء قد أصابت النص بالنقص التشريعي. وفي ضوء ذلك أضافت المحكمة إلى مبادرة وزير العدل حكماً آخر، مقتضاه ضرورة أن يكون البت في هذه الأمور بناء على مبادرة من المجلس الأعلى للقضاء أيضاً من أجل تلافي عدم الدستورية(نويجي و الشيمي، تفسير القاضي الدستوري المضيف ودوره في تطوير القانون ص47-48.).

ومن أحكام المحكمة الدستورية الإيطالية حكمها رقم (190) لسنة 1970، وذلك بمناسبة إستبعاد حق المتهم بالإستعانة بمحامي لحضور إستجوابه خلال مرحلة التحقيق الإبتدائي. حيث إنطلقت المحكمة الدستورية الإيطالية من الفصل في المادة(340) من قانون الإجراءات الجزائية الصادر عام 1930 الذي أقرّ بحق المتهم بالإستعانة بمحام لحضور أعمال الخبرة وإجراءات تفتيش المنازل وإجراءات المواجهة، لكن النص في نفس الوقت كان قد إلتزم الصمت بشأن إقرار هذا الحق فيما يتعلق بإجراءات التحقيق الأخرى وعلى الأخص الإجراءات الخاصة بإستجواب المتهم. الأمر الذي إعتبرته المحكمة بمثابة

إستبعادٍ لهذا الحق، لذلك قررت المحكمة الدستورية الإيطالية في ضوء مقتضيات مبدأ حقوق الدفاع المنصوص عليه في المادة(24) من الدستور الإيطالي، أن النص المطعون ضده غير دستوري في الجزء منه الذي لم ينص فيه على هذا الحق فيما يتعلق بإستجواب المتهم، وبالتالي فإن المحكمة قد قامت بإصلاح ما يترتب على هذا النقص التشريعي من ضرر على الضمانات المكفولة دستورياً

(Di Manno, le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives.P.241)

وقد حدّدَ الفقيه كليفستري ثلاثة ضوابط قانونية للجوء المحكمة الدستورية إلى هذا النوع من الأحكام، وكما يأتي (الغفلول، المصدر السابق، ص295.): 1- الإعتراف بالنص محل الرقابة، والتأكيد على عدم كفايته لتسوية المسألة التي صدر من أجل تسويتها، والعمل على تجنب إلغائه. 2- تحديد ما يجب وما لا يجب أن يحتويه النص حتى يمكن القول بأنه متطابق مع الدستور. 3- إضافة ما يلزم من قواعد إلى محتوى النص حتى يصبح متطابقاً مع الدستور. لكن للفقيه أسيري رأياً آخر بشأن هذه الضوابط، حيث إنتقدها مستنداً في رأيه إلى أنها تتعلق بإدانة القواعد الإيجابية المخالفة للدستور والتي يحتويها النص، ولا تدين القواعد السلبية التي لا يحتويها النص والتي تستخلصها المحكمة الدستورية من صياغته، الأمر الذي يُلغي الطابع التفسيري التفسيرية للأحكام المضيفة(نويجي و الشيمي، المصدر السابق، ص51.)

ومن أوجه النقد التي تعرّضت لها هذه الأحكام، أنّه إذا كان الهدف من هذا النوع من الأحكام هو إحترام ارادة المشرع بعدم إلغاء تشريعاته من جانب، وحمله على إحترام أحكام الدستور وكفالة الحقوق والحريات من جهة أخرى، إلاّ أنّ ما يعيب هذه الأحكام أن القاضي الدستوري بحكمه هذا أصبح مساهماً في العملية التشريعية من خلال الإضافة إلى النص ما لم يحتويه صراحة، وهذه ليست سلطته الحقيقية التي تُظهره وكأنه مشرعاً ثانياً، الأمر الذي يخالف قاعدة أحكام الدستور(كلالي، الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه،(دراسة مقارنة)، ص143)

2. **الأحكام التفسيرية بالرفض ذات القيمة المكملة:** من مقتضى هذا النوع من الأحكام أن المحكمة ترفض الطعن وتحكم بدستورية النص محل الرقابة، وذلك بهدف إمّا

تضييق نطاق مضمون النص محل الرقابة بما يجعله أكثر إتساقاً مع الدستور من خلال لجوئها إلى التفسير المقيد أو الضيق، أو أنها تهدف إلى توسيع نطاق مضمون النص من خلال لجوئها إلى التفسير المضيف. لكن في كلا الحالتين تلجأ المحكمة إلى الحكم بدستورية النص محل الرقابة، لكن الحكم في الحالتين يختلف، ففي حالة التفسير المقيد يكون التفسير عن طريق التضييق من نطاق القاعدة أو القواعد التي يحتويها النص، أما في التفسير الموسع فيكون التفسير عن طريق التوسيع من نطاق القاعدة التي يتضمنها النص (الغفلول، المصدر السابق، ص297)

وقد أصدرت المحكمة الدستورية الإيطالية عدداً من القرارات الخاصة بهذا النوع من الأحكام، ومثال ذلك: حكمها رقم (16) بتاريخ 13 شباط 1994 (الغفلول، المصدر السابق، ص298) وذلك بمناسبة قيام قاضي الموضوع بوقف الفصل في إحدى القضايا طبقاً للإجراءات المقررة لذلك، وطلب من المحكمة إصدار حكم مكمل بالإضافة فيما يتعلق بالمادة (3/419) من قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي لعام 1988، في الجزء الذي لم يتضمن نصّاً بمنح مهلة لتنفيذ إلتزام النيابة العامة، فيما يخصّ إحالة ما لديها من معلومات إضافية إلى قاضي التحقيق الإبتدائي، بناء على طلب هذه المعلومات أمام المحكمة المختصة بنظر الدعوى. وإعتبر قاضي التحقيق إغفال هذه المادة، النص على تحديد المدة الزمنية اللازمة لذلك، يمثل إنتهاكاً لحقوق الدفاع الدستورية المنصوص عليها في المادة (24) من الدستور الإيطالي،(نصّت المادة(24) من الدستور الإيطالي: " للجميع حق اللجوء إلى المحكمة القانونية من أجل حماية حقوقهم بموجب القانون المدني والإداري. الدفاع حق لا يقبل الانتهاك في أي من مراحل الدعاوى القضائية ودرجاتها. تؤمن للأشخاص غير القادرين ماديا من خلال مؤسسات خاصة، الوسائل اللازمة للدفاع عن أنفسهم أمام كل المحاكم. يحدد القانون شروط وأشكال التعويض عن الأخطاء القضائية موقع:

(https://www.constituteproject.org/constitution/Italy_2012?lang=ar تاريخ الزيارة: 2022/12/12.) الأمر الذي يمنع قاضي التحقيق من إحالة معلومات النيابة إلى المحكمة المختصة لتمكين الدفاع من الردّ عليها، وذلك بسب ضيق المدة

الزمنية للتحقيق الإبتدائي. وجاء ردّ المحكمة على تفسير قاضي التحقيق للمادة أعلاه على أن: " المشرع قد تناول صراحة في النصوص الأخرى من نفس القانون حالتين، يمكن فيهما لقاضي التحقيق الإبتدائي لأن يحيل نتيجة التحقيق إلى القاضي المختص بالفصل في القضية، وذلك إعمالا لمبدأ (حضورية المرافعات) الذي هو من مقتضيات إحترام حقوق الدفاع، وأن قاضي التحقيق يمكن أن يأمر بإحالة نتيجة التحقيق الإبتدائي في حالات أخرى قياساً على سلطته في ذلك بشأن الحالات المنصوص عليها صراحة في قانون الإجراءات الجنائية إستناداً للطابع الهيكلي لنظام الدعوى التحضيرية، زيادة على أن النظام الإجرائي المطبق في إيطاليا يكفل حضورية المرافعات بشأن الأدلة التي يوردها طرفا الدعوى، وبناء على هذا خلصت المحكمة إلى أنه في الحالات التي ترسل النيابة العامة معلوماتها الإضافية في فترة لا تسمح للدفاع بالرد عليها بصورة ملائمة، فإنّه على القاضي أن يُحدد طرق سير الدعوى التحضيرية عن طريق إصدار أوامر بإحالة تختلف بإختلاف كل هيئة على حدة بصورة توائم بين سرعة الفصل في القضايا من ناحية وضمان حقوق الدفاع من ناحية أخرى" (الغفلول، المصدر السابق، ص298)

من إستقراء هذا النوع من الأحكام يتبين أن المحكمة الدستورية الإيطالية قد توصلت إلى إدانة الإمتناع التشريعي الجزئي مثلما الحال في الأحكام المضيفة، عبر إضافة قاعدة جديدة إلى النص، لم يكن يحتويها من قبل مع رفض الطعن بعدم دستوريته.

المطلب الثاني

موقف الفقه المقارن من الأحكام القضائية المضيفة أو المكملة

فيما يخص القضاء الدستوري البرتغالي فقد إستندت في أحكامها التفسيرية المضيفة على ما تضمنته المادة(3/80) من القانون الأساسي المتعلق بالمحكمة الدستورية البرتغالية، التي منحت لهذه المحكمة سلطة إصدار هذا النوع من الأحكام، عند تصدّيها للرقابة على دستورية القوانين. حيث تقوم بإصدار حكمٍ تفسيري إما بدستورية النص أو عدم دستوريته، وبموجب ذلك على المحاكم المعنية أن تلتزم بهذه التفسيرات، ويمكن لهذه الأحكام أن تصدر إما بعد تطبيق النص وإكتشاف العيب فيه أو قبل أن يُصبح نافذاً، أي تكون الرقابة في هذه الحالة رقابة قبلية سابقة لإصدار التشريع. وفي أحوال أخرى يمكن

أن يكون الحكم التفسيري مضيفاً يهدف إلى سدّ النقص التشريعي الذي يشوب النص محل الرقابة، وفي هذه الحالة يتضمن قرار حكم المحكمة بدستورية النص محل الرقابة، لأن الإضافة في إطار هذا القرار يكون الهدف منها هو تلافي الحكم بعدم دستورية النص(الغفلول، المصدر السابق، ص309-311)

أمّا في حالة معالجة الإمتناع التشريعي الذي نظمته المادة(238) من الدستور البرتغالي، فلا يمكن تصور صدور الأحكام التفسيرية المضيفة لمعالجته، وذلك لأن مهمة المحكمة في هذه الحالة تقتصر على: " مجرد تقرير ومراجعة خرق الدستور عن طريق إغفال الإجراءات التشريعية اللازمة لوضع القواعد الدستورية موضع التنفيذ"، وليس لها عند إكتشاف حالات عدم الدستورية إلا: " أن تحيط الأجهزة التشريعية المختصة بها"، وبالتالي لا يجوز للمحكمة في هذه الحالة الإضافة إلى النص بل يقتصر دورها على إقرار عدم دستورية النص فقط(الغفلول، المصدر السابق، ص311) وهو ما يتلائم مع تفسير المادة(2/283) من الدستور البرتغالي التي تنص على أنه: " إذا إنتهت المحكمة الدستورية إلى وجود حالة من حالات عدم الدستورية بطريق الإمتناع التشريعي ينبغي عليها أن تبلغ ذلك الجهاز التشريعي المختص". وهذا يعني أنّ الدستور البرتغالي قد حصر دور المحكمة الدستورية في تبليغ الجهاز التشريعي بحالة من حالات الإغفال التشريعي، وفي حدود دعوتها إلى ممارسة وظيفتها التشريعية فقط، دون منحها صلاحية الإضافة إلى النصوص القانونية وسد الفراغ التشريعي. وهذا يعني أن المحكمة الدستورية لم تكن لها من الصلاحية مما يسمح لها بالتدخل في الوظيفة التشريعية، أو مساهمة القاضي الدستوري في العملية التشريعية, نصّت المادة (283) من الدستور البرتغالي لعام 1967 وتعديلاته لغاية2012، تحت عنوان(عدم الدستورية بسبب الإغفال):" بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو من أمين المظالم، أو في حال وقوع 1. انتهاك لحق أو أكثر من حقوق منطقتي الحكم الذاتي أو بناء على طلب رئيس الجمعية التشريعية المعنية، تضطلع المحكمة الدستورية بمراجعة والتحقق من أية حالة عدم امتثال لهذا الدستور من خلال إغفال. اتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتنفيذ القواعد الدستورية. 2. تخطر المحكمة الدستورية الهيئة التشريعية المعنية إذا ما قررت .2 .المحكمة وجود عدم دستورية نتيجة الإغفال.

وقد إنتهجت المحكمة الدستورية النمساوية نفس المنهج التفسيري للمحكمة الدستورية الإيطالية، وُسميت هذه الأحكام " بالأحكام المتممة للقانون"، حيث تقوم المحكمة بإستخلاص القواعد القانونية من النصّ محل الرقابة بهدف سدّ النقص التشريعي الذي يشوب بعض القوانين العادية الخاضعة لرقابتها، بهدف جعلها أكثر إتساقاً مع الدستور، وبالتالي تفادي الحكم بعدم دستوريتها (الغفلول، المصدر السابق، ص305)

ومن أحكام المحكمة الدستورية النمساوية التي إتبعت فيها منهج الأحكام المتممة للقانون، حكمها الصادر في 29 تشرين الثاني 1985، الذي تصّدت فيه لمدى دستورية قانون الإنتخابات النمساوي بأكمله فيما يتعلق بجزئية عدم تضمنه نصاً يقرر إسقاط حق مباشرة الحقوق الإنتخابية عن بعض القوى السياسية ذات الإتجاهات اليمينية المتطرفة أو ذات الإتجاهات النازية، إستناداً إلى ما أوجبته أحكام المادة (3) من القانون الذي ينظم حالات المنع من مباشرة الحقوق السياسية، وأحكام المادة(1/9) من معاهدة فيينا 1955، حيث أعطى النظام القانوني النمساوي قيمة دستورية ملزمة لهذه الأحكام، حيث تُفضي هذه القيمة الدستورية إلى إستبعاد طلبات الترشيح المقدمة من أعضاء حزب الوطنيين الإشتراكيين النمساوي، بصورة آلية دون الحاجة إلى إقرارها من جديد في كلّ قانون إنتخابي لاحق. وقد قرّرت المحكمة الدستورية النمساوية في هذا الحكم أن: " القواعد ذات القيمة الدستورية تفرض واجباً دستورياً على المشرع العادي بضرورة النص على هذا المنع في قوانين الإنتخاب، ومع ذلك فقد أكّدت المحكمة على قابلية القواعد الدستورية التي تناولت هذا المنع للتطبيق المباشر بواسطة السلطات المعنية بأحكامه، مذكرة بأنه من غير المعقول أن يتم النص في كلّ قانون إنتخابي لاحق على المنع الوارد بالقواعد الدستورية سالفة الذكر من حظر كافة أنشطة الوطنيين الإشتراكيين بما فيها النشاط الإنتخابي، وذلك على أساس أن الرفض المطلق للإشتراكية الوطنية يمثل حجراً أساسياً في إعادة بناء النظام الجمهوري في النمسا". ومن إستقراء هذا النص يتبين أنّ المحكمة الدستورية النمساوية قد أضافت بصورة ضمنية حكماً إلى القوانين العادية النمساوية كافة، وخصوصاً قوانين الإنتخاب، إستندت فيه على الدستور النمساوي، الذي بمقتضاه يُصار إلى حظر جميع أشكال النشاط العام على الوطنيين الإشتراكيين بما في ذلك الأنشطة السياسية".(الغفلول، المصدر السابق، ص306-307)

أما فيما يخص قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر فلم يصدر عنها هذا النوع من الأحكام رغم إختصاصها الأصلي بتفسير القانون، وذلك ما أرسته في حكمها في القضية رقم 34 لسنة 13 قضائية دستورية، وذلك عندما وضعت مبدأ التعويل على عبارة النص الذي وضعه المشرع وعدم العدول عنه، وجاء هذا عندما طعن أمامها بعدم دستورية القانون رقم (1) لسنة 1991 بتعديل المادة الأولى من القانون رقم (107) في 27 تموز 1987، التي أجرت تعديلاً على بعض أحكام قانون التأمين الإجتماعي الصادر بالقانون رقم 79 لسنة 1975. فقد نصّت المادة الأولى من القانون رقم(107) لسنة 1987 بتعديل بعض أحكام قانون التأمين الإجتماعي بقولها:" إذا قلّ معاش المؤمن عليه عن أجر إشتراكه المتغير المستحق في الحالة المنصوص عليها في البند الأول من المادة 18 من قانون التأمين الإجتماعي الصادر بالقانون رقم 79 لسنة 1975 عن 50% من متوسط أجر تسوية هذا المعاش رفع إلى هذا القدر متى توافرت الشروط الآتية: أن يكون المؤمن عليه مشتركاً عن الأجر المتغير في 1 ابريل 1984 ومستمراً الإشتراك عن هذا الأجر حتى تاريخ إنتهاء خدمته. وأن تكون للمؤمن عليه في تاريخ توافر واقعة إستحقاق المعاش مدة إشتراك فعلية عن الأجر الأساسي مقدارها 240 شهراً على الأقل".

وبتاريخ 5 كانون الثاني 1991 صدر القانون رقم(1) لسنة 1991 ونصّ في مادته الأولى على أنّه:" يضاف إلى المادة الأولى من القانون رقم 107 لسنة 1987 شروط إستحقاق المعاش فقرة أخيرة بنصها الآتي: " ولا تسري أحكام هذه المادة إلاّ على المؤمن عليه الموجود في الخدمة في أول يولية سنة 1987 والذي لم تتوافر في شأنه حتى 30 يونية سنة 1987 شروط إستحقاق المعاش وفقاً لأحكام تأمين الشيخوخة والعجز والوفاة في القانون المشار إليه". القانون رقم (1) لسنة 1991 وعندما طُعن في هذا النص الأخير بعدم دستوريته لإخلاله بمبدأ المساواة الوارد في المادة 40 من الدستور، وذلك لإنطوائه على تفرقة في المعاملة بين أصحاب هذه المراكز القانونية لأنه قصر الحق في الأدنى لمعاش الأجر المتغير على الموجودين في الخدمة في أول يولية 1987 دون أولئك الذين أحيلوا على التقاعد قبل هذا التاريخ، علّلت الحكومة في المذكرة التي تقدمت بها إلى هيئة قضايا الدولة في القضية أن القانون رقم (1) لسنة 1991 قد صدر كتشريع

مفسر لأحكام المادة الأولى من القانون رقم (107) لسنة 1987، وأن الغرض من إصداره قطع كل جدل حول المقصود بكلمة "المؤمن عليه" وأن الهدف منه ليس إنشاء أي قاعدة قانونية جديدة والمساس بالمراكز القانونية القائمة بل هو من قبيل مزيد من التفسير لقصر المشرع بشأن مفهوم المؤمن عليه".(نويجي، المصد السابق، ص127) وبناء على هذا التفصيل وضعت المحكمة الدستورية العليا في مصر مبدأً عاماً فيما يخص التفسير سواء أكان تشريعياً أو قضائياً بقولها:" متى كان ذلك، وكان من المقرر أن سلطة تفسير النصوص التشريعية، سواء تولتها السلطة التشريعية أم باشرتها الجهة التي عهد إليها بهذا الإختصاص، لا يجوز أن تكون موطئاً إلى تعديل هذه النصوص ذاتها بما يخرجها عن معناها أو يجاوز الأغراض المقصود منها، وبوجه خاص لا تتناول هذه السلطة تعديل مراكز قانونية توافرت مقوماتها وفقاً للقانون– محددا على ضوء الإرادة الحقيقية للمشرع– واكتمل تكوينها بالتالي قبل صدور قرار التفسير إذ يعتبر ذلك عدواناً على الحقوق التي ولدتها هذه المراكز وتجريداً لأصحابها منها بعد ثبوتها وهو ما لا يجوز أن ينزلق التفسير التشريعي إليه أو يخوض فيه، ذلك أن المجال الطبيعي لهذا التفسير لا يعدو أن يكون وقوفاً عند المقاصد الحقيقية التي توختها السلطة التشريعية من وراء إقرارها للنصوص، وهي مقاصد لا يجوز توهمها أو إفتراضها كي لا تحمل هذه النصوص على غير المعنى المقصود منها إبتداء، بل مناطها ما تغياه المشرع حقاً حين صاغها، وتلك هي الإرادة الحقيقية التي لا يجوز الالتواء بها، ويفترض في النصوص القانونية أن تكون كاشفة عنها مبلورة لها، وهي تعدّ إرادة لا يجوز انتحالها بما يناقض عبارة النص ذاتها، أو تعتبر مسخاً أو تشويهاً لها، أو نكولا عن حقيقة مراميها أو إنتزاعا لبعض ألفاظها من سياقها، كذلك لا يجوز أن يتخذ التفسير التشريعي ذريعة لتصويب أخطاء المشرع فيها، أو لمواجهة نتائج لم يكن قدر عواقبها حق قدرها حين أقر النصوص القانونية المتصلة بها".(نويجي، المصد السابق، ص130)

وبذلك تكون المحكمة الدستورية العليا في مصر قد رفضت التفسير الذي من شأنه أن يتعارض مع الغاية التي يقصدها المشرع والإقتصار على المقاصد الحقيقية للنص التي توختها السلطة التشريعية منها، ورفضت كلّ تفسير من شأنه أن يعدل ما رمت إليه النصوص التشريعية، كما أكدت المحكمة هذا المبدأ في أحكام لا حقة من بينها حكمها

في قضية رقم 11 لسنة 13 قضائية "دستورية" الصادر في 8 تموز 2000.(حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (11) لسنة 13 في 8 يوليو(تموز) 2008، على موقع جامعة مينوسيتا: (http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-11-Y13.html) تاريخ الزيارة: 2022/12/14.) لذلك يقول أحد المختصين بأنّه: " إذا حاولنا وضع مقاربة أو مقارنة بين موقف المحكمة الدستورية الإيطالية من حيث إمكانية الإضافة للنص التشريعي بسد الفراغ الذي إحتواه مضمونه ومجلس الدولة الفرنسي وقضاء المحكمة الدستورية المصرية، فنجد أن قضاءهما يتميز بالقوة والجرأة أكثر ما هو عليه في مصر، والسبب في ذلك إستقلالية هاتين الهيئتين عن السلطات الأخرى بينما تكون المحكمة الدستورية المصرية تابعة لهيكل القضاء هذا من جهة، ومن جهة أخرى يعود السبب في إيطاليا إلى الطبيعة السياسية لتكوين البرلمان، الذي يقوم على نظام التمثيل النسبي الذي ولّد حالة من عدم الإستقرار ينتج عنها عدم تمكن أي من الأحزاب السياسية من الفوز بأغلبية مريحة يضمن بقائهم وإستقرارهم في الحكم، مما يؤثر سلباً على العملية التشريعية وصدورها في صورة ناقصة، الأمر الذي جعل المحكمة الدستورية السباقة في صياغة هذا النوع من الأحكام ومحاولة الإضافة إلى النص بإستخدام سلطتها في التفسير".(عيد أحمد الغفلول، المصدر السابق، ص314.)

المبحث الثاني

الأحكام القضائية بعدم الدستورية

من أجل مناقشة الأحكام القضائية بعدم الدستورية للنص الذي يتضمن إغفالا تشريعياً، فقد تمّ تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، وكما يأتي:

المطلب الأول

التعريف بالأحكام القضائية وبعدم الدستورية

في هذه الصورة يتولى القاضي الدستوري معالجة الإغفال التشريعي عن طريق الحكم الصادر منه دون أن يوجه إلى المشرع أي نداء أو خطاب أو توصية أو حتى يمنحه مهلة لمعالجة الإغفال وعدم الدستورية، إذ لا تنصب المعالجة على النص محل

الرقابة بصورة كلية وإنما يقتصر فقط على الجزء المتضمن للإغفال فيكون إلغاء النص في هذه الحالة إلغاء "جزئياً". وهذه الطريقة هي التي إختارتها المحكمة الدستورية العليا في مصر لمعالجة موضوع الإغفال التشريعي، وكذلك المجلس الدستوري الفرنسي، وغيرهما من المحاكم الدستورية.(د. الحسين عبد الدايم صابر محمد، رقابة الإغفال ووسائل معالجتها في القضاء الدستوري وأثرها على الإصلاح التشريعي، ص803-804.) وإذا كان الهدف من الأحكام المضيفة السابقة هو سد النقص الذي يعتري النص بسبب الإغفال التشريعي، فإن الأحكام بعدم الدستورية لا تهدف لنفس الغرض ، بل أن القاضي الدستوري في هذه الحالة يصل إلى أقصى نقطة في التفسير،(محمد فوزي نويجي، المصدر السابق، ص137) لأن النص في الأحكام المضيفة يكون ناقصا ومهمة القاضي تقتضي تضمينه قاعدة ذات طبيعة قضائية، أي أن تدخل القاضي يكون من خلال تضمين النص قاعدة سلبية كان لابد أن يتضمنها لكن المشرع قد أغفلها، أما في الأحكام بعدم الدستورية فإن دور القاضي لا يهدف إلى سد النقص التشريعي الذي شاب النص، وإنما ينصب عمله على قاعدة إيجابية يحتويها النص حيث يقوم بإقصائها وإستبدالها بقاعدة أخرى من عنده. وقد إعتبر الفقه الأحكام التفسيرية بعدم الدستورية وسيلة لمراقبة الإغفال التشريعي الجزئي، حيث يقوم القاضي بإقصاء القاعدة التي إحتواها النص وإستبدالها بقاعدة أخرى تتفق وأحكام الدستور، ما يعني أنّ القاضي قد تدخل لسد النقص الذي إعترى النصّ من جراء إهمال المشرع أو إمتناعه عن تنظيم المسألة بصورة تتفق وأحكام الدستور.(عيد أحمد الغفلول، المصدر السابق، ص316-317) ويتولى القاضي الدستوري من خلال الأحكام التفسيرية بعدم الدستورية، معالجة النص التشريعي الذي يتضمن إغفالا تشريعياً بإستبدال المعنى الذي يحمله النص بمعنى آخر يأتي به من خلال القاعدة القانونية المكتوبة الموجودة التي هي محل الرقابة ويفترض عدم دستوريتها، وذلك من خلال مرحلتين، وكما يأتي:

المرحلة الأولى- إستنباط القاعدة المخالفة للدستور وسحبها: تقوم آلية الأحكام بعدم الدستورية بداية على إفتراض وجود قاعدة قانونية أو جزء من قاعدة قانونية مخالفة للدستور في النص محل الطعن بالدستورية، حيث يقوم القاضي بتدقيق وتفسير هذه القاعدة وعلى ضوء ذلك يسحب منها الجزء المخالف للدستور. لذلك تختلف الأحكام

المضيفة عن الأحكام بعدم الدستورية الذي يقوم به القاضي الدستوري في هذه المرحلة، لأنه في الأحكام المضيفة أو المكملة تتعلق حالة عدم الدستورية بالقصور التشريعي، بما لا تتضمنه القاعدة محل الرقابة. أما في الأحكام بعدم الدستورية أو الإستبدالية فإن عدم الدستورية تتعلق بما تضمنه النص أو نطق به صراحة،(د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ص280.) حيث يقوم القاضي بإستئصال القاعدة أو جزء من القاعدة المخالف للدستور. ولكنّ القاضي الدستوري لا يتوقف عند الحكم بعدم الدستورية في هذه المرحلة، وإلاّ إنطوى النص على فراغ تشريعي عند تطبيقه حيث لا يفي النص بالتعبير عن معنى مترابط مطلوب، لذلك تمّ إدخال قاعدة دستورية أخرى تتضمنها المرحلة الثانية.

المرحلة الثانية– إدخال قاعدة مطابقة للدستور: ما إن يتم سحب أو إستئصال القاعدة المخالفة للدستور من النص محل رقابة الإغفال التشريعي في إطار الأحكام بعدم الدستورية، حتى يأتي دور القاضي الدستوري الإيجابي وذلك من خلال إحلال قاعدة جديدة تتوافق مع الدستور(محمد فوزي نويجي، المصدر السابق، ص139) وفي ضوء ذلك أطلق الفقه الفرنسي على هذا النوع من التفسير أنه الحل الوسط بين الرفض والبطلان لأنه يعطي للنص التشريعي تفسيراً يعصمه من البطلان لعيب عدم الدستورية (د. أحمد فتحي سرور، المصدر السابق، ص280)

المطلب الثاني

موقف القضاء الدستوري المقارن من الأحكام القضائية بعدم الدستورية

تعدّ المحكمة الدستورية الإيطالية السباقة بإصدار الأحكام بعدم الدستورية، كما كانت سباقة في الأحكام المضيفة التي تم تناولها في المطلب السابق. ومن أمثلة هذه الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية الإيطالية، حكمها رقم (76) لسنة 1993 المتعلق بمدى دستورية الفقرة الأولى من المادة(23) من قانون الإجراءات الجزائية الإيطالي، التي تقضي: " بأنّ قاضي الموضوع إذا ما قدّر عدم إختصاصه بنظر المسألة المعروضة عليه فإنه يأمر بإحالة الموضوع إلى القاضي المختص". وقد رأت المحكمة الدستورية الإيطالية أن هذا الضابط الذي تضمنته المادة المذكورة معيب بعدم الدستورية، لأن تقرير عدم

الإختصاص يكشف من وجهة نظر المحكمة عن إنتهاك للقواعد الإجرائية والجنائية التي نظّمت توزيع الإختصاص بحسب الموضوع. حيث لا تخصّ المخالفة في هذه الحالة تحديد العضو المدعو إلى ممارسة إختصاصه القاضي، ولكنها تمتد في مخالفتها إلى جوهر الدعوى الجنائية. وإستناداً على قانون الإجراءات الجنائية فإنّ المتهم يملك حق طلب محاكمته وفق إجراءات خاصة، لأن إحالة الأوراق إلى المحكمة المختصة بدلا من إحالتها إلى النيابة العامة يحرمه من تقديم هذا الطلب إلى النيابة العامة، الأمر الذي يُرتب إخلالا بحقوق الدفاع. وبناء على هذا السبب وبموجب المبدأ التي أقرّته المادة(24) من الدستور, نصّت المادة (24) من الدستور الإيطالي : " للجميع حق اللجوء إلى المحكمة القانونية من أجل حماية حقوقهم بموجب القانون المدني والإداري. الدفاع حق لا يقبل الانتهاك في أي من مراحل الدعاوى القضائية ودرجاتها. تؤمن للأشخاص غير القادرين ماديا من خلال مؤسسات خاصة، الوسائل اللازمة للدفاع عن أنفسهم أمام كل المحاكم. يحدد القانون شروط وأشكال التعويض عن الأخطاء القضائية"، فقد قدّرت المحكمة أنه في حالة قيام القاضي الذي ينظر الدعوى بتقدير عدم إختصاصه، فإنّ إحالة الإجراءات ينبغي أن تتم أمام النيابة العامة وليس أمام القاضي المختص، لأن في ذلك ما يتيح للمتهم أن يقرر من جديد ما إذا كان اللجوء إلى الإجراءات الخاصة سوف لن يكون في صالحه ومقيداً له أم العكس. لذلك وللأسباب الواردة أعلاه قرّرت المحكمة الدستورية عدم دستورية المادة محل الطعن من قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي، فيما يخص الجزء الذي نص على أنّه: " حينما يقرر قاضي المحكمة عدم إختصاصه في المسألة التي ينظرها فإنه يأمر بنقل الملف إلى القاضي المختص بدلا من نقله إلى النيابة العامة لدى هذا الأخير"(محمد فوزي نويجي،المصدر السابق، ص144) ومن إستقراء هذا الحكم يتبين أنّ المحكمة الدستورية الإيطالية فضّلت اللجوء إلى الحكم بعدم الدستورية الإستبدالي عن طريق نقض القاعدة غير الدستورية المعلنة، ومن ثمّ سدّ الفراغ التشريعي الناجم عن هذا البطلان، وذلك من خلال إدخال القاعدة المطابقة للدستور تلافياً لأن يُصبح النص الكامل غير قابل للتطبيق إنتظاراً لتدخل المشرع في المستقبل، الذي قد يطول ويمكن أن لا يتحقق في ظل عدم الإستقرار السياسي للبرلمان الإيطالي الذي تهيمن على تكوينه من جهة واحدة. وقد ذهب الفقيه الإيطالي (داي مانو) إلى أن المحكمة

الدستورية الإيطالية بتطبيقها الأحكام التفسيرية الإستبدالية، قد عثرت على وسيلة فعالة لتصحيح الأخطاء المادية التي يرتكبها المشرع حينما تصل إلى إنتهاك الدستور"(محمد فوزي نويجي،المصدر السابق، ص144-145).

وفيما يتعلق بالمجلس الدستوري الفرنسي، ونظراً لموقعه بين مؤسسات الدولة ودوره في الرقابة على دستورية القوانين، فقد طبق صورة أخرى من هذه الأحكام بعدم الدستورية، لا ترقى إلى الحكم بعدم الدستورية، ولكنها تتيح الإمكانية للوصول إلى نفس النتائج التي توصلت إليها المحاكم الأخرى لإدانة حالات الإغفال التشريعي الجزئي، وقد أطلق على هذه الأحكام وفق نهج المجلس الدستوري الفرنسي، بالأحكام الصادرة بالتطابق مع الدستور شرط مراعاة التفسير بعدم الدستورية الإستبدالي. حيث تتضمن هذه الأحكام خطاباً تفسيرياً بعدم الدستورية يُحقق الغرض من الرقابة على الإغفال الجزئي دون اللجوء إلى إلغاء النص أو الجزء من النص التشريعي محل الرقابة، على عكس ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية الإيطالية، حيث يكون حكمها بعدم دستورية النص محل الرقابة متضمناً إستئصالا لقاعدة وإستبدالها صراحة بقاعدة أخرى. ولكن هذين الحكمين يشتركان في إفراغ النص من القاعدة المخالفة للدستور وإعادة تضمينها بمحتوى آخر أكثر إتفاقاً مع الدستور، وبالتالي يشتركان في إدانتهما لحالات الإغفال التشريعي الجزئي(عيد أحمد الغفلول، المصدر السابق، ص332-333)

ومن أمثلة القرارات التي إتخذها المجلس الدستوري الفرنسي في إطار هذه الأحكام، قراره رقم (76-7) في 5 تشرين الأول 1976 الخاص بملف الموظفين، حيث تولى المجلس الفصل في القانون الصادر بشأن تعديل الأمر الصادر في عام 1959 الخاص بالنظام الأساسي العام للموظفين الذي نصّ بخصوص المسابقات الداخلية للموظفين لتولي الوظائف العامة، على أنه بإستطاعة اللجنة أن تكمل تقديرها من خلال الرجوع إلى الملفات الفردية للمرشحين. وفي خطاب الإحالة إلى المجلس الدستوري الفرنسي المقدم من قبل بعض أعضاء مجلس الشيوخ الطاعنين بالدستورية ضد هذا القانون، تناول الطعن هذا النص إلى جانب أنّ الأمر سيؤدي إلى عدم إحترام سرية الإختبارات، وبالتالي الإخلال بمبدأ المساواة بين المرشحين حيث أنّ اللجنة لن تلتزم بالرجوع إلى الملفات الفردية مادام ذلك محض إختيار لها تملك اللجوء إليه من عدمه. كذلك أوضح خطاب

الإحالة أنّ اللجنة لا تملك الوقت الضروري لنظر كافة الملفات الفردية ما يمنح البعض من المرشحين فرصة الإستفادة من نظر ملفاتهم. وفي ضوء تقدير المجلس بأن هذا التفسير كان من الممكن أن يؤدي إلى بطلان هذا النص، قرّر من جانبه أن يتجنب ذلك، حيث أوضح في قراره بأنّه: " يستنتج من هذه المواد أنّ اللجنة إذا ما قررت اللجوء إلى آلية الإطلاع على الملفات الفردية فإن هذا الإطلاع يجب أن يرتكز على ملفات كافة المرشحين، ومن ثم وعلى هذا التفسير الذي قال به المجلس الدستوري لن تتعارض هذه النصوص مع مبدأ المساواة في المعاملة بين الموظفين". على ذلك يتبين من تفسير المجلس بأنّه قد تمّ إستبدال القواعد التي تضمنها النص محل الرقابة، وفي تعليقه على هذا التفسير، أكّد العميد فافوريو قائلا: " إن حق اللجنة في الإطلاع على ملفات بعض الموظفين يصبح إلتزاماً بالإطلاع على كافة الملفات"(عيد أحمد الغفلول، المصدر السابق، ص332-333)

ويظهر من قرار المجلس الدستوري أعلاه، أنّه إكتفى بإدخال قاعدة جديدة في النصّ مكان القاعدة غير الدستورية، بطريقة تختلف عن إستئصال المحكمة الدستورية الإيطالية للقاعدة المخالفة للدستور ثم إحلال مكانها قاعدة مطابقة للدستور، حيث يبين وخلافا لما يذهب إليه الطاعنون بالدستورية إلى أنّ النص لن يكون غير دستوري إذا ما جرى تفسيره على النحو الذي يُحدّده المجلس الدستوري ، وفي مثل هذه الظروف تبدو عملية إستبدال قاعدة مكان أخرى مسألة غاية في التحايل(زهرة كلالي، الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، المصدر السابق، ص157).

أما المحكمة الدستورية المصرية العليا فقد سارت على خطى المجلس الدستوري الفرنسي، حيث تقوم باللجوء إلى تفسير النص تفادياً للحكم بعدم دستوريته، حيث إستخدمت في أحد أحكامها أسلوب التفسير بعدم الدستورية الإستبدالي لتفادي الحكم بعدم دستورية النص. ففي حكمها الصادر في القضية رقم (6) لسنة 17 قضائية دستورية(نصّ القرار (6) لسنة 17 على موقع جامعة منيسوتا: (http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/) تاريخ الزيارة: 2022/12/14) والذي تفادت فيه المحكمة، بعد أن إستخدمت سلطتها في التفسير، إلى الحكم بعدم دستورية القرار بقانون رقم (42) لسنة 1967 في شأن التفويض في بعض

الإختصاصات، حيث حكمت بعدم بطلان قرار وزير المالية رقم (381) لسنة 1982 الذي يخول مدير عام الجمارك أن يطلب من النيابة العامة رفع الدعوى الجنائية بعد أن أنابه وزير المالية عنه في ذلك، إستناداً إلى المادة(124) مكرر من قانون الجمارك. إذ ذكرت المحكمة: " ... أن قرار وزير المالية رقم 381 لسنة 1982- حتى وإن صح القول ببطلانه لصدوره بناء على تنظيم باطل ممثلا في القرار بقانون رقم(42) لسنة 1967 في شأن التفويض في الإختصاصات – إلاّ أنّ قرار وزير المالية يظل محمولا على نصّ الفقرة الثانية من المادة 124 مكرر من القانون الجمركي – التي أحال فعلا إليها- والتي لا يجوز بمقتضاها رفع الدعوى الجنائية في شأن الجرائم المنصوص عليها بفقرتها الأولى إلاّ بناء على طلب وزير المالية أو من ينيبه، متى كان ذلك فإن الخوض في بطلان القرار بقانون رقم 42 لسنة 1967- وهو ما تصوره المدعي سندا للقرار رقم 381 لسنة 1982 الصادر عن وزير المالية – لا يكون منتجاً".((نصّ القرار (6) لسنة 17 على موقع جامعة منيسوتا: (http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/) تاريخ الزيارة: 2022/12/14)

وقد عرف المجلس الدستوري الجزائري هذا الإسلوب، حيث لا يكتفي بإلغاء جزئي للنص غير الدستوري ولكنه يضع بديلاً عنه متطابقاً مع الدستور ومثال ذلك رأيه رقم(8/99) في شباط 1999 رشيدة العام، المجلس الدستوري الجزائري، المصدر السابق، ص214. الخاص بمراقبة مدى مطابقة القانون العضوي للدستور، الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وعلاقتهما الوظيفية بينهما وبين الحكومة، الذي أكّد فيه: " فيما يخص المادة 1/64 من القانون العضوي موضوع الإخطار المحررة كالآتي: " يكون التصويت بالثقة بالأغلبية المطلقة"

- إعتبارا أن المشرع أقر صراحة، بموجب هذه الفقرة، أن يكون التصويت بالثقة بالأغلبية المطلقة. -وإعتبارا أن المؤسس الدستوري قد بين صراحة على سبيل الحصر الحالات التي يشترط فيها ان يكون التصويت بالأغلبية المطلقة دون أن يشترط بمقتضى المادة 5/84 من الدستور، تلك الأغلبية للموافقة على لائحة الثقة.
- واعتبارا أن يستنتج من أحكام المادة5/84 من الدستور أن المؤسس الدستوري يكتفي بالتصويت بالأغلبية البسيطة للموافقة على لائحة الثقة. – وإعتباراً بالنتيجة أن

المشرع حيث(حين) إشترط أن يكون التصويت بالثقة بالأغلبية المطلقة فإنه يكون قد خالف مدلول أحكام المادة 5/84 من الدستور...".

وبناء على ذلك يظهر بوضوح أن المجلس الدستوري الجزائري قد إستبدل قاعدة التصويت بالأغلبية المطلقة التي نصّ عليها القانون موضوع الإخطار، بقاعدة الأغلبية البسيطة التي إستنتجها من أحكام المادة 5/84 من الدستور.

ونفس المنهج إتبعه المجلس الدستوري الجزائري في رأيه رقم 2/11 في 6 تموز 2011 المتعلق بمراقبة مدى مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم98-1 في 30 أيار 1998 المتعلق بإختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، للدستور، الذي جاء فيه: (نص القرار 2/11 في 6 تموز 2011 منشور في الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 43في 3 أوت (آب) 2011، ص4-7، ونص قانون العضوي رقم98-1 في 30 مايو (أيار) 1998، على موقع قوانين الشرق:(http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=1903129) تاريخ الزيارة: 2022/12/16.) " ... في الموضوع:

- فيما يخص كلمة "وجوباً" التي تضمنتها المادة 39 الواردة في المادة 8 من القانون العضوي موضوع الإخطار، وعبارة " يتعين عليه" التي تضمنتها المادة 41 مكرر 1 الواردة في المادة 9 من نفس القانون المأخوذتين معاً لإتحادهما في العلة والمحررتين كالآتي: المادة 39 " يعين ممثلو كل وزارة الذين يحضرون وجوبا في جلسات الجمعية العامة واللجنة الدائمة في القضايا التابعة لقطاعاتهم، من بين أصحاب الوظائف العليا برتبة مدير إدارة مركزية على الأقل". والمادة 41 مكرر " يحدد رئيس مجلس الدولة تاريخ دراسة المشروع ويخطر الوزير المعين الذي يتعين عليه حضور أشغال مجلس الدولة أو يعين مندوباً عنه وفقاً لأحكام المادة 39 أعلاه"
- عتباراً أن عبارة " يتعين عليه" وكلمة " وجوبا" تحملان إلزامية الحضور على التوالي من الوزير المعني أو ممثله، وأصحاب الوظائف العليا الذين لهم على الأقل رتبة مدير الإدارة المركزية، حسب الحالة لأشغال مجلس الدولة والجلسات العامة واللجنة

الدائمة في القضايا التابعة لقطاعاتهم. – وإعتبار أن مبدأ الفصل بين السلطات يقتضي أن لكل سلطة أخرى إلتزامات لا تدخل ضمن مجال إختصاص كل سلطة أخرى، – وإعتبارا بالنتيجة، فإن المشرع بإقراره إلتزامات على الوزير المعني أو من يمثله وأصحاب الوظائف العليا الذين لهم على الأقل رتبة مدير الإدارة المركزية، يكون قد أخلّ بمبدأ الفصل بين السلطات .

ولهذه الأسباب: ... في الموضوع: 4– تعد كلمة " وجوبا" التي تضمنتها المادة 39 الواردة في المادة 8 وعبارة " يتعين عليه" التي تضمنتها المادة 41 مكرر 1 في المادة 9 من القانون العضوي موضوع الإخطار، غير مطابقتين للدستور، وتعاد صياغة المادتين المذكورتين أعلاه كالآتي: المادة 39 " يعين ممثلو كل وزارة الذين يحضرون جلسات الجمعية العامة واللجنة الدائمة في القضايا التابعة لقطاعاتهم من بين أصحاب الوظائف العليا برتبة مدير إدارة مركزية على الأقل". المادة 41 مكرر 1 " يحدد رئيس مجلس الدولة دراسة المشروع ويخطر الوزير المعني الذي يبين من ينوب عنه لحضور أشغال مجلس الدولة وفقاً لأحكام المادة 39 أعلاه".

يظهر من صياغة المادتين (39 و41 مكرر1) أن حضور ممثل الوزير " الذي يكون من أصحاب الوظائف العليا برتبة مدير إدارة مركزية على الأقل" جلسات مجلس الدولة عندما يمارس وظيفته الإستشارية – فيما يخص مشاريع القوانين – وجوبي وينتج عن غيابه بطلان هذه الجلسة، بينما إعتبرها المجلس الدستوري الجزائري مسألة إختيارية، وبّرر ذلك بأن صياغة هاتين المادتين على هذا النحو سيؤدي إلى إضافة إلتزامات على الوزير أو من يمثله أو أصحاب الوظائف العليا الذين هم على الأقل برتبة مدير إدارة مركزية، وبالتالي يُعدّ ذلك إخلالا بمبدأ الفصل بين السلطات الدستوري الذي يمنع أن تتدخل أي سلطة في إختصاص أي سلطة أخرى. وهذا يعني أن المجلس الدستوري الجزائري قد قام بإستئصال قاعدة الحضور الوجوبي لممثل الوزير جلسات مجلس الدولة عند ممارسته لوظيفته الإستشارية، وإستبدلها بقاعدة الحضور الإختياري. وفي ضوء تصدى القاضي الدستوري لحالات النقص التشريعي، من خلال التفسير الإنشائي البنائي عبر إضافة قاعدة جديدة إلى المحتوى القاعدي للنص الذي كان على المشرع تضمينها إياه إلاّ أنه أغفل ذلك، أو إستبدال محتوى النص بقاعدة أخرى من عنده وذلك لضمان

إتساقه مع الدستور، يمكن القول أن القاضي الدستوري قد ساهم بصورة مباشرة في صياغة القاعدة القانونية المطابقة للدستور بعد صدورها عن المشرع الأصلي على غير ذلك، في ضوء ذلك كله، إعتبر الفقه أنّ القضاء من مصادر القانون ويحتل مكانة مهمة بين مصادر القاعدة القانونية نظراً لدوره الإيجابي في الرقابة والإنشاء. (زهرة كلالي، الإغفال التشريعي والرقابة القضائية عليه، المصدر السابق، ص160-161)

النتائج

بعد إستكمال مناقشة البحث، فقد توصلت الباحثة إلى النتائج والمقترحات الآتية:

أولا- النتائج:

1. إنّ الأحكام المضيفة أو المكملة تتمثّل بسدّ النقص الذي يعتري النص القانوني بسبب الإغفال التشريعي، امّا الأحكام القضائية بعدم الدستورية فيقتصر تولى القاضي الدستوري في الحكم الصادر منه معالجة النص محل الرقابة الدستورية بصورة جزئية وليست كلّية.
2. إن الهدف في الصورتين هو حماية الحقوق والحريات والموضوعات التي كفل الدستور حمايتها، والتي يأتي التشريع أحياناً متضمناً إغفالا جزئياً بالإهمال أو العمد، في نصوص التشريع بما ينتهك الضمانات الدستورية المقررة لهذه الحقوق والحريات والموضوعات.
3. إستخدمت المحاكم والمجالس الدستورية أساليب مختلفة في تطبيق هاتين الصورتين من الرقابة القضائية المنفردة، كل حسب إجتهاده، وإن إتفقت في الهدف من هذه الأحكام، كما تبين ذلك من الأمثلة السابقة على هاتين الصورتين من صور الرقابة القضائية الدستورية للإغفال التشريعي الجزئي، الذي تبنته محاكم القضاء الدستوري المقارن.
4. من إستقراء أحكام القضاء الدستوري المقارن، يتبين أن القاضي الدستوري في كلا الصورتين لا يتجاوز على دور المشرع، وإنما يقتصر دوره على حماية الحقوق

والحريات العامة المكفولة دستوريا، إلى جانب حمايته لسمو الدستور، وهي حماية موجهة لجزئية النص الذي يتضمن الإغفال التشريعي.

5. إن صورة الحكم بعدم الدستورية، تبدو أقوى من حيث قوة الحكم والإلزام، إذ أنّ القاضي الدستوري في الأحكام المضيفة يتولى إضافة إكمالا للإغفال التشريعي، أما الحكم بعدم الدستورية فإنه يبطل الجزء المتضمن إغفالا تشريعيا في النص محل الرقابة الدستورية.

ثانياً– المقترحات:

1. إيلاء موضوع صورتي الرقابة القضائية المنفردة أهمية خاصة، في البحوث والدراسات الأكاديمية، من أجل تسليط الضوء على هاتين الصورتين من الرقابة القضائية المنفردة، من أجل ضمان أن يلتزم القضاء الدستوري، خصوصاً في العراق، بالإطار القانوني وضروراته التي وضع من أجلها.
2. الإستفادة من تجارب القضاء الدستوري المقارن في تطبيق هاتين الصورتين من الرقابة القضائية المنفردة، في حماية الحقوق والحريات العامة المكفولة دستورياً.
3. القيام بدراسات تحليلية للأحكام القضائية المنفردة، التي أصدرتها المحكمة الإتحادية العليا في العراق وتبويبها، من أجل أن تكون مرجعاً قانونيا لدراسة هاتين الصورتين من الأحكام، للإستفادة منها في مجالي الدراسات الأكاديمية، والإستناد إليها في حماية الحقوق والحريات العامة.

وضع إطار قانوني محدد لهذين الصورتين من الأحكام، بما يحول دون أن يتحول القاضي إلى مشرع، وبالتالي المساس بمبدأ الفصل بين السلطات، لأن أغلب حالات التداخل في الإختصاصات بين السلطات، تأتي من عدم وضوح النوص وقطعيتها فيما يتعلق بتحديد الإختصاصات والعلاقة التكاملية بين السلطات.

المصادر

أولا- الكتب العربية:

1. د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط1، دار الشروق، القاهرة، 1999.
2. رشيدة العام، المجلس الدستوري الجزائري، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
3. عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الإختصاص السلبي للمشرع، دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
4. محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، دراسة مقارنة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

ثانياً- البحوث والدراسات:

5. د. الحسين عبد الدايم صابر محمد، رقابة الإغفال ووسائل معالجتها في القضاء الدستوري وأثرها على الإصلاح التشريعي، ، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، جامعة المنصورة، العدد(79)، مارس 2022.
6. د. محمد فوزي نويجي ود. عبد الحفيظ الشيمي، تفسير القاضي الدستوري المضيف ودوره في تطوير القانون، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص- العدد(2)- الجزء الأول، الكويت، مايو 2017.

ثالثاً- الأطاريح والرسائل العلمية:

زهرة كلالي، الإغفال التشريعي والرقابة القضائية عليه،(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد -تلمسان، 2012-2013.

رابعاً- الوثائق والقوانين الدولية والعربية:

7. حكم المحكمة الإيطالية رقم (16) بتاريخ 13 شباط 1994.
8. حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم (168) لسنة 1963.
9. حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم (190) لسنة 1970.
10. حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم (76) لسنة 1993.
11. حكم المحكمة الدستورية النمساوية رقم 29 تشرين الثاني 1985.
12. الدستور الإيطالي لعام 1947 المعدل عام 2012.
13. الدستور البرتغالي لعام 1967 وتعديلاته لغاية2012،
14. رأي المجلس الدستوري الجزائري رقم 2/11 في 6 تموز 2011.
15. رأي المجلس الدستوري الجزائري رقم(8/99) في شباط 1999.
16. قانون الإجراءات الجزائية الإيطالي لعامي 1930، و1988.

17. القانون الإيطالي رقم(195) الصادر في 24 آذار 1858.
18. القانون المصري رقم (1) لسنة 1991 ، الخاص بالإحالة إلى المعاش(التقاعد).
19. القانون المصري رقم (42) لسنة 1967 في شأن التفويض في بعض الإختصاصات.
20. قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم (76-7) في 5 تشرين الأول 1976.

خامسا- الإنترنيت:

21. حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (11) لسنة 13 في 8 يوليو(تموز) 2008، على موقع جامعة مينوسيتا:
http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-11-Y13.html
22. عبد العزيز محمد سالمان، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، بحث متاح على موقع مجلس القضاء الأعلى في العراق:
https://www.iraqidevelopers.com/iraqfsc/ar/node/315
23. نص القرار العضوي الجزائري رقم 2/11 في 6 تموز 2011 منشور في الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 43في 3 أوت (آب) 2011، ص4-7، ونص قانون العضوي رقم98-1 في 30 مايو (أيار) 1998، على موقع قوانين الشرق:
http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=1903129
24. نصّ قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (6) لسنة 17 على موقع جامعة منيسوتا:
http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC

سادسا- المصادر الأجنبية:

- Di Manno, le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie, Economica1997.

الملخص:

يناقش البحث صور الرقابة القضائية المنفردة التي يتولاها القاضي الدستوري على الجزء من النص الذي يتضمن الإغفال التشريعي، إما بإصدار أحكام مضيفة أو مكملة، أو أحكام بعدم الدستورية، وذلك من خلال مناقشة البحث التي تتمثّل فيما إذا كانت هذه الصور تحول القاضي إلى مشرع أم أن دوره يأتي في سياق دستوري، وأي الصور أخطر من الأخرى، حيث تمت المناقشة من خلال مبحثين وعدد من المطالب وخاتمة تضمنت النتائج والمقترحات التي تمّ التوصل إليها.

Abstract:

The research discusses the forms of individual judicial oversight that the constitutional judge assumes over the part of the text that includes legislative omission, either by issuing additional or complementary rulings, or rulings of unconstitutionality, through the discussion of the research, which is whether these forms Whether the judge has become a legislator, or does his role come in a constitutional context, and which forms are more dangerous than the other?