

2022

## The Supervisory Jurisdiction of the Palestinian Constitutional Court Over Legislative Abstention: A Comparative Analytical Study

Dr. عمر ح. التركماني

PhD in Public Law - Deputy Attorney General for the State of Palestine, omar\_torkmani@hotmail.com

Follow this and additional works at: [https://digitalcommons.aaru.edu.jo/sharia\\_and\\_law](https://digitalcommons.aaru.edu.jo/sharia_and_law)



Part of the [Constitutional Law Commons](#)

### Recommended Citation

Dr. التركماني, عمر ح. (2022) "The Supervisory Jurisdiction of the Palestinian Constitutional Court Over Legislative Abstention: A Comparative Analytical Study," *UAE University Law Journal* **مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية**: Vol. 91: Iss. 91, Article 5.

Available at: [https://digitalcommons.aaru.edu.jo/sharia\\_and\\_law/vol91/iss91/5](https://digitalcommons.aaru.edu.jo/sharia_and_law/vol91/iss91/5)

This Article is brought to you for free and open access by Arab Journals Platform. It has been accepted for inclusion in UAE University Law Journal **مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية** by an authorized editor. The journal is hosted on [Digital Commons](#), an Elsevier platform. For more information, please contact [rakan@aaruu.edu.jo](mailto:rakan@aaruu.edu.jo), [marah@aaruu.edu.jo](mailto:marah@aaruu.edu.jo), [u.murad@aaruu.edu.jo](mailto:u.murad@aaruu.edu.jo).

---

# The Supervisory Jurisdiction of the Palestinian Constitutional Court Over Legislative Abstention: A Comparative Analytical Study

## Cover Page Footnote

Dr. Omar Hamza Al Turkmani; PhD in Public Law - Deputy Attorney General for the State of Palestine  
omar\_torkmani@hotmail.com

## **The Supervisory Jurisdiction of the Palestinian Constitutional Court Over Legislative Abstention: A Comparative Analytical Study\***

**Dr. Omar Hamza Al Turkmani;**

PhD in Public Law - Deputy Attorney General for the State of Palestine  
[omar\\_torkmani@hotmail.com](mailto:omar_torkmani@hotmail.com)

### **Abstract:**

This study dealt with subject of supervision of Palestinian constitutional judiciary of refrain legislative refrain to treatment vacuity result of it ,where i started from the main question, which is the extent of the limits of the Palestinian Constitutional Court in overseeing legislative refrain in case of lack an explicit provision authorizing it of this jurisdiction, in order to understand all aspects related this topic, we divided study into three sections.

In first section, we discussed what's nature of legislative refrain and motives of confronting it, as for the second section, we devoted it to talking about the limits of the Constitutional Court's authority to supervision legislative refrain, in third section, we reviewed the consequences of the rulings issued by the Palestinian Constitutional Court legislative refrain and the situation of the Legislative Council regarding them. Finally, we reached a conclusion that contained many findings and recommendations, we mention the most important of these results: Our Palestinian Supreme Constitutional Court derives its powers to monitor legislative abstention based on the principle of constitutional legitimacy, as it is a partner in making general legislative policies as dictated by its function in preserving the texts of the Basic Law and enforcing its rules, As for the most important recommendations, they were to direct an urgent appeal to our Palestinian legislator for the necessity to amend the Constitutional Court Law by explicitly stating the court's right to monitor legislative refrain, And setting the necessary controls to achieve a balance between the enforcement of the

\* Received on October 31, 2020 and authorized for publication on December 29, 2020

constitutional rules and the principle of separation of powers, As well directing a call to political decision-makers in the country to join the Venice Commission to benefit from experiences of other countries regarding the practices of the Constitutional Court to deal with legislative refrain.

**key words:** Legislative abstention; legislative omission; Venice Commission; Palestinian Constitutional Court; legislative vacuum

## الاختصاص الرقابي للمحكمة الدستورية الفلسطينية

### على الامتناع التشريعي "دراسة تحليلية مقارنة"

د. عمر حمزة التركماني

دكتوراه في القانون العام - وكيل النائب العام لدولة فلسطين

[omar\\_torkmani@hotmail.com](mailto:omar_torkmani@hotmail.com)

#### ملخص البحث

تناولت هذه الدراسة موضوع رقابة القضاء الدستوري الفلسطيني على الامتناع التشريعي لمعالجة حالة الفراغ التشريعي الناجم عنه، حيث إنطلقت من تساؤل رئيس يتمثل في مدى الحدود التي تملكها المحكمة الدستورية الفلسطينية بالرقابة على الامتناع التشريعي في ضوء عدم وجود نص صريح يخولها هذا الاختصاص، ومن أجل الإحاطة بكل الجوانب المتعلقة بهذا الموضوع، قمنا بتقسيم الدراسة إلى ثلاثة مباحث، تناولنا في المبحث الأول منه ماهية الامتناع التشريعي ودوافع مواجهته، أما المبحث الثاني فقد خصصناه للحديث عن حدود سلطة المحكمة الدستورية في الرقابة على الامتناع التشريعي، وفي المبحث الثالث استعرضنا النتائج المترتبة على الأحكام التي صدرت عن المحكمة الدستورية الفلسطينية في الامتناع التشريعي وموقف المجلس التشريعي منها، وأخيراً توصلنا إلى خاتمة احتوت على العديد من النتائج والتوصيات، نذكر أهم هذه النتائج؛ أن محكمتنا الدستورية العليا الفلسطينية تستمد صلاحياتها في الرقابة على الامتناع التشريعي انطلاقاً من مبدأ الشرعية الدستورية، وباعتبارها شريكة في صنع السياسات التشريعية العامة بما تمليه عليها وظيفتها في صون نصوص القانون الأساسي، وإنفاذ قواعده، أما عن أهم التوصيات فتمثلت في توجيه النداء العاجل إلى مشرعنا الفلسطيني بضرورة تعديل قانون المحكمة الدستورية بالنص صراحة على حق المحكمة

\* استُلم بتاريخ 2021/03/16 وأُجيز للنشر بتاريخ 2021/04/27.

بالرقابة على الامتناع التشريعي، ووضع الضوابط اللازمة بما يحقق الموازنة بين نفاذ القواعد الدستورية، ومبدأ الفصل بين السلطات، وكذلك توجيه النداء إلى صناع القرار السياسي في الدولة بضرورة الانضمام إلى لجنة البندقية للاستفادة من تجارب الدول الأخرى الخاصة بممارسات محاكمها الدستورية في معالجة الامتناع التشريعي.

الكلمات المفتاحية: الامتناع التشريعي؛ الإغفال التشريعي؛ لجنة البندقية؛ المحكمة الدستورية الفلسطينية؛ الفراغ التشريعي.

## المقدمة:

السلطة التشريعية هي الكيان السياسي الذي يعبر من خلاله المواطنون عن آرائهم، وهي أيضاً الجهة التمثيلية المخولة بسن القوانين التي تتفق مع احتياجات الجماعة، لذلك يعتبر ظهور هذه السلطة في حياة الدول والأفراد نقطة تحول في العمل الديمقراطي، بعد أن كان العمل البرلماني يقتصر على ما يشترع للشعوب من قبل الحاكم وحده.

هذا الأمر يستوجب أن يكون العمل التشريعي ملائماً لواقع الجماعة، ومتناسباً مع ظروفهم السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وأن يكون مساهماً في تحقيق خطط التنمية المستدامة للقضاء على الفقر والبطالة، وبما يضمن صون رفاه الناس وتوسيع قدراتهم وخياراتهم وفرصهم وحرياتهم الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وأن يمثل كافة فئات الشعب تمثيلاً كاملاً بعيداً عن التحيزات الحزبية.

ونظراً لأهمية موافقة القوانين مع حياة الجماعة، وملاءمتها لفلسفة الدولة واستراتيجيتها، وخططتها التنموية، اجتهدت دول العالم لإيجاد الآليات الفاعلة، التي تضمن إعادة السلطة التشريعية إلى جادة الصواب إن أخطأت أثناء ممارستها للعملية التشريعية، ولعل أكثر هذه الوسائل فاعلية وشيوعاً هي الرقابة على دستورية القوانين التي أسندتها بعض الدول هيئة سياسية كما هو الحال في فرنسا، أو هيئة قضائية مستقلة مثلما فعلت العديد من الدول الأخرى. فلسطين من بين الدول التي أناطت هذه المهمة بالمحكمة الدستورية كهيئة قضائية مستقلة،

وإذا كان من المألوف أن تبسط المحكمة الدستورية ولايتها على ما تسنه السلطة التشريعية من قوانين للبحث في مدى دستورتها، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة لرقابتها على الامتناع التشريعي، الذي يفترض تقصير البرلمان في أداء مهامه التشريعية، وتجاهله أو امتناعه عن سن القوانين التي تلبي احتياجات الجماعة وتعبر عن طموحها، إذ إن إسناد مثل هذا الاختصاص لسلطة غير البرلمان من المسائل التي أثارَت حفيظة فقهاء القانون والسياسة بين مؤيد ومعارض، وقد كان لكل منهم حججه ومبرراته التي سنعرضها في هذا البحث، آملين الخروج بنتائج وتوصيات تفيد المكتبة القانونية الفلسطينية، وكافة الباحثين والعاملين في السلك القضائي، والحقل القانوني.

تبرز مشكلة الدراسة في حال امتنع البرلمان عن تنظيم أحد الموضوعات تنظيمًا تشريعيًا، أو اتخذ من تنظيمه لها ذريعة للانتقاص من بعض القواعد الدستورية، بحيث يفوّت على الدولة والأفراد مكنة الانتفاع ببعض جوانبها، فإنه يكون بذلك قد أساء استعمال سلطته التقديرية في المجال التشريعي، مما يتعين معه فرض نوع من الرقابة لإلزامه بممارسة مهمته التشريعية لتلبية احتياجات الدولة والأفراد، وعليه يمكن صياغة التساؤل الرئيس على النحو التالي: ما هي الحدود التي تملكها المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية لممارسة الرقابة على الامتناع التشريعي؟ ويتفرع عن هذا السؤال مجموعة من التساؤلات الفرعية الأخرى نوردتها على النحو التالي:

١. ما المقصود بالامتناع التشريعي؟
٢. ما هي حدود السلطة التقديرية للبرلمان في عملية سن القوانين؟
٣. ما هو الأساس الذي تستمد منه المحكمة الدستورية حقها في الرقابة على الامتناع التشريعي؟
٤. ما هي صور القرارات التي تصدرها المحكمة الدستورية خلال رقابتها على الامتناع

التشريعي؟

٥. إلى أي مدى يتعارض اختصاص المحكمة المذكور مع مبدأ الفصل بين السلطات؟
٦. هل توجد علاقة بين الاختصاص التفسيري للمحكمة الدستورية؛ ورقابتها على الامتناع التشريعي؟

### أهمية الدراسة

**أولاً: الأهمية العلمية:** يعتبر موضوع الدراسة من الموضوعات التي لم تحظ على الاهتمام الكافي من الباحثين في فلسطين، على الرغم من أهميته لكافة المشتغلين في حقل القانون والسياسة، لذلك فإن هذه الدراسة ستقدم رؤية قانونية شاملة مبنية على حقائق علمية، لبيان الأساس القانوني للمحكمة الدستورية في ممارسة الرقابة على الامتناع التشريعي، ونطاق سلطتها في ذلك، ولحجية الأحكام الصادرة عنها في مواجهة البرلمان، وهي موضوعات تحتاج إلى البحث والتقصي من أجل معالجتها معالجة قانونية معمقة، والوصول لأفضل الحلول، مستلهمين بذلك تجارب بعض البلدان ذات الجذور المتعمقة في التعامل مع هذه المسألة.

**ثانياً: الأهمية العملية:** نأمل أن تكون هذه الدراسة إضافة نوعية للمكتبة القانونية الفلسطينية، في ظل ندرة الدراسات والأبحاث الفلسطينية التي تعرضت لهذا الموضوع بالشكل المطلوب، لذلك ستكون مرجعاً أساسياً للباحثين ولكافة العاملين في المجال القانوني، للتعرف على كيفية مواجهة حالة الفراغ التشريعي، وتبصيرهم بالإجراءات التي يمكن اتخاذها لذلك، مما سيساهم بأداء أدوارهم في صيانة الحقوق والحريات، وفقاً لما تقتضيه واجباتهم وأمانة المهنة وجلال رسالتهم، كما ستشكل الدراسة منعطفاً هاماً لأعضاء المحكمة الدستورية الفلسطينية، ولصناع القرار السياسي في إيجاد الحلول الجذرية في التعامل مع هذه القضايا وفقاً لقاعدة الموازنة بين ضمان نفاذ القواعد الدستورية، ومبدأ الفصل بين السلطات.

**أهداف الدراسة:** نسعى من خلال هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف التالية:

١. التعرف على المقصود بالامتناع التشريعي وتمييزه عن المصطلحات المشابهة معه.



٢. بيان السلطة التقديرية للبرلمان في مجال سن القوانين، وحدودها وضوابطها.
٣. استجلاء مقومات شرعية ممارسة المحكمة الدستورية للدور الرقابي على الامتناع التشريعي.
٤. معرفة الحالات والدوافع التي تبيح للمحكمة الدستورية مواجهة حالة الامتناع التشريعي، وحدود سلطتها في ذلك.
٥. استعراض بعض التطبيقات العملية لممارسة المحكمة الدستورية رقابتها على الامتناع التشريعي.
٦. استطلاع صيغ الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية في مواجهة البرلمان لإلزامه بسن القوانين.

**منهجية البحث:** سنعمد لموضوعات الدراسة المناهج العلمية التالية:

**أولاً: المنهج الوصفي:** سنقوم بوصف الظاهرة موضوع البحث في فلسطين، من خلال الإطلالة على أبرز الأحكام القضائية التي صدرت عن محكمتنا الدستورية العليا، لاستنباط الفلسفة التي اتبعتها في مواجهة الامتناع التشريعي، ورصد موقف المجلس التشريعي منها، مستعينين بذلك بالتقارير الرسمية التي تصدر عن المؤسسات القانونية المعنية بالمجال القانوني وحقوق الإنسان.

**ثانياً المنهج التحليلي:** سوف نستعين أيضاً بالمنهج التحليلي، وذلك من خلال تحليل النصوص التشريعية المرتبطة بالدراسة، خصوصاً القانون الأساس الفلسطيني المعدل لسنة ٢٠٠٣م، والنظام الداخلي للمجلس التشريعي المعدل لسنة ٢٠٠٣م، وقانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني المعدل لسنة ٢٠١٩م، لاستنباط النصوص التي تحوّل المحكمة الدستورية حق الرقابة على الامتناع التشريعي.

**ثالثاً المنهج المقارن:** سنستخدم المنهج المقارن مع تشريعات بعض الدول بالقدر اللازم، للتعرف على تجارب الدول الأخرى خصوصاً في جمهورية مصر العربية، ودول أوروبا، لعراق

جذورها القانونية، ولا اعتبار قضاتهم من أصحاب السبق الأول في ممارسة هذا الاختصاص.

**هيكلة البحث:** سيتم تقسيم موضوعات الدراسة إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

**المبحث الأول:** مفهوم الامتناع التشريعي ودوافع مواجهته

**المبحث الثاني:** حدود سلطة المحكمة الدستورية في الرقابة على الامتناع التشريعي

**المبحث الثالث:** النتائج المترتبة على أحكام المحكمة الدستورية وموقف البرلمان منها

## المبحث الأول

### مفهوم الامتناع التشريعي ودوافع مواجهته

منح المشرع الدستوري السلطة التشريعية مهمة سن القوانين كجزء من عملية الإصلاح القانوني والسياسي والاجتماعي في الدولة، وذلك باعتبارها الكيان السياسي التمثيلي الذي يعبر من خلاله المواطنون عن آرائهم، وألقى على كاهلها عبء مواكبة التطورات الحياتية وتنظيمها في قالب قانونية تضمن نفاذها وفعاليتها في عملية التنمية المستدامة، فإذا خالف البرلمان المهام الموكولة به، اعتبر مقصراً وممتنعاً عن أداء وظيفته التشريعية، وبالنظر لأهمية هذا الموضوع، سوف نخصص هذا المبحث للحديث عن مدلول الامتناع التشريعي الذي يبرر للمحكمة الدستورية ممارسة اختصاصها الرقابي، ثم سنتحدث عن مبررات ودوافع مواجهته، وسيكون ذلك من خلال مطلبين على النحو التالي:

## المطلب الأول

### مدلول الامتناع التشريعي وتمييزه عن عدم الاختصاص السلبي

لم يتفق فقهاء القانون على مصطلح واحد دال على حالة قصور البرلمان في ممارسة وظيفته التشريعية، ويرجع سبب الاختلاف إلى عدم القدرة على تحديد نطاق هذا الامتناع، الأمر الذي يستوجب منا في البداية بيان مدلول الامتناع التشريعي وتمييزه عن غيره من المصطلحات الأخرى، خصوصاً مصطلح عدم الاختصاص السلبي، وسيكون ذلك من خلال فرعين على النحو التالي:

## الفرع الأول

### مدلول الامتناع التشريعي

تتمثل حالة الامتناع التشريعي في صورته البسيطة، عندما يتجاهل البرلمان سن قانون يَحْتَمِه واقع الجماعة، وضروريات الحياة المستجدة، لكن الفقهاء اختلفوا في وضع تعريف موحد له، لاختلاف الصور التي تشكل من وجهة نظرهم امتناعاً تشريعياً.

ف نجد بعض الفقهاء أطلقوا على الحالة المذكورة مصطلح (الامتناع التشريعي Legislative abstinence) وتتمثل هذه الحالة -من وجهة نظرهم- في حالة "السكوت أو الإغفال التشريعي المجرد غير المصحوب أو غير المقترن بالتخلي عن الوظيفة التشريعية لصالح السلطة التنفيذية أو السلطة القضائية، حيث نكون في الحالة الأخيرة بصدد مخالفة قواعد الاختصاص، ولسنا بصدد رقابة على الإغفال التشريعي" (١).

وهناك من أطلق عليه مصطلح (الإغفال التشريعي Legislative omission) (٢)، ويتحقق ذلك -برأيهم- عند امتناع المشرع عن الوفاء بالتزامه بالتشريع، انطلاقاً من الالتزام الذي يقع عليه بموجب النصوص الدستورية ذات الصيغة الآمرة، والتي توجه له خطاباً بضرورة التدخل لتفعيل الحقوق والحريات التي تحتويها أحكامه، بمعنى جعلها أمراً واقعياً ملموساً،

(١) عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، سنة ٢٠٠٣ م، ص ٧.

(٢) ظهر مصطلح الإغفال التشريعي أول مرة عندما أصدرت المحكمة الدستورية في ألمانيا الاتحادية القرار (١٩٦٩/٢٩)، بموجبه حثت السلطة التشريعية على إنشاء شروط متساوية بين الأطفال المولودين خارج إطار الزواج والأطفال المولودين داخل إطار علاقة زوجية صحيحة، وقد اعتبرت المحكمة الدستورية الاتحادية أن المادة (١٧١٢) من القانون المدني الألماني بشكلها الراهن تنطوي على قصور في تحقيق فلسفة المادة (٥، ٦) من دستور ألمانيا، ونهبت المحكمة المشرع إلى ضرورة التدخل للتغلب على هذا الإغفال قبل نهاية دورة انعقاد الهيئة التشريعية. للمزيد من الاطلاع راجع:

Ahmed Oudah Mohammed AL-Dulaimi, From Negative to Positive Legislator? Response to Unconstitutional Legislative Omission as a Case Study in the Changing Roles of Constitutional Courts, Submitted in fulfillment of the requirements of the degree of Doctor of Philosophy, Griffith University, August 2018, p.83.

فدور القانون في هذه الحالة بمثابة أداة تنفيذية للدستور، شأنه شأن التشريع الذي يحتاج إلى لائحة تنفيذية لتطبيقه<sup>(٣)</sup>.

ويقرر أنصار هذا الاتجاه "بأن الإغفال التشريعي هو أحد أوجه عدم الدستورية"<sup>(٤)</sup>، ويكون كذلك عندما يتناول المشرع أحد الموضوعات التي يختص بها بالتنظيم، إلا أن هذا التنظيم يأتي سواء عن عمد أو إهمال غير مكتمل، أي يأتي قاصراً عن الإحاطة بكافة جوانبه، وبما يؤدي إلى الإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم"<sup>(٥)</sup>.

بينما يرى بعض الفقه الأجنبي أن المصطلح الدال على امتناع المشرع عن الوفاء بالتزاماته التشريعية هو (الثغرات القانونية Legal loophole)، ويصورونه في حالة الغياب الكلي أو الجزئي للقوانين، ويكون هذا بسبب "إهمال المشرع تنظيم بعض العلاقات عند سنه للقانون، ويحدد هذا الإغفال إما بمناسبة تنظيم موضوع ما أول مرة، أو أثناء تعديل القوانين، نتيجة إهمال المشرع للتطور السياسي والاقتصادي والاجتماعي الحاصل في المجتمع"<sup>(٦)</sup>.

ومن أنصار هذا الاتجاه من يرى أن الثغرات القانونية تكمن في حالة "عدم اكتمال أو عدم وجود قواعد قانونية يمكن لسلطات الدولة على أساسها الفصل في مسألة قانونية تخضع

(٣) عزاوي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطين التشريعية والتنفيذية، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزء الأول، سنة ٢٠٠٩م، ص ٤٦، مشار إليه كيلاي زهرة، الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، سنة ٢٠١٣م، ص ١٥.

(٤) د. محمد عبد الله أبو مطر، الوسيط في نظم الرقابة الدستورية "القضاء الدستوري في فلسطين ومصر"، جامعة الأزهر، الطبعة الأولى، سنة ٢٠١٧م، ص ٣٢٥.

(٥) د. عبد العزيز سالم، إطلالة على الرقابة القضائية على دستورية القوانين، ورقة علمية مقدمة من وفد جمهورية مصر العربية إلى المؤتمر العالمي الثاني حول ريو دي جانيرو، البرازيل، يناير، ٢٠١١م.

(6) problemes de i omission dans la jurisprudence constitutionnelle, cour constitutionnelle republique de moldova, conference des cours constitutionnelle europeennes, p3.

مشار إليه كيلاي زهرة، مرجع سابق، ص ١٦.

ويبنى على ما سبق: أن مصطلح الإغفال التشريعي يقتصر دلالته على حالة ترك المشرع تنظيم مسألة معينة تنظيمياً تشريعياً دون نسيان، وهو أحد صور الامتناع التشريعي الذي يبرر تدخل المحكمة الدستورية لمواجهة حالة الفراغ التشريعي الناشئة عنها، كما أن القول بأن

(٨) د. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصر، علا للكتب، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٨م، ص ١٦٣.

الإغفال التشريعي هو أحد أوجه عدم دستورية التشريع فيه دلالة واضحة على اختزال الحالة التي نحن بصدد الحديث عنها على الإغفال الجزئي دون الكلي.

وكذلك الحال بالنسبة لمصطلح (الثغرة القانونية) الذي استعمله بعض الفقه الأجنبي، فينصرف دلالة من الناحية اللغوية إلى الفتحة أو الفجوة أو النقطة الضعيفة في الشيء<sup>(٩)</sup>، وبذلك يقتصر معنى هذا المصطلح على حالة القصور التشريعي الجزئي دون الكلي.

أما مصطلح (الامتناع التشريعي)، فينصرف معناه اللغوي على الحجب والإمساك عن الشيء، فيقال: منع المكان ونحوه، أي صار قوياً ومنيعاً محمياً يتعذر الوصول إليه، وامتنع بالشيء: أي احتذى وتحصن به، وتمنع الشيء: تعذر حصوله<sup>(١٠)</sup>.

لذلك نرى: أن المصطلح الأخير (الامتناع التشريعي)؛ هو الأكثر دلالة على حالة عدم ممارسة البرلمان لسلطته التشريعية للتعبير عن إرادة الأمة، وترجمة طموحاتها وتطلعاتها الواردة في المبادئ الدستورية إلى نصوص تشريعية قابلة للتطبيق، على اعتبار أن القانون ما هو إلا تعبير عن إرادة المجتمع وأوليائه، التي يجسدها المشرع في صورة قواعد عامة تحكم التفاعلات بين الأفراد والجماعات وتنظم العمل والعيش المشترك بينهم، وبالتالي فإن حالة الامتناع التي نقصدها قد تكون بشكل كلي أو جزئي، وقد تقع من المشرع سهواً أم عمداً.

وعليه نستطيع تعريف الامتناع التشريعي بأنه: "عدم قيام السلطة المشرعة بسن النصوص التشريعية التي تعبر عن إرادة المجتمع وأوليائه، ومواكبة جملة التطورات الحاصلة في حياته على الصعيد الاقتصادي والسياسي والاجتماعي، بما يخلق فراغاً تشريعياً يؤثر سلباً على ممارسة حقوقه الأساسية وفقاً لفلسفة المشرع الدستوري".

(٩) معجم اللغة العربية المعاصر، الجزء الأول، باب الثاء، ص ٣١٦.

(١٠) معجم اللغة العربية المعاصر، الجزء الثالث، باب الميم، ص ٢١٢٨.

## ثانياً: تمييز الامتناع التشريعي عن عدم الاختصاص السليبي

لقد نتج عن تعدد المصطلحات التي استخدمها بعض الفقهاء للدلالة على حالة الامتناع التشريعي نوع من الارتباك في التمييز بينه وبين مصطلح (عدم الاختصاص السليبي)، حيث نجد بعض الفقهاء من زواج بين المصطلحين، باعتبارهما يعبران عن مفهوم واحد؛ هو عدم قيام البرلمان بممارسة وظائفه الدستورية بسن القوانين لمسألة تهم حياة الجماعة<sup>(١١)</sup>، فيما اعتبر آخرون أن الامتناع التشريعي صورة من صور عدم الاختصاص السليبي، مستندين في ذلك على فكرة عدم الاختصاص السليبي للإدارة التي تنكر بموجبه لاختصاصاتها التقديرية، والتي يدخل ضمن الإطار الرقابي للقضاء الإداري، وهذا الاتجاه الذي أخذ به المجلس الدستوري الفرنسي<sup>(١٢)</sup>.

وهناك من يرى -وبحق- أن لكل من المصطلحين وجهته التي يعبر من خلالها الباحثون عن مضمون الفكرة التي يتحدثون عنها، وهم يرون أن مصطلح عدم الاختصاص السليبي يتمثل في حالة "تخلي المشرع عن اختصاصه لصالح سلطة أخرى"<sup>(١٣)</sup>. وقد ميّز أصحاب الرأي الأخير بين صورتين لعدم الاختصاص السليبي:

### الصورة الأولى: عدم الاختصاص السليبي غير المقترن بالتفويض التشريعي

وبموجب هذه الصورة يفترض تخلي البرلمان عن اختصاصه الدستوري بسن القوانين لصالح السلطة التنفيذية دون تفويض تشريعي، ويضرب أصحاب هذا الرأي مثلاً على ذلك من واقع ما قرره المحكمة الدستورية العليا المصرية في أحد أحكامها التي قضت بعدم دستورية قرار رئيس الجمهورية رقم ٧٩ لسنة ١٩٥٩ م، القاضي بتحويل وزير الداخلية

(١١) د. عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السليبي للمشرع، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ٢٠٠١ م، ص ١١٣، د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، سنة ٢٠٠٠ م، ص ١٢٩.

(12) George Schmitter, l'incompétence passive du législateur et des autorités Administratives; Manuel International, Economica, 1989, p. 141, 142

(١٣) عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، سنة ٢٠٠٣ م، ص ٢٢.

بموافقة وزير الخارجية سلطة تعيين شروط منح جواز السفر لمخالفته حرية التنقل باعتباره من المسائل المحصورة تنظيمها تشريعياً للبرلمان وحده، وقد بررت المحكمة حكمها المذكور "بأن نص المادتين ٨ و ١١ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٩ المشار إليهما بما تضمناه من تفويض وزير الداخلية في تحديد شروط منح جواز السفر، وتحويله سلطة رفض منح الجواز أو تجديده، وكذا سحبه بعد إعطائه، إنما يتمخض عن تنصل المشرع من وضع الأسس العامة التي تنظم موضوع جوازات السفر بأكمله على الرغم من كونها الوسيلة الوحيدة لتمكين المواطن من مغادرة بلده والرجوع إليه، وارتباط ذلك ارتباطاً وثيقاً بالحقوق التي يكفلها الدستور في المواد ٤١ و ٥٠ و ٥١ و ٥٢ على الوجه المتقدم بيانه؛ ومن ثم فإن مسلك المشرع في هذا الشأن يكون مخالفاً للدستور<sup>(١٤)</sup>.

### الصورة الثانية: عدم الاختصاص السلبي المقترن بالتفويض التشريعي

وتفترض هذه الصورة تخلي البرلمان عن جزء من اختصاصه الدستوري بسن القوانين، وتفويضه صراحة للسلطة التنفيذية خلافاً لما يقرره الدستور، وبمعنى أدق تجاوز حدود التفويض التشريعي في غير الحالات التي صرح بها الدستور.

وقد تصدت المحكمة الدستورية العليا المصرية في أحد أحكامها لتلك الحالة حينما قررت "بأن الدستور اختصاص السلطة التشريعية بسن القوانين وفقاً لأحكامه، فنص في المادة ٨٦ منه على أن يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع ويقر السياسة العامة للدولة، كما يمارس الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية وذلك كله على الوجه المبين في الدستور، وكان الدستور بتحديد لكل من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية وظائفها وصلاحياتها، قد عين لكل منها التحويم والقيود الضابطة لولايتها بما يحول دون تدخل إحداها في أعمال السلطة الأخرى أو مزاحمتها

(١٤) قضية رقم ٢٤٣ لسنة ٢١ قضائية المحكمة الدستورية العليا المصرية "دستورية"، جلسة ٤ نوفمبر سنة ٢٠٠٠م، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية <http://www.sccourt.gov.eg>، تاريخ الزيارة ٣/٣/٢٠٢١م.



في ممارسة اختصاصاتها التي ناطها الدستور بها، متى كان ذلك، وكان الأصل أن تتولى السلطة التشريعية بنفسها مباشرة الوظيفة التي اختصها الدستور بها وأقامها عليها، إلا أن الدساتير المصرية جميعها كان عليها أن توازن ما يقتضيه الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من تولي كل منهما لوظائفها في المجال المحدد لها أصلاً بضرورة الترخيص للسلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية في أن تمارس عند الضرورة وفي الأحداث الاستثنائية جانباً من الوظيفة التشريعية تمكيناً لها من تنظيم مسائل بعينها تكون أقدر على مواجهتها بتدابير تقتضيها المرونة تارة، والسرعة والدقة والحسم طوراً آخر. ولقد كان النهج الذي التزمته الدساتير المصرية على اختلافها -وعلى ضوء موجبات هذه الموازنة هو تحويلها السلطة التنفيذية- وبناء على تفويض من السلطة التشريعية في أحوال بذاتها تفرضها الضرورة وتعليها الأوضاع الاستثنائية رخصة تشريعية في حدود ضيقة لا تتخلى السلطة التشريعية بموجبها عن ولايتها في مجال سن القوانين، ولا ينفلت بها زمام هذا الاختصاص في يدها"<sup>(١٥)</sup>.

وحتى لا يتيه القراء والباحثون بين المصطلحين، نوجز أهم مظاهر الاختلاف على النحو التالي:

- أ. يتمثل الامتناع التشريعي في عدم ممارسة البرلمان لسلطته الدستورية بسن القوانين مما يخلق حالة فراغ تشريعي لتنظيم مسألة تم الجماعة، بينما يقوم عدم الاختصاص السلبي بتخلي البرلمان عن سلطته التشريعية لصالح السلطة التنفيذية في غير الأحوال المصرح بها، أو في الأحوال التي يميز لها القانون ذلك لكن بطريقة تخالف حدود التفويض التشريعي.
- ب. تقوم المخالفة الدستورية لفكرة عدم الاختصاص السلبي في إهدار قواعد توزيع الاختصاصات بين السلطات<sup>(١٦)</sup>، أما الامتناع التشريعي فلا يشكل أي مخالفة لقواعد

(١٥) قضية رقم ٢٥ لسنة ٨ قضائية المحكمة الدستورية العليا المصرية "دستورية"، جلسة ١٦ مايو سنة ١٩٩٢م، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية <http://www.sccourt.gov.eg>، تاريخ الزيارة ٢٠١٢/٣/٣م

(١٦) عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، سنة ٢٠٠٣م، ص ١٧.

الاختصاص من حيث الأصل العام، وإنما تقتصر صورته في امتناع المشرع عن ممارسة وظيفته التشريعية مما يخلق حالة من الفراغ التشريعي لتنظيم مسألة تهم حياة الجماعة.

ت. لعل من أهم الفروقات التي يجب أن تحظى على عناية الباحثين؛ هي أن عدم الاختصاص السلبي يعتبر من العيوب الدستورية الظاهرة التي تصيب التشريع، لتعلقها بقواعد توزيع الاختصاصات المحددة بالدستور، وبضوابط عملية التفويض التشريعي، لذا يسهل الطعن فيها بعدم الدستورية، كما أن اختصاص المحكمة الدستورية بالرقابة عليها لا يثير جدلاً، بينما الامتناع التشريعي يتعلق بالسلطة التقديرية للمشرع، وبقدرته على إصدار التشريعات وملاءمتها مع ما يطرأ من مستجدات في الدولة على الصعيد السياسي والاقتصادي والاجتماعي، لذا فهو من العيوب الخفية التي تثير جدلاً من حيث اختصاص المحكمة الدستورية بالرقابة عليها، لتعلقها بمبدأ الفصل بين السلطات.

## الفرع الثاني

### صور الامتناع التشريعي

تتعدد صور الامتناع التشريعي وفقاً لدلوله السابق؛ إلى عدة صور، منها حالة تخلي المشرع قصداً أو سهواً عن تنظيم بعض المسائل بصورة كاملة إلى الحد الذي يفقد المبادئ الدستورية من قيمتها، ويحد من فاعليتها، فنكون في هذه الحالة أمام امتناع تشريعي كلي، أما الصورة الأخرى فتتحقق حينما يعالج المشرع الموضوع ولكن بصورة منقوصة وقاصرة عن تحقيق غايتها الدستورية، فيتخلل النص القانوني بصورته القائمة حالة من الفراغ التشريعي الجزئي، وهذا الخطأ أيضاً قد يقع فيه المشرع نتيجة سهوه عن تنظيم المسألة بالشكل المطلوب، كما قد يقع من المشرع عمداً -وإن كانت إمكانية حدوث ذلك قليلة- ومثال ذلك تجاهل المشرع الفلسطيني حتى اللحظة سن قانون العقوبات الفلسطيني الجديد ليتماشى مع التطورات ويتفق مع عادات

الشعب الفلسطيني وقيمه ومبادئه<sup>(١٧)</sup>، وتجاهله أيضاً لسن قانون الأحزاب السياسية الفلسطينية بما يضمن حق المشاركة السياسية المنصوص عليه في القانون الأساسي<sup>(١٨)</sup>. وعلى ذلك فالامتناع التشريعي قد يكون كلياً أو جزئياً، وقد يكون مقصوداً أو غير مقصود بطرق ملتوية ومقنعة، وتفصيل ذلك على النحو التالي:

### أولاً: الامتناع التشريعي الكلي والجزئي

١. الامتناع التشريعي الكلي: يمكننا تعريف الامتناع التشريعي الكلي بأنه "تخلي المشرع كلياً عن ممارسة اختصاصه الدستوري بسن القوانين لتنظيم أحد الموضوعات المهمة، فينتج عن ذلك حالة من الفراغ التشريعي، ويؤدي إلى فقدان أحد المقومات أو القواعد الدستورية"<sup>(١٩)</sup>. وتفترض هذه الصورة أن المشرع الدستوري أوجب على السلطة التشريعية تنظيم مسألة معينة بصورة صريحة ومباشرة، ورغم ذلك يمتنع المشرع عن سن قانون لها، ومثال ذلك ما ورد في المادة (٦٠) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة ٢٠٠٣م التي جاء فيها "ينظم القانون الأحكام الخاصة بإعداد الموازنة العامة وإقرارها والتصرف في الأموال المرصودة فيها، وكذلك الموازنات الملحققة والتطويرية وميزانيات الهيئات والمؤسسات العامة، وكل مشروع تساهم فيه السلطة بما لا يقل عن خمسين بالمائة من رأسماله"، فإحجام المشرع عن سن هذه القوانين يكون بمثابة امتناع تشريعي كلي.

وقد يكون أساس إلزام المشرع بتنظيم بعض المسائل الدستورية بصورة غير مباشرة؛ بحيث

(١٧) مشروع قانون العقوبات الفلسطيني رقم ٩٣/٢٠٠١م، مقدم من مجلس الوزراء للقراءة الأولى، تاريخ ٤/٤/٢٠٠٣م، [http://www.pal-plc.org/ar\\_page.aspx?id=uK1uuc208433907auK1uuc](http://www.pal-plc.org/ar_page.aspx?id=uK1uuc208433907auK1uuc)

(١٨) مشروع قانون الأحزاب السياسية رقم ٩٧/١٢م، مقدم من مجلس الوزراء للمناقشة العامة، تاريخ ١٠/١١/١٩٩٧م،

[http://www.pal-plc.org/ar\\_page.aspx?id=uK1uuc208433907auK1uuc](http://www.pal-plc.org/ar_page.aspx?id=uK1uuc208433907auK1uuc)  
(19) Thomas Bustamante, "Constitutional Courts as Negative / Positive Legislators: The Brazilian," 2010, citing Ahmad Odeh Mohammed al-Dulaimi, op cit, p. 78.

يستدل عليها من المبادئ الدستورية العامة التي يعبر المشرع الدستوري عنها من خلال القواعد الدستورية الكلية.

**وخير مثال على ذلك:** حالة تخلف المجلس التشريعي -كلياً- عن سن التشريعات اللازمة لتفعيل الحقوق والحريات الدستورية العامة التي صدرت في الباب الثاني من القانون الأساسي الفلسطيني، بإغفال سن التشريعات اللازمة لترجمة هذه الموجهات في نصوص قانونية قابلة للتطبيق، سيؤدي إلى إهدارها، بل وفتح الباب في وجه السلطة التنفيذية للتغول عليها وانتهاكها، وهذا بذاته يعد خرقاً للدستور.

فالمشرع ينبغي عليه الالتزام بما فرضه عليه الدستور من قواعد، والتقيّد كذلك بالمبادئ الطبيعية العامة التي تستمد وجودها من وجود الإنسان وأدميته، والتي اعترف القضاء المقارن في العلم بوجودها، وبإلزامها للمشرع حتى ولو لم يرد بشأنها نص خاص في دستور الدولة، وهذا ما يفسر اتجاه بعض الدول اليوم إلى اعتبار القاضي الدستوري شريكاً مع السلطة التشريعية في عملية التشريع كما هو الحال في جنوب إفريقيا<sup>(٢٠)</sup>.

**٢. الامتناع التشريعي النسبي:** يكون الامتناع التشريعي نسبياً؛ إذا قامت السلطة التشريعية بسن قانون، ولكن بصورة قاصرة عن تحقيق غاية المشرع الدستوري منه<sup>(٢١)</sup>، والحقيقة أن رقابة القضاء الدستوري على هذا النوع من الامتناع يحظى بقبول الفقهاء لخروجه من دائرة السلطة التقديرية للمشرع، كما أنه لا يشكل في أساسه انتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات، فهو ينصب على مراقبة قانون موجود فعلاً لكنه معيب بعيب الغاية، لعدم قدرته على تحقيق أهداف وفلسفة المشرع الدستوري منها.

(٢٠) د. عبد العزيز سالم، الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي، ورقة علمية قدمت لوحدة أبحاث القانون والمجتمع بالجامعة الأمريكية، ٢٠١٩ م.

(21) Manuel Eduardo Gongora Mera, Inter-American Judicial Constitutional: On the, Constitutional Rank of Human Right Treaties in Latin American through National and Inter-American, Adjudication (IIDH, 2011), 50, citing Ahmad Odeh Mohammed al-Dulaimi, op cit, p. 86.

والجدير بالذكر أن القضاء الدستوري المقارن في العديد من البلدان مارس الرقابة على الامتناع التشريعي الجزئي، نذكر من ذلك ما قضت به المحكمة الدستورية للبرتغال، حينما أعلنت فشل الهيئة التشريعية في ضمان المنفعة الاجتماعية للموظفين بالعقود الإدارية والاستفادة من إعانات البطالة، على غرار العاملين بموجب عقود خاصة أو مؤقتة، حيث تشكل هذه الحالة إغفالاً تشريعياً جزئياً، بالنظر إلى معيار المشرع الدستوري الذي يفرض ضمان الحق في المساعدة المادية للعمال الذين يجدون أنفسهم عاطلين عن العمل كرهاً<sup>(٢٢)</sup>.

كذلك ما قرره المحكمة الدستورية لألمانيا الاتحادية، حينما حثت في قرارها رقم (١٩٦٩/٢٩) السلطة التشريعية على إنشاء شروط متساوية بين الأطفال المولودين خارج إطار الزواج والأطفال المولودين داخل إطار علاقة زوجية صحيحة في القانون المدني الألماني، بما يتماشى مع رؤية المشرع الدستوري في المادة (٥، ٦) من دستور ألمانيا، ونبهت المحكمة المشرع إلى ضرورة التدخل للتغلب على هذا الإغفال قبل نهاية دورة انعقاد الهيئة التشريعية<sup>(٢٣)</sup>.

كذلك باشرت المحكمة الدستورية العليا المصرية رقابتها على الامتناع التشريعي النسبي، حينما قضت في أحد أحكامها بعدم دستورية الفقرة الرابعة من المادة ١٧ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١م، بشأن الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر<sup>(٢٤)</sup>، وعللت المحكمة قرارها بأن الفقرة الرابعة من المادة (١٧) أخفقت في تحقيق مبدأ المساواة الدستوري بين المصريين، فيما تضمنته من قصر استمرار عقد الإيجار على الزوجة المصرية وأولادها من زوجها المستأجر غير المصري عند انتهاء إقامته بالبلاد فعلاً أو حكماً دون

(22) Pour plus d'informations, voir les résultats de la quatorzième Conférence des cours constitutionnelles européennes de la Commission européenne pour la démocratie, la Commission de Venise, Problems of Legislative Omission, p.98-99.

(23) Ahmed Oudah Mohammed AL-Dulaimi, op cit, p.89.

(٢٤) نصت الفقرة الرابعة من المادة (١٧) من قانون تنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١م على "ومع ذلك يستمر عقد الإيجار بقوة القانون في جميع الأحوال لصالح الزوجة المصرية ولأولادها منه الذين كانوا يقيمون بالعين المؤجرة مالم يثبت مغادرهم البلاد نهائياً".

الزوج المصري وأولاده من زوجته المستأجرة غير المصرية<sup>(٢٥)</sup>.

### ثانياً: الامتناع التشريعي المقنع

الأصل أن مهمة سن التشريعات هو من الوظائف الرئيسية التي أسندها المشرع الدستوري إلى السلطة التشريعية، وبصفة استثنائية للسلطة التنفيذية من خلال ما تصدره من لوائح تنفيذية في أحوال وشروط معينة وردت على سبيل الحصر<sup>(٢٦)</sup>، فإذا تخلت السلطة التشريعية عن اختصاصها الأصيل بسن التشريعات لصالح السلطة التنفيذية في غير الأحوال التي صرح بها المشرع الدستوري، أو بالغت السلطة التشريعية بتفويض السلطة التنفيذية بإصدار مثل هذه اللوائح في الأحوال التي يباح فيه ذلك؛ فإنه يعتبر تنكراً من السلطة التشريعية لاختصاصها الدستوري بسن التشريعات.

إذن صورة الامتناع التشريعي هنا تتمثل في تخلي البرلمان قصداً عن سلطته في سن التشريعات لصالح السلطة التنفيذية، سواء كان بطريقة مباشرة أم غير مباشرة، على نحو يبعث القناعة بتنازل السلطة التشريعية عن اختصاصها لصالح السلطة التنفيذية، وبالتالي إحداث فجوة كبيرة في مبدأ الفصل بين السلطات<sup>(٢٧)</sup>.

(٢٥) قضية رقم ٦ لسنة ٢٦ قضائية المحكمة الدستورية العليا المصرية "دستورية"، جلسة ١٤ أبريل سنة ٢٠٠٢م، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية <http://www.sccourt.gov.eg>، تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٣/٣م

(٢٦) تجدر الإشارة إلى أن بعض الدول باتت تتجه اليوم إلى منح السلطة التنفيذية صلاحية سن التشريعات بصفة رئيسية من خلال التشريعات التفويضية، بينما أصبح البرلمان يباشر فيها هذه المهمة بصورة استثنائية، وخير مثال على ذلك الجمهورية الفرنسية الخامسة، التي منحت الحكومة بموجب المادة "٣٨" من دستورها المعدل لسنة ٢٠٠٨م؛ أن تطلب من البرلمان الترخيص لها من أجل تنفيذ برامجها أن تتخذ بموجب أوامر ولمدة محددة تدابير هي عادة من اختصاص البرلمان، وذلك إلى جانب سلطتها في إصدار اللوائح.

(٢٧) كيلالي زهرة، مرجع سابق، ص ٤٩.

وهذا يعني أن هذا النوع من الامتناع التشريعي قد يتخذ إحدى صورتين:

**الصورة الأولى:** إفراط المشرع بتفويض السلطة التنفيذية بممارسة اختصاصه التشريعي، متجاوزاً بذلك مفهوم حدود صلاحياتها الاستثنائية التي رخص لها لممارسة هذه السلطة لمواجهة أوضاع وظروف معينة، ويكون ذلك عادة إما بتفويض السلطة التنفيذية ممارسة الاختصاص التشريعي في مسائل محجوزة للبرلمان، وإما من خلال تبني المشرع تفسير بعض القواعد الدستورية تفسيراً فضفاضاً يسمح من خلاله للسلطة التنفيذية ممارسة عملية التشريع خلافاً للأحوال والضوابط المحددة في الدستور<sup>(٢٨)</sup>.

**الصورة الثانية:** تتمثل في قيام السلطة التشريعية بالتوسع في الإحالة إلى اللائحة، على خلاف الأصل المتعارف عليه بأن المشرع حينما يسن القوانين، فإنه يكتفي عادة بتنظيم القواعد العامة للموضوع، ويترك للسلطة التنفيذية وضع القواعد التنفيذية من خلال ما تصدره من لوائح، باعتبارها السلطة المكلفة بتنفيذ القوانين، لكن عليها حينئذٍ التقيد بمسألتين:

**المسألة الأولى:** أن ينص القانون صراحة على أن نفاذ الأمر مرهون بصدر اللائحة.

**المسألة الثانية:** أن يكون تنفيذ القانون مستحيلاً إلا بصدر هذه اللائحة، وهذان الأمران مقيدان للسلطة التشريعية أيضاً بعدم الإحالة إلى اللائحة في الأحوال التي تستدعي ذلك<sup>(٢٩)</sup>، فإن خالفت ذلك، نكون في مواجهة حالة من الامتناع التشريعي المقنع، الذي يستتبع ولاية المحكمة الدستورية بالتصدي له حفاظاً على الشرعية الدستورية، ومبدأ الفصل بين السلطات.

**والجدير بيانه:** أن صورة الامتناع التشريعي المقنع، هو الصورة النموذجية التي تجمع في مفهومها ونطاقها بين الامتناع التشريعي والاختصاص السلبي وفقاً لما بيناه سابقاً، وهو ما يعني أن الاختصاص السلبي هو صورة من صور الامتناع التشريعي.

(٢٨) د. عيد أحمد الغفلول، مرجع سابق، ص ١٧٤.

(٢٩) د. محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، سنة ٢٠٠٦م، ص ٤٤٦.

## المطلب الثاني

### دوافع تصدي المحكمة الدستورية للامتناع التشريعي

لم تمنح معظم التشريعات المقارنة قديماً محاكمها الدستورية حق الرقابة على الامتناع التشريعي، بحجة أن القاضي الدستوري تقتصر مهامه على مراقبة التشريعات الصادرة فعلاً ومواءمتها مع الدستور، غير أن هذا التصور بدأ يتغير في الوقت الراهن، حيث نادى كثير من فقهاء القانون الدستوري؛ وقضاة المحكمة الدستورية بضرورة تدخل القاضي الدستوري تدخلاً إيجابياً لمواجهة حالة الفراغ القانوني الناجم عن تقصير المشرع عن أداء مهامه التشريعية، لا سيما المتعلق منها بحقوق المواطنين الدستورية الأساسية.

فبدأت أولى هذه المحاولات في القرن الحادي والعشرين، حينما رصد فقهاء القانون والسياسة تراجع المحاكم الدستورية عن دورها التقليدي ليصبحوا مشاركين إيجابيين في العملية التشريعية من واقع رقابتهم على الامتناع التشريعي.

فالفقيه (Carias Brewer) يقرر في مؤلفاته "أنه ليس هناك شك في أن دور المحاكم الدستورية لم يعد سلبياً بالطريقة التقليدية، لأن دورها ليس كذلك، فالمحاكم الدستورية في العالم المعاصر لديها المقدرة على مساعدة المشرع في وظائفه، إلى الدرجة التي يمكنها من خلق القواعد التي يمكن استنباطها من الدستور<sup>(30)</sup>.

ولقد انعكست الأفكار السابقة على موقف بعض قضاة المحاكم الدستورية في العالم بعد أن أدركوا العواقب الوخيمة، والآثار السيئة التي تخلفها حالة الفراغ التشريعي، فقرر بعضهم التصدي لحالة الامتناع التشريعي من خلال ما يعرض عليهم من منازعات دستورية، واضعين نصب أعينهم تحقيق وظيفتهم السامية في حماية الشرعية الدستورية<sup>(31)</sup>، وضمان نفاذ قواعده وسموها،

(30) Ahmad Odeh Mohammed al-Dulaimi, op cit, p. 37.

(31) للمزيد من الاطلاع على مفهوم الشرعية الدستورية، راجع د. عمر حمزة التركماني، طرق انتهاء ولاية رئيس الدولة، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، سنة ٢٠١٥م، ص ٤٩ وما بعدها.



خصوصاً ما تعلق منها بالحقوق والحريات العامة للأفراد، بل وصل الاهتمام بالأمر في بعض البلدان إلى إنشاء لجنة دستورية مشتركة للعمل على تبادل الخبرات في الشؤون الدستورية، خصوصاً ما تعلق منها بدور محاكمها الدستورية في مواجهة الامتناع التشريعي<sup>(٣٢)</sup>، وفي هذا المطلب سنستعرض أهم دوافع التصدي للامتناع التشريعي من واقع بيان الأثر الذي يخلفه الامتناع على حياة الأفراد، وعلى مؤسسات الدولة، وسيكون ذلك من خلال فرعين على النحو التالي:

## الفرع الأول

### أثر الامتناع التشريعي على حياة الأفراد

منذ قيام الدولة بمفهومها المعاصر، أصبحت حياة الأفراد محط عنايتها، وهي المحور الذي تسعى السلطة التشريعية إلى تنظيمه من خلال ما يصدر عنها من قوانين، فالتشريع هو أداة تنظيم مجتمعية بالمعنى الواسع للكلمة، فلا يكون مجرد تقنين لقواعد قانونية جاري العمل بها، بل يكون الأداة التي يعبر من خلالها المجتمع عن توقيه للرقي<sup>(٣٣)</sup>.

وإذا ما نظرنا إلى الأساس الفلسفي لتنظيم العلاقة بين الفرد والدولة، نجدها -جميعاً-

(٣٢) أنشأ الاتحاد الأوروبي الهيئة المفوضية الأوروبية للديمقراطية، على اعتبارها هيئة استشارية لقضايا خاصة بالشؤون الدستورية، بما في ذلك حماية حقوق الإنسان وقانون الانتخابات وحماية الأقليات القومية. تأسست في عام ١٩٩٠ بموجب اتفاقية جزئية بين ١٨ دولة عضو في مجلس أوروبا، ولعبت لاحقاً دوراً حاسماً في اعتماد وتنفيذ الدساتير بما يتماشى مع التراث الدستوري لأوروبا. تعقد اللجنة أربع جلسات عامة في البندقية، وتعمل بشكل رئيسي في ثلاثة مجالات: المساعدة الدستورية، والعدالة الدستورية، وقضايا الانتخابات والاستفتاء. وقد انبثق عنها لجنة خاصة بمتابعة كل ما يتعلق بأنشطة المحاكم الدستورية واجتهاداتها، أطلق عليها (لجنة البندقية). وفي إطار رغبة اللجنة بمشاركة أكبر عدد من الدول، دعت في عام ٢٠٠٨م العديد من الدول غير الأوروبية للانضمام إلى عضويتها منها مثلاً إسرائيل وتونس، كما منحت للسلطة الوطنية الفلسطينية وضعاً قانونياً خاصاً يتماشى مع وصفها القانوني والسياسي في حينه. للمزيد من الاطلاع على ماهية وأنشطة المفوضية الأوروبية للديمقراطية راجع: <https://rm.coe.int/09000016805b0feb> تاريخ الزيارة: ٢٠٢١/٣/٣م.

(٣٣) مصطفى مرعي، عملية التشريع في فلسطين، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، رام الله، سلسلة التقارير القانونية (١٦)، سنة ٢٠٠٠م، ص ١٠.

تنطلق من رغبة الإنسان في الانتقال من حياته التي كان يسيطر عليها القوة، وتنعدم فيها الملكية والصناعة والعلم<sup>(٣٤)</sup>، وتفتقد لمفاهيم العدل، ويعمها الفوضى والاقتتال الدائم<sup>(٣٥)</sup>؛ إلى حياة منظمة ومستقرة تضمن له الأمن والسلام، وتكفل له ممارسة حقوقه وحياته على قدم المساواة مع غيره من الأفراد، ولعل ذلك ما يفسر تصدير معظم دساتير العالم اليوم في ديباجتها التأكيد على مجموعة الحقوق والحريات التي ينبغي على جميع السلطات الالتزام بها، والعمل بمقتضاها، ليس فقط كنصوص قانونية جامدة، بل تمهيد كافة الطرق لتكون قابلة للتطبيق، طبعاً كل ذلك بالتوازن مع سيادة الدولة وسلطانها.

كذلك فإن حالة الفراغ التشريعي الناجمة عن عدم ممارسة البرلمان لاختصاصه، سيجعل الأفراد يقدمون على بعض الأفعال، ويمتنعون عن بعضها، دون التقيد بأي ضوابط، معتقدين أن الأصل في الأشياء الإباحة، وأن ما ليس ممنوعاً فهو مباح، متجاهلين أن ما يكون اليوم مباحاً قد يصبح مقيداً أو ممنوعاً في المستقبل، خصوصاً في الأفعال المتعلقة بالجرائم والعقوبات، مما ينجم عن تصرفاتهم حالة من الفوضى التي لا تنسجم مع دولة القانون<sup>(٣٦)</sup>.

ويعتبر أيضاً من دوافع الرقابة على الامتناع التشريعي عدم مسايرة المشرع لحالة التطور المستمر التي تطرأ على الميادين المختلفة في حياة الأفراد، مما ينعكس سلباً على قدرتهم على الاستفادة من كامل حقوقهم الدستورية والطبيعية، فهذه الأمور جميعها تبيح للمحكمة الدستورية فرض رقابتها على حالة الامتناع، خصوصاً أن ولاية القضاء الدستوري -وفقاً لمفهومه المعاصر- لم يعد قاصراً على ما يصدر عن السلطة التشريعية من سلوك إيجابي، وتطوير المخالفات الدستورية فيها، بل يمتد أيضاً لانتقاد سلوك المشرع السلبي عند سكوته أو امتناعه

(٣٤) د. رقية المصدق، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، دار توبقال للنشر، المغرب، الطبعة الثانية، سنة ١٩٨٧م، ص ٢٦-٢٧.

(٣٥) د. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمان الرقابة القضائية، منشأة المعارف بالإسكندرية للنشر، سنة ٢٠٠٣م.

(٣٦) عزوي عبد الرحمن، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، مرجع سابق، ص ٨٥، مشار إليه كيلاي زهرة، مرجع سابق، ص ٩١.

عن ممارسة اختصاصه المحدد في الدستور، وهذا الأمر يحتم على المحكمة الدستورية بذل الجهد الدائم الذي قد يصل في بعض الأحيان إلى الحلول مكان البرلمان في ممارسة وظيفته التشريعية<sup>(٣٧)</sup>.

**صفوة القول:** إن إحجام المشرع عن تنظيم هذه المسائل، تنكراً لها، أو تنظيمه لها بصورة قاصرة عن تحقيق فلسفة المشرع وتوجيهاته، يعتبر من قبيل الامتناع التشريعي الموجب لتدخل المحكمة الدستورية، لممارسة رقابتها على الامتناع التشريعي.

## الفرع الثاني

### أثر الامتناع التشريعي على توزيع اختصاصات سلطات الدولة

استقرت معظم دساتير العالم على مبدأ توزيع اختصاصات سلطات الدولة، لضمان عدم جمع السلطات في يد شخصية واحدة أو هيئة واحدة أياً كانت، بل ينبغي توزيعها وتقسيمها بين هيئات مختلفة، ضماناً لعدم إساءة استعمالها فتصبح أداة طغيان واستبداد<sup>(٣٨)</sup>.

ولعل الصورة الأكثر بياناً للأثر السلبي الذي تخلفه حالة الامتناع التشريعي هي صورة قصور التشريعات، أو تحلي البرلمان عن تنظيم الأسس المعززة لمبدأ الفصل بين السلطات وفقاً لطبيعة النظام السياسي في الدولة، وترجمتها في نصوص قانونية قابلة للتطبيق، فينتج عن ذلك تدخل في الصلاحيات والاختصاصات الدستورية للسلطات.

فمثلاً عملية سن التشريعات تدخل في الأساس ضمن النطاق المحجوز للسلطة التشريعية، لكن امتناع المشرع عن تنظيم مسألة تدخل ضمن اختصاصه، سيولد منفذاً للسلطة التنفيذية للتعدي على اختصاصات السلطة التشريعية من خلال سلطاتها الاستثنائية فيما تصدره من لوائح فرعية شرعت بالأصل لتنفيذ القوانين الصادرة عن البرلمان.

(٣٧) كيلالي زهرة، الدور الإنشائي للقاضي الدستوري، دون سنة نشر، ص ٩.

(٣٨) إيمان عرفة، مبدأ الفصل بين السلطات ومدى تطبيقه في الدولة الإسلامية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة مدينة السادات، يناير، ٢٠١٣م، الطبعة ٢٨، ص ١.

كما أن تخلي المشرع عن تنظيم موضوع معين، سيجعل باب الاجتهاد مشرعاً في وجه السلطة القضائية للتدخل في سد الفراغ التشريعي للحكم في الوقائع المعروضة عليها، والأمثلة الفلسطينية على هذه الحالة تعج بها التطبيقات العملية، نذكر منها على سبيل المثال، حالة الفراغ التشريعي الناجم عن التطورات الحاصلة في الجرائم العصرية، كالمخدرات الرقمية، وكذلك الفراغ التشريعي في مسألة إجراءات إبرام المعاهدات الدولية<sup>(٣٩)</sup>، وكذلك الفراغ التشريعي الذي اعترى الفقرة الأولى من المادة (٢٤) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦م قبل تعديلها<sup>(٤٠)</sup>، فقد أدى ذلك في بعض الأحيان إلى تدخل القضاء لمواجهة هذا القصور على النحو الذي سيأتي بيانه لاحقاً.

وبغض النظر عن الآراء الفقهية حول مشروعية اجتهاد سلطات القضاء العادي في البحث عن النص القانوني المطبق على الواقعة المعروضة عليه، والمقدار المسموح له بالتدخل لسد حالة الفراغ الناشئة عن الامتناع التشريعي، فإننا نؤكد على أن اجتهادها -في بعض الأوقات- يكون مخالفاً للمبادئ القانونية المستقرة مثل مبدأ مشروعية الجرائم والعقوبات، أو مبدأ الفصل بين السلطات، مما يجعل أحكامها عرضة للانتقاد، وبل ويصل الأمر في كثير من الأحيان إلى حد نشوب صراعات بين السلطات، ويزيد من حالات اللجوء إلى المحكمة الدستورية لفض هذه النزاعات وفقاً لاختصاصها المنصوص عليه في المادة (٢٤) من قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية<sup>(٤١)</sup>.

(٣٩) راجع على سبيل المثال القرار الصادر عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، طلب تفسير رقم ٥ لسنة ٢٠١٧م، المقيّد بجدول المحكمة رقم ٢ للسنة القضائية ٣، جلسة ١٢/٣/٢٠١٨م، الوقائع الفلسطينية، العدد ١٤١، ص ٨٧.

(٤٠) د. عمر حمزة التركماني، الفصل في القضاء الدستوري الفلسطيني، مكتبة نيسان، غزة، الطبعة الأولى، سنة ٢٠١٨م، ص ٨٦-٨٧، د. محمد عبد الله أبو مطر، مرجع سابق، ص ٣٢٧.

(٤١) نصت المادة (٢٤) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦م المعدل على "تختص المحكمة دون غيرها بما يلي: الفصل في تنازع الاختصاص بين السلطات".

## المبحث الثاني

### حدود سلطة المحكمة الدستورية في الرقابة على الامتناع التشريعي

يقتضي الحديث عن حدود سلطة المحكمة الدستورية في الرقابة على الامتناع التشريعي استظهار بعض المسائل الجوهرية المختلف عليها بين فقهاء القانون، مثل الأساس الذي تستمد منه المحكمة الدستورية ولايتها الرقابية على الامتناع التشريعي، وصور وصيغ الأحكام التي تصدرها لذلك، وهو ما سنقوم ببيانه من خلال مطلبين على النحو التالي:

#### المطلب الأول

#### أساس سلطة المحكمة الدستورية في الرقابة على الامتناع التشريعي

اختلف فقهاء القانون حول الأساس الذي تستمد منه المحكمة الدستورية صلاحيتها في الرقابة على الامتناع التشريعي، فالبعض أحال هذه المسألة إلى مبدأ المشروعية المستمد من نصوص ومبادئ القانون النافذة في المجتمع فعلاً، والبعض الآخر أسسها على مبدأ الشرعية بما يتوافق ليس مع القانون فحسب، بل مع قواعد العدالة<sup>(٤٢)</sup>، وهو ما سنبينه من خلال الفرعين القادمين على النحو التالي:

#### الفرع الأول

#### الأساس المستمد من مبدأ المشروعية

يعرف مبدأ المشروعية بأنه "خضوع الأشخاص والسلطات العامة للقواعد القانونية السائدة في الدولة"<sup>(٤٣)</sup>، ولهذا المبدأ مترادف آخر يستعمله بعض فقهاء القانون؛ هو مبدأ سيادة

(٤٢) للمزيد من الاطلاع على الفرق بين الشرعية والمشروعية، راجع د. ماجد راغب الحلو، بحث بعنوان الثورة المصرية بين المشروعية والشرعية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، عدد خاص ٢٠١١-٢٠١٢، ص ٨١٣، د. أحمد ناصوري، النظام السياسي وجدلية الشرعية والمشروعية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٤، العدد الثاني، سنة ٢٠٠٨م، ص ٣٨٥.

(٤٣) عبد القادر زروقي، ضمانات تحقيق مبدأ المشروعية، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ٢٠١٣م، ص ٥.

القانون، الذي يستمد جذوره في معظم دول العالم من الدستور نفسه، ويقصد به احترام القواعد القانونية من كافة سلطات الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية، واحترام الأفراد حكماً ومحكومين لقواعد عامة موضوعية مسبقاً. واحترام القانون هنا يأتي بمعناه الواسع ليعني خضوع كل قاعدة قانونية للقاعدة التي تعلو منها من حيث المدرج التشريعي في الدولة، بدءاً من الدستور، ومروراً بالقوانين العادية، وانتهاءً باللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية<sup>(٤٤)</sup>.

المشرع الفلسطيني أكد على مبدأ سيادة القانون في المادة (٦) من القانون الأساسي المعدل بقوله: "مبدأ سيادة القانون أساس الحكم في فلسطين، وتخضع للقانون جميع السلطات والأجهزة والهيئات والمؤسسات والأشخاص".

ويتفرع عن هذا المبدأ قاعدة دستورية أخرى هي سمو الدستور، باعتباره أعلى تشريع موجود في الدولة، فقواعده تسمو على جميع التشريعات الأخرى، وهي نافذة بحق جميع سلطات الدولة، لأنها تشتمل على جميع القيم والمبادئ الأساسية التي تعبر عن سياسة الدولة وتوجهاتها، وهذا يعني أن جميع السلطات ملتزمة بممارسة اختصاصاتها المحددة في الدستور.

وهذا يعني أن المشرع الدستوري حينما أسند بالمجلس التشريعي مهمة سن التشريعات باعتباره الهيئة النيابية التي تنوب عن المجتمع في تنظيم أموره، وتكفل للأفراد حقوقهم وحررياتهم الأساسية<sup>(٤٥)</sup>، فذلك مدعاة لممارسة هذه المهمة في حدود اختصاصه، وعدم التنصل منها في الأوقات والظروف التي تقتضي منه ذلك، وإن كان تقدير هذه الأمور يخضع من حيث الأصل العام للسلطة التقديرية للمجلس التشريعي، لكنها يجب ألا تكون سلطة تحكمية<sup>(٤٦)</sup>،

(٤٤) د. عمر حمزة التركماني، د. شريف أحمد بعلوشة، الوجيز في القانون الدستوري، مكتبة نيسان، غزة، الطبعة الأولى، سنة ٢٠١٨م، ص ٢٥٠.

(٤٥) راجع الفقرة الثانية من المادة (٤٧) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل، التي جاء فيها "بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون يتولى المجلس التشريعي مهامه التشريعية والرقابية على الوجه المبين في نظامه الداخلي".

(٤٦) د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٢٣٠.

وهذا ما يفسر حرص المشرع الدستوري على إنشاء محكمة دستورية مستقلة تراقب مدى التزام المشرع بممارسة صلاحياته في الحدود التي رسمها له الدستور<sup>(٤٧)</sup>.

وإذا كانت رقابة المحكمة الدستورية على التشريعات تكون على ما يسن من السلطة التشريعية فعلاً من أعمال تشريعية إيجابية، فالسؤال الذي يدور هنا حول مدى صلاحية هذه المحكمة ببسط رقابتها على حالة الامتناع التشريعي؟

أجاب بعض الفقه على هذا السؤال؛ بأن الرقابة على الامتناع التشريعي لا تختلف في أساسها النظري عن فكرة الرقابة على دستورية القوانين الصادرة عن البرلمان، لوحة العلة والسبب، وهي إعمال مبدأ المشروعية وسمو الدستور، بغض النظر عن نوع السلوك المخالف للدستور، سواء كان سلوكاً إيجابياً أم سلوكاً سلبياً<sup>(٤٨)</sup>.

فالدستور يفرض على المشرع التزاماً إيجابياً بالتشريع، وهو ما يحتم عليه استيفاء هذا الالتزام، وبالتالي فأي إحجام أو تقصير في أداء هذه المهمة تعد مخالفة ضمنية لمبدأ سمو الدستور، مما يستوجب قمعها<sup>(٤٩)</sup>.

وبالرغم من وجهة الرأي السابق، لكنه يفجر تساؤلاً آخر حول مدى صلاحية المحكمة الدستورية بالرقابة على الملاءمة التشريعية؟

والمقصود بالرقابة على الملاءمة كما عرفها بعض الفقهاء هي "تلك الرقابة التي يمارسها القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع في عملية سن التشريعات، ورقابته على

(٤٧) راجع المادة (١٠٣) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل التي نصت على "تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر في: أ- دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها. ب- تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات. ج- الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي ٢٠ - يبين القانون طريقة تشكيل المحكمة الدستورية العليا، والإجراءات الواجبة الاتباع، والآثار المترتبة على أحكامها". (٤٨) عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، سنة ٢٠٠٣م، ص ٧١ وما بعدها.

(49) Ahmad Odeh Mohammed al-Dulaimi, op cit, p. 49.

الخيارات أو الحلول التي استند إليها المشرع عند تنظيمه للمسألة التشريعية" (٥٠).

والحقيقة أن معظم فقهاء القانون - قديماً - يرون ضرورة إخراج الملاءمة التشريعية من رقابة القضاء الدستوري، لكونها من إطلاقات السلطة التقديرية للمشرع التي لا يجوز لأحد أن يتدخل بها<sup>(٥١)</sup>، وهو ذات الرأي الذي استقر عليه القضاء الدستوري التقليدي في الكثير من أحكامه، نذكر منها على سبيل المثال ما قرره بأن (ملاءمة التشريع والبواعث على إصداره من إطلاقات السلطة التشريعية ما لم يقيدوها الدستور بحدود وضوابط معينة، وكان ما يقرره المدعي بشأن إغفال النص المطعون فيه تنظيم طريق لإشهار صفة المستأجر للأرض الزراعية حتى يتبين من تعامل معه التزامه بالإخطار عن دينه لا يعدو أن يكون جدلاً حول ملاءمة التشريع وما قد يترتب عليه من إجحاف بحقوق طائفة من الدائنين، فإن ما ينهه المدعي في هذا الشأن لا يشكل عيباً دستورياً يوصم به النص المطعون فيه وتمتد إليه الرقابة على دستورية القوانين)<sup>(٥٢)</sup>.

وبتقديرنا: أن مفهوم السلطة التقديرية للمشرع تمنحه كامل الحرية في إيجاد الحلول المناسبة وفقاً لتقديراته المبنية على مقتضيات المصلحة العامة من حيث الزمان والموضوع، ورغم ذلك عليه ألا يجعل من هذه السلطة موطئاً للتقصير في سن التشريعات التي تضمن المحافظة على حقوق الأفراد وحررياتهم الأساسية، وهذا ما يفسر قيام المشرع الدستوري في بعض الأحوال

(٥٠) د. بالجيلالي خالد، مبدأ الوسائل القانونية السليمة في القضاء الدستوري المقارن، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد ٦، ص ١٨٧.

(٥١) د. ثروت عبد العال أحمد، حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية، غير محدد دار النشر، ص ٦٩ - ٧٠.

(٥٢) القضية رقم ١٣ لسنة ١ قضائية، المحكمة الدستورية العليا المصرية "دستورية"، جلسة ١٦ / ٢ / ١٩٨٠ م، أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا، الجزء الأول، ص ١٥١. كذلك راجع القضية رقم ١٩ لسنة ١٩ قضائية، المحكمة الدستورية العليا المصرية، "دستورية"، جلسة ٧ / ٣ / ١٩٩٨ م، أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثامن، ص ١٢١١، حيث أوردت المحكمة في حثياتها "بأن الرقابة على الدستورية التي عهد بها الدستور إلى هذه المحكمة، لا شأن لها بالسياسة التشريعية التي يستنسبها المشرع لتنظيم أوضاع بعينها، كلما كان تنفيذها - من خلال النصوص القانونية - لا يناقض حكماً في الدستور".



تقييد حرية البرلمان في عملية سن التشريعات؛ سواء بقيود زمانية أو موضوعية، وجعل المحكمة الدستورية هي الجهة التي تراقب عمل السلطة التشريعية؛ ليس فيما تصدره من تشريعات خارج الإطار الزمني المحدد لها في الدستور فحسب، بل في حالة امتناعها عن سن تشريع وفقاً لتوجيهات المشرع الدستوري<sup>(٥٣)</sup>.

## الفرع الثاني

### الأساس المستمد من مبدأ الشرعية

لم يكتفِ بعض الفقهاء بمبدأ المشروعية كأساس لرقابة القضاء الدستوري على الامتناع التشريعي، فهم يرون أن هذا الأساس يستمد جذوره من مبدأ الشرعية الذي يحتكم إلى متطلبات الواقع والقانون معاً، على اعتبار أنه قيمة قانونية سياسية بذاتها وثقافية بجوهرها، وهي تعني أكثر بكثير من الخضوع للقانون والتوافق مع أحكامه، فالشرعية تبدو متطابقة على المستوى السياسي مع العواطف والأعراف والممارسات والأفكار العامة المنتشرة في المجموعة بما يخدم المصلحة العامة<sup>(٥٤)</sup>.

وهذا ما يفسر أن عملية بناء القوانين أصبحت اليوم في معظم دول العالم تشترك فيها السلطات الثلاث؛ الحكومة التي تقترح مشاريع القوانين، والبرلمان الذي يناقش هذه المشاريع ويسنها، والقضاء الدستوري الذي يراقب دستوريته، وإرشاد البرلمان للثغرات القانونية التي يجدها، وهذا ما دفع بعض الفقهاء إلى اعتبار القضاء الدستوري شريكاً علنياً في تحديد السياسات والأولويات العامة للدولة<sup>(٥٥)</sup>.

(53) Ahmad Odeh Mohammed al-Dulaimi, op cit, p. 49.

(٥٤) انظر د. أحمد ناصوري، النظام السياسي وجدلية الشرعية والمشروعية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٤، العدد الثاني، سنة ٢٠٠٨م، ص ٣٥٢ وما بعدها.

(٥٥) د. محمد عبد الغفور، د. عاصم خليل، الضمانات الدستورية للحقوق السياسية على ضوء ممارسات المحاكم العليا والدستورية، معهد الحقوق بجامعة بيرزيت، رام الله، سنة ٢٠١٤م، ص ٢٢٣

ووفقاً للرأي السابق يتضح أن للقضاء الدستوري دوراً مهماً في عملية صنع السياسات العامة في الدولة وفقاً لمتطلبات العصر، وما تحتمه مستجدات المستقبل، والتي تصوغها الدولة عادة في قوالب تشريعية ملزمة للكافة.

ودور القضاء الدستوري في هذه المسألة لا يقف عند حدود رقابته على دستورية ما يصدر من تشريعات، بل تتعداها إلى تقدير الاحتياجات التشريعية اللازمة لتنفيذ توجهات وسياسة المشرع الدستوري.

هذه الحقيقة وإن كانت غريبة بعض الشيء عن المفهوم التقليدي لدور القضاء الدستوري، لكن الممارسات العملية المعاصرة - وإن كانت قليلة - لكنها باتت تكشف عن هذا التوجه، ونذكر في هذا السياق ما قضت به المحكمة الدستورية المصرية بعدم دستورية المادة (٦) من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ بشأن الجنسية المصرية، فيما لم تتضمنه من منح الجنسية المصرية للأولاد القصر للأمم الأجنبية التي اكتسبت الجنسية المصرية<sup>(٥٦)</sup>، وكذلك ما قرره "بعدم دستورية المادة (١٣) من قانون حماية الآثار الصادر بالقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٣ في مجال تطبيقها على الملكية الخاصة، وذلك فيما لم تتضمنه من تعويض المالك عن اعتبار ملكه أثراً، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة"<sup>(٥٧)</sup>.

(٥٦) قضية رقم ١٣١ لسنة ٣٩ قضائية، المحكمة الدستورية العليا المصرية "دستورية"، جلسة ٢٢ يناير سنة ٢٠١٧م، وفيها قضت المحكمة بأنه "متى كان ذلك، وكان الدستور وإن أوكل للمشرع بمقتضى نص الفقرة الثانية من المادة (٦) تحديد شروط اكتساب الجنسية المصرية، إلا أن ممارسة المشرع لسلطته التقديرية في هذا المجال يحدها القيد العام الذي ضمنه الدستور نص المادة (٩٢) والذي بمقتضاه لا يجوز لأي قانون ينظم ممارسة الحقوق والحريات أن يقيد بها يمس أصلها وجوهرها، بما لازمه وجوب التزام التنظيم الذي يقره المشرع بالمبادئ الضابطة لسلطته في هذا الشأن، والتي يُعد تحقيقها غاية كل تنظيم يسنه"، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية: <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة ٣/٣/٢٠٢١م.

(٥٧) قضية رقم ١٨٢ لسنة ١٩ قضائية، المحكمة الدستورية العليا المصرية "دستورية"، جلسة ٢ مايو سنة ١٩٩٩م، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة: ٣/٣/٢٠٢١م.



**صفوة القول:** للقضاء الدستوري دور فاعل في عملية صنع السياسة التشريعية، يستمد من مبدأ الشرعية الدستورية التي تضمن نفاذ مبادئ ونصوص الدستور، والحفاظ على سموه، والوقوف في وجه أي محاولات قد تنال منه، ويكون ذلك من خلال فرض رقابته على ما يصدر من تشريعات مخالفة له، ورقابته على الامتناع عن سن التشريعات التي تحقق مقاصده.

**لكن مما تجدر الإشارة إليه:** أن بعض الدول قطعت دابر الخلاف حول الأساس الذي تستمد منه المحكمة الدستورية رقابتها على الامتناع التشريعي، فقامت بتنظيمه بشكل واضح وصريح في قوانينها، نذكر منها مثلاً: الدستور البرتغالي الصادر عام ١٩٧٦م المعدل لسنة ٢٠٠٥م<sup>(٥٩)</sup>، القانون المجري رقم ٩٢ لسنة ١٩٨٩<sup>(٦٠)</sup>، والدستور البرازيلي الصادر عام ١٩٨٨م المعدل لسنة ٢٠١٤م<sup>(٦١)</sup>، ودستور

(٥٩) نصت المادة (٢٨٣) من دستور البرتغال لسنة ١٩٧٦م وتعديلاته على "١- بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو من أمين المظالم، أو في حال وقوع 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. ٢- تخطر المحكمة الدستورية الهيئة التشريعية المعنية إذا ما قررت المحكمة وجود عدم دستورية نتيجة الإغفال".

(٦٠) نصت الفقرة الأولى من المادة (٤٦) من قانون المحكمة الدستورية المجري لسنة ١٩٨٩م وتعديلاته على "إذا أعلنت المحكمة الدستورية أثناء ممارسة اختصاصاتها عن إغفال من جانب المشرع، أدى إلى انتهاك القانون الأساسي، فعليها أن تطلب من الجهاز الذي ارتكب الإغفال لأداء المهمة وتحديد مهلة لذلك". بينما نصت الفقرة الثانية من ذات المادة على "يعتبر إغفالاً لمهام المشرع: أ- فشل صانع القانون في أداء مهمة مستمدة من معاهدة دولية. ب- عدم اعتماد لائحة قانونية على الرغم من حقيقة أن مهمة صانع القانون تنبع من تفويض صريح من خلال لائحة قانونية. ج- إذا كان المحتوى الأساسي للتنظيم القانوني الذي يمكن اشتقاقه من القانون الأساسي غير كامل".

(٦١) نصت المادة (١٠٣) من دستور البرازيل الصادر عام ١٩٨٨م، المعدل لسنة ٢٠١٤م، على "كلما صدر إعلان بعدم الدستورية بسبب غياب الإجراءات التي تجعل قاعدة دستورية فعالة، يتم إخطار السلطة المعنية لتبني الإجراءات الضرورية، وفي حالة الهيئة الإدارية، وللقيام بذلك خلال ثلاثين يوماً".

جنوب إفريقيا الصادر عام ١٩٩٦ م المعدل لسنة ٢٠١١ م<sup>(٦٢)</sup>، ودستور ألمانيا الصادر عام ١٩٤٩ م المعدل لسنة ٢٠١٢ م<sup>(٦٣)</sup>.

## المطلب الثاني

### صور القرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية

#### في الرقابة على الامتناع التشريعي

يعالج القاضي الدستوري الامتناع التشريعي في قراراته بأكثر من طريقة، فقد يكون ذلك من خلال لفت انتباه البرلمان لحالة الخلو التشريعي، مع ترك المعالجة التشريعية للمسألة محل الفراغ إلى البرلمان باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل في ذلك<sup>(٦٤)</sup>، وقد يكون من خلال تدخل المحكمة الدستورية بصورة مباشرة لسد الفراغ التشريعي، وهذه الحالة تسمى بالاختصاص التفسيري المضيف، وقد يكون من خلال الأمر المباشر للسلطة التشريعية بسن القانون خلال مدة زمنية معينة، ويتوقف تطبيق إحدى الصور السابقة على الفلسفة التي تتبعها

(٦٢) راجع البند الرابع من الفقرة الرابعة من المادة (١٦٧) من دستور جنوب إفريقيا لسنة ١٩٩٦ المعدل لسنة ٢٠١٢ م التي نصت على "المحكمة الدستورية هي أعلى محكمة في الجمهورية تقرر... الحكم بإخلال البرلمان أو رئيس الجمهورية بالتزام دستوري".

(٦٣) نصت الفقرة الثانية من المادة (٩٣) من دستور ألمانيا لسنة ١٩٤٩ م وتعديلاته على "علاوة على ذلك، تقضي المحكمة الدستورية الاتحادية، بناء على طلب من البوندسرات أو من المجلس البرلماني لإحدى الولايات، بشأن ما إذا كانت الحاجة لتشريع من القانون الاتحادي لم تعد قائمة في الحالات المنصوص عليها في الفقرة (٤) من المادة ٧٢، أو بشأن ما إذا لم يعد من الممكن وضع قانون اتحادي في الحالات المنصوص عليها في البند ١ الفقرة (٢) من المادة ١٢٥ أ. ويقوم قرار المحكمة بأن الضرورة المذكورة لم تعد قائمة، أو بأن وضع القانون الاتحادي لم يعد ممكناً، مقام قانون اتحادي صادر وفق الفقرة (٤) من المادة ٧٢ أو وفق البند ٢ من الفقرة (٢) من المادة ١٢٥ أ. ولا يجوز تقديم الطلب الوارد في الجملة الأولى، إلا إذا رُفض أي مشروع قانون مُعد وفقاً للفقرة (٤) من المادة ٧٢ أو الجملة الثانية من الفقرة (٢) من المادة ١٢٥ أ من قبل البوندستاغ الألماني بعد رفعه إليه، أو إذا لم يُناقش هذا المشروع ويُتخذ قرار بشأنه خلال عام واحد، أو إذا رُفض مشروع قانون مماثل من قبل البوندسرات".

(٦٤) كيلالي زهرة، الدور الإنشائي للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص ٣٢.

المحكمة الدستورية، وهذا يتطلب منا الحديث عن صور الأحكام الصادرة عن هذه المحكمة لمواجهة الامتناع التشريعي في الأنظمة القضائية المقارنة، مع التركيز على الأسلوب المتبع في فلسطين، وذلك من خلال الفرعين التاليين:

## الفرع الأول

### صور القرارات الصادرة عن القضاء الدستوري المقارن في رقابته على الامتناع التشريعي

تتعدد صيغ القرارات الصادرة عن القضاء الدستوري لمواجهة الامتناع التشريعي في الدول المقارنة لأكثر من أسلوب، فقد يكون من خلال قرارات الإنفاذ الفردي، وقد يكون من خلال القرارات التوجيهية والإيعازية، وقد يكون بواسطة استعمال حقه بالتفسير المضيف، وبيان ذلك على النحو التالي:

#### أولاً: قرارات الإنفاذ الفردي

يقصد بالإنفاذ الفردي بصورته العامة، قيام بعض الأشخاص ممن لديهم الصفة والمصلحة بالادعاء أمام المحكمة الدستورية للمطالبة بإنفاذ بعض القواعد الدستورية التي ترتبط في الغالب بحقوقهم الدستورية، مثل الحق في المساواة، أو الحق في الرعاية الصحية، أو الحق في السكن، حيث تستطيع المحكمة الدستورية بحث هذا الادعاء، وتقرير إنفاذ الحقوق الدستورية في مواجهة السلطة التشريعية إذا وجدت أن هناك حالة تهاون أو تراخ منها لتنظيم هذه الحقوق.

وما يميز هذه الطريقة أن المحكمة تتعامل مع كل قضية معروضة عليها على حدة، فهي تقرر ثبوت الحق من عدمه في النزاع بين أطراف الدعوى فقط، حيث يرفعها الفرد المتضرر ضد الدولة أو إحدى الجهات التابعة للإلزامها بإعمال اختصاصاتها لحماية حقوقه الاقتصادية والاجتماعية.

القضاء الدستوري الكولمبي تبنى هذه الطريقة في أكثر من مناسبة وفقاً لإجراء (توتيل)

لكن ما يعاب على هذه الطريقة أنها أغلقت تماماً مبدأ عينية الدعوى الدستورية، فربطت المحكمة الكولومبية تدخلها لمواجهة حالة الامتناع التشريعي بالحقوق الفردية المدعى بها، وأخضعت ذلك لسلطتها التقديرية المطلقة، وبالطبع فإن هذه الصورة من غير المتصور تطبيقها من قبل المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، التي ينحصر اختصاصها بمقابلة النص التشريعي مع الدستور وفقاً لمبدأ عينية الدعوى الدستورية، دون ربطه بفئة معينة أو فرد

(٦٦) المحكمة الدستورية الكولومبية، قرار رقم ٩٢\٤٠٦\٢٠١٩، منشور على الشبكة العالمية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، <https://www.escri-net.org/ar/caselaw/2020/516047> تاريخ الزيارة: ٣/٣/٢٠٢١م.

بذاته<sup>(٦٧)</sup>، وإن كان ذلك لم ينف قيام المحكمة الدستورية الفلسطينية من ممارسة رقابتها على الامتناع التشريعي في صور مختلفة، على النحو الذي سيأتي بيانه لاحقاً.

### ثانياً: القرارات التوجيهية والإيعازية

في هذه الصورة لا يقتصر دور القاضي الدستوري على مجرد الكشف عن الفراغ الناتج عن الامتناع التشريعي، وإنما يخاطب المشرع ويوجه إليه نداء لسد هذا العجز، وهذا الخطاب له أساليب وصيغ عديدة منها توجيه طلب مباشر أو توصية أو نصيحة، وقد تتجاوز ذلك إلى حد التأنيب، كما يمكن أن يلجأ القاضي الدستوري إلى صيغة أمرة بأن يوجه ما يشبه الأمر لكن في النهاية ليس هناك إلزام على السلطة التشريعية بأن تستجيب لهذا الأمر أو حتى النداء أو التوجيه، بل أن الشواهد الحاضرة لبعض النظم التي تبنت هذه الطريقة، لم تقتصر على مجرد تنبيه السلطة التشريعية على حالة الامتناع التشريعي، وإنما تعدت ذلك إلى تعليق نفاذ النص القاصر على التعديل التشريعي خلال مدة زمنية معينة، فتقرر صراحة في حكمها ما يفيد بطلان هذا النص إذا لم يتدخل المشرع خلال مدة معقولة لمعالجة هذا القصور<sup>(٦٨)</sup>.

ومن أمثلة هذه الصورة ما قضت به المحكمة الدستورية لجنوب إفريقيا في إحدى الدعاوى التي عرضت عليها؛ والتي تدور وقائعها حول قيام مجموعة من الأشخاص بالإقامة في أرض فضاء مملوكة ملكية خاصة، والعيش فيها؛ الأمر الذي دفع مالك الأرض بعد فترة من الزمن الحصول على أمر بطردهم، وأصبح هؤلاء الأشخاص بدون مأوى، وبناء على ذلك أصدرت المحكمة الدستورية حكماً ألزمت فيه الدولة العمل من أجل الوفاء بالتزاماتها المفروضة عليها في الدستور،

(٦٧) نوار محمود بدير، دور القضاء الدستوري الفلسطيني في حماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، سنة ٢٠١٦م، ص ٧٩ وما بعدها.

(٦٨) د. عبد العزيز سلمان، مرجع سابق. كذلك للمزيد من الإطلاع على القرارات التوجيهية لمحاكم دول أوروبا، يراجع تقرير المؤتمر الرابع عشر للمحاكم الدستورية الأوروبية التابع للمفوضية الأوروبية للديمقراطية، (لجنة البندقية)، ومشكلات الإلغاء التشريعي.

Pour plus d'informations, voir les résultats de la quatorzième Conférence des cours constitutionnelles européennes de la Commission européenne pour la démocratie, la Commission de Venise, Problems of Legislative Omission



39

[الاختصاص الرقابي للمحكمة الدستورية الفلسطينية على الامتناع التشريعي]

للمحكم بعدم الدستورية<sup>(٧٢)</sup>، وهو ما اتبعته العديد من المحاكم الدستورية الأخرى في الأنظمة التشريعية المقارنة مثل البرتغال، وفنزويلا<sup>(٧٣)</sup>.

### ثالثاً: قرارات التفسير الإنشائية (المضيفة)

تتمثل هذه الصورة في قيام المحكمة الدستورية بالتدخل المباشر لمعالجة حالة الفراغ الناتج عن الامتناع التشريعي، أثناء مباشرة اختصاصها في تفسير التشريعات.

فمن المعروف أن الاختصاص التفسيري للتشريعات في الكثير من أنظمة الدول المقارنة، أصبحت تستأثر به المحكمة الدستورية، حيث تباشره من خلال طلب أصلي يقدم إليها، لبيان معنى النص الغامض سواء أكان هذا الغموض ناتجاً عن نقص أم عن عدم تناسب الألفاظ أو غرابتها، أو كان ناتجاً عن تناقض عقلي نتيجة لطابع أسلوب اللغة المستخدم، أو نتيجة لأخطاء مطبعية<sup>(٧٤)</sup>.

والأصل أن مهمة القاضي الدستوري ينبغي حصرها في استجلاء ما أبهم في النص من غموض، وهذا ما دفع بعض الفقهاء إلى القول: "أن القرارات التفسيرية هي ذات طبيعة كاشفة، تقتصر على الكشف عن الإرادة الحقيقية للمشرع دون أن تتعدها، فإن فعل ذلك يكون قد تجاوز حدود التفسير ليدخل في نطاق خلق القاعدة وليس مجرد تفسيرها، وهو ما يعد خروجاً على دور القاضي ومهمته الأساسية في تطبيق القانون وليس خلقه"<sup>(٧٥)</sup>، وهذا ما أخذ

(72) Pour plus d'informations, voir les résultats de la quatorzième Conférence des cours constitutionnelles européennes de la Commission européenne pour la démocratie, la Commission de Venise, Problems of Legislative Omission

(73) Ahmad Odeh Mohammed al-Dulaimi, op cit, p. 23.

(٧٤) د. تركي المطيري، قواعد التفسير ومدى التزام المحكمة الدستورية الكويتية بها في ممارسة اختصاصها بتفسير النصوص الدستورية، مجلة الحقوق، العدد الرابع، سنة ٢٠١٢، ص ٥٠.

(٧٥) د. جورج شفيق ساري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة ٢٠٠٥م، ص ٢٧.

به القضاء الدستوري المقارن في العديد من قراراته التفسيرية<sup>(٧٦)</sup>.

غير أن القاضي الدستوري قد يضطر في بعض الأحيان إلى اللجوء إلى التفسير الإنشائي أو المضيف، فيقوم بتضمين النص بعض الأحكام، أو استبدال بعض القواعد الدستورية بأخرى، بهدف سد النقص الموجود بالنص الأصلي، ومواجهة حالة الفراغ التشريعي الناجم عنها<sup>(٧٧)</sup>.

فالمشرع العادي حينما يسن القانون لا يمكنه التنبؤ أو معرفة كل ما سيحدث في المستقبل، وهذا يعني أن النظام القانوني ليس ثابتاً، وإنما يتغير بشكل مستمر وفقاً للظروف والمتغيرات المستجدة التي تطرأ على المجتمع، وهو ما يدخلنا في كثير من الأحيان بمشاكل الثغرات القانونية التي تتطلب من القاضي الدستوري التدخل لسد هذه الفجوة من خلال سلطته التقديرية في فهم المعاني والنوايا، وإزالة الغموض عنها<sup>(٧٨)</sup>.

ومن أمثلة التفسير المضيف الذي برع فيه القضاء الدستوري الإيطالي، حينما قضى بعدم دستورية المادة (٣٠٤ مكرر) من قانون الإجراءات الجزائية؛ لإغفالها حق المتهم من الاستعانة بمحام في بعض إجراءات التحقيق دون الأخرى، كذلك هناك العديد من القرارات التفسيرية المضيفة التي صدرت عن مجلس الدولة الفرنسي، حيث اجتهد في إضافة بعض القواعد القانونية على بعض النصوص الأصلية ليتفادى الحكم عليه بعدم دستوريته، منها مثلاً حينما

(٧٦) راجع ما قرره المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، طلب تفسير رقم ١ لسنة ٢٠١٧م، المقيد بجدول المحكمة رقم ١ للسنة القضائية ٣، جلسة ٢٣ / ١ / ٢٠١٧م، الوقائع الفلسطينية، العدد ١٢٩، ص ٩٢. "وحيث إن الفقرة (٢) من المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا لا يخول المحكمة غير اصطفاء إرادة المشرع العادي واستخلاصها بطريق الدلالة المختلفة دون تقييم لها، سواء التأم مضمون النصوص موضوع التفسير مع أحكام القانون الأساسي أم كان منافياً لها، إلا أنه من المقرر أن تفسير النصوص القانونية لا يجوز أن يكون موطئاً إلى تعديل هذه النصوص بما يخرجها عن معناها".

(٧٧) د. محمد فوزي نويجي، د. عبد الحفيظ علي الشيمي، تفسير القاضي الدستوري المضيف ودوره في تطوير القانون، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد ٢، الجزء الأول، سنة ٢٠١٧م، ص ٤٣.

(78) Herbert Lionel Adolphus Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals," Harvard law review (1958): 607, citing Ahmad Odeh Mohammed al-Dulaimi, op cit, p. 91.

فسر المادتين (٢-٣) من النظام العام للموظفين اللاتي تعطي اللجنة المختصة صلاحية فحص بعض ملفات الموظفين دون البعض الآخر لغايات الترقية إلى الدرجات العليا، وهو ما يخل بمبدأ المساواة، فقرر المجلس أن طبيعة المادتين المذكورتين تشكل الزاماً على اللجنة إذا ما أرادت استخدام صلاحيتها المذكورة فينبغي عليها فحص جميع ملفات المتسابقين وليس بعضهم، وبذلك فالنصوص الطعينة لا تشكل انتهاكاً لمبدأ المساواة<sup>(٧٩)</sup>.

## الفرع الثاني

### صينغ الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية الفلسطينية العليا

#### لمواجهة الامتناع التشريعي

بعد أن بينا في الفرع الأول أساليب وصينغ الأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري المقارن لمواجهة حالة الفراغ الناتج عن الامتناع التشريعي، يبقى علينا الإجابة عن السؤال الرئيس الخاص بالمنهج الذي اتبعته محكمتنا الدستورية الفلسطينية في ذلك؟

الحقيقة أنه بعد مراجعة الأحكام التي صدرت عن القضاء الدستوري الفلسطيني، فقد اهتدينا إلى ثلاثة أحكام نستطيع من خلالها استعراض موقف قضائنا الدستوري من هذه المسألة، وهو ما سنقوم بدراسته والتعليق عليه في هذا الفرع على النحو التالي:

**القرار الأول: القرار التفسيري رقم ٥ لسنة ٢٠١٧م.** ويتعلق موضوعه بتفسير المادة (١٠) من القانون الأساسي وتعديلاته استناداً إلى أحكام المادة (١٠٣) من القانون الأساسي والمادة (٢٤) فقرة (٢) والمادة (٣٠/١) من قانون المحكمة الدستورية: وذلك لبيان أوجه احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية وأسس الإلزام والالتزام على الصعيد الوطني، وبيان آليات إدماج الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تلتزم بها دولة فلسطين، وتفعيلها في النظام القانوني الداخلي والمكانة التي تحتلها بين التشريعات الوطنية

ولقد كان الدافع الرئيسي لتقديم هذا الطلب؛ أن القانون الأساسي المعدل لسنة ٢٠٠٣م

(٧٩) د. محمد فوزي نويجي، د. عبد الحفيظ علي الشيمي، المرجع السابق، ص ٤٦ وما بعدها.

ولقد أجابت على ذلك بأن أهمية دور القاضي الدستوري يكمن من خلال اجتهاداته في تطوير النصوص الدستورية؛ باعتبار أن الدستور هو ما يقوله القاضي الدستوري بشأنه، فإذا كان الدستور نصاً مدوناً فهو لم يعد مدوناً بحبر من صاغه وحسب، خاصة أن القاضي الدستوري استطاع أن يبرهن في السنوات الأخيرة من خلال تفسيره قدرته على إحياء النص بصوته وإعادة كتابته باجتهاداته، ما أصبح له الأثر الفاعل والمطمئن في صياغة الدستور.

وأضافت المحكمة بأن قراراتها الصادرة في طلبات التفسير، يمكن أن تدفع باتجاه تطوير مفهوم هذه النصوص، وتقود إلى تحسين أداء المؤسسات الدستورية، وتجنبها الوقوع في الشلل بفعل الأزمات السياسية، وهذا دائماً يتطلب إدراكاً من الأطراف السياسية لأهمية تطوير المنظومة الدستورية ومردوده على المجتمع والجهات السياسية على اختلاف انتماءاتها، كما يتطلب قضاءً دستورياً قادراً على اتخاذ القرارات الجريئة، ومدركاً أهمية دوره في تطوير المنظومة الدستورية، ومستعداً للتوسع في استخدام صلاحياته إلى أبعد الحدود، فالهدف من ذلك تطوير أداء المؤسسات الدستورية وضبطها من القاضي الدستوري، وبالتالي الحفاظ على المنظومة الدستورية، ومنعها التراجع تحت تأثير الضغوط السياسية والتسويات التي تأتي على حساب الدستور، فإذا كان استقرار المنظومة الدستورية يعد عنصراً أساسياً في استقرار المجتمع وتطوير المنظومة الدستورية، ولتلبية المستجدات في عالم آخذ بالتطور على الصعيد كافة، وعلى الأخص احترام منظومة حقوق الإنسان وحياته العامة<sup>(٨٠)</sup>.

### وخلصت المحكمة في قرارها إلى ما يلي:

١. احترام حقوق الإنسان وحياته الأساسية، وأسس الإلزام والالتزام به على الصعيد الوطني يكون بإدماج مختلف هذه المعاهدات والاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان ضمن التشريعات العادية داخل دولة فلسطين، بما لا يتناقض مع الهوية الدينية والثقافية للشعب الفلسطيني، وعلى أساس احترام مبدأ دستورية هذه التشريعات مع المعاهدات والاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، والمتطابقة مع القانون الأساسي.
٢. ضرورة اتخاذ مجموعة من التدابير والإجراءات التشريعية الداخلية من أجل تسهيل

(٨٠) المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، طلب تفسير رقم ٥ لسنة ٢٠١٧م، المقيد بجدول المحكمة رقم ٢ لسنة القضائية ٣، جلسة ١٢/٣/٢٠١٨م، الوقائع الفلسطينية، العدد ١٤١، ص ٨٧. راجع كذلك الطعن الدستوري رقم ٤ لسنة ٢٠١٧م، قضية رقم ١٢ لسنة ٢ قضائية، المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، جلسة ١٩/١١/٢٠١٧م، منشور على موقع المفتي، جامعة بيرزيت.

إعمال هذه الحقوق والحريات الأساسية ضمن عملية مراجعة لمختلف القوانين والتشريعات ذات العلاقة بهدف تحقيق اندماج أفضل لكثير من مقتضيات المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان التي تمت المصادقة عليها من طرف رئيس دولة فلسطين، وذلك من خلال مراجعة أنظمتها القانونية، وملاءمة تشريعاته الوطنية مع الآليات الدولية الخاصة بحماية الإنسان وكرامته، وتحديد الأولويات في مجال الملاءمة.

### بالتعليق على القرار السابق، يتضح لنا ما يلي:

١. إن محكمتنا الدستورية أقرت صراحة اختصاصها بالرقابة على الامتناع التشريعي، بدافع مواكبة التطورات، ولمنع وقوع مؤسسات السلطة في الشلل نتيجة حالة الفراغ التشريعي.

٢. مارست محكمتنا الدستورية اختصاصها السابق من خلال التفسير الإنشائي، وذلك بإنشاء قواعد تشريعية جديدة، وبهذا تكون قد جاوزت اختصاصها التقليدي في الكشف عن غموض النصوص القانونية، إلى الدور المنشئ لقواعد تشريعية جديدة لم تتضمنها المنظومة القانونية.

٣. استخدمت محكمتنا الدستورية صيغة التوجيه والإيعاز بضرورة اتخاذ التدابير والإجراءات التشريعية الداخلية من أجل تسهيل إعمال الحقوق والحريات الأساسية، وذلك ضمن عملية مراجعة لمختلف القوانين والتشريعات ذات العلاقة بهدف تحقيق اندماج أفضل لكثير من مقتضيات المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان التي تمت المصادقة عليها من طرف رئيس دولة فلسطين.

٤. لعل السبب الذي دفع بقضائنا الدستوري إلى اللجوء إلى الصورة السابقة غياب المجلس التشريعي، وعدم انعقاده بعد أحداث الانقسام الذي وقع عام ٢٠٠٧م.

**القرار الثاني: القرار التفسيري رقم ٢ لسنة ٢٠١٨م:** ويتعلق بتفسير المادة (٨٤) والفقرة الثانية من المادة (١٠١) من القانون الأساسي، والمادة (٥٣) من القرار بقانون رقم (٢٣) لسنة ٢٠١٧م بشأن الشرطة، وذلك فيما يتعلق بالطبيعة القانونية للشرطة والشأن العسكري والمحكمة المختصة بمحاكمة أفراد الشرطة.

## حيث قررت المحكمة بعد دراسة ملف الطلب ما يلي:

١. إن المقصود بالشأن العسكري يفسر بوجود اعتماد المعايير الثلاثة الواردة في المتن لتحديد اختصاص هيئة قضاء قوى الأمن دون غيرها، مع التأكيد أن القانون الأساسي الفلسطيني قد فوض المشرع بتنظيم القضاء العسكري وتحديد ولايته واختصاصاته بقانون، وبالتالي توصي المحكمة الدستورية العليا بوجود الإسراع بتشريع قانون يحدد بدقة الجرائم ذات الشأن العسكري وفقاً لما تم بيانه في متن هذا التفسير.

٢. عجز المادة (٥٣) من القرار بقانون رقم (٢٣) لسنة ٢٠١٧م، بشأن الشرطة عن اتباع الوسائل القانونية السليمة من الناحية التكاملية ما أوقعها في حمأة المخالفة الدستورية لخروجها عن مقتضى المواد (٦-١٥-٣٠) من القانون الأساسي، مما ينطوي على ذلك عدم دستوريته وحظر تطبيقها.

٣. عدم تحري الدقة في تعريف المصطلحات والمفردات المستخدمة في مادة التعاريف من التشريع الخاص بالشرطة في بيان المقصود بمصطلحي القضاء والنيابة العامة، وذلك بحصرهما معنى هذين المصطلحين مما مؤداه مخالفة لمقاصد المشرع الدستوري عن مفهوم المادة (١٠١) من القانون الأساسي التي أنشأت محاكم خاصة إلى جانب المحاكم النظامية (المحاكم الشرعية والدينية والعسكرية)، ما يقتضي والحالة تلك عدم دستورية الشق المتعلق بتعريف مصطلحي القضاء والنيابة العامة على القواعد القانونية المكتوبة في هذا التشريع كافة لبيان معناها من خلال ألفاظها وعباراتها<sup>(٨١)</sup>.

(٨١) المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، طلب تفسير رقم ٢ لسنة ٢٠١٨م، جلسة ٢٠١٨/٩/١٢م، الوقائع الفلسطينية، العدد ١٤٨، ص ١٣٢. كذلك راجع حكم المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، طلب تفسير رقم ١ لسنة ٢٠١٨م، المقيد بجدول المحكمة رقم ١/٢٠١٨م جلسة ٢٠٢٠/٢/٨م، الوقائع الفلسطينية، العدد ١٦٣، ص ٦٩. كذلك راجع حكم المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، طلب تفسير رقم ٩ لسنة ٢٠١٨م، المقيد بجدول المحكمة رقم ٩/٢٠١٨م جلسة ٢٠١٩/١٠/٢٧م، الوقائع الفلسطينية، العدد ١٦٢، ص ٨٦.





١. إن شرعية وجود المجلس التشريعي تكون بممارسة اختصاصاته التشريعية والرقابية ونظراً لعدم انعقاده منذ سنة ٢٠٠٧م، يكون قد أفقده صفته كسلطة تشريعية وبالنتيجة صفة المجلس التشريعي.

٢. أما بشأن تفسير نص المادة (٥٥) ترى المحكمة الدستورية العليا عدم وجود أية أسباب موجبة لاستمرار تقاضي أعضاء المجلس التشريعي المنتهية مدة ولايته لأية استحقاقات مالية أو مكافآت منصوص عليها في القوانين ذات العلاقة بالشأن التشريعي اعتباراً من تاريخ صدور القرار.

٣. إن المجلس التشريعي في حالة تعطل وغياب تام وعدم انعقاد منذ تاريخ ٢٥/٠١/٢٠١٠م وقد انتهت مدة ولايته بتاريخ ٢٥/٠١/٢٠١٠م أثناء مدة تعطله وغيابه وما زال معطلاً وغائباً بشكل كامل حتى الآن، وبناء عليه فإن المصلحة العليا للشعب الفلسطيني ومصلحة الوطن تقتضي حل المجلس التشريعي المنتخب بتاريخ ٢٥/٠١/٢٠٠٦م، وبالتالي اعتباره منحلًا منذ تاريخ إصدار هذا القرار.

٤. دعوة فخامة رئيس الدولة إلى إعلان إجراء الانتخابات التشريعية خلال ستة أشهر من تاريخ نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية<sup>(٨٢)</sup>.

### وبالتعليق على القرار السابق يتضح لنا الآتي:

١. أكدت محكمتنا الدستورية العليا الفلسطينية من حيث المبدأ العام على أن امتناع المجلس التشريعي عن أداء مهامه الرقابية والبرلمانية يفقده صفته كسلطة تشريعية، وبالنتيجة صفة المجلس التشريعي، مما يترتب على ذلك عدم أحقية أعضائه لأية استحقاقات مالية أو مكافآت عينية، وهذا هو جوهر رقابة القضاء الدستوري على حالة الامتناع التشريعي الكلي.

٢. استعملت محكمتنا الدستورية العليا الفلسطينية في هذا القرار التفسير المضيف؛ حينما

(٨٢) المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، طلب تفسير رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨م، سنة ٣ قضائية، جلسة ١٢/١٢/٢٠١٨م، الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز ١٩، ص ٤٤.

قررت اعتبار المجلس التشريعي منحلاً، على الرغم من عدم وجود أي نص صريح يخولها ذلك، حتى السلطة التنفيذية نفسها لا تستطيع حل المجلس التشريعي ولو خلال إعلان حالة الطوارئ.

٣. كذلك فقد اتبعت محكمتنا الدستورية أسلوب القرارات التوجيهية أو الإيعازية لرئيس دولة فلسطين بضرورة الإعلان عن الانتخابات التشريعية خلال ستة أشهر من تاريخ صدور هذا القرار، مع العلم أن المدة المحددة للإعلان عن الانتخابات العامة هي ثلاثة أشهر وفقاً لقانون الانتخابات الفلسطينية العامة<sup>(٨٣)</sup>.

**صفوة القول:** أن محكمتنا الدستورية الفلسطينية مارست بالفعل الرقابة على الامتناع التشريعي أكثر من مرة، وتنوعت صيغ أحكامها ما بين القرارات التوجيهية للسلطات المشرعة، والتفسير المضيف المنشئ لبعض الأحكام القانونية لتجاوز حالة الفراغ التشريعي، بالإضافة إلى اتباع أسلوب التدخل المباشر حينما قررت عدم دستورية النص المخالف للدستور لقصوره عن تحقيق فلسفة المشرع الدستوري وتوجهاته، وهذا خلافاً لما يراه البعض من خلو ساحة التطبيقات القضائية للمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية من هذه المسألة<sup>(٨٤)</sup>.

**والجدير بالملاحظة:** أن رقابة محكمتنا الدستورية على الامتناع التشريعي في القرارات السابقة طالت التشريع بمفهومه العام (الواسع)؛ ففي القرار الأول تصدت المحكمة للامتناع التشريعي الذي تحلل نصوص القانون الأساسي الفلسطيني، بينما تصدت في قرارها الثاني لحالة الامتناع الذي أصاب نصوص القانون العادي، أما قرارها الأخير، فقد طال حالة الامتناع

(٨٣) راجع المادة (٢) من القرار بقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٧م بشأن الانتخابات العامة "يصدر الرئيس خلال مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر قبل تاريخ انتهاء مدة ولايته أو ولاية المجلس مرسوماً يدعو فيه لإجراء انتخابات تشريعية أو رئاسية في فلسطين، ويحدد فيه موعد الاقتراع، وينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية ويعلن عنه في الصحف اليومية المحلية". (٨٤) د. محمد عبد الله أبو مطر، نطاق التشريعات الخاضعة لرقابة الدستورية وفقاً للقانون واجتهادات القضاء الدستوري في فلسطين، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، قيد النشر، في مارس ٢٠٢٢، ص ٣٨.

التشريعي الذي اعتري نصوص القانون العادي، والتشريع الفرعي.

### المبحث الثالث

#### النتائج المترتبة على أحكام وقرارات المحكمة الدستورية

##### وموقف السلطة التشريعية منها

سنستعرض في هذا المبحث النتائج المترتبة على القرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية، من خلال بيان حجيتها خصوصاً في مواجهة السلطات التشريعية، ومدى التزام هذه السلطات بها، وسيكون ذلك من خلال مطلبين على النحو التالي:

#### المطلب الأول

##### حجية الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية

##### في الامتناع التشريعي

سوف نتحدث في هذا المطلب عن حجية الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية بشكل عام في فرع أول، ثم سنبين مدى سريان هذه الحجية على القرارات الصادرة في الامتناع التشريعي بشكل خاص في الفرع الثاني وذلك على النحو التالي:

#### الفرع الأول

##### حجية الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية

نصت المادة (٤٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ م وتعديلاته على أن "أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن"، كما نصت المادة (٤١) من ذات القانون على أن "أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة".

من النص السابق نستطيع القول: إن الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء الدستوري تحوز على الحجية المطلقة، باعتباره حكماً نهائياً لا يقبل الطعن فيه بأي صورة، كما أنه يحوز على

هذه الحجية في مواجهة كافة الأشخاص (الطبيعية والاعتبارية)<sup>(٨٥)</sup>، وكذلك في مواجهة السلطات العامة في الدولة<sup>(٨٦)</sup>؛ بحيث لا يقبل تأويله، أو التعقيب عليه، أو المجادلة فيه<sup>(٨٧)</sup>، فالحكم الدستوري القاضي بعدم دستورية نص تشريعي، يحتاج به في مواجهة كافة الناس كقاعدة عامة ومجردة ملزمة لهم تفرض عليهم واجباً بعدم التعامل مع ذلك النص<sup>(٨٨)</sup>.

ولا تتوقف تلك الحجية على الأحكام الصادرة بعدم دستورية النص أو القانون المطعون فيه، بل تلقى صداها في جميع الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية، سواء كانت بقبول الدعوى أم برفض موضوعها<sup>(٨٩)</sup>، هذا الأمر أكدت أيضاً عليه صراحة المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكم لها قررت فيه بأن (الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية؛ وهي بطبيعتها دعاوى عينية، توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بعبء دستوري تكون لها حجية مطلقة، بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت فيها، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وتلتزم بها جميع سلطات الدولة. سواء كانت هذه

(٨٥) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، تحليل النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٣م ص ٣٥١.

(٨٦) د. أشرف فايز اللمسائي، المحكمة الدستورية العليا، عماد للكتب القانونية للنشر، غير محددة سنة النشر، الطبعة الأولى، ص ١٠٩، د. حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص ٩١.

(٨٧) د. محمد فؤاد عبد الباسط، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، منشأة المعارف بالإسكندرية للنشر، سنة ٢٠٠٢م، ص ٨٥٣.

(٨٨) د. عصام أنور سليم، موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، غير محددة سنة النشر، ص ٧٨.

(٨٩) المستشار/ حافظ عباس، المحكمة الدستورية العليا (نشأتها، تشكيلها، اختصاصاتها)، دار الثقافة للنشر والطباعة، سنة ١٩٩٨م، ص ٧١٨، د. عبد العزيز محمد سلمان، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي للنشر، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٥، ص ٨٦ وما بعدها، د. رائد صالح قنديل، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية "حجتيه وآثاره"، مجلة جامعة الأزهر، سلسلة العلوم الإنسانية لسنة ٢٠١٩م، المجلد ٢١، العدد ١، ص ١٣٥.

الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستوريته<sup>(٩٠)</sup>.

وإذا كانت الحجية السابقة هي المستقر عليها في معظم التشريعات المقارنة، والمتفق عليها أيضاً بين فقهاء القانون بالنسبة للأحكام الصادرة بعدم دستورية نص قانوني موجود فعلاً، فإن السؤال الذي يثور هنا عن مدى انطباق هذه الحجية على الأحكام والقرارات الصادرة في حالة الامتناع التشريعي؟

كما أسلفنا أن القضاء الدستوري حينما يمارس دوره الرقابي على الامتناع التشريعي رغم عدم وجود نص صريح يبيح له ذلك، فيكون من واقع دوره الفاعل في عملية صنع السياسة التشريعية، المستمد من مبدأ الشرعية بما يضمن نفاذ القواعد الدستورية، والحفاظ على سموها، والوقوف في وجه أي محاولات قد تنال منه، أو تحد من نفاذ قواعده، ويكون ذلك من خلال فرض رقابته على ما يصدر من تشريعات مخالفة للدستور، وكذلك من خلال فرض رقابته على حالة الامتناع عن سن التشريعات التي تحقق مقاصد الدستور، وتضمن نفاذ قواعده.

وبالتالي فإن الحجية السابقة تسري على جميع أحكام القضاء الدستوري، سواء تعلقت بالرقابة على دستورية نصوص قانونية قائمة، أو بالرقابة على الامتناع التشريعي.

### الفرع الثاني

#### حجية الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية

##### في مواجهة السلطة التشريعية

الأصل أنه يقع على عاتق السلطة التشريعية التدخل التشريعي لإلغاء الآثار الناجمة عن التشريع المقضي بعدم دستوريته، إلا أنها ليست ملزمة -في جميع الأحوال- بالتدخل الإيجابي لإصدار تشريع جديد لمعالجة الآثار الناجمة عن التشريع المقضي بعدم دستوريته.

(٩٠) القضية رقم ١٣٦ لسنة ٥ قضائية "دستورية"، صادر بتاريخ ١٧/٣/١٩٨٤م، أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثالث، ص ٤٩.

الحقيقة السابقة أكدت عليها المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكم لها قررت فيه بأن "صدور قانون أو قرار بقانون يعكس بصفة نهائية وشاملة التصفية التي تقرر السلطة التشريعية أو التنفيذية ضرورتها لإنهاء كافة الآثار المخالفة للدستور التي رتبها النص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته خلال فترة نفاذه، وإن كان أمراً مرغوباً فيه بالنظر إلى ما تؤول إليه هذه التصفية من رد الحقوق المختلفة التي عطلها هذا النص أو قيدها إلى أصحابها دون تمييز، إلا أن تدخل السلطة التشريعية أو التنفيذية على هذا النحو، لا يتمحض طريقاً وحيداً لإعمال آثار الأحكام الصادرة عن هذه المحكمة في المسائل الدستورية، هذا بالإضافة إلى 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... إن إهدار الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية أو التقاعس عن تنفيذها، إنما ينحل إلى إنكار لحجيتها المطلقة، ويشكل ركن الخطأ في المسؤولية التي يقوم الحق في التعويض بتوافر أركانها، ودون ما إخلال بالحق في اقتضاء تنفيذ قضاء هذه المحكمة عيناً كلما كان ذلك ممكناً. وكلا الأمرين -التعويض والرد- منوطان بمحكمة الموضوع وحدها ولكل ذي شأن -ولولم يكن طرفاً في الدعوى الدستورية- أن يلوذ بها لاقتضاء الحقوق التي عطلها النص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته أو قيدها، وذلك بأن يقيم لطلبها دعواه أمام محكمة الموضوع التي تتولى بنفسها إنزال قضاء المحكمة الدستورية العليا عليها لرد غائلة العدوان عنها"<sup>(٩١)</sup>.

وهنا دعونا نركز على نقطة في غاية الأهمية وردت في حيثيات الحكم السابق؛ الذي اعتبرت فيه المحكمة إعمال وإنفاذ أحكامها الدستورية لا يتوقف على التدخل الإيجابي من السلطة التشريعية، وهو ما قد يشي بعدم سريان هذه الحجية على أحكامها وقراراتها المجابهة لحالة الامتناع

(٩١) القضية رقم ٧ لسنة ١٤ قضائية، المحكمة الدستورية العليا المصرية "منازعة تنفيذ" جلسة ١٩/٦/١٩٩٣ م.

التشريعي، إذ إن جوهر هذه المسألة يتوقف على قدرة القضاء الدستوري على إجبار السلطة التشريعية بإصدار التشريع الذي غفلت عنه بما يضمن نفاذ القواعد الدستورية.

غير أن المتبصر جيداً في حيثيات المحكمة، يدرك أنها أعطت لنفسها الحق في إلزام السلطة التشريعية بالتدخل الإيجابي بإصدار تشريع معين، شريطة عدم وجود طرائق بديلة لتنفيذ الأحكام الصادرة عنها، وهذا يعني أن للمحكمة إلزام هذه السلطة بإصدار التشريع الذي يضمن تنفيذ أحكامها، وبالتالي نفاذ القواعد الدستورية؛ شريطة أن يكون ذلك هو السبيل الوحيد لتدارك الأثر السلبي الذي خلفه التشريع المقضي بعدم دستوريته، أما إذا وجدت قنوات أخرى تمكن أصحاب المصلحة من اقتضاء حقوقهم، فيتوجب عليهم خوضها كما هو الحال في موضوع القضية السابقة، حينما أوعزت المحكمة لأصحاب المصلحة اللجوء إلى محكمة الموضوع للمطالبة بالتعويض عن الآثار التي خلفتها نصوص القانون المقضي بعدم دستوريته.

والحقيقة أن هذا الشرط تطلبته صراحة المحكمة الدستورية في ألمانيا الاتحادية، حينما قررت في أحد أحكامها "عدم قبول الطعن الدستوري الموجه ضد موقف المشرع السلبي من تفعيل المادة ٢٢ من القانون الأساسي الخاصة بحق الأفراد بالسلامة الجسدية، وقد سببت المحكمة قرارها بأن المدعين لم يستنفدوا طرق الطعن العادية قبل اللجوء إلى المحكمة الدستورية" (٩٢).

**صفوة القول:** أن للمحكمة الدستورية فرض رقابتها على الامتناع التشريعي، وتحوز أحكامها الصادرة في هذه المسألة على نفس الحجية التي تتمتع بها أحكامها عند التقرير بعدم دستورية نص أو تشريع، غير أنها لا تستطيع إجبار السلطة التشريعية على إصدار تشريع معين، إلا إذا كان ذلك الطريقة الوحيدة التي تضمن نفاذ أحكامها.

(92) Journal européen des droits fondamentaux 1981, 225-232; Il a évoqué le rapport du quatorzième Congrès des cours constitutionnelles européennes de la Commission européenne pour la démocratie, Commission de Venise, Problems of Legislative Omission, p. 8



## المطلب الثاني

### موقف السلطة الفلسطينية المشرعة من قرارات المحكمة الدستورية

على الرغم من قوة نفاذ الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية في مواجهة سلطات الدولة، وامتداد حجيتها لتطال قراراتها المتعلقة بالرقابة على الامتناع التشريعي على النحو الذي بيناه سابقاً، إلا أن تنفيذ هذه القرارات من قبل السلطة المشرعة أمرٌ ما زال محفوفاً بالجدل نظراً لحدائث ممارسة هذا النوع من الرقابة، وهو ما يحتم علينا أفراد مطلب مستقل نسلط الضوء من خلاله على مدى التزام السلطة المخولة بالتشريع بقرارات المحكمة الدستورية المتعلقة بالامتناع التشريعي، وسيكون ذلك في فرع أول، ثم سنبين الآليات القانونية المتاحة لإلزام هذه السلطة بتنفيذ قرارات المحكمة الدستورية في فرع ثانٍ، وذلك على النحو التالي:

## الفرع الأول

### مدى التزام السلطة الفلسطينية المشرعة

#### بالقرارات المتعلقة بالامتناع التشريعي

يقتضي الحديث عن هذا الموضوع استعراض جملة القرارات التي أصدرتها محكمتنا الدستورية، ومن ثم مراجعة التشريعات الجديدة التي أعقبتها، من أجل الوقوف على حقيقة مقدار التزام السلطة المشرعة ما صدر عن محكمتنا الدستورية فيما يتعلق بواقع الامتناع التشريعي.

وبالرجوع إلى قرارات محكمتنا الدستورية التي مارست فيها رقابتها على الامتناع التشريعي، يتبين لنا أن حالات الإغفال التشريعي الناشئة عنه تتمثل في الصور التالية:

١. حالة الامتناع الذي أحدث فراغاً تشريعياً في بيان إجراءات وآليات إدماج الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تلتزم بها دولة فلسطين، وطرق وآليات تفعيلها في النظام القانوني الداخلي، والمكانة التي تحتلها في المدرج القانوني للدولة، وفيه تصدت المحكمة بصورة مباشرة

لمعالجة هذه الاشكاليات<sup>(٩٣)</sup>.

٢. حالة الامتناع الذي أحدث فراغاً تشريعياً في بيان وتحديد الجرائم ذات الشأن العسكري، وفيه أوعزت المحكمة الدستورية للسلطة التشريعية بوجوب الإسراع بتشريع قانون يحدد بدقة الجرائم ذات الشأن العسكري<sup>(٩٤)</sup>.

٣. حالة الامتناع الذي أحدث فراغاً تشريعياً في بيان مدى جواز حل المجلس التشريعي، والسلطة المختصة بذلك، وفيه أعطت المحكمة الحق لنفسها حل البرلمان، وأوعزت لرئيس دولة فلسطين إصدار مرسوم بإعلان إجراء الانتخابات التشريعية<sup>(٩٥)</sup>.

إذن هذه هي أبرز الأحكام التي صدرت عن محكمتنا الدستورية في المسائل المتعلقة بحالة الامتناع التشريعي، والسؤال هنا، هل التزمت السلطات المشرّعة بمضامين هذه الأحكام؟

بمراجعة جملة التشريعات التي أعقبت صدور الأحكام المتعلقة بالرقابة على الامتناع التشريعي، يتبين لنا أن الحكم الوحيد الذي التزمت السلطة المشرّعة بتنفيذه إذعاناً للحكم الدستوري هو المرسوم الرئاسي الخاص بالإعلان عن الانتخابات العامة بتاريخ

(٩٣) المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، طلب تفسير رقم ٥ لسنة ٢٠١٧م، المقيد بجدول المحكمة رقم ٢ للسنة القضائية ٣، جلسة ١٢/٣/٢٠١٨م، الوقائع الفلسطينية، العدد ١٤١، ص ٨٧. راجع كذلك الطعن الدستوري رقم ٤ لسنة ٢٠١٧م، قضية رقم ١٢ لسنة ٢ قضائية، المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، جلسة ١٩/١١/٢٠١٧م، منشور على موقع المفتي، جامعة بيرزيت.

(٩٤) المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، طلب تفسير رقم ٢ لسنة ٢٠١٨م، جلسة ١٢/٩/٢٠١٨م، الوقائع الفلسطينية، العدد ١٤٨، ص ١٣٢. كذلك راجع حكم المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، طلب تفسير رقم ١ لسنة ٢٠١٨م، المقيد بجدول المحكمة رقم ١/٢/٢٠٢٠م، الوقائع الفلسطينية، العدد ١٦٣، ص ٦٩. كذلك راجع حكم المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، طلب تفسير رقم ٩ لسنة ٢٠١٨م، المقيد بجدول المحكمة رقم ٩/٢٧/١٠/٢٠١٩م، الوقائع الفلسطينية، العدد ١٦٢، ص ٨٦.

(٩٥) المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، طلب تفسير رقم ١٠ لسنة ٢٠١٨م، سنة ٣ قضائية، جلسة ١٢/١٢/٢٠١٨م، الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز ١٩، ص ٤٤.

١٥/١/٢٠٢١م بالرغم من تجاوزه للمهلة المقررة لإصداره<sup>(٩٦)</sup>، حيث أشار الرئيس في ديباجة هذا المرسوم صراحة لقرار المحكمة الدستورية العليا الصادر في الطلب التفسيري رقم ١٠ لسنة ٣ قضائية، والتي أوعزت المحكمة له بضرورة الإعلان عن الانتخابات خلال مدة ستة أشهر لمعالجة موضوع انتهاء ولاية المجلس التشريعي.

وبرأينا يجب عدم مؤاخذة المجلس التشريعي وإلقاء اللوم عليه في ظل الأوضاع الفلسطينية المعقدة وحالة فراغ السلطة التشريعية التي نجمت عن أحداث الانقسام الفلسطيني، والتي نأمل أن تزول قريباً بعد إجراء الانتخابات العامة.

## الفرع الثاني

### آليات إلزام المجلس التشريعي بقرارات المحكمة الدستورية

#### الصادرة في الامتناع التشريعي

يرتبط الحديث عن آليات إلزام المجلس التشريعي بقرارات المحكمة الدستورية المتعلقة بالامتناع التشريعي، بصيغ الأحكام الصادرة عنها.

فقد أسلفنا أن صور الأحكام والقرارات التي تصدر عن المحكمة الدستورية العليا في رقابتها على الامتناع التشريعي قد يأخذ شكل الإنفاذ الفردي، وتستطيع المحكمة الدستورية من خلاله تقرير إنفاذ الحقوق الدستورية في مواجهة السلطة التشريعية إذا وجدت أن هناك حالة تهاون أو تراخ منها لتنظيم هذه الحقوق، وبذلك تأخذ قراراتها الشكل الإلزامي.

وقد تكتفي المحكمة الدستورية بتوجيه النداء، أو النصيحة، أو تقديم توصية للمجلس التشريعي لسد حالة الفراغ الناشئ عن حالة الامتناع التشريعي.

(٩٦) مرسوم رئاسي رقم ٣ لسنة ٢٠٢١م، صدر بتاريخ ١٥/١/٢٠٢١م، منشور في الوقائع الفلسطينية العدد ١٧٥، ص ١٥.

وقد يأتي الحكم بصيغة أمرة، أو أن تعلق المحكمة نفاذ النص القاصر على التعديل التشريعي خلال مدة زمنية معينة، فتقرر صراحة في حكمها ما يفيد بطلان هذا النص إذا لم يتدخل المشرع خلال مدة معقولة لمعالجة هذا القصور.

وأخيراً قد تتدخل المحكمة بصورة مباشرة ملء الفراغ الناجم عن حالة الامتناع التشريعي، كما هو الحال عندما تستخدم اختصاصها بالتفسير المضيف أو المنشئ.

**إذن نستطيع القول:** إن سبل إلزام المجلس التشريعي بأحكام وقرارات المحكمة الدستورية المتعلقة بالامتناع التشريعي؛ يرتبط بصيغة منطوقه، وفي جميع الأحوال لا يمكن إجبارها على التدخل التشريعي الإيجابي إلا إذا كان الحكم بصيغة الوجوب والإلزام، فهي الحالة الوحيدة التي يستطيع صاحب المصلحة تحريك دعوى الامتناع عن تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية في مواجهة المجلس التشريعي، إذا ثبت رفضهم بصورة عمدية تنفيذه، وهذا الأمر أشارت إليه المادة (١٠٦) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل بقولها: "الأحكام القضائية واجبة التنفيذ والامتناع عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها على أي نحو جريمة يعاقب عليها بالحبس والعزل من الوظيفة إذا كان المتهم موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة، وللمحكوم له الحق في رفع الدعوى مباشرة إلى المحكمة المختصة، وتضمن السلطة الوطنية تعويضاً كاملاً له".

## الختام

بعد أن انتهينا من الحديث عن دور القضاء الدستوري بالرقابة على الامتناع التشريعي، توصلنا إلى العديد من النتائج والتوصيات، نوردها على النحو التالي:

### أولاً: النتائج

١. يقصد بالامتناع التشريعي، عدم قيام السلطة التشريعية بسن التشريعات المعبرة عن إرادة المجتمع وأوليائه، ومواكبة جملة التطورات الحاصلة في حياته على الصعيد الاقتصادي والسياسي والاجتماعي، بما يخلق فراغاً تشريعياً يؤثر سلباً على ممارسة حقوقه الأساسية وفقاً لفلسفة المشرع الدستوري.
٢. تستمد المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية صلاحياتها في الرقابة على الامتناع التشريعي انطلاقاً من مبدأ الشرعية الدستورية، باعتبارها شريكة في صنع السياسات التشريعية العامة بما تمليه عليها وظيفتها في صون نصوص القانون الأساسي، وإنفاذ قواعده.
٣. لا تتقاطع السلطة التقديرية الممنوحة للمجلس التشريعي في إيجاد الحلول التشريعية المناسبة وفقاً لتقديراته المبنية على مقتضيات المصلحة العامة من حيث الزمان والموضوع؛ مع ما تبشره المحكمة الدستورية من رقابة على الامتناع التشريعي، خصوصاً إذا اتخذت الجهة التشريعية من سلطاتها التقديرية موطئاً للتقصير في سن التشريعات التي تضمن المحافظة على حقوق الأفراد وحرياتهم.
٤. توجد علاقة وطيدة بين رقابة المحكمة الدستورية على الامتناع التشريعي، وبين التفسير المضيف، الذي يدفع المحكمة الدستورية في بعض الأحيان إلى التصدي لسد حالة الفراغ التشريعي، وهناك العديد من الممارسات الحقيقية لهذا النوع من التفسير.
٥. تشكل رقابة المحكمة الدستورية في فلسطين على الامتناع التشريعي طريقاً احتياطياً، لا تلجأ إليه إلا عند انقطاع الطرق والبدائل القانونية الأخرى.
٦. مارست المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية الرقابة على الامتناع التشريعي أكثر من

مرة، وتنوعت صيغ أحكامها ما بين القرارات التوجيهية والإرشادية للسلطات التشريعية، والتفسير المضيف، بالإضافة إلى اتباعها أسلوب التدخل المباشر في بعض الأحيان، كما تمتد رقابتها على حالة الفراغ التشريعي بمفهومه الواسع، سواء تحقق في القانون الأساسي، أم في القوانين العادية، أم في اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية.

### ثانياً: التوصيات

١. نوصي المشرع الفلسطيني بضرورة تعديل قانون المحكمة الدستورية بالنص صراحة على حق المحكمة بالرقابة على الامتناع التشريعي، ووضع الضوابط اللازمة بما يحقق الموازنة بين نفاذ القواعد الدستورية، ومبدأ الفصل بين السلطات، على غرار ما اتبعته بعض الدول كالمجر، والبرازيل، والبرتغال، وجنوب إفريقيا.

٢. إلى حين تنفيذ التوصية الأولى، نؤكد على ضرورة قيام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية الأخذ بزمام الأمور، والمبادرة الذاتية بالرقابة على الامتناع التشريعي في حال فشل طرق المعالجات القانونية الأخرى بما يضمن إنفاذ قواعد القانون الأساسي، مع مراعاة الحد الفاصل بين سلطتها الرقابية، وسلطة المجلس التشريعي في سن التشريعات، وذلك يعني الاكتفاء بإصدار الأحكام التوجيهية والإيعازية دون التدخل المباشر في عملية سن تشريعات جديدة.

٣. نهيى بالسلطات التشريعية في فلسطين بضرورة الالتزام بقرارات المحكمة الدستورية المتعلقة بالامتناع التشريعي، والتعاطي معها من أجل معالجة حالة الفراغ التشريعي، خصوصاً ما يهدر منها الحقوق والحريات العامة.

٤. نوصي دولة فلسطين بضرورة الانضمام إلى لجنة البندقية للاستفادة من تجارب الدول الأخرى الخاصة بممارسات المحكمة الدستورية، ليس على صعيد معالجة الامتناع التشريعي فحسب، بل في جميع المواضيع المتعلقة بالشؤون الدستورية.

## المراجع العربية

### أولاً: المعاجم اللغوية

معجم اللغة العربية المعاصر، المجلد الأول، والثاني، والثالث.

### الكتب والمؤلفات العامة

- (١) د. إبراهيم عبد العزيز شيخا، تحليل النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٣
- (٢) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، سنة ٢٠٠٠ م.
- (٣) د. أشرف فايز اللمساوي، المحكمة الدستورية العليا، عماد للكتب القانونية للنشر، غير محددة سنة النشر، الطبعة الأولى
- (٤) د. ثروت عبد العال أحمد، حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية، غير محدد دار النشر.
- (٥) د. جورج شفيق ساري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة ٢٠٠٥ م
- (٦) حافظ عباس، المحكمة الدستورية العليا (نشأتها، تشكيلها، اختصاصاتها)، دار الثقافة للنشر والطباعة، سنة ١٩٩٨ م
- (٧) د. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمان الرقابة القضائية، منشأة المعارف بالإسكندرية للنشر، سنة ٢٠٠٣ م.
- (٨) د. رقية المصدق، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، دار توبقال للنشر، المغرب، الطبعة الثانية، سنة ١٩٨٧ م
- (٩) د. عبد العزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي للنشر، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٥

- ١٠ د. عصام أنور سليم، موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، غير محددة سنة النشر
- ١١ د. عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشروع، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ٢٠٠١ م.
- ١٢ د. محمد أبو مطر، الوسيط في نظم الرقابة الدستورية "القضاء الدستوري في فلسطين ومصر"، جامعة الأزهر، الطبعة الأولى، سنة ٢٠١٧ م.
- ١٣ د. محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، سنة ٢٠٠٦ م.
- ١٤ د. محمد عبد الغفور، د. عاصم خليل، الضمانات الدستورية للحقوق السياسية على ضوء ممارسات المحاكم العليا والدستورية، معهد الحقوق بجامعة بيرزيت، رام الله، سنة ٢٠١٤ م.
- ١٥ د. محمد فؤاد عبد الباسط، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، منشأة المعارف بالإسكندرية للنشر، سنة ٢٠٠٢ م.

### ثانياً: الرسائل والأبحاث والمؤتمرات العلمية

- ١ د. أحمد ناصوري، النظام السياسي وجدلية الشرعية والمشروعية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٤، العدد الثاني، سنة ٢٠٠٨ م.
- ٢ إيمان عرفة، مبدأ الفصل بين السلطات ومدى تطبيقه في الدولة الإسلامية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة مدينة السادات، يناير، ٢٠١٣ م، الطبعة ٢٨.
- ٣ د. بالجليلي خالد، مبدأ الوسائل القانونية السليمة في القضاء الدستوري المقارن، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد ٦.
- ٤ د. تركي المطيري، قواعد التفسير ومدى التزام المحكمة الدستورية الكويتية بها في ممارسة اختصاصها بتفسير النصوص الدستورية، مجلة الحقوق، العدد الرابع، سنة ٢٠١٢



- (٥) حسين عكلة الخفاجي، سيادة القانون، بحث منشور على موقع دنيا الوطن الإلكتروني، سنة ٢٠١٥ م.
- (٦) د. رائد صالح قنديل، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية "حجته وآثاره"، مجلة جامعة الأزهر، سلسلة العلوم الإنسانية لسنة ٢٠١٩ م، المجلد ٢١، العدد ١.
- (٧) د. عبد العزيز سالمان،
- إطلالة على الرقابة القضائية على دستورية القوانين، ورقة علمية مقدمة من وفد جمهورية مصر العربية إلى المؤتمر العالمي الثاني حول ريو دي جانيرو، البرازيل، يناير، ٢٠١١ م.
- الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي، ورقة علمية قدمت لوحدة أبحاث القانون والمجتمع بالجامعة الأمريكية.
- (٨) عبد القادر زروقي، ضمانات تحقيق مبدأ المشروعية، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ٢٠١٣ م.
- (٩) د. عمر حمزة التركماني، طرق انتهاء ولاية رئيس الدولة، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، سنة ٢٠١٥ م.
- (١٠) كيلالي زهرة،
- الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، سنة ٢٠١٣ م.
- الدور الإنشائي للقاضي الدستوري، دون سنة نشر
- (١١) ليلاي فرحة، تقرير المقررة الخاصة المعنية بالسكن اللائق كعنصر من عناصر الحق في مستوى معيشي لائق وبالحق في عدم التمييز، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الثامنة والعشرون.
- (١٢) د. ماجد راغب الحلو، بحث بعنوان الثورة المصرية بين المشروعية والشرعية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، عدد

خاص ٢٠١١-٢٠١٢ م.

(٦) د. محمد عبد الله أبو مطر،

- النظام الداخلي للمجلس التشريعي ونطاق دستوريته، المجلة الدولية للقانون

جامعة قطر، قيد النشر، العدد الثاني ٢٠١٩ م.

- نطاق التشريعات الخاضعة لرقابة الدستورية وفقاً للقانون واجتهادات القضاء

الدستوري في فلسطين، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، قيد النشر، في مارس

٢٠٢٢ م.

(٧) د. محمد فوزي نويجي، د. عبد الحفيظ علي الشيمي، تفسير القاضي الدستوري

المضيف ودوره في تطوير القانون، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص،

العدد ٢، الجزء الأول، سنة ٢٠١٧ م.

(٨) مصطفى مرعي، عملية التشريع في فلسطين، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق

المواطن، رام الله، سلسلة التقارير القانونية (١٦)، سنة ٢٠٠٠ م.

(٩) نوار محمود بدير، دور القضاء الدستوري الفلسطيني في حماية الحقوق الاقتصادية

والاجتماعية، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، سنة ٢٠١٦ م.

### ثالثاً: التشريعات والأحكام القضائية

(١) قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ م بالقرار بقانون رقم ١٩ لسنة

٢٠١٧ م

(٢) القانون الأساسي الفلسطيني لسنة ٢٠٠٣ م المعدل

(٣) قانون المحكمة الدستورية المجري لسنة ١٩٨٩ م

(٤) دستور البرازيل الصادر عام ١٩٨٨ م، المعدل لسنة ٢٠١٤ م،

(٥) دستور جنوب إفريقيا لسنة ١٩٩٦ المعدل لسنة ٢٠١٢ م

(٦) دستور البرتغال لسنة ١٩٧٦ م

(٧) الوقائع الفلسطينية، العدد ١٢٩

٨) القرار بقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٧م بشأن الانتخابات العامة المعدل لسنة ٢٠٢١م  
رابعاً: المواقع الإلكترونية

١. الشبكة العالمية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

<https://www.escr-net.org/ar/caselaw/2020/516047>

٢. موقع الدكتور/ محمد بن أحمد الوزير الوقيشي

<https://www.themwl.org/ar/node/35752>

٣. موقع مجلة المحكمة الدستورية العليا المصرية <http://www.sccourt.gov.eg>

٤. موقع الدكتور/ عاطف سالم، [http://atefsalem.net/articles\\_search.php](http://atefsalem.net/articles_search.php)

٥. موقع المفتي، جامعة بيرزيت <http://muqtafi.birzeit.edu>

#### خامساً: المراجع الأجنبية

1. Ahmed Oudah Mohammed AL-Dulaimi, From Negative to Positive Legislator? Response to Unconstitutional Legislative Omission As a Case Study in the Changing Roles of Constitutional Courts, Submitted in fulfilment of the requirements of the degree of Doctor of Philosophy, Griffith University, August 2018
2. George Schmitter, l'incompétence passive du législateur et des autorités Administratives; Manuel International, Economica, 1989
3. Journal européen des droits fondamentaux 1981
4. Rapport du quatorzième Congrès des Cours constitutionnelles européennes de la Commission européenne pour la démocratie, Commission de Venise, Problèmes d'omission legislative.

#### Romanization of Arabic references:

- 1) Dr. Ibrahim Abdel Aziz Shiha, tahlil alnizam aldusturii almisrii, munsha'at almaearifi, al'iiskandiriati, sanat 2003.
- 2) Dr. Ahmed Fathi Sorour, alhimayat aldusturiat lilhuquq walhuriyaati, dar alshuruqi, alqahiratu, sanat 2000.
- 3) Dr. Ashraf Fayez Al-Masawi, almahkamat aldusturiat aleulya, eimad lilikutub alqanuniat lilmashra, ghayr muhadadat sanat alnashra, altabeat al'uwlaa
- 4) Dr. Tharwat Abdel-Aal Ahmed, hudud raqabat almashrueiat walmula'amat fi qada' aldusturiati, ghayr muhadad dar alnashri.
- 5) Dr. George Shafiq Sari, aikhtisas almahkamat aldusturiat aleulya bialtafsiri,

- dar alnahdat alearabiati, alqahirati, altabeat althaaniatu, sanat 2005.
- 6) Hafez Abbas, almahkamat aldusturiat aleulya (nsha'atuha, tashkiliha, akhtisasatiha), dar althaqafat llnashr waltibaeati, sanat 1998m
  - 7) Dr. Sami Gamal El-Din, lawayih aldarurat wadamanat alriqabat alqadayiyati, munsha'at almaearif bial'iiskandariyat llnashri, sanat 2003.
  - 8) Dr. Roquia El Mossadeq, alqanun aldusturiu walmuasasat alsiyasiatu, dar tubaqal llnashri, almaghribi, altabeat althaaniati, sanatan 1987.
  - 9) Dr. Abdul Aziz Muhammad Salman, raqabat dusturiat alqawaninu, dar alfikr alearabii llnashri, altabeat al'uwlaa, sanat 1995
  - 10) Dr. Essam Anwar Selim, mawqie alqada' aldusturii min masadir alqanuni, munsha'at almaearif llnashri, al'iiskandiriati, ghayr muhadadat sanat alnashr
  - 11) Dr. Eid Ahmed Al-Ghafoul, fikrat eadam aliakhtisas alsalbii lilmushariea, dar alfikr alearabii, alqahirati, sanat 2001.
  - 12) Dr. Muhammad Abu Matar, alwasit fi nuzum alraqabat aldusturia "alqada' aldusturii fi filastin wamasari", jamieat al'azhar, altabeat al'uwlaa, sanat 2017.
  - 13) Dr. Muhammad Suleiman Al-Tamawi, alnazarat aleamat lilqararat al'iidariati, dar alfikr alearabii, sanat 2006.
  - 14) Dr. Mohamed Abdel Ghafour, Dr. Assem Khalil, aldamanat aldusturiat lilhuquq alsiyasiat ealaa daw' mumarasat almahakim aleulya waldusturiati, maehad alhuquq bijamieat birzit, ram allah, sanatan 2014.
  - 15) Dr. Mohamed Fouad Abdel Basset, wilayat almahkamat aldusturiat aleulya fi almasayil aldusturiati, munsha'at almaearif bial'iiskandariyat llnashri, sanatan 2002.
  - 16) Dr. Ahmad Nasouri, alnizam alsiyasiu wajadaliat alshareiat walmashrueiati, majalat jamieat dimashq lileulum alaiqtisadiat walqanuniati, almujaalad 24, aleadad althaani, sanatan 2008.
  - 17) Iman Arafa, mabda alfasl bayn alsulutat wamadaa tatbiqih fi aldawlat al'iislamiati, majalat alsharieat walqanuni, jamieat madinat alsaadat, yanayir, 2013m, altabeat 28.
  - 18) Dr. Bel-Jilali Khalid, mabda alwasayil alqanuniat alsalimat fi alqada' aldusturii almuqarani, majalat albuqhuth fi alhuquq waleulum alsiyasiati, aleadad 6.
  - 19) Dr. Turki Al-Mutairi, qawaeid altafsir wamadaa ailtizam almahkamat aldusturiat alkuaytiat biha fi mumarasat aikhtisasiha bitafsir alnusus aldusturiati, majalat alhuquqi, aleadad alraabieu, sanatan 2012.
  - 20) Hussein Okla Al-Khafaji, siadat alqanuni, bahath manshur ealaa mawqie dunya alwatan al'iiliktrunii, sanatan 2015.
  - 21) Dr. Raed Saleh Qandil, alhukm alsaadir fi aldaewaa aldusturia "hjiatah watharuhu", majalat jamieat al'azhar, silsilat aleulum al'iinsaniat lisanat

- 2019, almujaalad 21, aleadad 1.
- 22) Dr. Abdul Aziz Salman, - 'iitlalat ealaa alraqabat alqadayiyat ealaa dusturiat alqawanini, waraqat eilmiaat muqadamat min wafd jumhuriat misr alearabiat 'iilaa almutamar alealamii althaani hawl riu di janyru, albarazil, yanayir, 2011. –
- 23) alraqabat alqadayiyat ealaa qusur altanzim altashrieii, waraqat eilmiaat qadamat liwahdat 'abthath alqanun walmujtamae bialjamieat al'amrikiati.
- 24) Abdelkader Zerrougui, damanat tahqiq mabda almashrueiati, risalat majistir, jamieat qasidi mirbah wariqlata, aljazayar, 2013.
- 25) Dr. Omar Hamza Al-Turkmani, taruq aintiha' wilayat rayiys aldawlati, risalat dukturah, jamieat al'iiskandiriat, sanatan 2015.
- 26) kilali zahrati, - al'iighfal altashrieiu walriqabat aldusturiat ealayhi, risalat majistir, jamieat 'abi bakr bilqayd, sanat 2013.  
- aldawr al'iinshayiyu lilqadi aldusturi, dun sanat nashr
- 27) Leilani Farha, taqirir almuqararat alkhasat almaeniati bialsakan allaayiq kaeunsur min eanasir alhaqi fi mustawaan maeishiin layiq wabialhaqi fi eadam altamyizu, majlis huquq al'iinsani, aldawrat althaaminat waleishruna.
- 28) Dr. Maged Ragheb El-Helou, bahath bieunwan althawrat almisriat bayn almashrueiat walshareiati, majalat alhuquq lilbuhuth alqanuniati walaiqtisadiat bikuliyat alhuquqi, jamieat al'iiskandariati, eadad khasun 2011-2012.
- 29) Dr. Mohammed Abdullah Abu Matar, - alnizam aldaakhiliu lilmajlis altashrieii wanitaq dusturiatihi, almajalat alduwaliat lilqanun jamieat qatar, qayd alnashri, aleadad althaani 2019m. - nitaq altashrieat alkhadiat liraqabat aldusturiat wfqaan lilqanun waijtihadat alqada' aldusturii fi filastin, majalat alhuquqi, jamieat alkuayti, qayd alnashri, fi maris 2022.
- 30) Dr. Muhammad Fawzi Nweigy, da. eabd alhafiz eali alshiyimi, tafsir alqadi aldusturii almudif wadawrih fi tatwir alqanuni, majalat kuliyat alqanun alkuaytiat alealamiati, mulhiq khasa, aleadad 2, aljuz' al'awal, sanatan 2017.
- 31) Mustafa Marei, eamaliat altashrie fi filastin, alhayyat alfilastiniat almustaqilat lihuquq almuatini, ram allah, salisat altaqarir alqanunia (16), sanat 2000.
- 32) Nawar Mahmoud Badir, dawr alqada' aldusturii alfilastinii fi himayat alhuquq alaiqtisadiat walaijtimaeiati, risalat majistir, jamieat birzit, sanatan 2016.

