



عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس

الإغفال التشريعي وسلطة القاضي الدستوري في الرقابة عليه
دراسة مقارنة

ابراهيم عيد ابراهيم جبريل دلالة

رسالة ماجستير

فلسطين - القدس

2022م/1443هـ

الإغفال التشريعي وسلطة القاضي الدستوري في الرقابة عليه

إعداد:

ابراهيم عيد ابراهيم جبريل دلالة

بكالوريوس قانون من جامعة القدس - أبو ديس/ فلسطين

المشرف: الدكتور عبد الملك الريماوي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام من كلية الدراسات

العليا، جامعة القدس، القدس - فلسطين.

2022م/1443هـ



جامعة القدس
عمادة الدراسات العليا
ماجستير قانون عام

إجازة الرسالة

الإغفال التشريعي وسلطة القاضي الدستوري في الرقابة عليه

دراسة مقارنة

إسم الطالب: ابراهيم عيد ابراهيم جبريل دلالة

الرقم الجامعي: 21820296

المشرف: الدكتور عبد الملك الريماوي

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ 2022-01-22 من أعضاء لجنة المناقشة المدرجة أسماؤهم وتواقيعهم:

التوقيع:
التوقيع:
التوقيع:

1. رئيس لجنة المناقشة: د. عبد الملك الريماوي

2. مُمتحناً داخلياً: د. علي ابو كف

3. مُمتحناً خارجياً: أ.د. محمد عبد الغني الحاج قاسم

القدس - فلسطين

2022م/1443هـ

الإهداء

إلى روح والدي رحمه الله

إلى من ترنوا عيونهم وتخفق أفئدتهم ترقباً وتشوقاً لإنجاز هذه الدراسة

زوجتي وأبنائي

وختام المسك الى أرواح شهداء فلسطين... إلى أسيراتنا وأسرانا الصامدين

الثابتين

إلى قدسنا عز وجودنا

والي كل من يقرء هذه الرسالة

مع عميق محبتي وعظيم تقديري

ابراهيم عيد ابراهيم جبريل دلالة

إقرار

أُقر أنا مُعد الرسالة بأنها قُدمت لجامعة القدس، لنيل درجة الماجستير، وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة، باستثناء ما تم الإشارة له حيثما ورد، وأن هذه الدراسة، أو أي جزء منها، لم يُقدم لنيل درجة عليا لأي جامعة أو معهد آخر.


التوقيع:

ابراهيم عيد ابراهيم جبريل دلالة

التاريخ 2022-01-22

شكر وتقدير

الحمد لله الذي قال في محكم تنزيله العظيم، بعد بسم الله الرحمن الرحيم(فتعالى الله الملك الحق ولا تعجل بالقرآن من قبل أن يقرضي إليك وحيه وقل ربي زدني علماً) صدق الله العظيم ، فلك الحمد رب كما ينبغي لعظيم وجهك وعظيم سلطانك إلى يوم الدين وبعد.

أتقدم بجزيل الشكر والعرفان لاستاذي ومشرف رسالتي ، الدكتور الفاضل عبد الملك الريماوي حفظه الله وأغناه علماً وورعاً وتقوى ... على تكرمه وتفضله إذ شرفني بالإشراف على رسالتي، وأسدل علي من حسن خلقه ونبل دماثته وفيض علمه ومعرفته وصوبني بسديد رأيه ووجهني بعمق فهمه ...وأغدق علي رغم إزدحام وقته، فله مني عظيم الشكر ووافر الامتتان وجليل الاحترام.

كما أتقدم بالشكر الجزيل والعرفان الكثير للأساتذة أعضاء لجنة المناقشة المبجلين على ما سيقدموه من رأي سديد وتوجيه أمين... وموفور الشكر والعرفان بالجميل لكل من ساندني وقوى من عزمي أثناء مسيرتي لإنجاز هذه الدراسة.

ابراهيم عيد ابراهيم جبريل دلالة

الإغفال التشريعي وسلطة القاضي الدستوري في الرقابة عليه -دراسة مقارنة

مُلخص الدراسة

عالجت هذه الدراسة موضوع الإغفال التشريعي وسلطة القاضي الدستوري في الرقابة عليه في فلسطين، كما أظهرت الدراسة وجود حالات من شبهة السقوط في الإغفال في العديد من التشريعات الفلسطينية، حيث تناول المشرع بعض المواضيع دون تفصيل كافة أحكامها مما أدى إلى حدوث إغفال تشريعي، وقد وتمثلت أهداف هذه الدراسة في بيان المقصود بالإغفال التشريعي وأسبابه وآثاره، وتبيان الأساس الفلسفي والقانوني الذي يبيح للمحكمة الدستورية العليا الرقابة على الإغفال التشريعي، وفي سبيل تحقيق أهداف الدراسة والإجابة على اشكالياتها اعتمد الباحث على المنهج الوصفي التحليلي وكذلك المقارن مع بعض التجارب العربية سيما المصرية منها. وقد قسمت الدراسة الى فصلين حيث استعرض الباحث في الفصل الأول مفهوم الإغفال التشريعي وأسبابه وآثاره وتمييزه عن غيره من المصطلحات المشابهة، وفي الفصل الثاني بين الباحث دور المحكمة الدستورية فيما يتعلق بالرقابة على الإغفال التشريعي في فلسطين، وقد خلصت الدراسة لمجموعة من النتائج كان أهمها أن التشريعات الفلسطينية على اختلافها يشوبها صور عدة للإغفال التشريعي مما يستدعي التحقق منها، كما أكدت الدراسة على ضرورة الدور الرقابي الفاعل للمحكمة الدستورية العليا في هذا المجال مع الإشارة الى حدود هذه الرقابة. وخلص الباحث لوضع جملة من التوصيات كان أبرزها إجراء مراجعة شاملة لكافة التشريعات الفلسطينية لا سيما تلك التي تمس الحق العام وحقوق الأفراد ومعالجة جوانب الإغفال الواردة فيها.

Legislative Omission and Oversight Authority of the Constitutional Judge Comparative Study

Prepared by: Ibrahim Eid Ibrahim Dalalsha

Supervised by: Dr. Abdel Malik Remawi

Abstract

This study tackled legislative omission in Palestinian laws and the authority of the constitutional court to monitor and address this problem. Legislative omission takes place when a legislator despite the normative obligation has not developed the required regulations or has enacted incomplete and insufficient regulations. Legal omission as such takes place regardless of whether it was deliberate or unintentional on part of the legislature. The study aimed at defining the expression (legislative omission) and spelling out the reasons behind it and its implications. In addition, the study explored the legal authority of the constitutional court in terms of addressing legislative omission. Throughout the study, the researcher employed the analytical descriptive method as well as the comparative method between Palestinian and other models including the Egyptian one. The study was divided into two chapters. Chapter I tackled the definition and reasons behind legislative omission while chapter II addressed the legal authority of the constitutional court in monitoring and exercising relevant oversight. The study ended with specific conclusions chief of which is the suspicion of the existence of many cases of legislative mission in Palestinian laws. In addition, the study put forth a number of recommendations after reviewing a number of Palestinian laws to identity and remedy cases of legislative omission particularly those impacting individual and public rights while also reaffirming the role of the constitutional court to monitor legislative omission while setting the limits for such intervention.

يتناول المشرع تنظيم الموضوعات المختلفة ولكن قد يأتي هذا التنظيم منقوصاً وقاصراً إذ قد لا يعالج المشرع كافة أحكام الموضوع الذي تناوله، وهذا ما يعرف بالإغفال التشريعي، والحقيقة أن مصطلح الإغفال التشريعي من المصطلحات الحديثة على المستوى المحلي والمقارن، وهو مصطلح لم يهتم به الفقه على قدر كافي لتوضيح مدلولاته ومضمونه رغم تطرق القضاء الدستوري له في العديد من أحكامه. فإذا نظم المشرع حق من الحقوق أو حرية من الحريات تنظيمياً قاصراً أو منقوصاً بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها، كان ذلك إخلالاً بالضمانات التي هيأها الدستور، وفي ذلك مخالفة دستورية يتعين معالجتها عن طريق الرقابة القضائية الدستورية على القوانين. ويمكن القول بأن المشرع قد وقع في الإغفال التشريعي في الحالة التي يتدخل فيها لتنظيم مسألة ما أو موضوع معين، إلا أنه لم ينظمه بشكل كامل وبكافة جوانبه؛ فيغفل بعض الأحكام المهمة والتفصيلية، الأمر الذي يثير العديد من الإشكاليات في الحياة العملية، ويؤدي إلى الحد من فعالية الموضوع محل التنظيم، ويقلل من الضمانات الدستورية ويشكل مدخلاً لأزمات قانونية وربما إلى ضياع الحقوق الفردية منها والعامّة.

ويشترط لتحقيق الإغفال التشريعي أن يكون المشرع قد تدخل بشكل فعلي لتنظيم أحد المواضيع القانونية، وفي حال تجاهل المشرع موضوع ما ولم يقم بتنظيمه من حيث الإطلاق فلا يتحقق في هذه الحالة الإغفال التشريعي ونكون أمام حالة يطلق عليها السكوت التشريعي؛ كون أن سكوت المشرع عن تنظيم موضوع ما يدخل ضمن السلطة التقديرية له، فالسلطة التشريعية هي من تقرر مدى الحاجة لوجود التشريع من عدمه وفقاً للظروف التي تقدرها. إلا أن هناك من يرى بأن حالة السكوت التشريعي هذه تقع ضمن نطاق ما يعرف فقهيّاً "بالإغفال التشريعي الكلي" وي طرح بأن هذه الحالة أيضاً يجب أن تخضع

لرقابة المحكمة الدستورية كونها حالة إغفال تشريعي قد تؤدي لضياع الحقوق الفردية والعامة وتتعارض مع القواعد الدستورية الضامنة لهذه الحريات. كما يطرح هذا الاتجاه من الفقه بأن هذه الحالة تحديداً "السكوت التشريعي" أو ما يعرف بالإغفال التشريعي الكلي هي الأجدر بالرقابة كون أن الدستور وهو الضامن لحقوق الأفراد في المجتمع قد أسند مهمة سن التشريعات والقوانين المختلفة للمجلس التشريعي أو للبرلمان وعليه فإن السكوت التشريعي الكلي وعدم قيام السلطة التشريعية بالمهام المسندة إليها دستورياً يمثل حالة من الإخفاق التي تستوجب بالضرورة رقابة المحكمة الدستورية.

وتنصب الرقابة على ما أغفله المشرع في النص القانوني محل الطعن بعدم الدستورية، ويكون النص القانوني غير دستوري إن وجد فيه قصور جوهري في تنظيمه، فما أغفله المشرع هو الذي جعل النص مشوب بعدم الدستورية، حيث أن الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي تحتاج إلى روية ودقة كون أن تدخل القاضي الدستوري لرقابة ما أغفله المشرع من شأنه أن يمس بشكل مباشر بالسلطة التقديرية للمشرع، وعليه فإن مقتضى الرقابة على الإغفال التشريعي يتمثل في التصدي للمخالفات الدستورية، سواء تعمد المشرع إتيانها أو أتاها بغير قصد أو عن إهمال أو عدم دراية منه، وفي ذلك ضماناً لمبدأ سمو الدستور، كما تنبثق أهمية الرقابة على الإغفال التشريعي من كون الدستور يكفل الحماية لكل حق أو حرية اعترف بها من جوانبها النظرية والعملية، ونصوص الدستور تشكل الضمانة الوحيدة لحقوق المواطنين وحرياتهم، مما يوجب إعمال هذه الحقوق والحريات العامة بالطريقة التي تضمن الإنتفاع بها كما نص عليها الدستور، وذلك من خلال التصدي لكل ما من شأنه المساس بما قرره الدستور، وتستعرض هذه الدراسة بشيء من التفصيل مفهوم أحكام الإغفال التشريعي وسلطة القاضي الدستوري في الرقابة عليه في فلسطين وحدود هذه الرقابة.

أهداف الدراسة

- 1- توضيح المقصود بالإغفال التشريعي.
- 2- بيان الأسباب التي تؤدي إلى وجود إغفال تشريعي.
- 3- تمييز الإغفال التشريعي عن المصطلحات الشبيهة.
- 4- توضيح أساس رقابة المحكمة الدستورية العليا على الإغفال التشريعي.

أهمية الدراسة

لهذه الدراسة أهمية خاصة من الناحيتين النظرية والعملية، فمن الناحية النظرية تأتي هذه الدراسة إسهاماً في بحث موضوع الإغفال التشريعي الذي يعتبر من الموضوعات القانونية الحديثة والمهمة والتي لا زالت محط إهتمام الفقه والبحث كون أن إغفال المشرع للأحكام المهمة والتفصيلية في التشريعات يؤدي إلى إثارة النزاعات القانونية والدستورية وقد يؤدي الى المس بالحقوق الفردية والعامة والإخلال بالضمانات الدستورية التي تنظم حياة الافراد وحقوقهم في الدولة. كما أن لهذه الدراسة أهمية كبيرة من الناحية العملية في فلسطين حيث أن هناك العديد من حالات الإغفال التشريعي التي أغفل المشرع فيها عن تنظيم أمور هامة الأمر الذي أدى إلى حالة من عدم الاستقرار القانوني وعرض الحقوق العامة والفردية لحالة من الضياع والانتقاص.

منهجية الدراسة

اتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي وكذلك المقارن مع بعض التجارب الدولية والاقليمية سيما المصرية منها وذلك من خلال جمع البيانات والمعلومات وتحليل الثغرات التشريعية والعيوب في التشريعات الفلسطينية النافذة لإظهار الإغفال التشريعي الموجود فيها وذلك بعد تعريف

مفهومه وتبيان أنواعه وآثاره. كما اتبع الباحث المنهج التحليلي والمقارن فيما يتعلق بوجود إعمال رقابة المحكمة الدستورية على حالات الإغفال التشريعي سيما حالات الإغفال التشريعي الجزئي.

أشكالية الدراسة

تكمّن أشكالية الدراسة في أن الواقع العملي في فلسطين يشهد الكثير من الظروف التي أدت إلى ضعف التشريعات، بسبب الإغفال الذي أدى إلى قصور تشريعي وقانوني في العديد منها حيث تدخل المشرع في تنظيم مواضيع معينة إلا أنه لم يضع كافة الأحكام المتعلقة بها مما أدى إلى حدوث حالات كثيرة من "الإغفال التشريعي" كما أن إشكالية الدراسة ستجيب على سؤال رئيسي مفاده: " هل للقاضي الدستوري سلطة الرقابة على حالات الإغفال التشريعي الكلي ام الجزئي فقط في التشريعات الفلسطينية؟ "

أسئلة الدراسة

- 1- ما المقصود بالإغفال التشريعي ؟
- 2- ما هي الأسباب التي تؤدي إلى الإغفال التشريعي ؟
- 3- ما الفرق بين الإغفال التشريعي الجزئي والسكوت التشريعي (الإغفال الكلي) ؟
- 4- ما هو دور المحكمة الدستورية في الرقابة على الإغفال التشريعي في فلسطين وما هي حدود هذه الرقابة؟
- 5- نماذج من تطبيقات وقرارات المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق بالإغفال التشريعي ؟

خطة الدراسة

الفصل الأول: ماهية الإغفال التشريعي وتمييزه عن غيره من المصطلحات الشبيهة

الفصل الثاني: دور المحكمة الدستورية في الرقابة على الإغفال التشريعي في فلسطين

مفهوم الإغفال التشريعي وتمييزه عن غيره من المصطلحات المشابهة

كما هو مناط بالسلطة التشريعية أصولاً في كافة أنحاء العالم حرص المشرع في فلسطين على أن تشمل القوانين كافة الأحكام والمبادئ الضرورية الهامة لإدارة سلطات الدولة، وتنظيم حياة الأفراد وعلاقاتهم ببعضهم وعلاقتهم بالسلطات العامة¹، ويعد هذا الأمر ضماناً هامة لقيام دولة القانون فمن خلال النصوص القانونية سيما الدستورية منها يتم تحديد نظام الحكم وطبيعة السلطات العامة واختصاصاتها وتحديد الحقوق والحريات وطبيعة العلاقة بين السلطة والأفراد وبين الأفراد مع بعضهم البعض، غير أن المشرع قد يغفل عن تنظيم بعض المسائل بشكل دقيق ويبقى أحكامها مبهمه وهو ما يعرف بالإغفال الجزئي، وقد يتراخى أو يهمل أو يمتنع المشرع لأسباب أخرى عن ممارسة إختصاصه من حيث الاطلاق فلا يعالج أحد الموضوعات وهذا ما يعرف بالإغفال الكلي "السكوت التشريعي"²، ولا شك أن للرقابة القضائية دور خاص لضمان قيام دولة القانون على أكمل وجه بما يضمن مراعاة مبدأ الفصل بين السلطات، وضمان حقوق وحريات الأفراد، وتكون الرقابة على السلوك الإيجابي للمشرع من خلال الرقابة على مدى اتفاق وانسجام أحكام القانون العادي (التشريع) لأحكام الدستور وهو في الحالة الفلسطينية مجازاً "القانون الأساسي". كما تمتد الرقابة لتشمل السلوك السلبي للمشرع من خلال الرقابة على حالات إمتناع المشرع عن تنظيم بعض المسائل أو إغفال بعض الأحكام مما يترك فراغاً قانونياً وقصوراً في التشريع، يؤدي الى التداخل في عمل السلطات وقد يؤدي الى ضياع حقوق الأفراد أو قد

¹ حسين، ميسون(2020).المعالجة التشريعية للإغفال الدستوري في تنظيم الحكومة البرلمانية. مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية. المجلد28. العدد6. ص218.

² مهدي،سناء(2021). الإغفال التشريعي ودور القاضي الدستوري في الرقابة عليه. مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين. المجلد 23. العدد2.ص107.

يؤدي الى المساس بالحقوق والحريات العامة³. ويستعرض الباحث في هذا الفصل من الدراسة في المبحث الأول مفهوم الإغفال التشريعي وأسبابه وآثاره، ويتناول الباحث في المبحث الثاني التمييز بين الإغفال وغيره من المصطلحات الشبيهة كما يلي:

المبحث الأول: مفهوم الإغفال التشريعي

ظهرت فكرة السلوك التشريعي السلبي للمرة الأولى في الفقه الإداري الفرنسي وقد تبنى القضاء الفرنسي هذا المفهوم ممثلاً بمجلس الدولة الفرنسي، ثم إنتقلت هذه الفكرة للقانون الدستوري الذي كان إهتمامه يتمحور حول كيفية تصرف البرلمان تجاه إختصاصاتها الدستورية على إعتبار أنها الجهة الوحيدة المنفردة بالتشريع وبالتالي يقع عليها الالتزام بما تقره من قواعد قانونية وأحكام، غير أن الجهة صاحبة الاختصاص "البرلمانات" في الدولة كانت تمتنع في بعض الاحيان عن ممارسة اختصاصاتها، فتحجم عن معالجة بعض أحكام مسألة قانونية وهو ما يعرف بالإغفال التشريعي⁴، وفي هذا المبحث من الدراسة نعالج فكرة الإغفال التشريعي من خلال بيان مفهومها في اللغة والاصطلاح، ثم نوضح المقصود بها قضائياً، ومن ثم نتوقف عند الأسباب التي قد تدفع المشرع إلى سلوك هذا الاتجاه لاسيما إذا ما عرفنا أن الإغفال قد يكون عمدياً وقد يكون دون قصد، وهذا ما يوضحه الباحث تباعاً:

المطلب الأول: مفهوم الإغفال التشريعي لغةً واصطلاحاً

ارتبطت فكرة الإغفال التشريعي بالقانون الإداري الفرنسي خلال القرن العشرين، حيث صاغ الفقيه الفرنسي "إدورد" للمرة الأولى فكرة "عدم الاختصاص السلبي للإدارة" والتي استخلصها من ثنايا بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي كوجه مستقل من أوجه إلغاء القرارات الإدارية، وكفكرة جاءت من موضوع "عدم الاختصاص الايجابي" المتمثل في تجاوز أحد السلطات الإدارية حدود اختصاصها من

³ عادل، جواهر (2016). الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي. دار النهضة العربية. مصر. ص. 26.

⁴ كيلالي، زهرة (2013). الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه. رسالة ماجستير. جامعة أبي بكر بلقايد. تلمسان. الجزائر. ص. 10.

خلال اتخاذ قرار في مسائل هي في الأصل من اختصاص سلطة أخرى، وبالمقابل تتعلق حالة عدم الاختصاص السلبي للإدارة في إحجام السلطة المختصة عن ممارسة اختصاصها بدعوى أنها غير مؤهلة.⁵ والحقيقة أن مصطلح "الإغفال التشريعي" من المصطلحات الحديثة في القانون المقارن، ولم يتم التوافق على تحديد معنى دقيق وموحد له. وفي هذا الجزء من الدراسة يستعرض الباحث مفهوم الإغفال التشريعي في اللغة وفي الاصطلاح كما يلي:

الفرع الأول: مفهوم الإغفال التشريعي لغة

الإغفال التشريعي مصطلح مركب، وهذا يستدعي تعريف الإغفال على حدى والتشريع على حدى تبعاً:
1. مفهوم الإغفال لغة: يرجع أصل كلمة إغفال في اللغة إلى الإسم أغفل والفعل يغفل وأغفل واجباته أي غفل عنها، أهملها أو تركها من غير نسيان ، أغفل بعض التفاصيل، أغفل بعض صفحات الكتاب إذ تركها دون تنقيط.⁶

وبهذا المعنى جاء قوله تعالى: " وَلَا تُطِعْ مَنْ أَغْفَلْنَا قَلْبَهُ عَنْ ذِكْرِنَا وَاتَّبَعَ هَوَاهُ وَكَانَ أَمْرُهُ فُرُطًا".⁷
ففي الآية الكريمة يقول الله جل في علاه لنبيه محمد (صلى الله عليه وسلم): ولا تطع يا محمد من شغلنا قلبه من الكفار، عن ذكرنا، بالكفر وغلبة الشقاء عليه، واتبع هواه، وترك اتباع أمر الله ونهيه، وآثر هوى نفسه على طاعة ربه.⁸

2. مفهوم التشريع لغة: مصدر شرع أي وضع قانوناً وقواعده⁹، ويراد بذلك سن القوانين والتي تصدر عن المجلس التشريعي أو مجلس النواب، أو أي مجموعة من الأشخاص يتم انتخابها لهذه الغاية.¹⁰

⁵ الغفلول، عيد (2003). فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع. دار النهضة العربية. القاهرة. مصر. ط2. ص159.

⁶ معجم اللغة العربية المعاصر. الموقع الإلكتروني للمعاني:

<https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/>

⁷ قرآن كريم، سورة الكهف، الآية 28.

⁸ تفسير الطبري، الآية (28) سورة الكهف.

⁹ معجم اللغة العربية المعاصر. مرجع سابق.

¹⁰ عبد الفتاح، عبد المنصف(2011). قابة الملائمة في القضاء الدستوري. دار النهضة العربية. القاهرة. مصر. ط1. ص396.

الفرع الثاني : مفهوم الإغفال التشريعي اصطلاحاً

لم يتطرق المشرع الفلسطيني لتعريف مصطلح الإغفال التشريعي، وهذا منهجه الذي كان دوماً ينادى عن الخوض في جدلية التعريفات، وترك المجال للفقه، الذي لم يتفق على تعريف مصطلح محدد للإغفال التشريعي، ولقد حاول العديد من الفقهاء تحديد المراد من هذا المصطلح حيث أعتبر جانب من الفقه الفرنسي الإغفال صورة من صور عدم الاختصاص السلبي للمشرع، أي تخلي المشرع عن اختصاصه.¹¹ في حين قال عدد من الفقهاء وهو ما ذهب إليه الفقه المصري، بأن الإغفال التشريعي هو عدم الإختصاص السلبي بحد ذاته، وفي ذلك تجاوز السلطة التشريعية لاختصاصها، وبمعنى آخر نكون أمام مخالفة موضوعية لأحكام الدستور.¹² حيث عرف الفقه المصري الإغفال التشريعي بأنه : " قيام البرلمان بتنظيم مسألة أو مسائل محددة بصورة منقوصة يترتب عليها فراغ تشريعي لا يتناسب مع ما قرره الدستور من التزامات تقع على عاتق البرلمان والتي تتمثل في تشريع القوانين".¹³ ومن الملاحظ على هذا التعريف أنه اعتبر الإغفال التشريعي وعدم الإختصاص السلبي بمعنى واحد.

وقد ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى تعريف الإغفال التشريعي بأنه: "إغفال المشرع جانباً من جوانب الموضوع محل التنظيم مما يؤدي إلى الحد من فعاليته، وبالتالي الحيلولة دون تفعيل أو تكريس النص القانوني من ناحية أخرى".¹⁴ ومما يلاحظ على تعريف أصحاب هذا الاتجاه أنهم حصروا نتيجة الإغفال التشريعي في عدم فعالية النص القانوني وقصوره، ولم يشر أصحاب هذا الاتجاه إلى مسألة مخالفة الدستور بحد ذاتها، وأن التشريع الناقص في تنظيمه هو مخالف للدستور من حيث الأصل. وقد عرف جانب من الفقه وهو ينحى منحى أصحاب الاتجاه الثاني بأن الإغفال التشريعي: " تناول المشرع

¹¹ سلمان، سهير (2019). الإغفال التشريعي وإمكانية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق. المجلد 21 . العدد 4.

¹² سرور، أحمد (1999). الحماية الدستورية للحقوق والحريات. دار الشروق . ط1. ص202.

¹³ الغفلول، عيد (2003) . فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع. مرجع سابق. ص162.

¹⁴ أبو العينين، محمد ماهر (2013). الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته. المركز القومي للإصدارات القانونية. القاهرة. مصر . ص185.

أحد الموضوعات التي يختص بها بالتنظيم لكنه يأتي سواء عن عمد أو إهمال غير مكتمل، أي شابه قصور تنظيمي في أن يحيط بكافة جوانب الموضوع الذي نظمته، مما يؤدي إلى الإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم".¹⁵ ويلاحظ على هذا التعريف أنه حصر سبب وجود الإغفال التشريعي في الخطأ العمد والإهمال علماً أنه قد يكون نتيجة عيب في الصياغة التشريعية. وبالرغم من تعدد الآراء، وإختلاف الفقه بشأن مفهوم الإغفال التشريعي، إلا أنه لا يخرج عن عدم قيام المشرع بوظيفة التشريع على النحو الذي يأخذ بعين الاعتبار إحتياج المجتمع، وما طرأ عليه من تطورات، في وقت يتيح النص الدستوري إصدار ما يلزم من تشريع، إن لم يكن يأمر بذلك.¹⁶

وبناء على ما سبق يرى الباحث بأنه يمكن تعريف الإغفال التشريعي بأنه: "نقص يلحق بالتشريع الصادر عن المشرع مما يتسبب في قصور النص القانوني وبالتالي الوقوع بمخالفة دستورية".

¹⁵ طريح، هالة (2011)، حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات العامة والضمانات المقررة لممارستها. دار انلهضة العربية. القاهرة. مصر. ص 249.

¹⁶ الريماوي، عبد الملك ، سليم، حسن، الإغفال التشريعي وحدود رقابة القاضي الدستوري، . المجلة الدولية للعلوم الانسانية والاجتماعية، العدد الثامن. المجلد الخامس. 2022، 2021م، ص 7.

الفرع الثالث: مفهوم الإغفال التشريعي قضائياً

لم يتطرق القضاء الدستوري الفلسطيني ولا في الأنظمة المقارنة لتعريف مصطلح الإغفال التشريعي، غير أنه وفي العديد من أحكامه بين أن التنظيم التشريعي القاصر بحد ذاته يشكل مخالفة دستورية، سواء كان القصور نتيجة عدم تنظيم المشرع لحكم كان من المفترض أن ينظمه، أو كان القصور في حكم نظمته المشرع أصلاً لكنه لم يستوفي جوانبه.¹⁷ وفي عرض وإيضاح مفهوم الإغفال التشريعي بين المجلس الدستوري الفرنسي أن عدم تضمين النص التشريعي لجانب معين من جوانب الموضوع إنما يخالف النص الدستوري، وأن تنظيم المشرع لموضوع ما إما أن يكون كافياً شاملاً أو غير كاف، بحيث يتقرر عدم الدستورية لأي تنظيم يكون غير كافي.¹⁸

وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في مجال العقوبات أن النص قد أغفل فيه المشرع تحديد صور الجرائم بشكل كافي مما يمس بمبدأ الشرعية فيما يتعلق بالجرائم والعقوبات فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، ومن ذلك أيضاً ما قرره مجلس الدولة الفرنسي بشأن نص قانوني يتعلق بالتصفية القضائية للشركات وتسوية أوضاعها بأن المشرع قد أغفل تنظيم حكم إخلال الموظف بواجباته الوظيفية بصورة مخالفة لمبدأ الشرعية فيما يتعلق بالجرائم.¹⁹ ونجد أن القضاء الفرنسي لم يعرف الإغفال التشريعي، واكتفى بالإشارة إلى عبارات تدل على أن التنظيم غير الكافي أو "القاصر" لحكم قانوني يمثل مخالفة دستورية.

وعلى الصعيد العربي المقارن فقد تبنت المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية فكرة الإغفال التشريعي في العديد من أحكامها، حيث استخدمت مصطلح الإغفال في مرات محدودة بينما استخدمت في معظم الأحيان عبارات مثل "عدم تضمين النص التشريعي المطعون فيه لحكم كان

¹⁷ سلمان، سهير (2019). الإغفال التشريعي وإمكانية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق. مرجع سابق. ص 91.

¹⁸ المر، عوض (2003). الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الأساسية. مركز رينية. جان ديوي للقانون والتنمية. ص 141.

¹⁹ مهدي، سناء (2021). الإغفال التشريعي ودور القاضي الدستوري في الرقابة عليه. مرجع سابق. ص 110.

يتعين عليه أن يتضمنه"، أو عبارة "تضمن النص المطعون فيه لحكم قاصر".²⁰ وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بمصر في موضوع يتعلق بالحقوق والحريات مضمونه مخالفة نص الفقرة (1) من المادة (112) من لائحة نظام العاملين بالهيئة القومية لسكك الحديد المصرية، الصادرة بقرار من وزير النقل والمواصلات والنقل البحري رقم (18) لسنة 1982، للدستور المصري وذلك لعدم تضمنها وجوب إنذار العامل كتابةً قبل إنهاء خدمته لانقطاعه عن العمل بغير إذن أكثر من "30" يوم متتالية.²¹ وفي حيثيات الحكم جاء: "لقد أغفل المشرع في النص الطعين اشتراط إنذار العامل كتابة قبل إنهاء خدمته للانقطاع، وبهذا فإنه يكون قد أخل بضمانة دستورية جوهرية وهي مبدأ المساواة ومبدأ سيادة القانون التي كفلها الدستور المصري". والحقيقة أن القضاء المصري لم يتطرق لتعريف الإغفال التشريعي، وعلى غرار القضاء الفرنسي اكتفى بالإشارة إليه باعتباره قصور أو نقص تشريعي يترتب عليه مخالفة الدستور وسواء كان هذا القصور أو النقص عمدي أو عن غير قصد فهو يمثل مخالفة تستوجب التصدي لها.

وعلى صعيد القضاء الفلسطيني لم نجد أنه أقر تعريف محدد للإغفال التشريعي، ولم يشر إليه صراحة على غرار المشرع المصري، واكتفى في بعض الأحكام بالإشارة إلى قصور في الاستدلال التشريعي دون أن يثبت وجود قصور تشريعي.²² وخلاصة هذا المطلب يمكن القول بأن القضاء المقارن لم يحدد مفهوم الإغفال التشريعي ولم يرهق نفسه في بحث المفاهيم وتعريفاتها، واكتفى بالإشارة إليه باعتباره قصور أو نقص تشريعي يترتب عليه مخالفة الدستور.

²⁰ أبو العينين، محمد ماهر (2013). الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته. مرجع سابق. ص 187.

²¹ أنظر حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (177) لسنة (26) قضائية، بجلسة 2007/01/14.

²² أنظر حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم 2013/368 المنعقدة في رام الله. الصادر بتاريخ 2016/04/05.

المطلب الثاني: أسباب الإغفال التشريعي ... أنواعه وآثاره

تنقسم أسباب الإغفال التشريعي الى قسمين منها ما يتعلق بذات المشرع ومنها ما يتعلق بظروف موضوعية.

الفرع الاول: الأسباب الذاتية للإغفال التشريعي

من الأسباب التي يعود اليها الإغفال التشريعي هي تلك المتصلة بشكل مباشر بإرادة المشرع الذاتية وقدرته على ممارسة إختصاصه الدستوري، وهذه الأسباب تتعلق بمدى استخدام المشرع لسلطته التقديرية في وضع القوانين، فالسلطة التشريعية ممثلة الشعب، وبالتالي هي الأقدر على تلبية المصلحة العامة، وهي إذ تمارس عملية التشريع إنما تفعل ذلك واضعة نصب عينها مصلحة الأفراد في حماية الحقوق والحريات العامة²³. وتتصل الأسباب الذاتية بصفة مباشرة بإرادة وقدرة المشرع على ممارسة اختصاصاته وتشمل هذه الأسباب: 1- تأثير النواب على عمل المجلس التشريعي²⁴ فقد يكون هناك حالة من غياب التوزيع النوعي للاعضاء في اللجان المختصة وفق قواعد منهجية مضبوطة، حيث أن لجان المجلس بحاجة بالدرجة الأولى لنواب مختصين أكثر من حاجتها لنواب حازوا على ثقة الناخبين، وهذه الإشكاليات التي واجهت الحالة الفلسطينية حيث أن الاعضاء الذين حصلوا على الأغلبية لم يكونوا من المختصين في المجالات التشريعية المختلفة، وهذا ما جعلهم يقومون بإصدار قوانين هم غير مختصين في موضوعها، وغير قادرين على معالجة الاحتياجات المختلفة لها. 2- عامل الانضباط الحزبي: ²⁵بحيث يؤثر عامل الانضباط الحزبي السياسي إما إيجاباً أو سلباً على العمل البرلماني، ومن واقع التجربة الفلسطينية فبدلاً من توفير الثقافة القانونية لدى النواب اتجهت الحالة إلى نوع من الجمود

²³الريماوي، عبد الملك ، سليم، حسن، مرجع سابق، ص 8

²⁴ صديق، سهام (2014) الإغفال التشريعي وسبل معالجته. مقال منشور في مجلة القانون والأعمال الدولية. جامعة الحسن الأول. المغرب. ص12.

²⁵ المر، عوض (2003). الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الأساسية. مرجع سابق. ص17.

السياسي، بمعنى أن التجاذبات السياسية جعلت من النائب يتوجه لجلسة إقرار أي مشروع قانون وهو متخذ لموقف يناصر فيه حزبه مسبقاً، دون مراعاة المعايير المهنية والصالح العام وحقوق الأفراد.

الفرع الثاني: الأسباب الموضوعية الخارجة عن إرادة المشرع

أما فيما يتصل بالأسباب الموضوعية الخارجة عن إرادة المشرع فتتعلق هذه الأسباب الموضوعية بإرادة السلطة التأسيسية وكيفية صياغتها لطبيعة مبدأ الفصل بين السلطات بموجب قواعد الدستور، وذلك عند تحديد إختصاصات كل من السلطات العامة، كما قد تتعلق أيضاً بحالة عدم الاستقرار السياسي والأمني التي قد تمر بها الدولة²⁶. ومن هذه الاسباب:

1- عدم وضوح صياغة مبدأ الفصل بين السلطات تفصيلاً²⁷ إلا أنه في الحالة الفلسطينية فقد أحسن المشرع الفلسطيني حين عالج بموجب القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 بالنص على مسألة الفصل بين السلطات في المادة (2) منه حيث جاء فيها: "الشعب مصدر السلطات ويمارسها عن طريق السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية على أساس مبدأ الفصل بين السلطات على الوجه المبين في هذا القانون الأساسي"، واستعرض مهام السلطة التشريعية بموجب المادة (47) من نفس القانون، ومهام السلطة التنفيذية بموجب المادة (63) من القانون ذاته، كما بين المشرع في نفس القانون بموجب المادة (97) مهام السلطة القضائية.

2- تداخل عمل السلطتين التشريعية والتنفيذية فيما يتعلق بالتشريع²⁸ وهذه هي أهم مشكلة يمكن أن تثار في هذا المضمار، كونها محط تنازع وجدال وعلى وجه الخصوص في تلك المسائل المسكوت عنها،

²⁶الريماوي، عبد الملك ، سليم، حسن، مرجع سابق، ص 9 .

²⁷ عزوي، عبد الرحمن(2010). الرقابة على السلوك السلبي للمشرع، الإغفال التشريعي نموذجاً، مجلة العلوم القانونية الإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد -تلمسان-، الجزائر.العدد.10.ص.91.

²⁸ خرباشي، عقيلة(2007). العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان. دار الخلدونية للطباعة والنشر .ص.31.

وقد اختلف الفقهاء في كيفية تنظيمها، ففي الوقت الذي اعتبرها البعض تقع ضمن الوظيفة التشريعية، اعتبرها آخرون بأنها تقع ضمن الاختصاص النسبي للمشرع بحيث تقوم السلطة التشريعية بتنظيم القواعد العامة للمسائل المسكوت عنها، ولها أن تمنح السلطة التنفيذية القيام بتنظيم هذه المسائل بإصدار قانون، باستثناء الحالات التي حددها الدستور "القانون الاساسي".

3-الإغفال التشريعي الناجم عن عدم وضوح الصياغة التشريعية: إن تجنب التعقيد في صياغة النصوص التشريعية من المسائل الجوهرية التي يجب الحرص على تحقيقها، فالنصوص القانونية يجب ان تتسم بإحترافية صياغتها ووضوحها وشموليتها وسهولة الوصول إليها فالنص المبهم أو الغامض الذي تمت صياغته دون مراعاة لضرورة الوضوح والشمولية في الكتابة لتوضيح المقصد القانوني من ورائه يدخل القاعدة القانونية في عوار الإغفال التشريعي. وقد تبنى المجلس الدستوري الفرنسي حديثاً إخضاع الصياغة التشريعية لرقابة القضاء الدستوري معتبراً أن وضوح التشريع مبدأ ذو قيمة دستورية، إذ اعتبر أن مبدأ وضوح التشريع مبدأ دستوري، يفرض على المشرع تبنى أحكام دقيقة بما فيه الكفاية، وصيغ غير مبهمة بهدف حماية أشخاص القانون من أي تفسير مخالف للدستور، أو من أي تعسف للسلطة المنفذة للقانون، بل أن المجلس الدستوري قد بدأ يراقب مدى تضمن القانون قواعد قانونية، بمعنى أنه بدأ يقبل الطعن بالقوانين التي تتضمن تمنيات أو تأكيد بديهيات أو تتضمن برامج وخطط مستقبلية، ولا تتضمن قواعد قانونية تثبت التزامات وتمنح حقوقاً.

الفرع الثالث: أنواع الإغفال التشريعي

يتخذ السلوك السلبي للمشرع عدة صور وهي ما تعرف بأنواع الإغفال، وهناك أربعة أنواع للإغفال التشريعي، يستعرضها الباحث كما يلي: 1- الإغفال التشريعي الكلي: وهو "حالة الغياب الكلي أو عدم الوجود الكلي للتشريع أو القاعدة القانونية المتعلقة بحالة قانونية محددة بالدستور"²⁹. كما ويقصد به: "امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي بشأن مسألة معينة أو مجموعة مسائل مما يترتب عليه فراغ تشريعي"³⁰. وتثار فيما يتعلق بالإغفال الكلي مسألة الرقابة فهي تمثل مشكلة في الدول التي تأخذ بالرقابة اللاحقة على القوانين لاشتراطها وجود نص قانوني مكتوب لممارسة الرقابة فيما تضمنه صراحة أو ضمناً من مخالفة الدستور. في حين تجد أن من الفقهاء من يربط بين تنظيم حق من الحقوق واختصاص السلطة التشريعية، فإن إغفال تنظيم هذا الحق سيؤدي إلى الإخلال به وتركه تحت أهواء السلطة التنفيذية، ويعد هذا خرقاً للدستور.³¹ 2- الإغفال التشريعي "الجزئي" وتتعلق هذه الصورة بوجود قانون صادر عن السلطة التشريعية، لا يتضمن تنظيمًا كاملاً ووافياً للموضوع محل التنظيم مما يخلق حالة مخالفة للدستور، كونه يسبب عدم المساواة بين المراكز القانونية المتماثلة.³² 3- الإغفال التشريعي بالطريق الملتوي وتظهر هذه الصورة أو هذا النوع من الإغفال عندما يقوم المشرع بممارسة اختصاصه ظاهرياً، لكنه في الباطن يتنازل بشكل واضح عن اختصاصه لغيره من السلطات وعلى وجه الخصوص للسلطة التنفيذية، ويكون ذلك من خلال الإفراط في العمومية حتى في المسائل ذات القواعد التفصيلية، مما يجعل القانون عديم الفائدة على أرض الواقع. والإكثار من الإحالة إلى السلطة التنفيذية، وذلك عن

²⁹ الريماوي، عبد الملك، سليم، حسن، مرجع سابق، ص 8.

عزاوي، عبد الرحمن (2010). الرقابة على السلوك السلبي للمشرع، الإغفال التشريعي نموذجاً. مرجع سابق. ص 89.

³⁰ صديق، سهام (2014) الإغفال التشريعي وسبل معالجته. مرجع سابق. ص 19.

³¹ حافظي، سعاد (2008). الضمانات القانونية لتطبيق القواعد الدستورية. رسالة ماجستير. جامعة أبو بكر بلقايد. تلمسان.

الجزائر. 32.

³² عزاوي، عزاوي. الرقابة على السلوك السلبي للمشرع. مرجع سابق. ص 90.

طريق اللائحة أو التنظيم، وهو ما يعد خرقاً لقواعد توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كما قد يكون عن طريق التفويض بشكل ضمني من خلال إقرار القواعد وترك تفاصيل الأحكام للسلطة الموجهة إليها.³³

الفرع الرابع: آثار الإغفال التشريعي

للإغفال التشريعي آثار متعددة ومتنوعة يستعرضها الباحث كما يلي:

1- المساس بالحقوق والحريات الدستورية حيث إنتهجت غالبية الدساتير والقوانين الأساسية ومنها القانون الأساسي الفلسطيني بوصفه مجازاً بمثابة دستور مؤقت للسلطة الفلسطينية، أسلوب النص على هذه المبادئ في متن الدستور، وبالتالي كان لزاماً على المشرع أن يتناول كافة الموضوعات التي تتعلق بالحقوق والحريات على اعتبار أنها من إختصاصه الحصري والمطلق، وهذا يعني أن الإغفال أو الإمتناع عن تنظيمها أو انتقاصها يمثل مساساً بها ولذا يترتب على المشرع في ذلك مخالفة دستورية تقتضي المعالجة.³⁴

2- الإخلال بالنظام والسلامة العامة :فلا شك أن التشريع هدفه الأساس هو تحقيق النظام في الحياة الاجتماعية وتنظيم العلاقات بين المواطنين مما يسود معه الامن والاستقرار في الدولة، فمن خلال السلطة التشريعية يتم إقرار القواعد التي تسهم في تنظيم العلاقات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية مما يعود بالنفع العام على المجتمع تتمثل نتيجته في الامن والاستقرار، وبالتالي غياب التشريع أو

³³ بلحاج، نسمة(2008).العلاقة بين النصوص التشريعية والنصوص التنظيمية. مجلة تحليل الفكر البرلماني. العدد 19. ص27.

³⁴ عبد الكريم، سري. طالب الإمارة ، حيدر(2019). آثار الإغفال التشريعي الإجتماعية. مجلة العلوم القانونية. جامعة بغداد. العدد الثاني.ص35.

الإغفال التشريعي يؤدي إلى عدم استقرار المجتمع وهذا ما ينعكس سلباً على الأمن والنظام في

الدولة.³⁵

3- فقدان العدالة الاجتماعية: فمما لا شك فيه أن المشرع يسعى من خلال إقراره للتشريعات جملة من المبادئ التي من شأنها أن تحقق العدالة الاجتماعية وهي تتمثل في المساواة والتكافؤ وهذا ما يستدعي أن يكون المشرع ملم بكافة متطلبات تحقيق العدالة وعدم تركها للسلطات الأخرى لتنظيمها بمعنى آخر أن إغفال إقرار القواعد التي تضمن تكافؤ الفرص مثلاً بموجب التشريع مدعاة لإهدار الحقوق وفقدان العدالة لقيمتها في المجتمع.³⁶

4- سبب في التعسف في مواجهة الأفراد: مما لا شك فيه أن وجود قواعد قانونية ناظمة واضحة يسهم بشكل كبير في تجنب الأفراد للسلوكيات التي تشكل خرقاً للقانون هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن تنظيم المشرع لأحكام موضوع محدد تجعل المواطن آمناً واثقاً في السلطة التشريعية، وتظهر خطورة الإغفال عندما تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في إقرار وسن تشريعات وبالتالي الخشية من الجور والتعسف في استخدام سلطاتها في مواجهة الأفراد الأمر الذي يمس حقوقاً كفلها لهم الدستور وحيث ان المشرع خول القاضي الإداري حق الرقابة على الأعمال الإدارية لضمان حد أدنى من الحقوق والحريات بالقدر الذي لا يهدد النظام العام ويسمح بمجابهة الوضعيات الاستثنائية فلا يعتبر أعمالها قرارات مشروعة إلا تلك التي يبررها النظام العام، وأما القرارات التي تتضمن قدراً من اغتصاب الحقوق والحريات وتتجاوز الحد المطلوب للسيطرة على النظام العام والتعسف في مواجهة الأفراد فتعتبر واجبة الإلغاء. فإذا اعتبر المشرع القاضي الإداري بحكم القانون حامياً للحقوق والحريات العامة والحارس الأمين لمبدأ المشروعية وهو يتدخل كلما خرقت الإدارة القاعدة التوازن بين النظام العام والحرية فحري بالقاضي

³⁵ الحاج، سامي (2004). المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان. دار الكتاب الجديدة المتحدة . ط3. ص14.

³⁶ الدراجي ، جعفر (2006). التوازن بين السلطة والحرية في الانظمة الدستورية. أطروحة دكتوراة. جامعة بغداد. ص36.

الدستوري ان يضطلع بهذا الدور وهو الحارس الامين على الدستور والقواعد الدستورية السامية التي نهدف اساساً. فلا وجود لمصطلح دولة القانون حسب الفقه والقضاء إلا بإعلاء كلمة الحق و سيادة مبدأ المشروعية لا قيمة له ما لم يقترن بمبدأ احترام أحكام القضاء ووجوب تنفيذها فلا حماية إلا بتمام تنفيذ الأحكام الصادرة من السلطة القضائية ولا قيمة للقانون بغير بتنفيذ مقتضاه .³⁷

5- خلق قواعد قانونية غير موجودة: ويكون ذلك عندما يبحث القاضي عن النص القانوني للفصل في منازعة تعرض عليه ولا يجد في التشريع نتيجة إغفال المشرع وضع أحكام تتعلق بتلك المنازعة، مما قد يدفع القاضي في المقام الأول للبحث في السوابق القضائية التي هي أصلاً قواعد من صنع غيره من القضاة، فإذا لم يجد قرر أو أنشأ قاعدة قانونية لم ينص عليها المشرع، وهذا يشكل خطراً حقيقياً ومساساً بمبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ الاختصاص الإداري للسلطة التشريعية كما ان هذه الممارسة التي ترد على شكل الاجتهاد القضائي فيما يتعلق بالقانون العام والعلاقة ما بين المواطن الفرد والدولة في السياق الإداري لا تستقيم بالضرورة في مجالات القانون الأخرى الجزائية منها والحقوقية حيث ان خلق قواعد قانونية جديدة هنا قد يؤدي الى هدر الحقوق العامة والفردية ويؤدي بالتالي الى الوقوع في مخالفات دستورية فضلاً عن كونه تعدياً على مبدأ الانفراد التشريعي وتؤكد هذا المسلك مع قيام الثورة الفرنسية حيث أصر المنادون بالفصل بين السلطات على أن التشريع خالص لممثلي الأمة الذين يفرغون إرادتها في قواعد عامة يقتصر على تطبيقها

بصدد الحالات الفردية . وفي غمرة حماسه لمبدأ الفصل في السلطات قال المفكر الفرنسي (مونتسكيو) : " إن قضاة الوطن ليسوا سوى الفم الذي ينطق كلمات التشريع وهم إزاء هذا التشريع

³⁷ صديق، سهام (2014) الإغفال التشريعي وسبل معالجته. مرجع سابق.ص.21

كائنات لا حياة فيها ولا قوة لها على تخفيف قوته أو شدته ". و قال (روبسبير): "إن كلمة الاجتهاد القضائي يجب على أن تمحى من لغتنا , ففي دولة لها دستور و تشريع الاجتهاد القضائي ليس سوى التشريع نفسه ".³⁸

³⁸ كيلالي، زهرة (2013). الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه. مرجع سابق.ص95.

المبحث الثاني: تمييز الإغفال التشريعي عن غيره من المصطلحات المشابهة

سبق أن بينا أن الإغفال التشريعي هو: "نقص أو غموض يلحق بالتشريع الصادر عن المشرع يؤدي إلى خلل بأحد أركان التشريع، مما يتسبب في قصور النص القانوني وبالتالي وقوع المخالفة الدستورية". وبالتالي فالإغفال يقوم على إحجام المشرع عن ممارسة اختصاصه المحدد له بموجب القانون الأساسي والمتمثلة بالتشريع وسن القوانين بشكل كامل ومفصل. وفي نطاق هذه الدراسة يمكن القول أن الإغفال التشريعي هو إتخاذ السلطة التشريعية سلوكاً سلبياً تجاه اختصاصها بسن التشريعات، غير أنه تثار إشكالية التشابه بين الإغفال التشريعي وبين السلوكيات السلبية الأخرى التي قد يقدم عليها المشرع. وفي هذا المبحث من الدراسة نستعرض تمييز الإغفال التشريعي عن السكوت التشريعي، ثم نبين الفرق بين الإغفال التشريعي وعدم الاختصاص السلبي للمشرع وذلك كما يلي:

المطلب الأول: تمييز الإغفال التشريعي عن السكوت التشريعي "الإغفال الكلي"

إن السكوت التام عن تنظيم مسألة ما أو عدم التدخل بالتشريع في موضوع معين هو ما يسميه الفقه بالإغفال الكلي ويخضعونه في بعض النظم لرقابة القاضي الدستوري بمعالجات مختلفة³⁹، وفي هذا المطلب يستعرض الباحث في فرعين ماهية السكوت التشريعي، ومن ثم نبين أوجه الاتفاق والاختلاف بين السكوت التشريعي والإغفال وذلك كما يلي:

الفرع الأول: ماهية السكوت التشريعي (الإغفال الكلي)

عرّف جانب من الفقه السكوت التشريعي بأنه: "حالة الغياب الكلي أو عدم الوجود الكلي للتشريع أو لقاعدة قانونية تتعلق بحالة قانونية محددة بالدستور".⁴⁰ وعرفه آخرون بأنه: "امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي بشأن مسألة معينة أو مجموعة من المسائل مما يترتب عليه قصور وفراغ

³⁹ سلمان، عبد العزيز (2020). الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي. مقال منشور بتاريخ 06/08 على موقع منشورات

قانونية ، من خلال الرابط: <https://manshurat.org/node/66837>

⁴⁰ الشيمي، عبد الحفيظ (2003). رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا. مرجع سابق. ص.120.

تشريعي".⁴¹ والحقيقة أن المشرع يملك السلطة التقديرية في عملية سن وتشريع القوانين فله التدخل لوضع تشريعات معينة نص عليها الدستور أو عدم التدخل لوضعها أي سكوتة كما له أن يحدد مضمون التشريع ومحتواه دون أن يتقيد بأسلوب معين أو طريقة معينة، لكنه مع ذلك يجب أن يتقيد بما يفرضه عليه الدستور وإلا كان مخالفاً لأحكام الدستور "القانون الاساسي"، وعليه فإن تأخر المشرع في سن تشريع معين "أي سكوتة" مدة طويلة يعتبر تقصيراً دستورياً.⁴²

الفرع الثاني: أوجه الاتفاق والاختلاف بين الإغفال التشريعي والسكوت التشريعي
يتفق الإغفال التشريعي مع السكوت التشريعي في أن كلا منهما يرد على التزام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات التي أقرها الدستور أو القانون الأساسي كما هو الحال في فلسطين.
ويختلف الإغفال التشريعي عن السكوت من عدة نواحي نجملها كما يلي:

1. الإغفال التشريعي يتحقق حين يتناول المشرع الموضوع محل التنظيم بصورة قاصرة أو على نحو منقوص ويسمى فقهيًا بالإغفال التشريعي الجزئي، بينما السكوت التشريعي فهو إغفال كلي لموضوع محدد بمعنى أنه لم يتطرق لهذا الموضوع ولم يتناوله بأي صورة مع أنه التزم دستوري.⁴³

⁴¹ كياللي، زهرة (2013). الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه. مرجع سابق. ص26.

⁴² سلمان، سمير (2019). الإغفال التشريعي وإمكانية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق. مجلة كلية النخبة. المجلد 21. العدد 4. ص92.

⁴³ صبحي، جابر (2012). السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا. دار النهضة العربية. القاهرة. مصر. ط1. ص400.

2. مسلك المشرع في مسألة السكوت مسلك إرادي على الأغلب فهو عندما يسكت عن تنظيم مسألة ما يكون قد أراد إغفالها كلياً، بينما مسلكه في الإغفال التشريعي الجزئي من حيث الأصل لا يكون إرادياً بمعنى أنه يقع عليه التزام دستوري بتنظيم مسألة ما بكافة جوانبها وأن لا يتركها منقوصة.⁴⁴

3. يخضع الإغفال التشريعي (الجزئي) للرقابة الدستورية إعمالاً لمبدأ سمو الدستور، بمعنى أي تشريع يصدر يجب أن يلم بكافة جوانب المسألة التي عالجها ضماناً للحقوق والحريات وإعمالاً لمبدأ علو القواعد الدستورية، وذلك على خلاف حالة السكوت التشريعي (الإغفال الكلي) فهي لا تخضع للرقابة القضائية الدستورية في كثير من الدول وهي مثار نقاش فقهي حاد في كثير من الدول الأخرى. والأصل هنا أن لا يخضع الإغفال التشريعي الكلي لرقابة المحاكم الدستورية لارتباط هذا الأمر بالسلطة التقديرية للمشرع حيث يعالج الموضوعات التي يرى وفقاً لسياسة وفلسفة التشريع التي يتبناها كما أن المحكمة الدستورية تنظر في القضايا المعروضة أمامها وفقاً لنصوص محددة ولا يستقيم أن تحاكم ما يتعلق بالسلطة التقديرية للمشرع والا كان ذلك بمثابة التداخل والانحراف في أصول ومبدأ الفصل بين السلطات⁴⁵

المطلب الثاني: تمييز الإغفال التشريعي عن عدم الاختصاص السلبي للمشرع

وفقاً لقواعد الاختصاص يجب على كل سلطة أن تمارس اختصاصاتها وفقاً لما بينه الدستور، وتبعاً لذلك يتعين على السلطة التشريعية أن تمارس اختصاصها المتمثل في سن التشريعات والقوانين دون أن تتخلى عن هذه الاختصاصات الدستورية لسلطة أخرى لاسيما السلطة التنفيذية، باستثناء الحالات

⁴⁴ طريح، هالة (2011)، حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات العامة والضمانات المقررة لممارستها. مرجع سابق. ص 257.

⁴⁵ سلمان، سمير (2019). الإغفال التشريعي وإمكانية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق. مجلة كلية النخبة. المجلد 21 العدد 4. ص 93.

التي ينص عليها القانون، ويتحقق عدم الاختصاص السلبي للمشروع عندما يحجم عن مباشرة اختصاصاته الدستورية سواء بشكل جزئي، وفي هذا المطلب من الدراسة نستعرض من خلال فرعين، صور عدم الاختصاص السلبي، ومن ثم نستعرض أوجه الاتفاق والاختلاف بين الإغفال التشريعي وعدم الاختصاص السلبي، وذلك كما يلي:

الفرع الأول: صور عدم الاختصاص السلبي

تظهر فكرة عدم الاختصاص السلبي في صورتين لا ثالث لهما:

الصورة الأولى: عدم الاختصاص التشريعي غير المقترن بالإحالة "التفويض التفائي للسلطة التنفيذية نتيجة الامتناع". وتحقق هذه الصورة عندما يتخلى المشروع عن اختصاصه دون أن يفوض أو يحيل الموضوع إلى سلطة أخرى للقيام به، وكان مجلس الدولة الفرنسي أول من استخلص هذه الفكرة، حيث تصدى مجلس الدولة الفرنسي لكل محاولة من طرف المشروع تؤدي لعدم قيامه باختصاصه الذي حدده الدستور⁴⁶، وفيما يتعلق بالحالة الفلسطينية ونتيجة للانقسام السياسي الذي ألقى بظلاله على عمل السلطات الثلاثة، نجد أن مسألة عدم الاختصاص التشريعي لا محل لها أصلاً حيث أن المجلس التشريعي الذي تم انتخابه في العام 2006 لم يقيم بسن أي تشريع واستمر معطلاً حتى صدور القرار التفسيري من المحكمة الدستورية العليا⁴⁷ قضى بحل المجلس التشريعي.

⁴⁶ الشيمي، عبد الحفيظ (2003). رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا. مرجع سابق. ص12.

⁴⁷ قصت المحكمة الدستورية بموجب قرارها التفسيري رقم (10/ 2018) بتاريخ 12 ديسمبر 2018، سنة 3 قضائية بـ إن المجلس التشريعي في حالة تعطل وغياب تام وعدم انعقاد منذ تاريخ 5-7-2007م، وقد انتهت مدة ولايته بتاريخ 25-1-2010م، 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 25-1-2006م، وبالتالي اعتباره منحلاً منذ تاريخ إصدار هذا القرار.

الصورة الثانية: عدم الاختصاص السلبي المقترن بتفويض ("الإحالة" التشريعية)

وتظهر هذه الصورة في حالة الظروف الاستثنائية وفقا للمادة 43 من القانون الأساسي الفلسطيني بحيث تتنازل السلطة التشريعية عن جزء من اختصاصاتها لصالح السلطة التنفيذية، بحيث ينتقل الاختصاص من السلطة التشريعية إلى السلطة التنفيذية من خلال تفويض يشمل بعض الاختصاصات وليس جميعها، والحقيقة أن هذه الصورة لا غنى عنها بحيث لا بد للسلطة التنفيذية وفي سبيل تنفيذها للدستور أن تتمتع بقدر من السلطة التقديرية لإصدار اللوائح التنظيمية وهذا لا يكون إلا بتفويض.⁴⁸

والحقيقة أن مسألة التفويض ضرورة حتمية لا غنى عنها، وتتجلى أبرز مبررات التفويض في:

1. عدم كفاية الوقت لدى السلطة التشريعية: نتيجة للتطور الحاصل في مختلف المجالات، غدا من الواضح عدم قدرة السلطة التشريعية على مواكبة السرعة في تلك المجالات، وبالتالي تمتع عن إصدار التشريعات مع أنها من اختصاصها بموجب الدستور، وبالتالي تفوض أو تحيل صلاحية التشريع لجهات قادرة، ومن جانب آخر مسألة الاختصاص العملي في بعض الموضوعات إذ قد لا يكون لدى السلطة التشريعية الخبرة الكافية في مجال ما وبالتالي تقوم بتفويض الجهات المختصة، وهذا يؤكد ضرورة أن تقوم السلطة التشريعية بتفويض السلطة التنفيذية في العديد من القضايا.⁴⁹
2. السرعة: تكون بعض الموضوعات بحاجة لسرعة الفصل فيها بموجب قرار، والحقيقة أن مشاغل السلطة التشريعية تجعلها بطيئة في التصدي للمستجدات وبالتالي تمتع عن ممارسة اختصاصه في التشريع، وهذا ما استدعى أن تفوض الجهة القادرة على ضمان حقوق وحريات الأفراد والمتمثلة في السلطة التنفيذية من خلال إصدار لوائح وتعليمات في وقت سريع.⁵⁰

⁴⁸ أبو جلمبو، أحمد (2016) تفويض الاختصاص في القانون الفلسطيني. رسالة ماجستير. الجامعة الإسلامية. غزة. فلسطين.

⁴⁹ الظفيري، فالح (1997). الاختصاصات التشريعية لرئيس الدولة في النظم السياسية. رسالة ماجستير. جامعة القاهرة. مصر. ص 265.

⁵⁰ البحري، حسن (2008). دور السلطة التنفيذية في العملية التشريعية في النظام البرلماني البريطاني. مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية. العدد 24. المجلد الأول. ص 224.

3- الحاجة إلى المرونة: نتيجة للتطورات الهائلة فإن بعض التشريعات بحاجة إلى تعديلات مستمرة

تواكب التطور الحاصل، والحقيقة أن انشغالات السلطة التشريعية و ضيق وقتها والحاجة إلى

السرعة أوجب عليها أن تتعامل بمرونة مع المستجدات ولا يكون ذلك إلا من خلال تفويض

السلطة التنفيذية ببعض الصلاحيات لمعالجة التشريع وفقاً للمستجدات.⁵¹

4- حالة الطوارئ: قد تواجه السلطة التشريعية ظروف استثنائية تهدد كيان الدولة وتعرض مواطنيها

للخطر، كالحروب، والإرهاب، والاضطرابات الداخلية، والكوارث الطبيعية، وبالتالي تكون غير

قادرة على ممارسة اختصاصها التشريعي، والحقيقة أن السلطة التنفيذية هي الأقدر على مواجهة

هذه التحديات، لذا منحها المشرع صلاحية اتخاذ التدابير التشريعية اللازمة خلال فترة

الطوارئ.⁵²

لم يتناول المشرع الفلسطيني بشكل واضح مسألة التفويض التشريعي، ولم ينص عليها صراحة،

إلا أن المشرع الفلسطيني أقر هذه النظرية في الأوقات التي تمتنع فيها السلطة التشريعية عن ممارسة

اختصاصها من خلال نصوص المواد (68،71) من القانون الأساسي، حيث نصت المادة (68)

على ما يلي: "على رئيس الوزراء إصدار القرارات اللازمة في حدود اختصاصاته وفقاً للقانون".⁵³ في

حين نصت المادة (71) على: "يختص كل وزير في إطار وزارته على وجه الخصوص بما يأتي : ..

الإشراف على سير العمل في وزارته وإصدار التعليمات اللازمة لذلك".⁵⁴

الفرع الثاني: الفرق بين الإغفال التشريعي وعدم الاختصاص السلبي للمشرع

⁵¹ أبو جلمبو، أحمد(2016) تفويض الاختصاص في القانون الفلسطيني. مرجع سابق.ص114.

⁵² الظفيري، فالج (1997). الاختصاصات التشريعية لرئيس الدولة في النظم السياسية.مرجع سابق.ص226.

⁵³ الفقرة السادسة من المادة (68) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل.

⁵⁴ الفقرة الثانية من المادة (71) من القانون الأساسي الفلسطيني لمعدل .

عرف فقهاء القانون عدم الاختصاص السلبي بأنه: تخلي البرلمان عن اختصاصه التشريعي سواء كان بصورة كلية أو جزئية⁵⁵، في حين عرف الإغفال التشريعي بأنه: "نقص أو غموض يلحق بالتشريع الصادر عن المشرع أدى إلى خلل بأحد أركان التشريع، مما يتسبب في قصور النص القانوني وبالتالي وقوع المخالفة الدستورية. على ما سبق نستعرض في هذا الفرع من الدراسة أوجه الاختلاف بين الإغفال التشريعي وعدم الاختصاص السلبي للمشرع كما يلي:

1. يتمثل عدم الاختصاص السلبي للمشرع في تخلي السلطة التشريعية عن ممارسة اختصاصاتها لصالح سلطة أخرى "التنفيذية"، في حين الإغفال التشريعي ينجم عن إغفال جانب من جوانب المسألة محل التنظيم التشريعي دون الإحالة إلى سلطة أخرى.⁵⁶
2. يمثل عدم ممارسة المشرع لاختصاصاته الدستورية التي منحها له الدستور نوعاً من المخالفات التي تؤسم عمل المشرع بعدم الدستورية.⁵⁷

3. تتضمن فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع مخالفة لقواعد توزيع الاختصاص التي حددها الدستور، في حين أن فكرة الإغفال التشريعي لا تشكل مخالفة لقواعد الاختصاص غير أن المشرع لم يمارس اختصاصه بسن التشريع.⁵⁸

4. يمثل مبدأ الإنفراد التشريعي أساس عدم الاختصاص السلبي للإدارة، في حين أن الأساس القانوني للإغفال التشريعي هو مخالفة التشريع لمبدأ سمو قواعد الدستور.⁵⁹

⁵⁵ فهمي، مصطفى (1989). القانون الدستوري والنظم السياسية، دار المطبوعات الجامعية. ص 80.

⁵⁶ بالجيلالي، خالد (2017). الاختصاص السلبي للمشرع والرقابة عليه. مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية. العدد السادس. ص 76.

⁵⁷ أبو العينين، محمد ماهر (2013). الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته. مرجع سابق. ص 579.

⁵⁸ الغفلول، عيد (2003). فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع. مرجع سابق. ص 11.

⁵⁹ الشيمي، عبد الحفيظ (2003). رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا. مرجع سابق. ص 15.

5. تعتبر فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع من العيوب الخارجية التي تجعل التشريع غير دستوري،

في حين تعتبر فكرة الإغفال التشريعي مخالفة صريحة لمضمون النص الدستوري.⁶⁰

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار الإغفال التشريعي صورة من صور عدم الاختصاص السلبي، وذلك كونها تشترك معها في أن المشرع تخلى عن ممارسة اختصاص خوله له الدستور، مستندين في ذلك إلى فكرة عدم الاختصاص السلبي للسلطات الإدارية، على أن جانب آخر من الفقه يرى بأن التكرار في الحالتين يختلف تماماً فالسلطة التشريعية تختلف في أعمالها واختصاصاتها عما تختص به السلطة التنفيذية.⁶¹ فتخلي المشرع عن ممارسة اختصاصه قد يشمل امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي بشأن مسألة معينة أو مجموعة مسائل، إما بصورة تامة فيترتب عليها الفراغ التشريعي الكلي، أو بصورة جزئية وبالتالي يترتب عليها فراغ تشريعي جزئي.⁶² كما تشمل أيضاً حالات تخلي المجلس التشريعي عن ممارسة اختصاصه بصدد مسألة معينة أو مجموعة مسائل لصالح غيره من السلطات وذلك إما بتجاوز حدود عملية التفويض أو عن طريق تضمين ما يصدر عنه من تشريعات ما يوحي للسلطة التنفيذية بإمكانية قيامها بالتعديل أو التعطيل لبعض الأحكام، أو عن طريق المبالغة في العمومية في صياغة أحكام القواعد القانونية ما يفيد جعلها إحالة ضمنية لسلطة التنظيم، فجميع هذه السلوكيات سلبية ينتج عنها عدم الوجود الكلي أو الجزئي للقاعدة القانونية، وعدم ممارسة المشرع لاختصاصاتها التي حددها الدستور.⁶³

الا ان هناك من يرى أن الإغفال التشريعي يختلف عن الاختصاص السلبي للمشرع، فلا مجال للجمع بينهما، وفي ذلك يقول د. أحمد فتحي سرور: "أن الإغفال التشريعي هو الإغفال النسبي للمشرع

⁶⁰ عزاوي، عبد الرحمن (2010). الرقابة على السلوك السلبي للمشرع، الإغفال التشريعي نموذجاً. مرجع سابق. ص 10.

⁶¹ الغفلول، عيد (2003). فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع. مرجع سابق. ص 113.

⁶² كيلاي، زهرة (2013). الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه. مرجع سابق. ص 30.

⁶³ داود، عمار (2017). بحث بعنوان: الغموض في النصوص القانونية والشرعية الإسلامية. منشور على موقع محاماة نت، بتاريخ 06/12، من خلال الرابط: <https://pulpit.alwatanvoice.com/>

في معالجة موضوع معين خلافاً للدستور قد يمس الضمانات القانونية التي يجب أن يتمتع بها، فضلاً عن الإخلال بمبدأ المساواة، وتنظيم الدستور للحق في التقاضي يفترض ليس فقط حق اللجوء إلى المحاكم، وإنما يتعين كذلك أن تتوافر حلقتان أخريان لا يكتمل من دونهما حق التقاضي، أولاهما أن تؤول المحصلة النهائية للنزاع إلى ترضية قضائية توافق الدستور والقانون وتضع حداً نهائياً للعدوان على حقوق الأفراد وحياتهم، وثانيتهما أن تقترن الترضية القضائية بالحمل على تنفيذها جبراً واقتضائها بقوة السلطة من الملزمين بها إذا لم يقبلوا بها طواعية واختياراً".⁶⁴

المطلب الثالث: تمييز الإغفال التشريعي عن القصور التشريعي

تتعلق فكرة الإغفال التشريعي باتخاذ المشرع موقف سلبي من اختصاصاته الدستورية، بحيث لا يمارسه كلياً أو جزئياً وفي حالات معينة ولأسباب خاصة، ويكون هذا التخلي إما بصورة تامة وهو ما يعرف بالامتناع عن ممارسة الاختصاص، أو بالتنظيم بصورة جزئية وبإغفال جزء آخر، كما بينا أن المشرع قد يلجأ للتنازل عن اختصاصه للسلطة التنفيذية بصورة ضمنية يظهر فيها أنه يمارس اختصاصه وفي الحقيقة يكون وضع القواعد العامة فقط وذلك بالتفويض أو التوسع في الإحالة إلى سلطة التنظيم أو الإفراط في العمومية، في هذا المطلب نستعرض في فرعين، ماهية القصور التشريعي، والفرق بين القصور و الإغفال.

الفرع الأول: ماهية القصور التشريعي

يعرف القصور التشريعي بأنه: "عدم كفاية النص التشريعي الموجود لمعالجة المسألة أو الموضوع الذي تولي تنظيمه بشكل يعتقد أنه كامل من حيث التغطية والإلمام بالموضوع و نوعه ومستواه أو حتى على

⁶⁴ سرور، أحمد (1999). الحماية الدستورية للحقوق والحريات. مرجع سابق. ص.231.

نطاق الصياغة القانونية".⁶⁵ كما يعرف بأنه : " عدم ملائمة النص القانوني للحياة الاجتماعية والسياسية السائدة في المجتمع وقت تطبيقه"، بمعنى آخر عدم تضمن النص القانوني لما تقوم الحاجة اليه من احكام تفصيلية او جزئية في ظل تغيرات جوهرية شهدها المجتمع .⁶⁶

وبالتالي يمكن القول بأن القصور التشريعي يتحقق في الحالة التي تكون فيها القاعدة القانونية التي تعالج مسألة ما معروضة أمام القضاء موجودة من حيث الأصل غير أنه شابها شيء من القصور كأن تكون غير عادلة تسبب الظلم عند تطبيقها، أو غير متوافقة مع الظروف الاجتماعية والسياسية السائدة في الدولة.⁶⁷

ويعتبر القصور ظاهرة إيجابية في المجتمعات المتقدمة، فبقدر سرعة تقدمها وتطورها يصاحب ذلك قصوراً تشريعياً يستوجب إجراء معالجات، لذلك تجد بعض الفقهاء أطلق على القصور التشريعي مصطلح القصور المزيف مقارنة بالقصور الحقيقي أو النقص في التشريع ، كما سماه البعض بالقصور الإيديولوجي كون تغيير الإيديولوجية يضطر القاضي الى البحث عن حلول تتلاءم مع تطور المجتمع وحاجاته المتجددة، هذا ويطلق بعض الفقهاء على القصور التشريعي مصطلح القصور الانتقادي لأن القاضي ينتقد القانون القائم لأنه أصبح غير ملائم للعصر الحديث ولا بد من تطويره وتعديله وفقاً للمستجدات.⁶⁸

ومما لا شك فيه أن حالة القصور التشريعي تتحقق وتزداد عند إجراء تغييرات سياسية غير مألوفة في الدول وهذا ما ينطبق تماماً على الحالة الفلسطينية، فعقب أحداث 2007 انقسم النظام السياسي في

⁶⁵ كلال، زهرة (2013). الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه. مرجع سابق. ص31.

⁶⁶ عبد الكريم، فارس (2016). القصور التشريعي "بحث في فلسفة القانون الوضعي". منشور على موقع محاماة نت بتاريخ 11/28. من خلال الرابط: <https://www.mohamah.net/law/>

⁶⁷ أحمد، محمد (1982). نظرية تفسير النصوص المدنية، دراسة مقارنة بين الفقهاء المدني والإسلامي. مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية. ط1. ص165

⁶⁸ عبد الكريم، فارس (2016). القصور التشريعي "بحث في فلسفة القانون الوضعي. مرجع سابق. رابط:

<https://www.mohamah.net/law>

فلسطين إلى شطرين في الضفة الغربية وقطاع غزة، وقد تبع ذلك انقسام في السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية. وليس هذا فحسب بل طال الانقسام وتبعاته كافة مرافق الحياة، وهذا بدوره انعكس على حالة التشريعات، حيث شهدت الحالة الفلسطينية منذ 2007 حالة تكاد توصف بالكارثية فيما يتعلق بالتشريعات، حيث انفردت السلطة التنفيذية بالضفة بإصدار التشريعات على شكل "قرارات بقانون"، وانكفى المجلس التشريعي في غزة دون متابعة أوجه القصور الحاصلة في التشريعات، ناهيك عن حالة القصور التي كانت موجودة قبل هذا التاريخ.

الفرع الثاني: الفرق بين القصور التشريعي والإغفال التشريعي

إن معيار التفرقة بين القصور التشريعي والإغفال التشريعي هو السلوك، ففي حالة القصور التشريعي نحن أمام سلوك إيجابي قام به المشرع يتمثل في وجود أحكام قانونية محسوسة عملياً غير أنه سلوك منقوص، بينما في حالة الإغفال التشريعي فنحن أمام سلوك سلبي يتجسد في الامتناع عن تنظيم أحكام مسألة ما إما عمداً أو عن غير عمد، وفيما يتعلق بالرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي والقصور التشريعي فيمكن القول أن كلاهما يخضعان لرقابة القضاء الدستوري.⁶⁹

الفصل الثاني:

دور المحكمة الدستورية في الرقابة على الإغفال التشريعي في فلسطين

تبنى المشرع الفلسطيني رأي أصحاب الاتجاه الفقهي القاضي بالرقابة على الإغفال التشريعي بموجب نص المادة (25) من قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006م وتعديلاته لسنة 2017، حيث جاء فيه تعدل المادة (25) من القانون الأصلي، لتصبح على النحو الآتي: 1. يكون للمحكمة

⁶⁹ نويجي، محمد (2008). التفسير المنشئ للقاضي الدستوري. دار النهضة العربية. ط1. القاهرة. ص104.

في سبيل القيام بالاختصاصات المنصوص عليها في المادة (24) من القانون الأصلي، ممارسة كافة الصلاحيات في النظر والحكم بعدم دستورية أي نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام، يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها، ويتصل بالنزاع المطروح عليها، وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية. 2. عند الحكم بعدم دستورية أي قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام، على السلطة التشريعية أو الجهة ذات الاختصاص تعديل ذلك القانون أو المرسوم أو اللائحة أو النظام بما يتفق وأحكام القانون الأساسي. 3. عند الحكم بعدم دستورية أي قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام يعتبر محظور التطبيق، وعلى الجهة التي قامت به تصويب الوضع وفقاً لأحكام القانون الأساسي، ويفهم من هذا النص امتداد رقابة القضاء الدستوري لحالات الإغفال التشريعي الجزئي من قبل المشرع والتي هي معالجة حالات القصور الناجمة في التشريع. وقد غدت الرقابة الدستورية على أعمال السلطة التشريعية ضرورة ملحة حيث أن وجود هذا النوع من أنواع الرقابة يمثل الحصن الواقي من تجاوز المشرع للصلاحيات التي منحها له الدستور، كما تمثل الرقابة الدستورية السبيل لإلزام المشرع بإتخاذ الإجراءات التي تعزز مبدأ سيادة حكم القانون ومبدأ المشروعية من خلال النظر في حالات الإغفال والقصور التشريعي والغموض وكل هذه المسائل التي تنعكس سلباً على الحقوق والتي يمكن معالجتها من خلال ما يعرف بالرقابة الدستورية.⁷⁰ ولكي تحقق الرقابة الدستورية الهدف المنشود منها، لا بد من وجود مقومات وأسس يمكن البناء عليها تتمثل في وجود دستور ومن ثم احترام مبدأ سيادة القانون ومبدأ المشروعية واحترام وسمو ذلك الدستور، بالإضافة لوجود هيئة أو جهة أو لجنة رقابية مختصة بموجب أحكام الدستور، ومن هنا ظهرت الحاجة لوجود هيئة قضائية مختصة للنظر في الطعون المتعلقة بدستورية القوانين، وذلك من خلال النظر في مدى انسجامها ومطابقة أحكامها لنصوص الدستور ولها

⁷⁰ عبد الحسن، زينة، علي، محمد (2019) دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة. مجلة قضايا سياسية. جامعة النهدين. العدد 57. ص 249.

من الصلاحيات ما يمكنها أن تحكم بعدم دستوريته الأمر الذي يترتب أثراً قانونية مهمة، فوجود هذه الهيئة يمثل ضماناً هامة للحفاظ على حقوق الأفراد ومبدأ سيادة القانون.⁷¹

ويعتمد المشرع الفلسطيني على القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 وتعديلاته بصفته القانون الأعلى وهو الذي يمثل مجازاً الدستور الانتقالي للسلطة الفلسطينية، فهو الذي ينظم السلطات واختصاصاتها والعلاقة فيما بينها وعلاقتها بالأفراد، وفي سبيل أن تكون التشريعات الفرعية متوافقة مع ما قرره القانون الأساسي الفلسطيني وسعياً من المشرع الفلسطيني لضمان الرقابة على أعمال السلطة التشريعية ومعالجة ما قد يشوبها من عيوب كالإغفال التشريعي أو القصور والغموض وغيرها من العيوب التي قد تلحق بالتشريعات، أوكل للمحكمة العليا بصفقتها الدستورية مسألة الرقابة على دستورية القوانين لحين تشكيل المحكمة الدستورية. ولاحقاً سن المشرع قانون المحكمة الدستورية بموجب قانون رقم 3 لسنة 2006م، وفي العام 2016 أصدر رئيس السلطة محمود عباس القرار بقانون رقم 2016/57 بشأن تشكيل المحكمة الدستورية ، وفي العام 2017 أصدر رئيس السلطة الفلسطينية قرار بقانون رقم 19 لسنة 2017م بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م⁷²، وفي هذا الفصل من الدراسة يستعرض الباحث من خلال المبحث الأول تشكيل المحكمة الدستورية من حيث النشأة والاختصاص وفي المبحث الثاني نتوقف عند الأساس القانوني للرقابة على الإغفال التشريعي ومن ثم نبين ماهية الرقابة على الإغفال التشريعي المخالف للسمو الشكلي، ونختتم بتوضيح ماهية الرقابة على الإغفال التشريعي المخالف للسمو الموضوعي للدستور.

المبحث الأول : تشكيل المحكمة الدستورية العليا

⁷¹ الهاشمي، يوسف(2014). رقابة دستورية القوانين واللوائح في مملكة البحرين والدول العربية. دار الكتاب الجامعي. ط.1. ص.23.
⁷² دراج، أسامة (2020). الرقابة على دستورية القوانين في فلسطين. المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية. المجلد الرابع. العدد الأول. ص.80.

منذ اقامة السلطة الوطنية الفلسطينية لعبت الدور الأكبر في تنمية وتطوير وتحديث واصلاح النظام القانوني والقضائي في فلسطين، حيث سارعت إلى إنشاء المؤسسات القانونية المختلفة فأوجدت وزارة العدل وشكلت ديوان الفتوى والتشريع ومجلس القضاء الأعلى وعينت نائباً عاماً، كما عمدت إلى وضع الخطط التطويرية لقطاع العدالة والقضاء، فعقدت سلسلة من الدورات التدريبية للقضاة ووكلاء النيابة وموظفي المحاكم والهيئات العدلية.⁷³ وعلى صعيد آخر عملت السلطة الوطنية الفلسطينية بكل الإمكانيات المتاحة لديها على وضع القواعد والأحكام الدستورية اللازمة لبناء النظام السياسي، فأقرت القانون الأساسي وأخذت بمعالجته مرة عن مرة حتى تعديلات العام 2005، كما قامت بإصدار رزمة من التشريعات ذات الطابع القضائي والمتمثلة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، وقانون الإجراءات الجزائية، وقانون السلطة القضائية، و قانون تشكيل المحاكم، وقانون كاتب العدل، وقانون التنفيذ، وقانون البيئات، وقانون الانتخابات رقم(9) لسنة 2005، بالإضافة لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 وما تبعه من تعديلات، فعلى الرغم من الظروف الاستثنائية التي تمر بها الحالة الفلسطينية من احتلال إسرائيلي يتقن ممارساته العنصرية التي تعيق أي عملية نهوض فلسطينية، وعلى الرغم من حالة الانقسام السياسي بين شطري الوطن وما نتج عنه من ظروف ومعوقات وعقبات تحول دون القدرة على استكمال مشروع النهوض بقطاع العدالة والقضاء، إلا أن السلطة الفلسطينية لم تتوانى في عملية استكمال بناء المؤسسات القانونية والقضائية، واخذت تستكمل المنظومة القضائية بتشكيل المحكمة الدستورية العليا. وفي هذا المبحث من الدراسة نستعرض من نشأة المحكمة الدستورية العليا، واختصاصاتها كما يلي:

المطلب الأول: إنشاء المحكمة الدستورية العليا

⁷³ الشامي، عبد الكريم(2016). احكام المحاكم الدستورية في كل من مصر والاردن وفلسطين .مقال منشور بتاريخ 07/15، على موقع دنيا الوطن، من خلال الرابط: <https://pulpit.alwatanvoice.com/>

مر إنشاء وتشكيل المحكمة الدستورية في فلسطين بعدة مراحل، بدءاً من إقرارها بموجب القانون الأساسي المعدل وصولاً إلى قرار تشكيلها رقم (57) لسنة 2016، حيث عدد المشرع جملة من الاختصاصات الحصرية للمحكمة وقد جرى إدخال تعديلات عليها بموجب القرار بقانون رقم (19) لسنة 2017، كما بين المشرع إجراءات رفع الدعوى أمام المحكمة وشروط قبولها وفي هذا المطلب نستعرض من خلال فرعين الأول نشأة المحكمة، والثاني اختصاصاتها كما يلي:

نص المشرع الفلسطيني بموجب أحكام الفقرة (1) من المادة 103 من القانون الأساسي 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.⁷⁴، وبينت الفقرة (2) من المادة 103 أن مهمة تشكيل المحكمة والإجراءات العملية أمامها والآثار المترتبة على أحكامها يبينها القانون.⁷⁵ وقد أوكل المشرع الفلسطيني بموجب نص المادة (104) من نفس القانون مهام المحكمة الدستورية للمحكمة العليا لحين تشكيلها.⁷⁶

وفي 2006/2/17 أصدر المجلس التشريعي الفلسطيني قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) ونشر في الجريدة الرسمية وقد تكون من (55) مادة موزعة على ستة أبواب وكل باب مقسم الي

⁷⁴ نص الفقرة "1" من المادة 103 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 وتعديلاته لسنة 2005. 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 . 2- يبين القانون طريقة تشكيل المحكمة الدستورية العليا، والإجراءات الواجبة الإلتباع، والآثار المترتبة على أحكامها.

⁷⁵ نصت الفقرة "2" من المادة 103 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل على: "يبين القانون طريقة تشكيل المحكمة الدستورية العليا، والإجراءات الواجبة الإلتباع، والآثار المترتبة على أحكامها".

⁷⁶ نصت المادة 104 من القانون الأساسي الفلسطيني على: "تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا ما لم تكن داخلة في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين النافذة".

فصول وقد تم تعديله بموجب قرار بقانون رقم (19) لسنة 2017م ، حيث بين المشرع أنه بموجب هذا القانون تنشأ محكمة تسمى المحكمة الدستورية العليا، وقد عرفها القانون بأنها: "هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها في فلسطين"، وبين القانون أن مقرها يكون في مدينة القدس، ولها أن تتخذ مقرّاً مؤقتاً في مدينة رام الله وفي مدينة غزة حسب مقتضى الحال، وبين المشرع بموجب هذا القانون أن المحكمة تشكل من رئيس ونائب له وعدد لا يقل عن سبعة قضاة، وتكون مدة ولاية رئيس المحكمة والأعضاء لمدة ست سنوات غير قابلة للتجديد، وأوضح المشرع أن هيئة المحكمة تتعقد من رئيس وستة قضاة على الأقل، وتصدر قراراتها بالأغلبية.⁷⁷

لقد بين المشرع بموجب قانون المحكمة الدستورية الشروط الواجب توافرها فيمن يعين قاضٍ بالمحكمة، حيث نصت المادة (5) من القرار بقانون رقم (19) لسنة 2017م بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م على: "يشترط فيمن يعين عضواً بالمحكمة أن تتوافر فيه الشروط العامة اللازمة لتولي القضاء طبقاً لأحكام قانون السلطة القضائية⁷⁸..". وفي سبيل إتمام عملية تأسيس المحكمة الدستورية العليا، أصدر الرئيس الفلسطيني قرار بقانون رقم (57) لسنة 2016م والقاضي بتشكيل المحكمة الدستورية العليا، حيث نصت المادة الأولى من هذا القرار على: "تشكل المحكمة الدستورية العليا على النحو الآتي: 1. السيد/ محمد عبد الغني أحمد الحاج قاسم رئيساً 2. السيد/ أسعد بطرس سعيد مبارك نائباً للرئيس 3. السيد/ عبد الرحمن عبد الحميد عبد المجيد أبو نصر عضواً 4. السيد/ فتحي عبد النبي عبد الله الوحيدي عضواً 5. السيد/ فتحي حمودة أبو سرور عضواً 6. السيد/ حاتم

⁷⁷ أنظر المادة (1) والمادة (3) من قرار بقانون رقم (19) لسنة 2017م بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م.

⁷⁸ لقد نصت المادة (16) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م على شروط تعيين القضاة بقولها: "يشترط فيمن يولى القضاء: 1- أن يكون متمتعاً بالجنسية الفلسطينية وكامل الأهلية. 2- أن يكون حاصلًا على إجازة الحقوق أو إجازة الشريعة والقانون من إحدى الجامعات المعترف بها. 3- ألا يكون قد حكم عليه من محكمة أو مجلس تأديب لعمل مخل بالشرف ولو كان قد رد إليه اعتباره أو شمله عفو عام. 4- أن

عباس محمد صلاح الدين عضواً 7. السيد/ رفيق عيسى إبراهيم أبو عياش عضواً 8. السيد/ عدنان مطلق محمود أبو ليلى عضواً 9. السيد/ فواز تيسير فؤاد صايمه عضواً".

وعلى الرغم من حداثة تشكيل وعمل المحكمة الدستورية العليا في فلسطين إلا أن أمامها مهمة كبيرة وأعباء ثقيلة وخطيرة، فهي الأساس الذي يقوم حالة الحقوق السياسية والحريات في دولة فلسطين، وهي السلاح الذي به يقوم الإعوجاج التشريعي سواء كان بإغفال بعض الأحكام أو غموضها أو حتى الامتناع عن تنظيم ما أوجبه القانون الأساسي، وبالتالي فالمحكمة بمثابة الحصن للقانون الأساسي، وهي المانع من مخالفته أو الانحراف عن الغايات التي وجد لأجلها. ولقد ازدادت أهمية عمل المحكمة الدستورية في فلسطين بفعل تعطيل عمل السلطة التشريعية الناجم عن حالة الانقسام السياسي وانتهاءً بجل المجلس التشريعي حيث أصبحت المحكمة الدستورية فعلياً الحارس الوحيد للحقوق والحريات الفردية منها والعامّة والسد المنيع أمام أي محاولات للتوغل من السلطة التنفيذية التي تحولت لجهة التشريع الوحيدة في غياب السلطة التشريعية اعمالاً للمادة 43 من القانون الاساسي.

المطلب الثاني: اختصاصات المحكمة الدستورية العليا

لقد وضع المشرع بموجب نصوص القانون الأساسي المعدل القواعد الأساسية في إختصاص المحكمة

حيث بينت أحكامه أن المحكمة الدستورية تتولي النظر في :

1. دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها.
2. تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات.
3. الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص

القضائي.⁷⁹

⁷⁹ نص الفقرة (1) من المادة (103) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 وتعديلاته لسنة 2005.

وإعمالاً لأحكام القانون الأساسي الفلسطيني تم تنظيم إختصاصات المحكمة الدستورية من خلال قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006م الصادر بتاريخ 17 شباط 2006، حيث بين بموجب أحكام الباب الثاني من هذا القانون الاختصاصات الحصرية للمحكمة بقوله: تختص المحكمة دون غيرها بما يلي :⁸⁰

1. الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة.

أوكل المشرع للمحكمة الدستورية مهمة الرقابة على دستورية القوانين بما يشمل كل حالات الغموض أو الإغفال التشريعي حيث ان للمحكمة السلطة الرقابة الكاملة على أي مس أو إنتقاص أو تعارض في تشريع كان مع مبادئ الدستور وقواعده السامية. وبذلك فان القضاء الدستوري هو أحد أهم الضمانات وأحسن المشرع الفلسطيني على غرار المشرع المصري والأردني بتوفير الرقابة الفعالة على مبدأ سمو الدستور وحماية من أي خرق أو تعدي من السلطتين التشريعية والتنفيذية.⁸¹ وقد أحسن المشرع الفلسطيني عندما أوكل مهمة الرقابة على دستورية القوانين وبشكل حصري للمحكمة الدستورية نظراً لخطورة الطعن في القوانين و أثره في استقرار الدولة وما يتعلق به من مصالح وحقوق للأفراد، وكونها هيئة قضائية مستقلة فهي الأقدر على ممارسة هذا النوع من الرقابة، حيث ألزم المشرع المحاكم أثناء نظر الدعوى إذا تراءى لها عدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام لازم للفصل في النزاع، أن توقف الدعوى وتحال الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة للفصل في المسألة الدستورية. كما وألزم المشرع المحكمة التي تنظر الدعوى بوقف نظر الدعوى في حالة دفع أحد الخصوم أثناء النظر بالدعوى بعدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام، شريطة أن تتأكد المحكمة أو الهيئة

⁸⁰ نص المادة (24) من قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006م.

⁸¹ رضوان خرشي، أحمد، عب المنعم . دون سنة . الرقابة على دستورية القوانين كأداة في يد السلطة القضائية في مواجهة السلطة التشريعية. مجلة العلوم القانونية والاجتماعية .جامعة زيان عاشور .الجزائر. العدد الرابع.

أن الدفع جدي، والزم المشرع المحكمة بتحديد موعد لمن أثار الدفع لا يتجاوز (60) يوماً، لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة، فإن لم ترفع الدعوى في الميعاد المذكور اعتبر الدفع كأن لم يكن.⁸²

وفي إطار أعمالها لصلاحياتها التي خولها لها القانون قضت المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم (3) لسنة من العام 2017 بدستورية المادة الثانية من القرار بقانون رقم (18) لسنة 2014 بشأن تعديل قانون دعاوى الحكومة، ومن ثم رفض الدعوى ومصادرة الكفالة وتضمين الطاعنة الرسوم والمصاريف.⁸³ وفي حكم آخر قضت المحكمة الدستورية في الطعن رقم (7) لسنة (3) قضائية من العام 2018 بعدم دستورية المادة (167) والمادة (170) من قانون الجمارك والمكوس رقم 1 لسنة 1962 وتعديلاته، وحظر تطبيقهما من تاريخ صدوره، وعدم سريانه على المراكز المالية بأثر رجعي، وإعادة مبلغ الكفالة.⁸⁴ ومن الملاحظ هنا بأن المحكمة الدستورية تناولت هذه المادة من القانون الاردني القديم الساري في فلسطين وتكون بذلك قد فسخت قرار المحكمة العليا بصفتها الدستورية والتي كانت قد قضت سابقا بعدم امتداد ولايتها الدستورية على القوانين التي كانت سارية المفعول قبل إقامة السلطة الوطنية الفلسطينية. وفي هذا إنجاز كبير لجهة إخضاع كافة القوانين القديمة والتي ما زالت سارية في فلسطين لرقابة المحكمة الدستورية العليا صوناً للحقوق ومنعاً لحالة الإرباك القانوني التي كانت سائدة قبل هذا القرار.

كما وقضت المحكمة في حكم حديث لها في الطعن رقم 17 لعام 2019 والمتعلق بالطعن في دستورية القرار بقانون رقم (16) لسنة 2019 بشأن تعديل قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002، والطعن في القرار بقانون رقم (17) لسنة 2019 بشأن تشكيل مجلس قضاء أعلى انتقالي، حيث حكمت بعدم

⁸² أنظر المادة (27) الفقرة 8/2 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م وتعديلاته.

⁸³ أنظر، المقتفي، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين. حكم محكمة الدستورية المنعقدة في رام الله في الدعوى الدستورية

رقم 3 لسنة 2017. الصادر بتاريخ 2017/05/16.

⁸⁴ أنظر، المقتفي، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين. حكم محكمة الدستورية المنعقدة في رام الله في الدعوى الدستورية رقم

7 لسنة 2017. الصادر بتاريخ 2018/05/08.

دستورية القرار بقانون رقم (16) لسنة 2019م، بشأن تعديل قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002 لعدم مشروعية القرار بقانون السابق لعدم تقيد المشرع بالأصول والإجراءات والشكليات المنصوص عليها في القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته بتعديل قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م، المنصوص عليها في المواد (97، 98، 99، 100) من القانون الأساسي، وليس للملائمة أو عدم الملائمة الوارد فيه بشأن المادتين الثانية والثالثة منه، وقد قضت برد الطعن المتعلق بالقرار بقانون رقم (17) لسنة 2019م، بشأن تشكيل مجلس قضاء أعلى انتقالي.⁸⁵

2. تفسير نصوص القانون الأساسي، و تفسير التشريعات إذا أثارت خلافاً في التطبيق، وكان لها من

الأهمية ما يقتضي تفسيرها، والفصل في تنازع الاختصاص بين السلطات

من خلال نص القانون نجد أن للمحكمة الدستورية صلاحية تفسير نصوص القانون الأساسي و نصوص التشريعات الصادرة عن المجلس التشريعي والقرارات بقانون الصادرة عن رئيس السلطة، والتشريعات الأخرى⁸⁶، وقد اشترط المشرع لتمكين المحكمة الدستورية من مسألة تفسير النصوص أن يثار تنازع بين السلطات الثلاثة في معرفة الحقوق والواجبات والاختصاصات، كما يشترط تقديمها من الجهات المختصة، بالإضافة لشرط أن يبين في طلب التفسير النص المطلوب تفسيره و أهمية تفسيره وما آثاره من خلاف.⁸⁷ وفي الحالة التي تقوم فيها المحكمة الدستورية بتفسير نص فإن أحكامها وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة ولكافة.⁸⁸ كما أن المشرع أوجب عند الحكم بعدم دستورية أي

⁸⁵ أنظر، المقتفي، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين. حكم المحكمة الدستورية المنعقدة في رام الله في الدعوى الدستورية رقم 17 لسنة 2019. الصادر بتاريخ 09/04/2019.

⁸⁶ أنظر المادة(24) الفقرة 2 بند أ و ب من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م وتعديلاته.

⁸⁷ نصت المادة (30) من قانون المحكمة الدستورية العليا يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس السلطة الوطنية أو رئيس مجلس الوزراء أو رئيس المجلس التشريعي أو رئيس مجلس القضاء الأعلى أو ممن انتهكت حقوقه الدستورية. ويجب أن يبين في طلب التفسير النص التشريعي المطلوب تفسيره، وما آثاره من خلاف في التطبيق، ومدى أهميته التي تستدعي تفسيره تحقيقاً لوحدة تطبيقه.

⁸⁸ أنظر الفقرة الأولى من المادة (41) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م وتعديلاته.

قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام، على السلطة التشريعية أو الجهة ذات الاختصاص تعديل ذلك القانون أو المرسوم أو اللائحة أو النظام بما يتفق وأحكام القانون الأساسي، كما بين المشرع بموجب أحكام القانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام المحكوم بعدم دستوريته يعتبر محظور التطبيق، وعلى الجهة التي قامت به تصويب الوضع وفقاً لأحكام القانون الأساسي.⁸⁹

ومن الأحكام التفسيرية التي قضت فيها المحكمة الدستورية بتفسير نصوص قانونية فصلها في طلب التفسير رقم (2) للعام 2019 لسنة 5 قضائية، المتعلق بتفسير المواد (3-5-17/23-26-31/1/د) من قانون ديوان الرقابة المالية والإدارية رقم (15) لسنة 2004، حيث قضت بموجبه أن صلاحية ديوان الرقابة المالية والإدارية محصورة فقط في الرقابة على كافة الشؤون المالية والإدارية المتعلقة بالسلطة القضائية والنيابة العامة وموظفيها، بما لا يتعارض وأحكام المواد (97، 98، 99) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته، وأحكام قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002، أما ما عدا ذلك فيعتبر شأناً من شؤون العدالة يدخل ضمن اختصاص السلطة القضائية.⁹⁰

3. الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي.

⁸⁹ نصت الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (13) من القرار بقانون رقم (19) لسنة 2017م بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م على: "2. عند الحكم بعدم دستورية أي قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام، على السلطة التشريعية أو الجهة ذات الاختصاص تعديل ذلك القانون أو المرسوم أو اللائحة أو النظام بما يتفق وأحكام القانون الأساسي. 3. عند الحكم بعدم دستورية أي قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام يعتبر محظور التطبيق، وعلى الجهة التي قامت به تصويب الوضع وفقاً لأحكام القانون الأساسي.

كما نصت الفقرة الثانية والثالثة من المادة (41) من قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006م على أنه: "إذا قررت المحكمة أن النص موضوع المراجعة مشوب كلياً أو جزئياً بعيب عدم الدستورية توضح ذلك بقرار معلن يرسم حدود عدم الدستورية، والنص الذي تقرر عدم دستوريته يعتبر في حدود قرار المحكمة محظور التطبيق. وإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جزائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص محظورة التطبيق، ويقوم رئيس المحكمة بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء المقتضى القانوني اللازم.

⁹⁰ المقتضي، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين. حكم محكمة الدستورية المنعقدة في رام الله في الدعوى الدستورية رقم 3 لسنة 2019. الصادر بتاريخ 2020/10/07.

إلى جانب الرقابة على دستورية القوانين و تفسير القوانين أولى المشرع الفلسطيني المحكمة الدستورية العليا مهمة الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي.⁹¹ بحيث تختص المحكمة في الفصل دون غيرها بالفصل في تنازع الاختصاص القضائي، وذلك بتعيين الجهة صاحبة الاختصاص من بين القضاء العادي أو الإداري أو الجهات ذات الاختصاص القضائي الأخرى.⁹² ويكون ذلك عندما ترفع الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين قضائيتين ولم تتخلى أحدهما عن نظرها في حالة التنازع الإيجابي للاختصاص، أو تختل ورفضت كلاهما نظرها في حالة التنازع السلبي للاختصاص، أو عندما يثار اللبس في اختصاص الجهات القضائية المختلفة.⁹³

4. الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر احدهما من جهة قضائية أو جهة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى. تختص المحكمة الدستورية دون غيرها بالفصل في كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة منها طبقاً لقانون التنفيذ بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها.⁹⁴ ومناطق قبول طلب الفصل في النزاع الذي يتعلق بتنفيذ حكمين قضائيين أن يكون الحكمين قد حكما النزاع في موضوع ما ،

⁹¹ نصت الفقرة 3 من المادة (24) قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته "تختص المحكمة دون غيرها بـ .. 3 الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي، كما ونصت الفقرة ج/1 من المادة (103) من القانون الأساسي تختص بـ.. الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي".

⁹² قضت المحكمة الدستورية العليا في فلسطين في الطلب رقم (5) لعام 2018 لسنة 5 قضائية والمتعلق بتنازع اختصاص قضائي بعدم قبول الطلب .

⁹³ عبد الوهاب، محمد رفعت (2008). رقابة دستورية "المبادئ النظرية و التطبيقات الجوهرية". دار الجامعة الجديدة للنشر. الإسكندرية. مصر .ص.288.

⁹⁴ انظر نص الفقرة الأولى من المادة (43) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م وتعديلاته.

وتناقضا بحيث يتعذر تنفيذهما معاً، شريطة أن ترجح المحكمة حكم المحكمة صاحبة الاختصاص
الأصيل وفقاً لقواعد الاختصاص التي حددها المشرع.⁹⁵

5. البت في الطعن بفقدان رئيس السلطة الوطنية الأهلية القانونية وفقاً لأحكام البند (1/ج) من المادة
(37) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م، ويعتبر قرارها نافذاً من تاريخ مصادقة المجلس
التشريعي عليه بأغلبية ثلثي عدد أعضائه.

مما لا شك فيه أن المشرع عندما أقر إنشاء وتشكيل المحكمة الدستورية العليا كان هدفه الأساسي
هو ضمان مبدأ سيادة القانون والحفاظ على مبدأ المشروعية، حيث أن نظام الحكم في فلسطين نظام
ديمقراطي نيابي يعتمد على التعددية السياسية والحزبية وينتخب فيه رئيس السلطة الوطنية انتخاباً مباشراً
من قبل الشعب وتكون الحكومة مسؤولة أمام الرئيس والمجلس التشريعي الفلسطيني.⁹⁶

إن الناظر لطبيعة الاختصاصات التي أوكلها المشرع للمحكمة الدستورية يرى أنها اختصاصات
نوعية وحصرية انفردت بها المحكمة الدستورية وهي لا تؤثر على قطاع العدالة فحسب بل تتعدى ذلك
لتؤثر على النظام السياسي القائم بكافة مكوناته، كما ويخلص الباحث إلى أن المحكمة الدستورية غير
مختصة بخلق وإقرار قواعد قانونية إذا أن هذه من صلاحيات السلطة التشريعية، حيث وردت
اختصاصات المحكمة الدستورية بموجب القانون الأساسي وقانون المحكمة وتعديلاته بشكل حصري.
وقد أحسن المشرع في هذا المجال حيث أن أهمية دور المحكمة الدستورية لا يبرر تخويلها سن التشريعات
أو خلق قواعد قانونية جديدة وإنما حصر هذا الدور في مجال الرقابة القضائية الدستورية تصويها لاي
عوار دستوري في القوانين والانظمة والتشريعات وصونا لمبدأ الانفراد التشريعي المتصل بمبدأ الفصل
بين السلطات.

⁹⁵ يوسف، دعاء (2000). الحماية الدستورية للحقوق والحريات. دار الشروق. ط2. القاهرة. مصر. ص.136.

⁹⁶ نص المادة (5) من القانون الأساسي المعدل لعام 2003 وتعديلاته.

المبحث الثاني: أساس رقابة المحكمة الدستورية العليا على الإغفال التشريعي

يمثل القانون الأساسي الفلسطيني القانون الأعلى الذي يرسى الأحكام و القواعد التي يبنى عليها نظام الحكم، فمن خلاله تم تحديد السلطات العامة، وبينت وظائفها، كما بين القانون الأساسي الحدود والقيود الضابطة لعمل ونشاط تلك السلطات، كما حدد القانون الأساسي الضمانات الأساسية لتحقيق العدالة وإنصاف المظلومين وحفظ الحقوق والحريات، ولعل أهم تلك الضمانات وجود قضاء دستوري، يحفظ علو الدستور وسموه، ويلزم كل سلطة حدودها الدستورية التي حددها الدستور لها.⁹⁷ ومما لا شك فيه أن السلطة التشريعية تتمتع بحرية واسعة في ممارسة اختصاصاتها، غير أنه وبالرغم من تلك الصلاحيات إلا أنه يجب على المشرع أن يتقيد بما ورد في الدستور "القانون الأساسي" من قواعد ومبادئ، إذ أن الأصل هو حرية السلطة التشريعية، والاستثناء هو القيود التي يضعها الدستور، إلا أن ذلك جاء في سبيل الحفاظ على الحقوق وإرساء مبادئ سيادة القانون، فعندما ينظم المشرع حقاً من الحقوق أو حرية من الحريات تنظيمًا قاصراً أو منقوصاً بأن يغفل أو يهمل جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها، كان ذلك إخلالاً بالضمانات التي هيأها الدستور لها، وفي ذلك مخالفة للدستور يتعين قمعها عن طريق الرقابة القضائية على دستورية القوانين⁹⁸، وهذا القصور في التنظيم التشريعي هو ما أصطلح الفقهاء على تسميته "بالإغفال التشريعي"، وفي هذا المبحث من الدراسة نستعرض في المطلب الأول الأساس الفلسفي والفقهى والقانوني للرقابة على الإغفال التشريعي وفي المطلب الثاني نوضح اليات الرقابة على الإغفال التشريعي المخالف للسمو الشكلي للدستور وفي المطلب الثالث نستعرض مفهوم الرقابة على الإغفال التشريعي المخالف للسمو الموضوعي للدستور، ونختتم ببعض النماذج لحالات الإغفال التشريعي في القوانين الفلسطينية في مطلب رابع.

⁹⁷ المر، عوض(2003). الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية. مرجع سابق. ص 1352.

⁹⁸ السالمان، عبد العزيز(1994). رقابة دستورية القوانين. اطروحة دكتوراة . جامعة عين شمس. مصر .ص 62.

المطلب الاول: الأساس الفلسفي والقانوني للرقابة على الإغفال التشريعي

لكل دولة تنظيم قانوني خاص يسمو عليه القانون الدستوري أو القانون الأساسي كما في فلسطين مجازاً بالإضافة الى مجموعة من المبادئ والأسس التي تستند إليها في وجودها وتنظيم مؤسساتها التي تعمل على ضمان سيادة القانون الأساسي من خلال تكريس سموه و ضمانه للحقوق والحريات العامة، وكذا إحترام حرية إختيار الشعب، عن طريق ضمان شرعية أعمال السلطات العامة، وذلك من خلال الرقابة عليها.⁹⁹ والحقيقة أن نظرية الفصل بين السلطات تقتضي التمييز بين ثلاثة وظائف للدولة، الوظيفة التنفيذية والوظيفة القضائية والوظيفة التشريعية، بحيث لا يمكن إسناد كل الوظائف في الدولة إلى سلطة واحدة وإلا كان ذلك مدعاة للتعسف والديكتاتورية، لذا جاءت فكرة توزيع الوظائف السامية في الدولة على السلطات الثلاثة.¹⁰⁰ وقد كفلت دساتير الدول بما فيها القانون الأساسي الفلسطيني بأن للسلطة التشريعية الحق والصلاحيات لسن التشريعات والقوانين على اعتبار أنها هذه السلطة مكونة من ممثلي الشعب الذين تم إنتخابهم لهذه المهمة أصولاً، وهي السلطة الأقدر على صياغة أحكام القانون بما ينظم الحقوق والحريات، لذلك تجد كثير من الدول نصت بموجب دساتيرها على إنفراد تلك السلطة بسن وإقرار القوانين وهو ما يعرف قانوناً بمبدأ "الإنفراد التشريعي"، بحيث تنحصر مهمة السلطة التنفيذية في تنفيذ القانون، ومع ذلك تجد أن نفس الدستور يسمح للسلطة التنفيذية بإصدار بعض اللوائح والانظمة التي تعزز قدرتها على تنفيذ ما تسنه السلطة التشريعية من قوانين، وفيما يتعلق بالسلطة القضائية فتكون مهمتها الفصل في المنازعات التي تعرض عليها طبقاً لما نظمته القانون الصادر عن السلطة التشريعية.¹⁰¹ هذا ويمثل مبدأ الإنفراد التشريعي حجة على السلطة التشريعية نفسها وهي ضرورة ممارسة

⁹⁹ حسني، بوديار(2003). الوجيز في القانون الدستوري. دار العلوم للنشر والتوزيع. ط1. الجزائر. ص.36.

¹⁰⁰ ذبيح، ميلود(2016). الفصل بين السلطات. دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع. ص.14

¹⁰¹ الغفلول، عيد (2003) . فكرة عدم الاختصاص السليبي للمشرع. مرجع سابق. ص.48.

اختصاصها الذي أناطه بها الدستور، وأي إمتناع عن ممارسة إختصاصها يمثل تقصير مخالف للدستور في صورة سلوك سلبي للسلطة التشريعية، فالإنفراد التشريعي هو الأساس الدستوري لفكرة السلوك السلبي للمشرع وعدم ممارسته لاختصاصه.¹⁰² ويتمثل الهدف من الرقابة على الإغفال التشريعي في رد المخالفة الدستورية الناشئة عنه وهذا ما يجعل لنظرية الرقابة على الإغفال التشريعي أساساً فقهيّاً وآخر قانونياً، في هذا المطلب نستعرض من خلال فرعين، الأساس الفقهي والأساس القانوني لرقابة الإغفال التشريعي، كما يلي:

الفرع الأول: الأساس الفقهي لرقابة الإغفال التشريعي

يقول غالبية الفقهاء أن الأساس الفقهي / الفلسفي لرقابة القضاء الدستوري على الإغفال التشريعي، هو ذات الأساس الذي تقوم عليه فكرة الرقابة على دستورية القوانين والمتمثلة في فكرة "سمو الدستور" على اعتبار أن قواعده وأحكامه تسمو على ما عداها من قواعد قانونية في الدولة.¹⁰³ كما أن الأساس الفلسفي للرقابة ينطلق من أن كل مخالفة للدستور، سواء بشكل متعمد من قبل المشرع أم دون قصد يجب قمعها ولا يكون ذلك إلا وجود جهة قضائية دستورية عليا تتكفل معالجة ما يشوب التشريع من قصور سواء كان إغفالاً أم امتناعاً، كما أن فكرة الدولة القانونية تكفل خضوع جميع سلطات الدولة للقانون سواء في تصرفاتها الإيجابية أو السلبية التي تشكل مخالفة دستورية، ويقول الفقهاء في الأساس الفلسفي للرقابة على الإغفال التشريعي أن القانون تعبير عن الإرادة العامة، وأن البرلمان هو أداة صياغة هذا التعبير، وأن الإغفال التشريعي ما هو إلا قصور في التعبير عن الإرادة العامة لم تتم صياغته من البرلمان، ومن ثم تشكل عدم الصياغة مخالفة دستورية، لذلك كان لا بد من وجود رقابة فاعلة.¹⁰⁴ وقد انقسم موقف

¹⁰² كلالتي، زهرة (2013). الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه. مرجع سابق. ص.18.

¹⁰³ سالماني، عبد العزيز (2013). رقابة الإغفال في القضاء الدستوري. بحث منشور بتاريخ 01/09 على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا. العراق. من خلال الرابط:

<http://www.iraqidevelopers.com/iraqfsc/ar/node/315>

¹⁰⁴ الشيمي، عبد الحفيظ (2003). رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا. مرجع سابق. ص.99.

الفقه من الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي سيما "الإغفال الكلي" إلى قسمين فذهب اتجاه إلى تأييد الرقابة على السكوت التشريعي، واتجاه آخر ذهب إلى رفض هذه الرقابة في حين ذهب القضاء إلى ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول المؤيد للرقابة الدستورية على السكوت التشريعي¹⁰⁵، ويرى أصحاب هذا الاتجاه المؤيد للرقابة الدستورية على السكوت التشريعي بأنه يجب على القاضي الدستوري أن يراقب ويراجع امتناع المشرع عن التدخل لتنظيم مسائل معينة فرض عليه الدستور تنظيمها، وحجتهم في ذلك أنه لا يوجد تلازم دائم بين القاعدة والنص، فهناك قواعد قانونية لا تحملها نصوص ومن ذلك القواعد العرفية والمبادئ العامة للقانون، كما أنه يوجد نصوص لا تحمل قواعد قانونية ومنها تلك النصوص التي تحمل خطاباً سياسياً.¹⁰⁶ كما يحتج أصحاب هذا الاتجاه بأن سكوت المشرع يولد قاعدة قانونية ضمنية، يكون من خلالها ذهب إلى إلزام الأفراد بشيء لم ينظمه، أو رخص لهم في مسألة ولم تقتضي أن يتم تنظيمها.¹⁰⁷ ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن السلطة التقديرية التي منحت للسلطة التشريعية في سبيل إقرار تشريع القوانين وتنظيمها ليست مطلقة فهي مقيدة باحترام الدستور الذي منحها هذا الحق، وبالتالي إذا انحرفت السلطة التشريعية عن الأهداف التي رسمها لها الدستور كانت في مرمى الرقابة القضائية.¹⁰⁸ الآن ان المشرع الفلسطيني اخذ بالاتجاه القائل بعدم فرض الرقابة القضائية الدستورية على حالات الإغفال التشريعي الكلي مستندا الى السلطة التقديرية للمشرع ممثل الامة في تقدير الحاجة الى التشريع وبالتالي فان رقابة المحكمة الدستورية العليا في فلسطين تمتد الى الإغفال التشريعي الجزئي وما يعرف بالقصور التنظيمي للتشريع وليس للإغفال الكلي، وفي هذا المجال يقول الدكتور عبد العزيز السالمان "إذا أخضع الدستور التشريع العادي لقيود معينة فيما يتعلق بالشكل (أي المراحل التي يمر

¹⁰⁵ عزوي، عبد الرحمن(2010). الرقابة على السلوك السلبي للمشرع، الإغفال التشريعي نموذجاً. مرجع سابق.ص.85.

¹⁰⁶ الغفلول، عيد (2003). فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع. مرجع سابق. ص.212.

¹⁰⁷ الشيمي، عبد الحفيظ (2003). رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا. مرجع سابق.ص.123.

¹⁰⁸ حسين، ميسون(2020).المعالجة التشريعية للإغفال الدستوري في تنظيم الحكومة البرلمانية. مرجع سابق. ص.220.

بها التشريع لكي يصبح قانوناً) والاختصاص (أي الهيئات التي تملك المساهمة في التشريع) والمحل) أي القيود الموضوعية التي ليس للتشريع أن يتخطاها كتجريم المصادرة العامة أو إسقاط الجنسية) فإن المسلم به أن السلطة التشريعية تستقل بتقدير أهداف التشريع لأن ذلك يتعلق بنطاق السياسة أكثر منه بالقانون، ولأن التشريع لا بد وأن يصطبغ بصبغة الحزب الغالب، وما دامت التشريعات الصادرة من البرلمان لا تخالف نصاً أو قاعدة دستورية سواء كانت المخالفة مباشرة أو غير مباشرة، فإن تقدير مدى الآثار الاجتماعية للقانون يجب أن يترك للمشرع دون معقب عليه إلا من الرأي العام بالطريقة الذي ينظمه الدستور (سواء كان ذلك عن طريق الاعتراض الشعبي أو الاقتراح الشعبي أو الاستفتاء الشعبي وهي مظاهر الديمقراطية شبه المباشرة أو عن طريق الانتخابات عند تجديد المجالس النيابية في الديمقراطية النيابية)⁽¹⁰⁹⁾. وبصفة عامة فإن فكرة ضرورة التشريع أو عدم ضرورته ومدى الحاجة إليه، وتدخل المشرع بالتشريع في موضوع معين في زمن معين أو إحجامه عن التدخل يعد جوهر السلطة التقديرية للمشروع. فتتظيم موضوع ما ومدى الحاجة إلى وجود التشريع أمر تختص به السلطة التشريعية وفقاً للملاءمات التي تراها، فهي التي تقدر متى تتدخل لوضع تشريع معين، ومتى تتدخل لإلغاء هذا التشريع أو تعديله، فلا يستطيع أن يحدد الدستور مدى الحاجة إلى التشريع مستقبلاً، ولا توجد صلة بين الحاجة إلى التشريع وبين دستوريته. ⁽¹¹⁰⁾

الفرع الثاني: الأساس القانوني لرقابة الإغفال التشريعي

¹⁰⁹ سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص 33.

¹¹⁰ عبد العزيز، السالمان 1998 قيود الرقابة الدستورية سنة 1998، دار النهضة القانون.

يمثل مبدأ سمو الدستور الأساس القانوني لفرض الرقابة على الإغفال التشريعي وهو أحد أهم خصائص الدولة القانونية، حيث يتم من خلاله يتم وضع السلطات العامة تحت رعاية الدستور بحيث لا يجوز لتلك السلطات تجاوز ما منحها الدستور من صلاحيات واختصاصات.¹¹¹ ويعرف مبدأ سمو الدستور بأنه: علو أحكام الدستور أو القواعد الدستورية وسيادتها على سائر القواعد القانونية في الدولة.¹¹² وتكون الرقابة على دستورية القوانين في نطاق الدستور لا خارجه عنه، وهو ضابط مسلم به للرقابة على دستورية القوانين بصفة عامة وفي الرقابة على الإغفال التشريعي، وبالتالي لا بد أن تنصب رقابة الإغفال التشريعي على مراقبة إغفال المشرع أو قصوره في تنظيم مسألة أو موضوع خلافاً لما ورد في الدستور، بحيث أن هذا الإغفال التشريعي من شأنه الانتقاص أو تجاهل الضمانات التي قررها الدستور، أو إغفال في التنظيم قيداً عليها، يحول دون ممارستها بالشكل الذي كفله الدستور، مما يجعل هذا النص غير دستوري أو التشريع غير دستوري بنصوصه كافة أو ببعضها، الأمر الذي يتطلب تدخل القضاء لتشخيص هذا الخلل أو القصور، أو الحكم بعدم دستوريته، أو تنبيه السلطة التشريعية لمعالجة هذا الإغفال خلال مدة محددة، وإلا كان جزاء ذلك عدم دستوريته، وهذا يقتضي أن تكون الرقابة الدستورية داخل إطار الدستور لا خارجه، بحيث ينحصر دور القاضي في المطابقة بين القانون المطعون فيه وبين الدستور فقط، وقد أخذ بهذا الاتجاه، المحاكم الدستورية في مصر وألمانيا الاتحادية وإيطاليا.¹¹³

ونص المشرع الفلسطيني بموجب أحكام المادة (118) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 وتعديلاته لعام 2005 على أنه فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون الأساسي المعدل تظل سارية القوانين واللوائح والقرارات المعمول بها في فلسطين قبل العمل بهذا القانون إلى أن تعدل أو تلغى وفقاً للقانون، كما ونص بموجب أحكام المادة (119) من نفس القانون على إلغاء كل ما يتعارض مع أحكام هذا

¹¹¹ سلمان، سمير (2019). الإغفال التشريعي وإمكانية فرض الرقابة عليه. المجلد 21. العدد 4. ص 95.

¹¹² صبري، السيد (1949). مبادئ القانون الدستوري. مكتبة عبد الله وهب. القاهرة. ط 4. ص 218.

¹¹³ الريماوي، عبد الملك، سليم، حسن، مرجع سابق، ص 11.

القانون الأساسي المعدل. من خلال النصوص أعلاه نجد أن المشرع أقر مبدأ سمو القانون الأساسي على كافة القواعد القانونية الأخرى.

ويعد سمو الدستور وعلوه من وجهة نظر جانب من فقهاء القانون الأساس القانوني للرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، حيث ذهبوا للقول أن الرقابة الدستورية لا تتوقف عند الأعمال الإيجابية التي يقوم بها المشرع إنما تتعدى ذلك إلى الرقابة على سلوكه السلبي والسبب في ذلك يتمثل في أن جميعها سلوكيات مخالفة للدستور، وهذا يعني توافق الأساس النظري الذي تقوم عليه الرقابة الدستورية على الإغفال مع الرقابة الدستورية على التشريعات الصادرة عن البرلمان¹¹⁴، في حين ذهب عدد قليل من فقهاء القانون للقول بأن هذا الأساس وحده لا يكفي لقيام الرقابة الدستورية على الإغفال على اعتبار أن خضوع المشرع يعد عاملاً أساسياً لقيام تلك الرقابة إلا أنها تحصر في مجموعة الالتزامات الإيجابية التي يتضمنها الدستور والتي ألزم المشرع بالوفاء بها.¹¹⁵ ولعل أساس رأي هذا الجانب من الفقهاء يتمثل في أن عدد من الدساتير فرضت على المشرعين التزامات إيجابية وبالتالي فهم ملزمون بتنفيذها وهذا يعني أي مخالفة لهذا الالتزام يمثل انتهاك للدستور يستوجب قمعه.¹¹⁶ وخلاصة قول أصحاب هذا الاتجاه أن الأساس القانوني للرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي يتمثل في سمو الدستور من جهة، و الالتزام الإيجابي المفروض على المشرع من جهة أخرى.

وفيما يتعلق بالحالة الفلسطينية فقد أقر المشرع الرقابة على دستورية القوانين بموجب نص المادة (24) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 وتعديلاته حيث جاء في الفقرة الأولى منها: "تختص المحكمة دون غيرها بما يلي: 1. الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة" من خلال النص نجد أن المشرع أقر نظرية الرقابة الدستورية على الالتزامات الإيجابية للمشرع، وبفحص دقيق وباستعراض

¹¹⁴ كيلالي، زهرة (2013). الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه. مرجع سابق. ص.100.

¹¹⁵ الشيمي، عبد الحفيظ (2003). رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا. مرجع سابق. ص.71.

¹¹⁶ نويجي، محمد (2007). فكرة تدرج القواعد الدستورية دراسة تحليلية. دار النهضة العربية. ط.1. ص.8.

أحكام القانون الأساسي وقانون المحكمة الدستورية وتعديلاته توقف الباحث عند نص المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 وتعديلاته والتي جاء في الفقرة الأولى منها ما يفيد بأن المحكمة الدستورية تتولى الرقابة القضائية على دستورية القوانين 1. بطريق الدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر أمام المحكمة. وهنا يرى الباحث أن القانون قد جعل سعة لفرض الرقابة على الأعمال السلبية للمشرع من خلال الغموض الذي تركه في مصطلح المتضرر، حيث أن النص لم يحدد طبيعة الضرر الذي يبيح رفع الدعوى هل هو الضرر الناشئ عن إلزام إيجابي خالفه المشرع أم عن عمل سلبي مثل الإغفال. وهذا الذي يميل إليه الباحث ويأمل من المشرع تعديل القانون بما يضمن الإفصاح بشكل صريح عن إمكانية فرض الرقابة على الأعمال السلبية للسلطة التشريعية. ويتفق القضاء الدستوري المقارن مع أصحاب الاتجاه الفقهي القاضي بامتداد الرقابة على "الإغفال التشريعي الجزئي"، حيث ظهر ذلك جلياً في أحكام القضاء المصري، ومجلس الدولة الفرنسي وغيرها من الدول، ويبرر القضاء ذلك بسلطته على تفسير النص التشريعي الخاضع للرقابة الدستورية، واستخلاص القاعدة القانونية المخالفة.¹¹⁷ وقد تبني القضاء الفلسطيني هذا الموقف إعمالاً وتنفيذاً لأحكام المحكمة الدستورية.¹¹⁸

وقد إتخذت المحكمة الدستورية العليا من سمو الدستور أساساً أقامت عليه اختصاصها برقابة الإغفال التشريعي، فضلاً عن إسباغها أكبر قدر من الحماية للحقوق والحريات وفقاً لأوسع نطاق ومحددة مضمون كل حق أو حرية وفقاً لما تعارفت عليه أكثر الدول الديمقراطية عراقية، وهو ذات الأساس الذي

¹¹⁷ المر، عوض (2003). الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الأساسية. مرجع سابق. ص 1416.

¹¹⁸ نصت المادة (24) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 وتعديلاته على: " تختص المحكمة دون غيرها بما يلي: أ. تفسير نصوص القانون الأساسي. ب. تفسير التشريعات إذا أثارت خلافاً في التطبيق، وكان لها من الأهمية ما يقتضي تفسيرها. ج. الفصل في تنازع الاختصاص بين السلطات. د. الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من جهة قضائية أو جهة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها. هـ- البت في الطعن بفقدان رئيس السلطة الوطنية الأهلية القانونية وفقاً لأحكام البند (1/ج) من المادة (37) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م، ويعتبر قرارها نافذاً من تاريخ مصادقة المجلس التشريعي عليه بأغلبية ثلثي عدد أعضائه".

تراقب من خلاله دستورية القوانين، في حين أن المحكمة حافظت من خلال رقابتها للإغفال التشريعي على الحدود الدستورية للعلاقة بينها وبين السلطة التشريعية فلم تخاطب المشرع من خلال أحكامها ولم تستعمل طريقة الأحكام الإيعازية أو المناشدة لسد النقص التشريعي.¹¹⁹

المطلب الثاني: صور ووسائل الرقابة على دستورية القوانين في فلسطين

الفرع الأول: صور ووسائل الرقابة على دستورية القوانين

أخذ المشرع الفلسطيني في قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 وتعديلاته بأربع وسائل للرقابة على دستورية القوانين، حيث نص بموجب أحكام مادة (27) من قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006 على أن المحكمة تتولى الرقابة القضائية على الدستورية من خلال الدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر أمام المحكمة، أو من خلال التصدي لعدم الدستورية إذا كانت المحكمة تناقش نزاعاً معروضاً عليها وأثناء السير في النزاع تبين للمحكمة أن هناك نص غير دستوري متصل بالنزاع¹²⁰، كما بينت المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته على أنه إذا تراءى لإحدى المحاكم، أثناء النظر بإحدى الدعاوى، عدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام لازم للفصل في النزاع، توقف الدعوى وتحال الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة للفصل في المسألة الدستورية كما بينت أن الدفع الذي يقدمه أحد

¹¹⁹الريماوي، عبد الملك، سليم، حسن، مرجع سابق، ص 12.

¹²⁰ نصت المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته على الاتي: "تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه التالي: 1- بطريق الدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر أمام المحكمة استناداً إلى أحكام المادة (24) من هذا القانون. 4- إذا كانت المحكمة تناقش نزاعاً معروضاً عليها وأثناء السير في النزاع تبين للمحكمة أن هناك نص غير دستوري متصل بالنزاع، فلها من تلقاء نفسها أن تتصدى بأن تفصل في عدم دستوريته بشرط أن يكون ذلك النص متصلاً فعلاً بالمنازعة المطروحة أمامها حسب الأصول.

الخصوم أثناء النظر بالدعوى أمام إحدى المحاكم بعدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام¹²¹، طريقة أخرى من طرق الرقابة على دستورية القوانين.

ومن خلال نصوص المواد أعلاه نجد أن المشرع الفلسطيني أقر أربعة وسائل أو طرق للرقابة على دستورية القوانين وهي الدعوى الأصلية، الإحالة، الدفع، التصدي، وهذا ما نستعرضه في أربعة فروع كما يلي:

1. الدعوى الأصلية

ويراد بالدعوى الأصلية اختصاص صاحب الشأن للقانون بصفة أصلية ومستقلة عن أي نزاع آخر، لذلك تعتبر الرقابة من خلال هذه الوسيلة رقابة هجومية مباشرة موجهة إلى القانون المخالف للدستور، حيث يقوم صاحب الحق المتضرر برفع هذه الدعوى مباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا للطعن بعدم دستورية قانون أو لائحة¹²²، وقد نص المشرع الفلسطيني على هذه الطريقة كما سبق البيان بموجب أحكام الفقرة الأولى من المادة (27) من قانون المحكمة حيث جاء فيها : تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية بطريق الدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر أمام المحكمة. ويلاحظ من خلال نص المادة أعلاه أن المشرع الفلسطيني تبنى الرقابة اللاحقة ولم يعر اهتماماً للرقابة السابقة، وهذا يعني أنه لم يقر وجود رقابة على دستورية مشاريع القوانين في فلسطين، كما ويلاحظ أن المشرع أورد عبارة "يقيمها الشخص المتضرر" ولم يبين طبيعة الشخص وهذا يعني أنه يمكن أن يكون المدعي في هذه الحالة شخصاً اعتبارياً أم طبيعياً، بحيث يكون فرداً أو هيئة، فصاحب الشأن أو المتضرر وفقاً

¹²¹ نص قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته في المادة (27) على الآتي: "2. إذا تراءى لإحدى المحاكم، أثناء النظر بإحدى الدعاوى، عدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام لازم للفصل في النزاع، توقف الدعوى وتحال الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة للفصل في المسألة الدستورية. 3. إذا دفع الخصوم أثناء النظر بالدعوى أمام إحدى المحاكم بعدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام، ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي، يؤجل النظر بالدعوى ويحدد لمن أثار الدفع ميعداً لا يتجاوز (60) يوماً، لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة، فإن لم ترفع الدعوى في الميعاد المذكور اعتبر الدفع كأن لم يكن".

¹²² أبو حجيله، علي (2004). الرقابة على دستورية القوانين في الأردن. دار الثقافة للنشر والتوزيع. ط 1. ص 84.

لهذه الطريقة لا ينتظر تطبيق القانون عليه، أو وجود نزاع معين أمام القضاء حتى يطعن بعدم دستورية القانون، حيث يستطيع أن يرفع هذه الدعوى بصفة أصلية ومستقلة عن أي نزاع، ويشترط بالطاعن بعدم دستورية القانون أو اللائحة أن تكون له مصلحة شخصية مباشرة.¹²³

2. الإحالة

ويتم إعمال هذه الحالة عندما يتبين لإحدى المحاكم العادية أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي عند نظرها إحدى الدعاوى، عدم دستورية نص في القانون لازم للفصل في النزاع المنظور أمامها، توقف الدعوى وتحيل الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستوريته، وقد نص المشرع الفلسطيني على هذه الوسيلة بموجب نص المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 وتعديلاته حيث جاء فيها " إذا تراءى لإحدى المحاكم، أثناء النظر بإحدى الدعاوى، عدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام لازم للفصل في النزاع، توقف الدعوى وتحال الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة للفصل في المسألة الدستورية". من خلال نص المادة يتضح أن عبارة "لإحدى المحاكم" يقتضي أنه أياً كان نوع المحكمة " حقوقية أو جزائية أو إدارية" فيحق لقاضي الموضوع الإحالة للمحكمة الدستورية بغير رسوم، وقد منح المشرع قاضي المحكمة التي كشفت العيب الدستوري الحق في الالتجاء للمحكمة الدستورية من تلقاء نفسه لتفصل في دستورية النص المعيب. وقد أوجب قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني في المادة (28) منه أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، وبيان النص الدستوري المدعى مخالفته لأحكام القانون

¹²³ دراج، أسامة (2020). الرقابة على دستورية القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص.88.

الأساسي وأوجه المخالفة، وعلى ذلك فإن لائحة الدعوى المحالة للمحكمة الدستورية العليا إذا صدرت خالية من هذه البيانات، فإن الدعوى الدستورية تكون غير مقبولة.¹²⁴

3- الدفع الفرعي: فقد يدفع أحد الخصوم أثناء النظر في الدعوى أمام إحدى المحاكم بعدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام، ورأت المحكمة أن الدفع جدي، فتؤجل النظر في الدعوى ويحدد لمن أثار الدفع ميعاداً لا يتجاوز الـ(60) يوماً لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية، فإن لم ترفع الدعوى في الميعاد المحدد اعتبر الدفع كأن لم يكن.¹²⁵

وقد نص المشرع الفلسطيني في قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 وتعديلاته على هذه الوسيلة للرقابة على دستورية القوانين بموجب نص المادة (27) حيث جاء فيها إذا دفع الخصوم أثناء النظر بالدعوى أمام إحدى المحاكم بعدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام، ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي، يؤجل النظر بالدعوى ويحدد لمن أثار الدفع ميعاداً لا يتجاوز (60) يوماً، لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة، فإن لم ترفع الدعوى في الميعاد المذكور اعتبر الدفع كأن لم يكن. وتخضع جدية الدفع لتقدير قاضي الموضوع، ويكون ذلك بالاستناد إلى أساسين هما: أن يكون الفصل في مسألة الدستورية منتجاً، أي أن يكون القانون أو اللائحة المطعون في دستوريته متصلة بموضوع النزاع.

ويذهب غالبية فقهاء القانون أن الدفع المثار من قبل صاحب الحق يمكن أن يكون في أي مرحلة من مراحل الدعوى الموضوعية، وأمام أية درجة من درجات التقاضي.¹²⁶

¹²⁴ نصت المادة (28) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 وتعديلاته على: "يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة أو لائحة الدعوى المرفوعة إليها وفقاً لحكم المادة السابقة. بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة".

¹²⁵ دراج، أسامة (2020). الرقابة على دستورية القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص.89.

¹²⁶ اللماوي، أشرف (2010). المبادئ الدستورية في التشريعات الوطنية. مرجع سابق. ص.56.

والملاحظ في هذا السياق أن الدفع الفرعي أكثر الأساليب التي يتم من خلالها تحريك الدعوى الدستورية، وتتمثل في أن يدفع صاحب الشأن سواء كان مدعياً أو مدعى عليه أمام قاضي الموضوع بعدم دستورية القانون الذي سيطبق عليه، وهنا لا ترد محكمة الموضوع على طلب مبدي الدفع بشكل تلقائي، بل لا بد أن يتأكد القاضي أولاً من جدية الدفع حتى لا يتخذ وسيلة للمماطلة وإطالة أمد التقاضي.¹²⁷

وقد أحسن المشرع الفلسطيني عندما حدد مدة (60) يوم لإقامة الدعوى في حالة الدفع، حيث اعتبر هذه المدة من النظام العام لا تجوز مخالفتها، بمعنى إذا انقضت ولم يقيم الدافع دعواه أمام المحكمة سقط دفعه واعتبر كأن لم يكن.

4- التصدي

بالإضافة للوسائل المعروفة أضاف المشرع الفلسطيني وسيلة أخرى وهي التصدي من جانب المحكمة الدستورية العليا للرقابة على دستورية القوانين والأنظمة من تلقاء نفسها، حيث نصت الفقرة الرابعة من المادة (27) قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته على أنه "إذا كانت المحكمة تناقش نزاع معروفاً عليها وأثناء السير في النزاع تبين للمحكمة أن هناك نص غير دستوري متصل بالنزاع، فلها من تلقاء نفسها أن تتصدى بأن تفصل في عدم دستوريته، بشرط أن يكون ذلك النص متصلاً فعلاً بالمنازعة المطروحة أمامها حسب الأصول". من خلال المادة أعلاه يتضح أن هناك مجموعة ضوابط يجب على المحكمة أن تأخذها بعين الاعتبار عند التصدي لدستورية القوانين من تلقاء نفسها، تتمثل في:

¹²⁷ زكي، محمود (2003). الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحججه في ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا. دار النهضة العربية. ط1. القاهرة. ص354.

1. أن الرقابة في هذه الحالة جوازية وليست وجوبية، فلا تتعرض المحكمة لفحص دستورية كل القوانين والأنظمة، وإنما يجوز لها أن تتصدى لها إذا رأت ذلك ، وهذا ما يفهم من عبارة "فلها من تلقاء نفسها أن تتصدى بأن تفصل.." "

2. أن تكون النصوص المعروضة عليها والتي تصدت لها عند ممارسة اختصاصها متصلة بالنزاع المعروض عليها، وهذا الشرط واضح من نص المشرع الدستوري " .. بشرط أن يكون ذلك النص متصلا فعلا بالمنازعة المطروحة أمامها." ، وفي ذلك توسع منحه المشرع للمحكمة للتصدي لأي مخالفة دستورية.¹²⁸

من خلال ما سبق نجد أن المشرع في فلسطين أكد نهجه الذي أقره بموجب قانون المحكمة الدستورية العليا في جعلها صاحبة الولاية العامة دون غيرها في مجال الفصل في دستورية القوانين والأنظمة ومن ثم خولها حق التصدي لدستورية القوانين والأنظمة التي تعرض عليها.

الفرع الثاني: الرقابة على الإغفال التشريعي المخالف للسمو الشكلي والسمو الموضوعي للدستور
سبق أن بينا أن المخالفة الدستورية لا تتعلق بالسلوك الإيجابي فقط بل تتعداه لسلوك المشرع السلبي في حالة امتناعه عن أداء وظيفته الدستورية وهذا ما يتوافق مع مبدأ سمو الدستور ، والحقيقة أن سمو الدستور يتجلى في مظهرين سمو الشكلي و سمو المادي "الموضوعي" ، وهذا يعني أن الإغفال التشريعي قد يتمثل في مخالفة سمو الشكلي وقد يتمثل في مخالفة سمو الموضوعي¹²⁹ ،

¹²⁸ اللساوي، أشرف(2010). المبادئ الدستورية في التشريعات الوطنية. مرجع سابق.ص64.

¹²⁹ كيلاي، زهرة (2013). الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه. مرجع سابق .ص104.

وهذا ما نستعرضه من خلال هذا الفرع كما يلي:

1: الرقابة على الإغفال التشريعي المخالف للسمو الشكلي

يقصد بالسمو الشكلي للدستور أن يشترط لإمكان وضع وتعديل أحكامه إجراءات خاصة أشد من تلك اللازمة لتعديل القانون العادي، وبذلك تأخذ القاعدة الدستورية سموها وعلوها على غيرها من القواعد القانونية.¹³⁰ ويقصد بالشكلية الدستورية مجموعة الإجراءات التي يتطلبها الدستور ويوجب على السلطة التشريعية اتباعها عند سن القوانين.¹³¹ وتتمثل المخالفة الشكلية للدستور عندما يخرج المشرع عن قواعد الاختصاص التي حددها الدستور عند سن القانون، أو عندما تصدر السلطة التنفيذية أنظمة ولوائح، وعند مخالفة قواعد الشكل التي حددها الدستور عند اصدار قانون.¹³² فإذا ما تحققت المحكمة الدستورية من عدم التقيد بهذه الإجراءات الشكلية أو مخالفتها يتعين الحكم بعدم دستورية القانون أو اللائحة المشوبة بذلك العوار الشكلي، بكامل النصوص التي تضمنتها، دون التعرض لمضمونها وتدقيق اتفاقها أو بعضها مع الأحكام الموضوعية للدستور. وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية حينما قضت بعدم دستورية قانون السلطة القضائية رقم 5 لسنة 2005 لمخالفته الإجراءات الشكلية التي نص عليها الدستور لإصدارها.¹³³

وأصدرت المحكمة الدستورية العليا حكمها بالأغلبية بشأن الطعن الدستوري 17/2019 في القضية رقم (13) لسنة (04) قضائية، التي تقدم بها ستة عشر قاضياً، يتحدد موضوعها بمسألتين: الأولى

¹³⁰ الشيمي، عبد الحفيظ (2003). رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا. مرجع سابق. ص 79.
¹³¹ أبو علي، سعيد (د.س). طبيعة الرقابة الدستورية على التشريعات الفرعية في القانون الأساسي الفلسطيني. مجلة العلوم القانونية والسياسية. العدد 7. ص 19.

¹³² دراج، أسامة (2020). الرقابة على دستورية القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص 82.
¹³³ قضت المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها الدستورية بموجب الحكم رقم 5 لسنة 2005 أن السلطة التشريعية في مباشرتها لعملها ليس لها أن تخل بأي قاعدة لها قيمة دستورية وأن المجلس التشريعي لا يعبر عن الإرادة العامة إلا في الحدود المنصوص عليها في الدستور، وينبغي بالتالي أن يعمل المشرع عند إقراره النصوص القانونية أن توافق الدستور في شكلها واسسها وغاياتها ولا تعين إبطالها.

تتعلق بالطعن الدستوري بالقرار بقانون رقم (16) لسنة 2019 خاصة فيما يتعلق بالمادة الثالثة بما مؤداه إنهاء خدمة القضاة عند إكمالهم سن الستين من عمرهم، والمادة الثانية منه. والقرار بقانون رقم (17) لسنة 2019 حول تشكيل مجلس أعلى انتقالي المنشوران في الجريدة الرسمية العدد ممتاز (20). حيث حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القرار بقانون رقم (16) لسنة 2019 بشأن تعديل قانون السلطة القضائية رقم (01) لسنة 2002، لعدم مشروعيته وعدم تقيد المشرع بالأصول والإجراءات والشكليات المنصوص عليها في القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 وتعديلاته في المواد (100، 99، 98، 97)، وردت الطعن المتعلق بالقرار بقانون رقم (17) لسنة 2019 بشأن تشكيل مجلس قضاء أعلى انتقالي.¹³⁴

وعند الحديث عن الإغفال التشريعي في نطاق علاقته بالسمو الشكلي فإنه يتعلق بالسهو أو النقص أو الإغفال من جانب المشرع عن النواحي الإجرائية التي تفترض من وجودها اكتمال القانون دون نقصان من جميع الجوانب الدستورية . وهنا نشير لصور سمو الشكلي وإمكانية حصول الإغفال التشريعي فيها من خلال مناقشة مخالفة قواعد الاختصاص، ومن ثم توضيح مخالفة الشكل الإجرائي، على النحو التالي:

1. مخالفة قواعد الاختصاص

تجد فكرة الاختصاص مصدرها في صلب الدستور، وهي تعني أن لا يباشر الاختصاص إلا من الجهة التي حددها الدستور لممارسته.¹³⁵ وبالتالي فلا يجوز لسلطة منحها الدستور اختصاصاً معيناً أن تفوض غيرها في ممارسة هذا الاختصاص إلا بناءً على نص صريح، وبالتالي يكون التشريع معيباً بغياب عدم

¹³⁴ حكم المحكمة الدستورية العليا في الطعن الدستوري رقم 17/2019.

¹³⁵ الشوايكة، محمد (2012)، رقابة الامتثال على دستورية القوانين. دار الثقافة. عمان. ط1. ص68.

الاختصاص اذا صدر من سلطة غير التي حددها الدستور أو أن يصدر من سلطة بناء على تفويض باطل.¹³⁶ ويتخذ عدم الاختصاص مجموعة صور:

1. عدم الاختصاص الشخصي

بينت الدساتير اختصاصات السلطات الثلاثة في الدولة، فيجب على كل سلطة ممارسة اختصاصاتها بنفسها بناء على ما حدده الدستور، وبالتالي لا يجوز لها أن تفوض اختصاصاتها لسلطة آخر إلا وفقاً لما حدده الدستور، ومخالفة ذلك ترتب عدم الدستورية ، وقد نص المشرع على مسألة الاختصاص الشخصي للسلطات من خلال نص المادة الثانية من القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003 وتعديلاته حيث جاء فيها الشعب مصدر السلطات ويمارسها عن طريق السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية على أساس مبدأ الفصل بين السلطات على الوجه المبين في هذا القانون الأساسي.

2. عدم الاختصاص المكاني

يظهر عدم الاختصاص المكاني عندما يحدد الدستور المكان الذي تتعقد فيه السلطة التشريعية وتسن فيه تشريعاتها، وبالتالي فإن سن أي تشريع في غير المكان الذي حدده الدستور يترتب عدم الدستورية ، ولم يتطرق المشرع الفلسطيني لأحكام الاختصاص المكاني، وبالتالي لا مجال لإثارة الرقابة على دستورية القوانين المخالفة للاختصاص المكاني في فلسطين.

3. عدم الاختصاص الزمني

4. قد يضع الدستور قيوداً زمنياً على ممارسة اختصاص التشريع من قبل السلطة التشريعية أو من قبل السلطة التنفيذية، فإذا لم تراعى السلطة التي تقوم بتلك المهمة القيد الزمني وأصدرت التشريع في وقت لم يكن لها الحق في ممارسة هذا الاختصاص، تكون قد خرجت عن الحد الزمني المحدد

¹³⁶ دراج، أسامة (2020). الرقابة على دستورية القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص86.

دستورياً لإصداره، ويترتب على ذلك مخالفة التشريع للقيد الزمني الذي جاء به الدستور. ومن الفروض التي تحقق فيها تخلف القيد الزمني في الاختصاص أن يحدد المشرع أجلاً لإصدار تشريع معين فيصدر التشريع قبل حلول ذلك الأجل، أو أن يقر البرلمان تشريعاً بعد حله، ومثل هذا التشريع لا يملك المجلس سنه لأن زمن اختصاص المجلس قد انتهى. أو أن يصدر رئيس الجمهورية تشريعاً في حالة التفويض التشريعي بعد انتهاء المدة الزمنية المحددة لممارسة هذا التفويض. كذلك عندما تنتهي ولاية رئيس الجمهورية فإنه لا يستطيع أن يباشر أي اختصاص من اختصاصاته التي ينتهي حقه في مباشرتها بانتهاء المدة التي حددها الدستور لولايته إلا من قبيل تصريف الأعمال لحين مباشرة خلفه. وقد عالج القانون الأساسي الفلسطيني هذه القضية عندما نص في المادة (2) تضاف إلى القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته، مادة جديدة برقم (47 مكرر) نصها كالآتي: "تنتهي مدة ولاية المجلس التشريعي القائم عند أداء أعضاء المجلس الجديد المنتخب اليمين الدستوري".¹³⁷

5. عدم الاختصاص الموضوعي

من خلال الاختصاص الموضوعي تحدد لكل سلطة ما يحق لها أن تقوم به من تصرفات قانونية في حدود اختصاصها، ويقع عدم الاختصاص الموضوعي في حالة خروج التشريع عن نطاق الموضوع الذي حدده الدستور، ومخالفة الاختصاص الموضوعي تعتبر مخالفة دستورية، ومن ذلك أن يصدر المجلس التشريعي قرارات فردية على شكل قوانين وهذا ما يخالف طبيعة القواعد القانونية التي تصدر عنها حيث تكون عامة ومجردة، وهذا النهج الذي تبناه المشرع الفلسطيني.¹³⁸

¹³⁷ القانون الأساسي لسنة 2005م بتعديل بعض أحكام القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م

¹³⁸ السناوي، محمد (د.س). النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة . مطبعة الإبراء. مصر. ص288.

2. مخالفة قواعد الشكل الواجب توافرها

يقصد بعيب الشكل والإجراءات في مجال القانون الدستوري صدور القانون دون مراعاة للقيود الشكلية والإجرائية التي حددها الدستور في جميع المراحل التي يمر بها القانون، فالقانون يمر بمراحل متعددة بدء من الاقتراح إلى الإقرار والتصديق والاصدار والنشر حتى يصبح نافذاً، وأي خلل شكلي في تلك الإجراءات يوسم القانون بعدم الدستورية.¹³⁹ ومن صور مخالفة الشكل والإجراء أن يصدر التشريع دون موافقة الاغلبية البرلمانية التي حددها الدستور، أو دون تصديق رئيس الدولة في الاحوال التي يوجب الدستور تصديقه، ويترتب على مخالفة القواعد الشكلية والإجرائية عدم الدستورية.¹⁴⁰

وتجدر الملاحظة هنا أن الاحكام الصادرة بعدم دستورية الإغفال التشريعي من حيث السمو الشكلي نادرة جداً ويرجع الفقهاء ذلك إلى أن الإغفال التشريعي يرد في الموضوع ، وغالباً ما تكون القوانين المشوبة بمخالفة دستورية لوجود إغفال تشريعي يفترض صحتها شكلاً.¹⁴¹

وفيما يتعلق بالرقابة على الإغفال للسمو الشكلي للقانون الاساسي في فلسطين فيمكن أن نجد لها أساس من خلال نص المادة (103) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 وتعديلاته حيث نصت على تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر في دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها..، وهذا النص عام يستفاد منه أن كل ما يتعلق بالقوانين واللوائح والأنظمة الصادرة عن السلطات المختصة في دولة فلسطين يخضع لرقابة المحكمة الدستورية العليا سواء تعلق بالشكل والإجراء التي اتخذ وفقاً لها، أو في الموضوع، فالمشرع أراد تفعيل الرقابة الدستورية على أكمل وجه من خلال بسط نفوذ ولايتها على القوانين بشكل كامل. ويرى الباحث في هذا الموطن أن الرقابة على الإغفال التشريعي

¹³⁹ الهاشمي، يوسف(2014). رقابة دستورية القوانين واللوائح في مملكة البحرين والدول العربية. مرجع سابق.ص.172.

¹⁴⁰ الشوابكة، محمد(2012).رقابة الامتناع على دستورية القوانين. مرجع سابق. ص.72.

¹⁴¹ الشيمي، عبد الحفيظ (2003). رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا. مرجع سابق.ص.81.

للسمو الشكلي ما هي إلا رقابة جزئية إن وجدت على اعتبار أن مسألة الإغفال تقع في الموضوع، وهذا يستلزم أن يكون الشكل والإجراء سليم من حيث الأصل ولكن لو وجد فهو جزئي.

2- الرقابة على الإغفال التشريعي المخالف للسمو الموضوعي

تأكيداً للسمو الموضوعي يحرص القاضي الدستوري على أن يكون القانون الخاضع لرقابته يتطابق بصورة كاملة مع الدستور وإلا تم اعتباره مخالفاً للدستور.¹⁴² وتعطي المحكمة الدستورية أولوية للعيوب الشكلية أكبر من العيوب الموضوعية، بحيث لا تنتظر في الموضوع إلا بعد التأكد من سلامة الشكل الإجرائي الذي صدر به القانون. ويتحقق السمو الموضوعي للدستور من خلال طبيعة الموضوعات التي ينظمها والتي تتميز بالأهمية والخطورة في نطاق بناء دولة القانون، فالدستور يبين نظام الحكم في الدولة، ويحدد السلطات واختصاصاتها وعلاقتها فيما بينها، وينظم الحقوق والحريات وطرق حمايتها، وتمثل هذه القواعد أعلى واسمى القواعد القانونية في الدولة.¹⁴³ وتأكيداً للسمو الموضوعي للدستور تحرص المحكمة الدستورية العليا وهي الجهة المنوط بها الرقابة على دستورية القوانين على أن تكون القوانين الخاضعة لرقابتها متوافقة بشكل كامل مع الدستور دون أي نقص أو عيب دستوري كالإغفال أو الامتناع أو الانحراف التشريعي وفي حال تحقق أحد تلك المخالفات اعتبر القانون غير دستوري.

وقد أولى القانون الأساسي السلطة التشريعية مهمة سن التشريعات والقوانين، وهذا يعني أنه لا يجوز لها أن تتخلى عن تلك الصلاحيات الممنوحة لها إلا في نطاق ضيق ووفقاً للقانون ، وذلك على اعتبار أن تلك الولاية ليست امتيازاً لها وإنما هي التزام دستوري أوجبه المشرع عليها وبالتالي لا يجوز

¹⁴² فهمي، حمدان(2009). اختصاصات القضاء الدستوري في مصر وحجية أحكامها وتنفيذها وآثارها .مطبعة ابو مجد. القاهرة مصر .ص121.

¹⁴³عبد الوهاب، محمد رفعت (1990). القانون الدستوري والمبادئ الدستورية العامة. النظام الدستوري المصري .دار راوي. ص118.

لها مخالفته لا بالإغفال ولا بالإمتناع ولا بالإنحراف، وهي في ذلك تخضع لرقابة المحكمة الدستورية العليا.¹⁴⁴ وفي هذا السياق نشير إلى أن مجلس الدولة الفرنسي صاحب سبق في إقرار نظرية الإغفال التشريعي قد أكد أن القوانين التي لا تراعي أو تغفل تحديد الجرائم أو العقوبات بصورة واضحة وتامة فإنها قد تنشئ نوعاً من التحكم بالمخالفة لنصوص الدستور لأن ذلك سوف يؤدي إلى عدم وحدة التطبيق في جميع الحالات وهذا ما يشكل مساساً بمبدأ المساواة والذي يمثل جوهر الإغفال التشريعي.¹⁴⁵ والحقيقة أن السلطة التشريعية كثيراً ما تقع في مخالفات للسمو الموضوعي مقارنة بالسمو الشكلي، وذلك كون سمو الشكلي منصوص عليه ومعروف لديها فتتجنب الوقوع فيه على خلاف سمو الموضوعي نظراً لدقة الموضوعات التي يعالجها الدستور وتغفل السلطة التشريعية عن تنظيم كافة أحكامها¹⁴⁶، نستعرض في هذا الموطن من الدراسة صور الإغفال التشريعي للسمو الموضوعي من خلال:

1. مخالفة القيود الموضوعية الواردة في الدستور

تحتوي الدساتير عادة على العديد من القيود الموضوعية التي لا يجوز للسلطة التشريعية وهي بصدد ممارسة اختصاصها الخروج عليها، ومن الأمثلة على هذه القيود إسقاط الجنسية، عدم رجعية القوانين الجزائية ما لم تكن أصلح للمتهم، حق التقاضي، وشخصية العقوبة، ومبدأ المشروعية فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.¹⁴⁷ وهذا يعني أن صدور أي تشريع أو قانون بالمخالفة لهذه القيود التي أوردها الدستور معيب بعدم الدستورية .

¹⁴⁴ سلمان، سمير (2019). الإغفال التشريعي وإمكانية فرض الرقابة عليه. مرجع سابق. ص 98.

¹⁴⁵ عبدالله، عبد الحليم (1974). الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام. أطروحة دكتوراه. جامعة القاهرة. ص 90.

¹⁴⁶ دراج، أسامة (2020). الرقابة على دستورية القوانين في فلسطين. مرجع سابق. ص 85.

¹⁴⁷ نشير في هذا السياق إلى أن المشرع الدستوري بموجب القانون الأساسي الفلسطيني ذكر صور لمخالفة القيود الموضوعية للدستور منها على سبيل المثال ما نصت عليه المادة (15) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 "العقوبة شخصية، وتمنع العقوبات الجماعية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لنفاذ القانون"، ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة (28) من نفس القانون والتي جاء "لا يجوز إبعاد أي فلسطيني عن أرض الوطن أو حرمانه من العودة إليه أو منعه من المغادرة أو تجريده من الجنسية أو تسليمه لأية جهة أجنبية".

وتعد المخالفة للسمو الموضوعي للدستور أهم أوجه عدم الدستورية من الناحية العملية، حيث أن الغالبية العظمى من أوجه المخالفة تتعلق بمضمون القاعدة الدستورية نفسها، وبصفة خاصة ما يتصل منها بالحقوق الأساسية للأفراد.¹⁴⁸

2. خروج التشريع عن روح الدستور أو الانحراف في استخدام السلطة والإغفال أو الإمتناع. لا يكفي أن يصدر التشريع متفقاً مع أحكام وقواعد الدستور، وإنما يجب أيضاً أن يتلائم مع روح الدستور وما إستهدفه من مقاصد وغايات، وتتحقق العيوب التي تلحق بالتشريع عندما ينحرف المشرع في استخدام السلطة التي منحها إياه الدستور، أو عندما يغفل المشرع أحكام كان لا بد من تنظيمها بموجب قانون صادر بالشكل الصحيح، وكذلك عندما يمتنع المشرع عن ممارسة اختصاصاته التي ألزمه بها الدستور، ففي الحالة التي يلحق بالتشريع أحد العيوب المتعلقة بالغاية التي من أجلها منح الدستور المشرع صلاحيات إصدار القوانين يكون التشريع أو القانون غير دستوري.¹⁴⁹

ويترتب على سمو الموضوعي للدستور مجموعة من النتائج أهمها أنه يحدد صلاحيات السلطات العامة في الدولة ويوجب عليها أن تمارس اختصاصها بنفسها، ويحظر عليها أن تتخلى عن الصلاحيات التي خولها لها الدستور لسلطة أخرى إلا وفقاً لما بينه الدستور، كما يعتبر من أهم الآثار المترتبة على سمو الموضوعي للدستور أنه لا يحق للسلطات العامة أن تغفل أو تهمل ممارسة الصلاحيات التي حددها لها الدستور وذلك لأنها ليست امتيازاً خاصاً لها بل هي واجب دستوري.¹⁵⁰ لذلك نجد أن المشرع الفلسطيني وإن لم ينص صراحة على الرقابة على الإغفال التشريعي للسمو

¹⁴⁸ العوضي، سامر (2010). أوجه عدم دستورية القوانين في الفقه وقضاء المحكمة الدستورية العليا. دار المطبوعات. الاسكندرية. مصر. ص 189.

¹⁴⁹ عبد الوهاب، محمد رفعت (1990). القانون الدستوري والمبادئ الدستورية العامة. النظام الدستوري المصري. مرجع سابق. ص 152.

¹⁵⁰ سليم، عصام (2000). موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون. منشأة المعارف. الإسكندرية. مصر. ص 49.

الموضوعي للدستور إلا أنه كما سبق بيانه يمكن الاستناد لنص المادة (24) من قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته والذي ينص أن المحكمة الدستورية تختص دون غيرها بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة، وهذا يعني شمول رقابة المحكمة لكافة الأحكام الموضوعية والإجراءات الشكلية المتعلقة بإصدار القوانين والتشريعات والأنظمة، بما في ذلك الرقابة على الإغفال التشريعي.

المطلب الثالث: نماذج من أحكام المحكمة الدستورية في حالات الإغفال والقصور التشريعي

يورد الباحث في هذا المطلب عددا من قرارات المحكمة الدستورية العليا والتي عالجت فيها موضوع الإغفال التشريعي الجزئي كما يلي:

1- إمتداد صلاحية المحكمة الدستورية على القوانين النافذة ما قبل قيام السلطة الفلسطينية، وقد قضت المحكمة الدستورية بالقضاء بإمتداد صلاحيتها الرقابية على القوانين والتشريعات التي كانت نافذة ما قبل قيام السلطة الفلسطينية استنادا للمرسوم الرئاسي رقم 1 لسنة 1994. وقضت أنه بموجب هذا المرسوم الذي قضى باستمرار نفاذ هذه التشريعات في الأراضي الفلسطينية فقد تحولت هذه الى قوانين وتشريعات فلسطينية خاضعة لرقابة القضاء الدستوري شأنها شأن التشريعات والقوانين الصادرة عن السلطة التشريعية الفلسطينية. وقد قامت المحكمة بهذا بإلغاء قرار المحكمة العليا بصفتها الدستورية لسنة 2012 والذي كان قد قضى بعدم خضوع هذه القوانين لسلطتها الرقابية. وقد جاء قرار المحكمة الدستورية في القضية رقم (7) لسنة (3) قضائية كما يلي: بموضوع الدفع بعدم دستورية المواد (167, 169, 170, 172, 174, 177, 159) من قانون الجمارك رقم (1) لسنة 1962م وتعديلاته المتعلقة بتشكيل المحاكم الجمركية والإجراءات التي تتعارض مع القانون الأساسي الفلسطيني والقوانين الأخرى. حيث إن القانون الأساسي هو القانون الأعلى والأسمى الذي يرسى القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم، ويقرر الحقوق والحريات العامة، ويرتب

الضمانات الأساسية لحمايتها، ويحدد لكل من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية وظائفها وصلاحياتها، ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها بما يحول دون تدخل أي منها في أعمال السلطة الأخرى. وحيث إن القانون الأساسي اختص السلطة التنفيذية بجهة القيام بتنفيذ القوانين من خلال أجهزة الإدارة في الدولة التابعة برمتها إلى السلطة التنفيذية، وحظر عليها التدخل في أعمال اسندها القانون الأساسي إلى السلطة القضائية وقصرها عليها وإلا كان تدخلاً في صلاحياتها وإخلالاً بمبدأ الفصل بين السلطتين التنفيذية والقضائية. ولما كان موضوع الطعن ينصب على المواد المذكورة من قانون الجمارك والمكوس رقم (1) لسنة 1962 م وتعديلاته والمعمول به في دولة فلسطين كان منشأه في الأصل في حدود المملكة الأردنية الهاشمية التي كانت تضم شرقي النهر وغربيه، وظل سارياً مفعوله بعد حرب العام 1967 م كغيره من القوانين وبدلالة نص المادة (1) من القرار الرئاسي رقم (1) لسنة 1994 م ونص المادة (118) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 م وتعديلاته، ولما كان شأنه كغيره من القوانين الفلسطينية الصادرة عن المجلس التشريعي الفلسطيني أو تلك الصادرة بقرار بقانون بموجب المادة (43) من القانون الأساسي تتساوى من حيث المركز القانوني وبالتالي ينطبق على أحكام كل منهم أن تتفق ولا تتعارض مع أحكام القانون الأساسي المعدل. وتأسيساً على ما تقدم، ولما تم بيانه وتفصيله أعلاه فقد حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة (167) والمادة (170) من قانون الجمارك والمكوس رقم (1) لسنة 1962 م وحظر تطبيقهما من تاريخ صدوره وعدم سريانه على المراكز المالية بأثر رجعي وإعادة مبلغ الكفالة.¹⁵¹

2- وجاء في قرار المحكمة الدستورية في قضية رقم 3 لسنة (2018) حيث إن من المقرر أن الأصل في الجرائم أن يكون هناك ركن معنوي مكمل لركنها المادي، متلائم مع الشخصية الفردية في ملامحها وتوجهاتها، أي تكون هناك إدارة واعية لها علاقة ما بين العقوبة التي تفرضها الدولة

¹⁵¹ المحكمة الدستورية في القضية رقم (7) لسنة 3 قضائية لسنة 2018.

بتشريعاتها والإدارة التي تعتمل فيها تلك النزعة الإجرامية، أي أن الأصل ألا يجرم الفعل ما لم يكن إرادياً قائماً على الاختيار الحر ومن ثم مقصوداً، ليكون القصد الجنائي ركناً معنوياً في الجريمة ومكماً لركنها المادي، وهذه الإرادة الواعية هي التي تتطلبها الأمم المتحدة في مناهجها في مجال التجريم بوصفها ركناً في الجريمة وأصلاً ثابتاً كامناً في طبيعتها وليس أمراً فجاً أو دخيلاً مقمماً عليها أو غريباً عن خصائصها، وهذا ما لم يتوفر في نص المادة (389/5) من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960م. وحيث إن القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 م وتعديلاته وبما أشار إليه في المادة (20) من أن "حرية الإقامة والتنقل مكفولة في حدود القانون"، وحيث إن التجوال في الأماكن العامة هو أحد تعبيرات الحرية في التنقل التي لا يجوز ولا ينبغي أن يفرض القانون قيوداً مرهقة على المواطن لمنعه ممارسة هذا الحق، ولا ينبغي للقانون أن يفرض قيوداً على الحريات والحقوق يحول دون ممارستها على الوجه الأكمل، أو أن يصادر القانون هذا الحق، وإلا أصبح النص الدستوري مستباحاً مستهاناً به من طرف المشرع العادي، خاصة أن حرية التنقل هي مبدأ له القيمة الدستورية، لذا تجد المحكمة الدستورية العليا أن المادة (389/5) من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 م تفرض قيوداً مرهقة على الحق في التنقل يعاقب عليها دون مسوغ قانوني مناسب ومعقول، وبالتالي تجد أن في ذلك ما يثير الشبهة، ومخالفة للقاعدة الدستورية الواردة في المادة 20 من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته. وحيث إن من المقرر أن حقوق الإنسان وحياته لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تملئها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها، وأن الحرية الكاملة لا تنفصل عن حرمة الحياة، وأن إساءة استخدام العقوبة تشويه لأهدافها يناقض القيم التي تؤمن بها الجماعة في اتصالها بالأمم المتحدة وتفاعلها معها. وحيث إن النص الطعين مما أثاره من شبهة دستورية على ضوء ما تقدم يقيد الحرية الشخصية بغير انتهاج الوسائل القانونية التي كفلها القانون الأساسي ولا يلتزم بالضوابط التي رسمها في شأن المحاكمة المنصفة، ومنها

افتراض البراءة كحقيقة مستعصية عن الجدل، وليس مبناه فعلاً أو امتناعاً يمثل سلوكاً مؤاخذاً عليه قانوناً. وحيث إنه متى كان ذلك فإن النص المطعون فيه يكون مخالفاً لأحكام المواد (20, 15, 14, 11) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته. فلهذه الأسباب : حكمت المحكمة بالأغلبية بعدم دستورية نص الفقرة الخامسة من المادة (389) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960م وحظر تطبيقها.¹⁵²

3- وفي قضية رقم (16) لسنة (06) قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية". في موضوع الطعن في دستورية نص الفقرة (3) من المادة (54) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية. حيث إن النص المطعون بعدم دستورية الوارد في الفقرة الثالثة من المادة (54) جاء ضمن أحكام القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 م بشأن المحاكم الإدارية التي أولت مؤقتاً اختصاص المحكمة العليا/ محكمة النقض بنظر الدعاوي الإدارية مؤقتاً والتي تنص على أن : "1. تتولى المحكمة العليا/ محكمة النقض مؤقتاً بصفتها محكمة إدارية جميع اختصاصات المحكمة الإدارية لحين تشكيل المحاكم الإدارية، وفي هذه الحالة تطبق المحكمة العليا/ محكمة النقض أحكام هذا القرار بقانون. تنعقد المحكمة العليا/ محكمة النقض بصفتها محكمة إدارية برئاسة رئيس المحكمة العليا/ محكمة النقض وعضوية اثنين من قضااتها، وعند غياب الرئيس يرأسها القاضي الأقدم في الهيئة. الأحكام التي تصدر عن المحكمة العليا/ محكمة النقض بصفتها محكمة إدارية لا تقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن".¹⁵³

4- وفي قضية أخرى جاء قرار المحكمة الدستورية معالجاً للاغفال والقصور الجزئي في القضية رقم (08) لسنة (3) قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية" كما يلي: وحيث أن من المقرر أن

¹⁵² قرار المحكمة الدستورية في قضية رقم 3 لسنة (2018)

¹⁵³ قضية رقم (16) لسنة (06) قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية"

الأصل في الجرائم أن يكون هناك ركن معنوي مكمل لركنها المادي، متلائم مع الشخصية الفردية في ملامحها وتوجهاتها، أي تكون هناك إدارة واعية لها علاقة ما بين العقوبة التي تفرضها الدولة بتشريعاتها والإدارة التي تعتمل فيها تلك النزعة الإجرامية، أي أن الأصل ألا يجرم الفعل ما لم يكن إرادياً قائماً على الاختيار الحر ومن ثم مقصوداً، ليكون القصد الجنائي ركناً معنوياً في الجريمة ومكماً لركنها المادي، وهذه الإرادة الواعية هي التي تتطلبها الأمم المتحدة في مناهجها في مجال التجريم بوصفها ركناً في الجريمة وأصلاً ثابتاً كامناً في طبيعتها وليس أمراً فجاً أو دخيلاً مقحماً عليها أو غريباً عن خصائصها، وهذا ما لم يتوفر في نص المادة (389/5) من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960م. وحيث إن القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 م وتعديلاته وبما أشار إليه في المادة (20) من أن "حرية الإقامة والتنقل مكفولة في حدود القانون"، وحيث إن التجوال في الأماكن العامة هو أحد تعبيرات الحرية في التنقل التي لا يجوز ولا ينبغي أن يفرض القانون قيوداً مرهقة على المواطن لمنعه ممارسة هذا الحق، ولا ينبغي للقانون أن يفرض قيوداً على الحريات والحقوق يحول دون ممارستها على الوجه الأكمل، أو أن يصادر القانون هذا الحق، وإلا أصبح النص الدستوري مستباحاً، مستهاناً به من طرف المشرع العادي، خاصة أن حرية التنقل هي مبدأ له القيمة الدستورية، لذا تجد المحكمة الدستورية العليا أن المادة (389/5) من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 م تفرض قيوداً مرهقة على الحق في التنقل يعاقب عليها دون مسوغ قانوني مناسب ومعقول، وبالتالي تجد أن في ذلك ما يثير الشبهة، ومخالفة للقاعدة الدستورية الواردة في المادة 20 من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته. وحيث إن المقرر أن حقوق الإنسان وحياته لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تملئها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها، وأن الحرية الكاملة لا تنفصل عن حرمة الحياة، وأن إساءة استخدام العقوبة تشويه لأهدافها يناقض القيم التي تؤمن بها الجماعة في اتصالها بالأمم المتحدة وتفاعلها معها. وحيث إن النص الطعين مما

أثاره من شبهة دستورية على ضوء ما تقدم يقيد الحرية الشخصية بغير انتهاج الوسائل القانونية التي كفلها القانون الأساسي ولا يلتزم بالضوابط التي رسمها في شأن المحاكمة المنصفة، ومنها افتراض البراءة كحقيقة مستعصية عن الجدل، وليس مبناه فعلاً أو امتناعاً يمثل سلوكاً مؤاخذاً عليه قانوناً. وحيث إنه متى كان ذلك فإن النص المطعون فيه يكون مخالفاً لأحكام المواد (20، 15، 14، 11) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته. فلهذه الأسباب: حكمت المحكمة بالأغلبية بعدم دستورية نص الفقرة الخامسة من المادة (389) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960م وحظر تطبيقها.

5- وفي قضية أخرى في سياق تطبيقات المحكمة الدستورية حول الإغفال التشريعي. فقد قضت المحكمة في قضية رقم (16) لسنة (06) قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية" بأن النص المطعون بعدم دستورية الوارد في الفقرة الثالثة من المادة (54) جاء ضمن أحكام القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية التي أولت مؤقتاً اختصاص المحكمة العليا/ محكمة النقض بنظر الدعاوي الإدارية مؤقتاً والتي تنص على أن: "1. تتولى المحكمة العليا/ محكمة النقض مؤقتاً بصفتها محكمة إدارية جميع اختصاصات المحكمة الإدارية لحين تشكيل المحاكم الإدارية، وفي هذه الحالة تطبق المحكمة العليا/ محكمة النقض أحكام هذا القرار بقانون. 2. تتعدّد المحكمة العليا/ محكمة النقض بصفتها محكمة إدارية برئاسة رئيس المحكمة العليا/ محكمة النقض وعضوية اثنين من قضاتها، وعند غياب الرئيس يرأسها القاضي الأقدم في الهيئة. 3. الأحكام التي تصدر عن المحكمة العليا/ محكمة النقض بصفتها محكمة إدارية لا تقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن". وحيث إن تحديد مضامين الحقوق والحريات منوط بالمشروع لكن تحت الرقابة المباشرة للقاضي الدستوري فإذا ما ضيق المشروع من نطاق حق أو حرية وجاء تنظيمه قاصراً كان محلاً لرقابة القضاء الدستوري، وإن القانون الأساسي كفل لكل حق أو حرية نص عليها الحماية

من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية، وتتمثل هذه الحماية في الضمانة لحقوق المواطنين التي كفلتها المادة (30/1) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته فيما يتعلق بحق التقاضي والتي يعتبر إنفاذها شرطاً للانتفاع بها في الصورة التي تصورها القانون الأساسي نطاقاً فاعلاً لها، وهذه الضمانة ذاتها التي يفترض على المشروع أن يعمل على تحقيق وسائلها من خلال النصوص القانونية التي ينظم بها الحقوق وأن يحيط بكل أجزائها التي لها شأن في حماية قيمتها العلمية وضمان التمتع بها على أوسع مدى، وأن كل مخالفة للقانون الأساسي تعمرها المشروع أو انزلق إليها بغير قصد يتعين حظرها حفاظاً على القانون الأساسي من العبث به، إذا نظم المشروع حق من الحقوق تنظيمياً قاصراً أو منقوصاً بأن أغفل أو أهمل جانباً من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 م المذكور التي تنص على أن: "الأحكام التي تصدر عن المحكمة العليا/ محكمة النقض بصفتها محكمة إدارية لا تقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن". كان ذلك إخلالاً بالحقوق والحريات التي كفلها القانون الأساسي، وفي ذلك مخالفة له يتعين حظرها عن طريق الرقابة القضائية على دستورية القوانين، كما في الدعوى الماثلة بعدم السماح للمدعية باللجوء إلى الطعن بأحكامها على الدرجة الثانية أي أمام المحكمة الإدارية العليا. وحيث إن المحاكم الإدارية حددتها المادة (06) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 م وهي على درجتين، ولما كان ذلك فإن الفقرة الثالثة من المادة (54) أغفلت درجة من درجات التقاضي، ولم تحل إلى المحكمة المختصة مؤقتاً كل المهام المسندة إلى المحاكم الإدارية، بل أحال إليها جزء من هذه المهام وليس "كل" المهام، وفي هذا عوار دستوري فاضح في الانتقاص من حقوق الأفراد التي كفلها لهم القانون الأساسي ألا وهو حق المساواة، إذ أن هذا الحق المنقوص في ظل سريان المادة (54) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م لا يمكن أن يتساوى مع ممارسة هذا الحق في ظل المادة (06) من ذات القانون التي أصبحت حقاً للأفراد حالاً وليس أجلاً. وحيث أن السريان والنفاذ للقرار بقانون بشأن المحاكم الإدارية

رقم(41) تم نشره بالجريدة الرسمية بتاريخ 2021/01/11، فإن ذلك يعني أنه أصبح نافذاً من ذلك التاريخ وكان يجب على المشروع مراعاة أن النفاذ أصبح حقاً مكتسباً على درجتين لكل ذي مصلحة انسجاماً مع نص المادتين(117, 104) من القانون الاساسي، وأنه لا يجوز جعله على درجة واحدة وسلب اختصاص المحكمة الإدارية العليا المنصوص عليه في المادة(38) من ذات القرار بقانون التي منحتها حق النظر في الطعون المرفوعة إليها بشأن الأحكام النهائية الصادرة عن المحكمة الإدارية كافة، وتتنظر فيها من الناحيتين الموضوعية والقانونية وبالتالي يتطلب الأمر من المشرع مراجعة القصور التشريعي الذي وقع فيها فيما يتعلق بالمادة (54) الخاصة بالأحكام الانتقالية لمخالفتها نصوص المواد (117, 104, 30/1) من القانون الأساسي لمعدل لسنة 2003م وتعديلاته.

ويعتبر هذا المبدأ الركيزة الأساسية للحقوق والحريات وأساساً للعدل، ولا يجوز أن يقال أن الرقابة الدستورية هي إحلال للمحكمة الدستورية العليا محل المشرع حيث أن الرقابة الدستورية لا تقدم للمشرع بديلاً أكثر ملائمة وأجدر قبولاً، إنما تحرص على تحقيق آمين، أولهما: تحديد الغايات النهائية التي توخاها المشرع من التنظيم التشريعي المطعون فيه، وثانيهما: النظر في الوسائل التي اختطها المشرع لتحقيق هذه الغايات، وفي ضوء هاتين الوجهتين لا يعتبر عمل المشرع موافقاً للقانون الأساسي ما لم تتوفر علاقة منطقية ومفهومة تربط بين النصوص القانونية التي أقرها أو أصدرها بأهدافها، شرط أن لا يكون القانون الأساسي قيد المشرع بقيود حددها إذ يتعين عندئذ حظر النصوص القانونية التي تخالف القانون الأساسي، والتأكيد على أن المشرع يعمل في إطار سلطة مقيدة لا سلطة تقديرية. وحيث إن أحكام المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص تشريعي تعتبر أحكاماً كاشفة للنص المطعون بعدم دستوريته منذ نشأته، وبالتالي فإن عدم تطبيق النص المطعون بعدم دستوريته لا يعني عدم تطبيقه في المستقبل فحسب، وإنما يمتد ليمس صحة النص التشريعي المطعون عليه منذ تاريخ العمل به، أي من تاريخ نفاذ

القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 م. ولهذه الأسباب حكمت المحكمة الدستورية العليا بما يلي: 1- بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة (54) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 م بشأن المحاكم الإدارية المنشور في العدد الممتاز رقم (22) بالجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) بتاريخ 2021/01/11، وذلك فيما نصت عليه أن "الأحكام التي تصدر عن المحكمة العليا/ محكمة النقض بصفتها محكمة إدارية لا تقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن" وذلك من تاريخ نشر القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 م بشأن المحاكم الإدارية.¹⁵⁴

وبتاريخ 2017/4 قضت المحكمة الدستورية الدستورية العليا في قضية رقم (12) لسنة (2) قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية" بأن القانون الأساسي لسنة 2003م، المعدل سنة 2005م، لم يبين ولم يضع آليات إدماج إنفاذ الاتفاقات الدولية في النظام القانوني الداخلي الفلسطيني. وأن ما جاء في المادة العاشرة من القانون الأساسي المشار إليه لا يعدو حثاً لدولة فلسطين للانضمام إلى الإعلانات والمواثيق الإقليمية والدولية التي تحمي حقوق الإنسان، ولكن لم يعالج مسألة آليات إدماج الاتفاقيات وعلاقتها بالقانون الداخلي الفلسطيني. وبالعودة إلى ظاهر نص المادة (2/30) من القانون الأساسي المعدل، فإنها لم تشر إلى الاتفاقيات الدولية، وإذ أشارت إلى عدم تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء، ومن ثم فإن الاتفاقيات الدولية ليست قرارات أو أعمال إدارية، وبالتالي فإن الفع بعدم دستورية تحصين أعمال وكالة الغوث من رقابة القضاء وفقاً لاتفاقية المقر لا نجد له أساساً في القانون الأساسي. أما مسألة إدماج هذه القواعد في القانون الداخلي، فإننا نرى العود إلى طبيعة تلك القواعد التي يتم الدفع بالتمسك بها ألا وهي الحصانات والامتيازات الدبلوماسية، ومن ثم فإن الغالبية العظمى من الدول تعتمد القواعد العرفية كجزء لا يتجزأ من القانون الداخلي. ولما كان الفقه والقضاء الدوليين قد استقرا على أن الاتفاقيات الدولية تعبر في جوهرها عن إرادة الدول في التعبير عن سيادتها في التوقيع

¹⁵⁴ قضية رقم (16) لسنة (06) قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية"

والمصادقة والانضمام للاتفاقيات الدولية، فإن تعبير الدولة عن هذه السيادة أنها قبلت ضمناً التنازل عن جزء من سيادتها لصالح سيادة القانون الدولي العام، من خلال التعبير عن إرادة مشتركة بين الدول للمصادقة على هذه الاتفاقيات لجهة تكريس أحقية الجماعة الدولية في تشكيل نظام قانون دولي، تصبح فيه القواعد الاتفاقية والعرفية جزءاً من القانون الوطني بالنتيجة. ولما أصبح من غير المستساغ أن يكون تمسك الدول بسيادتها عائقاً أمام احترام التزاماتها القانونية الدولية المنبثقة بصورة أولية عن ميثاق هيئة الأمم المتحدة ومواثيق حقوق الإنسان التي تحمل في طياتها بعض الحقوق التي أصبحت تشكل قواعد آمرة. ولما كانت المادة(46) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969م، قد أوضحت أنه لا يجوز لأي دولة أن تنتصل من التزاماتها الدولية الناشئة عن المعاهدات بحجة تعارضها مع قانونها الداخلي أو عدم تصديقها دستورياً، وهو ما قضاه الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية الدائمة بشأن قضية ويمبلدون سنة 1923م، وكذلك ما قضى به حكم محكمة العدل الدولية بشأن النزاع بين هيئة الأمم المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية سنة 1988م، بشأن اتفاق مقر الأمم المتحدة في نيويورك سنة 1947م، حيث غلبت محكمة العدل الدولية أحكام القانون الدولي على القانون الداخلي الأمريكي، عندما قررت أن "الولايات المتحدة الأمريكية ملزمة باحترام التزاماتها الدولية"، ومؤكدة لمبدأ سمو القانون الدولي على قواعد القانون الداخلية عند وجود تعارض بينهما باعتباره مبدأ ثابتاً في القانون الدولي المعاصر، حيث يتطلب أداء المبعوث الدبلوماسي لمهمته تمتعه بالاستقلال في تصرفاته، ومعاملته باحترام، وتقديم الرعاية الواجبة. وفي سبيل ذلك ، أقر العرف الدولي والاتفاقيات الدولية للمبعوثين الدبلوماسيين عدداً من الامتيازات تضمن لهم الاحترام اللازم، ولعل من أهم هذه الامتيازات إلى جانب الحصانة الدبلوماسية الإعفاء من القضاء الإقليمي، عدا عن الاستثناءات المحددة على سبيل الحصر. والإعفاء من القضاء الإقليمي يشمل القضاء الجنائي والقضاء المدني. فالإعفاء من القضاء الجنائي الإقليمي هو نتيجة للحصانة التي يتمتع بها، فلا يجوز التعرض له أو القبض عليه لأي سبب، كذلك لا يجوز محاكمته

على أي جريمة يرتكبها. وهذا الإعفاء لا يحتمل أي استثناء، وإنما للدولة الطلب من دولته استدعائه ومحاكمته. أما الإعفاء من القضاء المدني فيعود إلى ما تقتضيه طبيعة العمل الدبلوماسي من التمتع بالاستقلالية في ممارسته لمهامه، وإمن مؤدى ذلك ليس ضياع حقوق الأشخاص، وإنما يمكن أن يلجؤوا إلى الجهة التي تتبعها البعثة الدبلوماسية. وفي الحالة الماثلة أمامنا، نحن أمام منظمة دولية أبرمت اتفاقاً مع السلطة الوطنية الفلسطينية سنة 1996م، لتطبيق الحصانات والامتيازات التي يتمتع بها أعضاء وممثلو الأمم المتحدة في الدول المختلفة وفقاً لاتفاقية سنة 1946م. ومن ثم فإن ما تثيره هذه القضية ليس غياب القواعد الواجبة التطبيق، إذ أن الحقائق المتمثلة بتمتع مبعوثي الأمم المتحدة لدى دولة فلسطين لا يمكن تغييبها عن الواقع المطروح والمائل أمامنا، وإنما في ظل أن هذه القواعد ليست جزءاً من التشريع الداخلي الفلسطيني، فإن الحق يقال كما طرحه قاضي الموضوع في طلب الإحالة في تحديد العلاقة بين القانون الداخلي والقانون الدولي، وما تم طرحه من نظريات فقهية في العمل الدولي كانت الأساس للعمل الدولي والقضاء الدولي، حيث عمدت معظم الدول إلى إدراج تحديد تلك العلاقة في أنظمتها القانونية، وبالذات في دساتيرها، وهذا ما افترق إليه القانون الأساسي لسنة 2003م، وتعديلاته سنة 2005. وفي هذا المقام ترى المحكمة أننا أمام حالة قانونية لا بد من البت بشأنها، ألا وهي أننا أمام قواعد قانونية دولية مماثلة في الاتفاق بين السلطة الفلسطينية والمنظمة الدولية، بشأن احترام الحصانات والامتيازات التي تتمتع بها المنظمة الدولية في أراضي دولة فلسطين. علماً أن دولة فلسطين أصبحت طرفاً في اتفاقية فيينا لسنة 1961م، بشأن الحصانات والامتيازات الدبلوماسية سنة 2014م، واتفاقية فيينا لقانون المعاهدات سنة 1969م وهذه القواعد لم تدخل التشريعات الوطنية الفلسطينية، ولم تصبح جزءاً منه، ومن ثم لأيهما العلوية لقواعد القانون الدولي، أم لقواعد القانون الداخلي، أم لا علاقة بينهما؟، وانتظار عملية تشريعية تتم بموجبها إدماج قواعد القانون الدولي الملزمة في النظام القانوني الفلسطيني عبر عملية تشريعية متكاملة. ومن ثم فإن المحكمة ترى لتحديد العلاقة بين القانون الداخلي

والقانون الدولي لا بد من النظر إلى طبيعة تلك القواعد ابتداءً، ومن ثم لا بد من أخذ وضع دولة فلسطين من أنها تقدم نفسها كدولة تحترم التزاماتها الدولية، وهذا جزء من كفاحها ونضالها القانوني لتجسيد دولة فلسطين كدولة بين دول العالم المتقدمة، تعمل على احترام التزاماتها الدولية . وفي هذا المقام يجب التأكيد على قضية أساسية، وهي أن وضع دولة فلسطين في تطورها القانوني لا بد أن تعطي الاعتبار للقانون الدولي وحتى ولو لم تكن هذه القواعد الدولية قد أدمجت في القانون الداخلي، إلا إذا تعارضت مع القيم الدينية والسياسية والثقافية للشعب الفلسطيني. وبالتدقيق، تجد المحكمة أن القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م وتعديلاته، قد خلا من تحديد مرتبة الاتفاقيات الدولية بالنسبة للقانون الوطني، باستثناء الإشارة الواردة في المادة(10) من هذا القانون، والتي حثت دولة فلسطين للانضمام لاتفاقيات حقوق الانسان، وأكدت على أن حقوق الإنسان ملزمة وواجبة الاحترام، وحيث تجد المحكمة أن القانون الاساسي لم يبين آليات إدماج قواعد الاتفاقيات الدولية في القانون الوطني. ولما كان الفقه قد جعل من عدم اشتراط آليات معينة لإدماج وإنزال مقتضيات هذه الاتفاقيات الدولية في منظومة القوانين الداخلية مسألة تؤكد أن النظام القانوني الدولي والنظام القانوني الداخلي هما وحدة واحدة، وهذا ما ينسحب على الحالة الدستورية الفلسطينية في ظل عدم تحديد القانون الأساسي الفلسطيني لهذه الآليات. وحيث أن الفقه والقضاء الدوليين قد استقرا على مبدأ سمو الاتفاقيات الدولية على التشريعات الوطنية في هذه الحالة، ولم كانت فلسطين ومنظمة التحرير الفلسطينية تتمتعان بالشخصية القانونية الدولية، وحيث أن دولة فلسطين وكتعبير عن هذه الشخصية القانونية قد صادقت في السنوات الأخيرة على عشرات الاتفاقيات الدولية، فإن هذه الممارسة النشطة لدولة فلسطين تؤكد أنها قد ذهبت إلى التفاعل الإيجابي مع منظومة القانون الدولي بكل مكوناتها بما يكفل الحفاظ على الهوية الوطنية والدينية والثقافية للشعب العربي الفلسطيني. ولما كانت الحصانة التي تتمتع بها المدعى عليها في الدعوى الموضوعية وكالة غوث وتشغيل اللاجئين المضموم إلى أوراق الدعوى بتاريخ 2017/01/02م، قد انصب على أن

وكالة غوث وتشغيل اللاجئين هي هيئة فرعية تابعة للأمم المتحدة، وهي مأمّن من كل أشكال الإجراءات القانونية لكونها تتمتع بالحصانة، وعملاً بأحكام اتفاقية سنة 1946م، المتعلقة بامتيازات وحصانات الأمم المتحدة، وهي مسألة تتصل بالتنظيم الدولي، وذلك تعبيراً عن تنازل الدول عن جزء من سيادتها لصالح الجماعة الدولية، وحيث أن الحق في اللجوء للقضاء المنصوص عليه في المادة (30) من القانون الأساسي هي مسألة تتصل بالنزاعات الوطنية التي أكسبت (اتفاقياً وعرفياً) الأمم المتحدة ومؤسساتها حصانة شاملة، وحيث أن المواطن الفلسطيني (المدعي) بموجب هذه الاتفاقيات له الحق في اقتضاء حقوقه بوسائل أخرى. ولهذه الأسباب: تقرر المحكمة بالأغلبية الفصل في المسألة الدستورية موضوع الإحالة بتأكيد سمو الاتفاقيات الدولية على التشريعات الداخلية، بحيث تكتسب قواعد هذه الاتفاقيات قوة أعلى من التشريعات الداخلية، بما يتواءم مع الهوية الوطنية والدينية والثقافية للشعب العربي الفلسطيني، مع تمتع الأمم المتحدة ومؤسساتها بالحصانة من الإجراءات القضائية الوطنية.¹⁵⁵

6- في الدعوى الدستورية رقم 2021/3 قضية رقم (17) لسنة (06) قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية" حكمت المحكمة بعد التدقيق والمداولة قانوناً، وحيث يبين من لائحة الدعوى وسائر الأوراق المرفقة أن اتصال الدعوى بالمحكمة الدستورية العليا قد تم وفقاً لأحكام المادة (1/27) من قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006م، وتعديلاته، أي الدعوى الأصلية المباشرة التي تشترط الضرر فيمن أراد اللجوء إلى ذلك المسار من جراء تطبيق نص قانوني يشوبه عوار دستوري. وحيث إن المادة (1/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م، وتعديلاته أجازت لكل شخص طبيعي أو اعتباري أن يرفع طعناً بطريقة الدعوى الأصلية المباشرة أمام هذه المحكمة إذا كان متضرراً، وكانت له مصلحة شخصية مباشرة من الدعوى المرفوعة، ما مؤداه أن الخصومة الدستورية في الدعوى المباشرة كسائر الخصومات الدستورية هي خصومة عينية موجهة أصلاً إلى

¹⁵⁵ قضية رقم (12) لسنة (2) قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية"

التشريع المطعون فيه، مناطها اختصاص هذا النص وحظر تطبيقه وإبطاله وزواله، واعتباره كأن لم يكن وإنهاء قوة نفاذه، وإعمالاً للأثر المحدد في القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته، وذلك في إطار تحقيق المصلحة العامة واستقرار النظام العام، الأمر الذي يستتبع معه القول أن الدعوى الماثلة بحسب طبيعتها الخاصة ليست طعنًا بين خصوم لكنها طعن ضد التشريع أو النص التشريعي المطعون عليه بعدم الدستورية. وحيث أن المدعي أورد أنه تعرض للضرر جراء الإعلان الصادر عن النيابة بتاريخ 2021/06/07م بناءً على الفقرة (1/ب) من المادة (16) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م المعدلة بالمادة (5) من القرار بقانون رقم (40) لسنة 2020م، بشأن تعديل قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م، مدعياً أن النص المذكور مخالفاً لأحكام القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته، ما يتصل بالحق في المساواة الذي كفلته المادة (9) منه، وحرمة النص المطعون في عدم دستوريته من الحق في دخول المسابقة لمعاوني النيابة العامة، الأمر الذي كان متاحاً في ظل النص السابق قبل التعديل. وحيث إن المدعي يرى أن النص المطعون فيه يشوبه العوار الدستوري من وجهين أحدهما شكلي والآخر موضوعي. وحيث إن العوار الدستوري الشكلي كما يراه المدعي عدم انطباق حالة الضرورة على تعديل النص المذكور إذ لا توجد حالة ضرورة وفقاً لأحكام المادة (43) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته. وحيث إن المحكمة الدستورية العليا تصدت في العديد من قراراتها للقرارات بقانون الصادرة وفقاً لأحكام المادة (43) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته، ولعل من أهمها القرار رقم (2016/3) والقرار رقم (2018/10)، ومن ثم لا مجال للرجوع لمناقشة الأمر من جديد إذ لم تستجد أي من الاعتبارات لمعاودة مناقشة المادة (43) والقرارات بقانون الصادرة وفقاً لها علماً أن القرارات بقانون الصادرة بموجب المادة (43) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته تخضع للرقابة الدستورية. وحيث أن المدعي يرى أن العوار

الدستوري الموضوعي هو مخالفة النص المطعون بعدم دستوريته المادة (9) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته والتي تنص: "الفلسطينيون أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة"، وكذلك مخالفة المادة (26) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، التي تنص على أن: "الناس جميعاً سواء أمام القانون ويتمتعون دون أي تمييز بحق متساو في التمتع بحمايته. وفي هذا الصدد يجب أن يحظر القانون أي تمييز وأن يكفل لجميع الأشخاص على السواء حماية فعالة من التمييز لأي سبب، كالعرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأي سياسياً أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب". وحيث إن هذا المنحى لمبدأ المساواة يأخذ جانبين، الأول: المساواة بين من عين وفقاً للقانون القديم ومن عين وفقاً للشروط الجديدة الواردة في المادة (5) من القرار بقانون رقم (40) لسنة 2020م بشأن تعديل قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م، وفي هذا السياق ثبات مبدأ المساواة بين المواطنين في الحقوق لا يعني المساواة بين الأفراد جميعهم رغم اختلاف ظروفهم، لأن المشرع يملك لمقتضيات الصالح العام وضع شروط عامة ومجردة تحدد المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد بحيث يكون لمن توفرت فيهم هذه الشروط دون سواهم أن يمارسوا الحقوق التي كفلها لهم المشرع وينتفي مناط المساواة بينهم وبين من تخلفت بالنسبة اليهم هذه الشروط. والثاني: جانب مساواة القضاة مع أعضاء النيابة العامة اللذين يقومون بمهام واختصاصات في مجال الدعوى الجزائية، تساعد السلطة القضائية في تنفيذ عملها ومهامها بناءً على العلاقة التكاملية والمتداخلة بين القضاء والنيابة العامة، كما أنها تساهم في إقرار وإرساء العدالة وسيادة القانون وحماية الحقوق والحريات، ما يستوجب إسباغ الحصانة القضائية على أعضاء النيابة العامة إلا أن المركز القانوني للقضاة يختلف عن المركز القانوني لمعاوني النيابة العامة، وهذا الاختلاف ناجم عن اختلاف الحقوق والواجبات والمساواة وردت فقط

في شروط التعيين وفقاً للمادة (16) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م التي عدلت بموجب المادة (5) من القرار بقانون رقم (40) لسنة 2002م بشأن تعديل قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م فالثابت قصر هذا التنظيم على القضاة تقرر لأغراض تقتضيها المصلحة العامة صوناً للقضاء وتوكيداً لما ينبغي أن يتوفر من الثقة في القائمين عليه، وتلك جميعها مصالح مشروعة، ويعتبر هذا التعديل المحدد للحد الأدنى من العمر مرتبطاً بها ومحققاً لها، وعليه فإن مسألة الإخلال بمبدأ المساواة أمام القانون تكون فاقدة أساسها حرية بالرفض، الأمر الذي يجعل طعن المدعي بهذا الخصوص غير وارد وإنما يدخل في اختصاص القضاء الذي يعرض أمامه، ولما لهذه المحكمة من صلاحية وفقاً لنص المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م وتعديلاته تجد أن التعديل الذي جرى على المادة (16) المعدلة بالمادة (5) من القرار بقانون رقم (40) لسنة 2020م بشأن تعديل قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م قد قصد به المشرع التعديل بشأن القضاة دون غيرهم، وذلك واضح الدلالة من المادة (3) من القرار بقانون المشار إليه للكلمات والعبارات الواردة في هذا القانون والمعاني المخصصة لها، وأن المادة (61) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م المتعلق بشأن تعيين أعضاء النيابة العامة لها ارتباط بالمادة المعدلة سالف الذكر، حيث جاء النص الوارد فيها يشترط فيمن يعين عضواً في النيابة العامة أن يكون مستكماً بالشروط المبينة في المادة (16) من قانون السلطة القضائية سالف الذكر، مما أدى إلى انعكاس التعديل على أعضاء النيابة العامة دون وضوح القراءة القانونية لذلك لا سيما وأن التعديل يحتوي مضامين قانونية جديدة تعكس تنظيم تشريعي محدد الدلالات للقضاة وليس لأعضاء النيابة العامة. وعليه، وحيث إن تحقيق الانسجام في النصوص القانونية وإزالة ما يعتريها من قصور أو غموض أو تناقض أمر لا بد منه، وحيث إن المهمة الرئيسية في إيجاد الفواصل المحددة بين المراكز القانونية المختلفة بين القضاء والنيابة العامة تقع على عاتق المشرع لإيجاد الحلول لمثل

هذه الحالات ومنع التداخل فيما بينها. ولهذه الأسباب حكمت المحكمة الدستورية العليا برفض الدعوى، ومصادرة قيمة الكفالة سنداً إلى أحكام المادة (2/45) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م وتعديلاته.¹⁵⁶

ان الدارس لقرارات واحكام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين يلاحظ بان المحكمة قد تصدت لموضوع الاغفال التشريعي الجزئي واشارت في العديد من الاحكام الى الاغفال دون تعريفه وانما الاشارة اليه بانه قصور تنظيمي في التشريع، او استخدمت عبارات تدل على الاغفال التشريعي مثل " لم يعالج النص" او "اهمل المشرع واغفل" وقد نحت المحكمة بذلك نحو معالجة اثار الاغفال التشريعي دون الولوج في معرض التعريفات الفقهية للإغفال التشريعي وانما ركزت بذلك على كشف جوانب القصور التشريعي ومعالجة اثاره.

المطلب الرابع: معالجة النظم الدستورية للإغفال التشريعي

اختلفت النظم الدستورية المقارنة في كيفية معالجة ظاهرة الإغفال التشريعي، والذي بمقتضاها ينظم المشرع بعض الموضوعات أو بعض جوانبها ويغفل بعضها، وتعد مسألة كيفية معالجة النظم الدستورية لظاهرة الإغفال التشريعي هامة في هذا السياق كونها تبين وبشكل مباشر طبيعة العلاقة بين الجهة الرقابية والسلطة التشريعية وحدود تلك الرقابة وهل يمكن أن يحل القاضي الدستوري محل المشرع عند قيامه برقابة الإغفال خاصة في حالة الإغفال الكلي أو السكوت ، كما يمكن من خلال الوقوف عند كيفية معالجة النظم الدستورية التوصل إلى الوسائل الفنية التي من خلالها يفرض القاضي الدستوري

¹⁵⁶ قضية رقم (17) لسنة (06) قضائية المحكمة الدستورية العليا" دستورية

رقابته على الإغفال التشريعي دون أن يتجاوز حدود وظيفته¹⁵⁷. لقد عرفت النظم الدستورية المقارنة صور مختلفة لمعالجة الإغفال التشريعي، وهذا ما يستعرضه الباحث في هذا المطلب من الدراسة:

1. صورة الاحكام الكاشفة

بحيث يقتصر دور القاضي في هذه الصورة في الكشف عن وجود خلل دستوري بصفة عامة ومن بين هذا الخلل أو المخالفة وجود إغفال تشريعي، ولا يتجاوز دور القاضي الدستوري في هذه الحالة مجرد الكشف عن وجود إغفال تشريعي وإخطار السلطة التشريعية، ولا يكون له القدرة في هذه الحالة على الحكم بعدم الدستورية.¹⁵⁸

2. صورة الأحكام الإيعازية

لا يتوقف دور القاضي الدستوري في هذه الصورة عند مجرد الكشف عن وجود إغفال تشريعي، بل يتعدى ذلك إلى مخاطبة السلطة التشريعية، ويدعوها من خلالها بسد الإغفال التشريعي، وتتعدد أشكال الخطاب الذي يرسل القاضي الدستوري فقد يكون طلب أو أمر مباشر وقد يكون على شكل توصية كما يمكن أن يتمثل في نصائح وقد يرقى لمستوى التأييد، وبكل الحالات لا يكون للقاضي الدستوري صفة إلزام على السلطة التشريعية بأن تستجيب لهذا الأمر أو حتى النداء أو التوجيه.¹⁵⁹ ويرى الباحث أن مثل هذا النوع من المعالجات يمثل وسيلة ضغط جديرة بالتطوير والاهتمام بحيث يمكن عن طريقها إلزام المشرع بسد ثغرات النصوص التشريعية المتضمنة إغفال تشريعي.

3. صورة الحكم بعدم دستورية النص المنطوي على الإغفال

¹⁵⁷ سالم، عبد العزيز (2020). الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي. مرجع سابق. من خلال الرابط :

<https://manshurat.org/node/66837>

¹⁵⁸ المر، عوض (2003). الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الأساسية. مرجع سابق. ص 1416.

¹⁵⁹ سلمان، عبد العزيز (1998). قيود الرقابة الدستورية. دار نهضة القانون. ص 108

وتكون معالجة الإغفال وفق هذه الصورة من خلال قيام القاضي الدستوري بإصدار حكم، دون أن يسبقه توجيه أي مخاطبة أو توصية أو مطالبة بمعنى لا يمنح القاضي الدستوري المشرع في هذه الحالة أي مهلة لمعالجة الإغفال وعدم الدستورية، والجدير بالذكر أن الحكم في هذه الصورة لا ينصب على النص بصورة كلية وإنما يقتصر فقط على الجزء المتضمن للإغفال.¹⁶⁰

4. صورة الأحكام المضيفة أو المكملة

يقوم القاضي الدستوري في هذه الصورة بتفسير النص التشريعي مع الإضافة إلى النص ما أغفله أو سكت عنه حتى يكون متطابقاً مع الدستور، ويأخذ تفسير القاضي الدستوري في هذه الحالة ثلاثة صور، وهي:

- التفسير الإنشائي أو البناء: الذي يكون الغرض منه ملء الفراغ التشريعي.
- التفسير المحايد: الذي لا يتضمن أي إضافة إلى النص التشريعي، ويقتصر على مجرد التفسير.
- التفسير التوجيهي: الذي لا يكون الغرض منه إلا توجيه القائمين على تطبيق القانون باتباع منهج معين أو اتباع الضوابط والتحفظات التي انتهى إليها القاضي الدستوري من خلال تفسيره للنص

محل الرقابة.¹⁶¹

¹⁶⁰ الشيمي، عبد الحفيظ (2003). رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا. ص 62.

¹⁶¹ سرور، أحمد (1999). الحماية الدستورية للحقوق والحريات. دار الشروق. ط 1. ص 203.

الخاتمة

في نهاية هذه الدراسة بعنوان الإغفال التشريعي وسلطة القاضي الدستوري في الرقابة عليه، يضع الباحث بين يدي القراء والمختصين جملة من النتائج، ويعقبها جملة من التوصيات، علها تكون دليل إرشادي للمشرع لتطوير وتعديل التشريعات ومعالجة القصور والنهوض بمنظومة الرقابة على الإغفال التشريعي، وذلك كما يلي:

النتائج

1- قضت المحكمة الدستورية بإمتداد صلاحيتها الرقابية على القوانين والتشريعات التي كانت نافذة ما قبل قيام السلطة الفلسطينية استنادا للمرسوم الرئاسي رقم 1 لسنة 1994. وقضت انه بموجب هذا المرسوم الذي قضى باستمرار نفاذ هذه التشريعات في الاراضي الفلسطينية فقد تحولت هذه الى قوانين وتشريعات فلسطينية خاضعة لرقابة القضاء الدستوري شأنها شأن التشريعات والقوانين الصادرة عن السلطة التشريعية الفلسطينية. وقد قامت المحكمة بهذا بالغاء قرار المحكمة العليا بصفتها الدستورية لسنة 2012 والذي كان قد قضى بعدم خضوع هذه القوانين لسلطتها الرقابية

2- توصل الباحث الى ان موضوع الاغفال التشريعي وان كان مستحدث الدراسة والبحث على المستوى المحلي والمقارن الا ان القضاء الدستوري الفلسطيني وعلى الرغم من حداثة من حيث التشكيل انكب على التصدي لهذه الاشكالية في القصور التنظيمي الوارد في التشريعات الفلسطينية النافذة. ولا شك ان المحكمة الدستورية العليا في هذاالمقام تعالج هذه الاشكالية نظرا لخطورة اثارها السلبية ذات العلاقة بالحقوق العامة والفردية والدستورية في ظل غياب كامل للمجلس التشريعي منذ العام 2007

3- تتصدى المحكمة الدستورية للاغفال التشريعي الجزئي ولا تعالج الاغفال التشريعي الكلي حرصا على مبدأ الانفراد التشريعي ومبدأ الفصل بين السلطات والحفاظ على السلطة التقديرية للمشرع لسن

التشريعات وفقا للحاجة المجتمعية والتي تقع ضمن السلطة التقديرية للمشرع ولا تخضع هذه الا للرقابة الشعبية على ممثلي الامة وفقا لمنحى المحكمة الدستورية العليا في فلسطين.

5- توصلت الدراسة الى ان المحكمة الدستورية العليا في فلسطين قد استبعدت معالجة الاغفال التشريعي الكلي حفاظا على جملة من المبادئ الدستورية اهمها مبدأ الفصل بين السلطات حيث ان ممارسة التشريع حق وواجب دستوري للسلطة التشريعية ولا رقابة على السلطة التقديرية للمشرع هنا الا الرقابة الشعبية ذات البعد السياسي وليس القضائي.

6- بدراسة القرارات القضائية الدستورية الفلسطينية اتضح للباحث بان تصدي المحكمة الدستورية (القاضي الدستوري) لا ينشأ بالضرورة قواعد قانونية جديدة حيث ان هذا الامر منوط بالسلطة التشريعية الا ان القاضي الدستوري يعمل على فحص مدى ملائمة القاعدة القانونية بسبب قصور تنظيمي الم بها امام القواعد السامية للدستور او للقانون الاساسي في الحالة الفلسطينية. وقد عالجت المحكمة الدستورية الفلسطينية العديد من هذه القضايا كما ورد في هذه الدراسة وخلصت الى اتخاذ احكام كاشفة للعوار الدستوري الوارد في بعض المواد التي نظرتها وقضت بعدم دستوريته.

التوصيات

- 1- ضرورة القيام بمراجعة شاملة لكافة التشريعات الفلسطينية لا سيما تلك التي تمس الحق العام وحقوق الأفراد ومعالجة جوانب الإغفال الواردة فيها سيما حيث أن عدم مواكبة التطورات الحديثة وملائمة القوانين معها قد يسبب الوقوع في القصور التشريعي.
- 2- زيادة إهتمام المشرع الفلسطيني بنظرية الإغفال التشريعي وتحديد لها لمعالجة العوار الحاصل في التشريعات والأنظمة الحالية وتلافياً لحصول هذا في التشريعات المستقبلية.
- 3- مراجعة واخضاع القوانين السارية في فلسطين قبل مجيء السلطة لاسيما تلك التي تحتوي على مخالفات دستورية واضحة فيما يتعلق بحالات الإغفال التشريعي لرقابة القضاء الدستوري سيما وأن المحكمة الدستورية قد أكدت سلطتها الرقابية على هذه القوانين منذ العام 2018.
- 4- يوصي الباحث بضرورة تعميق الدراسة والبحث في موضوع الاغفال التشريعي الجزئي في فلسطين سيما وان البلاد تعاني من غياب الافق السياسي الذي يجعل من امكانية اجراء الانتخابات التشريعية امراً قريب الحدوث. ان استمرار غياب السلطة التشريعية في فلسطين بعد تعطل عملها منذ العام 2007 يزيد من اعباء المحكمة الدستورية العليا بالضرورة وقد اشارت المحكمة في قرارها للعام 2018 بالدعوة الى اجراء الانتخابات التشريعية.

المصادر والمراجع

المصادر

القران الكريم - تفسير الجلالين

القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 وتعديلاته لعام 2005.

قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني رقم 3 لسنة 2006 وتعديلاته

قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م.

قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001

قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة 2001م

قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 ،

قرار رئيس السلطة الوطنية رقم (1) لسنة 1994 بشأن استمرار سريان القوانين والأنظمة التي كانت

سارية المفعول قبل تاريخ (5) حزيران

قانون واجبات وحقوق أعضاء المجلس التشريعي رقم (11) لسنة 2004

القرارات والأحكام القضائية

- احكام المحكمة الدستورية المصرية

حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (177) لسنة (26) قضائية ، بجلسة

2007/01/1/14.

- احكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا - فلسطين

قرار المحكمة الدستورية العليا في قضية رقم 3 لسنة (2018)

قرار المحكمة الدستورية العليا في قضية رقم (16) لسنة (06) قضائية

قرار المحكمة الدستورية القضية رقم (08) لسنة (3) قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية"

قرار المحكمة الدستورية في قضية رقم(16) لسنة (06) قضائية المحكمة الدستورية العليا" دستورية.

قرار المحكمة الدستورية الدستورية العليا في قضية رقم (12) لسنة (2) قضائية المحكمة الدستورية العليا" دستورية"

قرار المحكمة الدستورية بشأن حل المجلس التشريعي وإجراء الانتخابات. رقم (10/ 2018) بتاريخ 12 ديسمبر 2018.

حكم المحكمة الدستورية المنعقدة في رام الله في الدعوى الدستورية رقم 3 لسنة 2017. الصادر بتاريخ 2017/05/16.

حكم المحكمة الدستورية المنعقدة في رام الله في الدعوى الدستورية رقم 7 لسنة 2017. الصادر بتاريخ 2018/05/08.

حكم المحكمة الدستورية المنعقدة في رام الله في الدعوى الدستورية رقم 17 لسنة 2019. الصادر بتاريخ 2019 /09/04.

حكم محكمة الدستورية المنعقدة في رام الله في الدعوى الدستورية رقم 3 لسنة 2019. الصادر بتاريخ 2020/10/07.

قرار المحكمة في الطلب رقم (5) لعام 2018 لسنة 5 قضائية والمتعلق بتنازع اختصاص قضائي حكم المحكمة الدستورية المنعقدة في رام الله في الدعوى الدستورية رقم 9 لسنة 2016، الصادر بتاريخ 2018.

المراجع

اولا: الكتب

أبو العينين، محمد ماهر (2013). الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته. المركز القومي للإصدارات القانونية. القاهرة. مصر.

الطماوي، سليمان(2006). النظرية العامة للقرارات الإدارية. طبعة مزيده ومنقحة. دار الفكر العربي.

الهاشمي، يوسف(2014). رقابة دستورية القوانين واللوائح في مملكة البحرين والدول العربية. دار الكتاب الجامعي. ط1.

الغفلول، عيد (2003). فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع. دار النهضة العربية. القاهرة. مصر. ط2.

الهاللي، علي (2011) . النظرية العامة في تفسير الدستور. منشورات زين الحقوقية.

السالمان، عبد العزيز (1998). قيود الرقابة الدستورية. دار نهضة القانون .

الشمي، عبد الحفيظ (2003). رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا.

ابو الوفاء، أحمد (2015). المرافعات المدنية والتجارية بمقتضى قانون المرافعات الجديد رقم 13 لسنة 1968 وقانون الاثبات رقم 35 لسنة 1968. الأردن. مكتبة الوفاء القانونية. ط1.

المساوي، أشرف (2010). المبادئ الدستورية في التشريعات الوطنية. المركز القومي للإصدارات القانونية. ط1. القاهرة. مصر.

الحاج، سامي (2004). المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان. دار الكتاب الجديدة المتحدة . ط3.

ابو حجيله، علي (2004). الرقابة على دستورية القوانين في الأردن. دار الثقافة للنشر والتوزيع. ط1.

الشوابكة، محمد (2012). رقابة الامتناع على دستورية القوانين. دار الثقافة. عمان. ط1.

بن حمودة، ليلي (2014). الديمقراطية ودولة القانون. دار هومة للنشر والتوزيع. د.ط. الجزائر.

عادل، جواهر (2016). الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي. دار النهضة العربية. مصر.

عبد الفتاح، عبد المنصف (2011). رقابة الملائمة في القضاء الدستوري. دار النهضة العربية القاهرة. مصر.

سلمان، سمير (2019). الإغفال التشريعي وإمكانية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق. المجلد 21.

سرور، أحمد (1999). الحماية الدستورية للحقوق والحريات. دار الشروق. ط1.

سرور، أحمد (2002). القانون الجنائي الدستوري. دار الشروق. ط2.

طريح، هالة (2011). حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات العامة والضمانات المقررة لممارستها. دار النهضة العربية. القاهرة. مصر

حسني، بوديار (2003). الوجيز في القانون الدستوري. دار العلوم للنشر والتوزيع. ط1. الجزائر.

ذبيح، ميلود (2016). الفصل بين السلطات. دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع.

دريس، نبيل (2017). الديمقراطية التشاركية مقاربات في المشاركة السياسية. مركز الكتاب الأكاديمي.

خرباشي، عقيلة (2007). العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان. دار الخلدونية للطباعة والنشر.

صبحي، جابر (2012). السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا. دار النهضة العربية. القاهرة. مصر. ط1.

فهمي، مصطفى (1989). القانون الدستوري والنظم السياسية، دار المطبوعات الجامعية.

عبد الوهاب، محمد رفعت (2008). رقابة دستورية "المبادئ النظرية و التطبيقات الجوهرية". دار الجامعة الجديدة للنشر. الإسكندرية. مصر

نويجي، محمد (2008). التفسير المنشئ للقاضي الدستوري. دار النهضة العربية. ط1. القاهرة.

يوسف، دعاء (2000). الحماية الدستورية للحقوق والحريات . دار الشروق. ط2. القاهرة. مصر. صبري، السيد (1949). مبادئ القانون الدستوري. مكتبة عبد الله وهب. القاهرة. ط4.

نويجي، محمد (2007). فكرة تدرج القواعد الدستورية دراسة تحليلية. دار النهضة العربية. ط1.

زكي، محمود (2003). الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحجته في ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا. دار النهضة العربية. ط1. القاهرة.

ثانيا: الأطروحات والرسائل الجامعية

أبو جلمبو، أحمد (2016) تفويض الاختصاص في القانون الفلسطيني. رسالة ماجستير. الجامعة الإسلامية. غزة. فلسطين.

الظفيري، فالح (1997). الاختصاصات التشريعية لرئيس الدولة في النظم السياسية. رسالة ماجستير. جامعة القاهرة. مصر.

الدراجي ، جعفر(2006). التوازن بين السلطة والحرية في الانظمة الدستورية . أطروحة دكتوراه. جامعة بغداد.

بن سالم، جمال(2015). القضاء الدستوري في الدول المغاربية. أطروحة دكتوراه. جامعة الجزائر. الجزائر

عبدالله، عبد الحليم(1974). الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام. اطروحة دكتوراه. جامعة بغداد.

كيلالي، زهرة (2013). الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه. رسالة ماجستير. جامعة أبي بكر بلقايد. تلمسان. الجزائر .

حافظي، سعاد (2008). الضمانات القانونية لتطبيق القواعد الدستورية . رسالة ماجستير. جامعة أبو بكر بلقايد . تلمسان. الجزائر

ثالثا: الدراسات والمقالات

أبو علي، سعيد (د.س). طبيعة الرقابة الدستورية على التشريعات الفرعية في القانون الأساسي الفلسطيني. مجلة العلوم القانونية والسياسية. جامعة القدس. العدد 7.

الريماوي، عبد الملك، سليم، حسن، الاغفال التشريعي وحدود رقابة القاضي الدستوري. المجلة الدولية للعلوم الانسانية والاجتماعية، العدد الثامن. المجلد الخامس. 2022.

المر، عوض (2003). الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الأساسية. مركز رينية. جان دديوي للقانون والتنمية.

البحري، حسن (2008). دور السلطة التنفيذية في العملية التشريعية في النظام البرلماني البريطاني. مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية. العدد 24. المجلد الأول.

دراج، أسامة (2020). الرقابة على دستورية القوانين في فلسطين. المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية. المجلد الرابع. العدد الأول.

حسين، ميسون(2020).المعالجة التشريعية للإغفال الدستوري في تنظيم الحكومة البرلمانية. مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية. المجلد 28. العدد 6.

مهدي، سناء (2021). الإغفال التشريعي ودور القاضي الدستوري في الرقابة عليه. مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين. المجلد 23. العدد 2.

عبد الحسن، زينة، علي، محمد (2019) دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة. مجلة قضايا سياسية. جامعة النهرين. العدد 57.

صديق، سهام (2014) الإغفال التشريعي وسبل معالجته. مقال منشور في مجلة القانون والأعمال الدولية. جامعة الحسن الأول. المغرب.

زيدات، رائد (2012). ضوابط الاختصاص الدولي للمحاكم الفلسطينية. منشورات مجلس القضاء الأعلى في دولة فلسطين.

عبد الوهاب، محمد (2005). مبادئ وأحكام القانون الإداري. منشورات الحلبي الحقوقية. ط1.

بالجيلالي، خالد (2017). الاختصاص السلبي للمشروع والرقابة عليه. مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية. العدد السادس.

ناجي، ليلي (2018) دور القاضي الدستوري في الإصلاح التشريعي. بحث مقدم الى مؤتمر (الإصلاح التشريعي طريق نحو الحكومة الرشيدة ومكافحة الفساد) الذي اقامته مؤسسة النبأ للثقافة والاعلام وجامعة الكوفة. العراق.

عباس، علي (2007). الصياغة التشريعية واثرها في تطبيق القانون. بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية "بيت الحكمة". العدد 21.

عبد الكريم، سري. طالب الإمارة، حيدر (2019). آثار الإغفال التشريعي الإجتماعية. مجلة العلوم القانونية. جامعة بغداد. العدد الثاني.

رضوان خرشي، أحمد، عبد المنعم . دون سنة . الرقابة على دستورية القوانين كأداة في يد السلطة القضائية في مواجهة السلطة التشريعية. مجلة العلوم القانونية والاجتماعية .جامعة زيان عاشور .الجزائر. العدد الرابع.

عبد العزيز، راجي (2015). آلية الرقابة على دستورية القوانين وتأثيرها في الإصلاحات السياسية والقانونية للدول العربية. مجلة الحقوق والعلوم السياسية .العدد الثالث .

حكيم، تيبنة (2020). الرقابة القضائية على دستورية القوانين. المحكمة الدستورية العليا في مصر نموذج. المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية . المجلد 5. العدد 2.

مقفولجي، عبد العزيز، د.ت. شروط قبول الدعوى. مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية. العدد السادس.

عزاوي، عبد الرحمن(2010). الرقابة على السلوك السلبي للمشرع، الإغفال التشريعي نموذجاً، مجلة العلوم القانونية الإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد -تلمسان-، الجزائر.العدد.10.

المراجع الإلكترونية

مؤسسة الحق، ورقة موقف حول مشروع قرار بقانون حماية الأسرة من العنف في فلسطين لعام 2016، منشور بتاريخ 2016/11/20.

المومني، نهلا (2020). الانفراد التشريعي ودوره في حماية الحقوق والحريات. مقالة منشورة على، منشورة بتاريخ موقع الغد بتاريخ 06/05 من خلال الرابط: <https://alghad.com>

السالمان، عبد العزيز(2020). الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي. مقال منشور بتاريخ 06/08 على موقع منشورات قانونية ، من خلال الرابط: <https://manshurat.org/node/66837>

براك، أحمد. القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي، الصفحة الشخصية للكاتب على الانترنت، من خلال الرابط: <http://ahmadbarak.ps/Category/ArticleDetails/1030>

داود، عمار (2017). بحث بعنوان : الغموض في النصوص القانونية والشرعية الإسلامية . منشور على موقع محاماة نت، بتاريخ 06/12، من خلال الرابط: <https://pulpit.alwatanvoice.com/>

عبد الكريم، فارس (2016). القصور التشريعي "بحث في فلسفة القانون الوضعي". منشور على موقع محاماة نت بتاريخ 11/28. من خلال الرابط: <https://www.mohamah.net/law/>

الريس، أحمد (2006). شروط قبول الدعوى الدستورية . مقالة منشورة بتاريخ 2006/2/4 على موقع المحامين العرب. من خلال الرابط: <http://www.mohamoon->

الشامي، عبد الكريم(2016). احكام المحاكم الدستورية في كل من مصر والاردن وفلسطين .مقال منشور بتاريخ 07/15، على موقع دنيا الوطن، من خلال الرابط:

<https://pulpit.alwatanvoice.com/>

السالمان، عبد العزيز(2013). رقابة الإغفال في القضاء الدستوري. بحث منشور بتاريخ 01/09 على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا. العراق. من خلال الرابط:

<http://www.iraqidewelopers.com/iraqfsc/ar/node/315>

أ	إقرار
ب	شكر وتقدير
ج	ملخص الدراسة
1	المقدمة
6	الفصل الأول: ماهية الإغفال التشريعي وتمييزه عن غيره من المصطلحات المشابهة
7	المبحث الأول: مفهوم الإغفال التشريعي اسبابه، أنواعه وآثاره
7	المطلب الأول: مفهوم الإغفال التشريعي لغة واصطلاحاً وقضائياً
13	المطلب الثاني: اسباب الإغفال التشريعي، أنواعه وآثاره
21	المبحث الثاني: تمييز الإغفال التشريعي عن غيره من المصطلحات المشابهة
21	المطلب الأول: تمييز الإغفال التشريعي عن السكوت التشريعي "الإغفال الكلي"
23	المطلب الثاني: تمييز الإغفال التشريعي عن عدم الاختصاص السلبي للمشرع
29	المطلب الثالث: تمييز الإغفال التشريعي عن القصور التشريعي
32	الفصل الثاني: دور المحكمة الدستورية في الرقابة على الإغفال التشريعي في فلسطين
34	المبحث الأول: تشكيل المحكمة الدستورية العليا واختصاصاتها
35	المطلب الأول: إنشاء المحكمة الدستورية العليا

38	المطلب الثاني: اختصاصات المحكمة الدستورية العليا
45	المبحث الثاني: أساس رقابة المحكمة الدستورية العليا على الإغفال التشريعي
46	المطلب الأول: الأساس الفقهي والقانوني للرقابة على الإغفال التشريعي
53	المطلب الثاني: وسائل الرقابة على دستورية القوانين في النظام الدستوري الفلسطيني
67	المطلب الثالث: نماذج من أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا
84	المطلب الرابع: معالجة النظم الدستورية للإغفال التشريعي
87	الخاتمة النتائج والتوصيات
89	المصادر والمراجع