

إشكالية الإغفال التشريعي في النظم القانونية المقارنة

د. وائل خالد محمد قاسم

حاصل على الدكتوراه في القانون العام- كلية الحقوق- جامعة أسيوط

إشكالية الإغفال التشريعي في النظم القانونية المقارنة

د. وائل خالد محمد قاسم

المستخلص:

لقد ثبت أن الهيئات التشريعية في جميع أنحاء العالم فشلت في الامتثال للالتزامات الدستورية الواضحة لسن التشريعات. وبالإضافة إلى ذلك، فقد تم الاعتراف منذ مدة طويلة بإعمال الحقوق الدستورية باعتبارها مسألة ليس فقط منع انتهاكها عن طريق السلوك الإيجابي، بل وأيضاً انتهاكها عن طريق التقاعس عن العمل. وقد تبين أيضاً أن مثل هذا التحول الواضح له فوائد عديدة تلعب دوراً مهماً في ترجيح مخاطر تطبيق مثل هذه الصلاحيات.

إن إلزام السلطة التشريعية بالامتثال لواجباتها الدستورية هو الفائدة الأولى من تحميل المحاكم الدستورية دور المشرع الإيجابي. يقع على عاتق الهيئات التشريعية واجب، ووجب أداء صلاحياتها التشريعية الإيجابية التي تفرضها الدساتير بشكل صريح. إلا أن المشرعين غير ملزمين بتنفيذ هذه الاختصاصات لعدم وجود إكراه لتنفيذ هذه الالتزامات. ومن ثم لا توجد جهة أخرى لها صلاحية إلزام السلطة التشريعية بممارسة هذه الالتزامات الإيجابية.

Abstract:

Legislatures around the world have been shown to fail to comply with clear constitutional obligations to enact legislation. In addition, the enforcement of constitutional rights has long been recognized as a matter not only of preventing their violation by affirmative conduct, but also their violation by inaction. Such a clear shift has also been shown to have several benefits that play an important role in weighing the risks of implementing such powers.

Requiring the legislature to comply with its constitutional duties is the first benefit of constitutional courts assuming the role of affirmative legislator. Legislatures have a duty to fulfill their affirmative legislative powers, which are explicitly

imposed by constitutions. However, legislators are not obligated to fulfill these powers because there is no compulsion to carry out these obligations. Therefore, there is no other party with the power to compel the legislature to exercise these positive obligations.

تمهيد وتقسيم:

تمثل مشكلة الإغفال التشريعي ULOS إشكالية سياسية ودستورية كبيرة في حد ذاتها بالنسبة للعديد من البلدان. تحدث حالات الإغفال هذه عندما لا تفي السلطة التشريعية بواجبها الدستوري، أو تفي به بشكل غير كامل، في إصدار قواعد مصممة لتنفيذ متطلبات دستورية دائمة وملموسة.

ولا يمكن فهم ظهور فكرة الإغفال التشريعي⁽¹⁾ بالشكل الكافي دون فهم أصول هذا المصطلح أولاً. ظهر هذا المصطلح - لأول مرة - في الفقه القضائي الألماني⁽²⁾ عندما أصدرت المحكمة الدستورية الفيدرالية القرار رقم ٢٩ لعام ١٩٦٩ وبموجب هذا الحكم، تم حث السلطة التشريعية على خلق ظروف متساوية بين الأطفال المولودين خارج إطار الزواج والأطفال المولودين لأبوين متزوجين - وفي هذا الحكم - رأت المحكمة الدستورية الاتحادية أن المادة ١٧١٢ من القانون المدني لا تتفق مع المادة

(1) The concept of legislative omission, in general, refers to any negligence of the legislature to implement its obligations (either constitutional or normal obligations). However, the aim of this section is to focus on the unconstitutional legislative omission as a case study for the current research.

See: Al-Dulaimi, Ahmed Oudah: "From Negative to Positive Legislator? Response to Unconstitutional Legislative Omission as a Case Study in the Changing Roles of Constitutional Courts" Submitted in fulfilment of the requirements of the degree of Doctor of Philosophy. August 2018, p:83.

https://research-repository.griffith.edu.au/server/api/core/bitstreams/d4d9c497-ae90-42f4-8db0-55b5565b2d3e/content

(2) See: T. Di Manno, Le Conseil Constitutionnel Et Les Moyens Et Conclusions Soulevés D'office (Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1994).

٥، ٦ من الدستور وأبلغت المشرع بتجاوز هذا الإغفال قبل نهاية الولاية التشريعية للبرلمان، وبسبب هذا الحكم تم إلغاء الإغفال في ١٩ أغسطس ١٩٦٩ وقد تم الاستشهاد بهذه الحالة باعتبارها أصل تصحيح الإغفال.

تبنى الباحثون الإيطاليون الفكرة وطبقوها على المحكمة الدستورية الإيطالية التي واجهت مشكلة كبيرة تتمثل في الثغرات التشريعية منذ إنشائها عام ١٩٤٨، ونتجت الثغرات التشريعية عن إحجام البرلمان الإيطالي عن ممارسة مهامه التشريعية، وذلك بسبب عدم الاستقرار السياسي الذي ميز إيطاليا منذ اعتماد دستور عام ١٩٤٨. والواقع أن عدم الاستقرار السياسي في إيطاليا كان نتيجة لعدم اتفاق مجلسي البرلمان على الموافقة على المقترحات المقدمة إليهما. وحدث هذا الخلاف حيث لم يحصل أي حزب على أغلبية المقاعد داخل البرلمان. ولهذا السبب، فشل البرلمان في كثير من الأحيان في ممارسة صلاحياته والالتزامات التشريعية.

وقد اتبعت العديد من البلدان بما في ذلك (إسبانيا وفرنسا والمجر والنمسا وجنوب أفريقيا) النموذج الإيطالي فيما يتعلق بالإغفالات التشريعية، وقد تجاوزت بعض هذه الدول (البرتغال والبرازيل وفنزويلا) الموقف الإيطالي من خلال النص في دساتيرها على القدرة على تحدي المنظمات غير الحكومية. بالإضافة إلى ذلك، هناك فئة ثالثة من الدول، مثل العراق، حيث كانت مشاكل الإغفال التشريعي واضحة.

تقسيم: نقسم هذا البحث إلى مباحث ثلاثة:

المبحث الأول: تعريف الإغفال التشريعي وأنواعه والتمييز بينه وبين ما يختلط به من مفاهيم في القانون المقارن.

المبحث الثاني: الإغفال التشريعي كمعضلة دستورية في النظم المقارنة.

المبحث الثالث: التحديات المرتبطة بالإغفال التشريعي في النظم الدستورية المقارنة.

المبحث الرابع: ضرورات ومتطلبات تطوير دور المحاكم الدستورية كمشرعين إيجابيين لحل إشكاليات الإغفال التشريعي.

المبحث الأول

تعريف الإغفال التشريعي وأنواعه والتمييز بينه وبين ما يختلط به من مفاهيم في القانون المقارن

تقسيم: نعرض في هذا المبحث لمطالب ثلاثة:

المطلب الأول: التعريف بمشكلة الإغفال التشريعي ULOS في النظم المقارنة:

المطلب الثاني: أنواع الإغفال التشريعي في النظم المقارنة:

المطلب الثالث: التمييز بين الإغفال التشريعي والمفاهيم الأخرى التي قد تختلط

به في النظم المقارنة:

المطلب الأول

التعريف بمشكلة الإغفال التشريعي ULOS في النظم المقارنة

فيما يتعلق بتعريف مفهوم الإغفال التشريعي، فرغم أن المشرع الدستوري لم يقدم تعريفاً متفقاً عليه عالمياً للإغفال التشريعي، إلا أن هناك عدة تعريفات ذكرها القضاء الدستوري والفقهاء.

تقسيم: نتعرض في هذا المطلب لفرعين:

الفرع الأول: التعريف بمشكلة الإغفال التشريعي في القضاء الدستوري للنظم

الدستورية المختلفة.

الفرع الثاني: التعريف بمشكلة الإغفال التشريعي في الفقه الدستوري للنظم

الدستورية المختلفة.

الفرع الأول

التعريف بمشكلة الإغفال التشريعي في القضاء الدستوري للنظم

الدستورية المختلفة.

من حيث القضاء الدستوري ففي بعض القرارات يوجد محاولة لتحديد ظاهرة

الإغفال التشريعي. كانت أول محاولة مهمة لوصف الإغفالات التشريعية من قبل

المحكمة الدستورية الإسبانية في حكمها رقم ١٩٨٢/٢٤ الصادر في ١٣ مايو/ أيار ١٩٨٢. وفي هذا القرار، حددت المحكمة الظروف التي نشأت فيها مشكلة الإغفال التشريعي من خلال الإعلان عن أنها "موجودة فقط عندما ينص الدستور أو يفرض على المشرع ضرورة إصدار قواعد التطوير الدستوري والمشرع يتخلف عن ذلك"^(٣). وقد تبّع هذا القرار الذي اتخذته المحكمة الدستورية الإسبانية عدد من المحاكم- على سبيل المثال- أشارت المحكمة الدستورية البولندية في ٢٤ أكتوبر ٢٠٠١ إلى أن يتكون الإغفال التشريعي من "ترك قضية معينة عن وعي خارج نطاق التنظيم القانوني من قبل المشرع"^(٤).

وحددت المحكمة الدستورية للبرتغال أيضًا الإغفال التشريعي، حيث أيدت في قرارها رقم ٢٠٠٢/٤٧٤ أن عدم الدستورية عن طريق الإغفال لا يوجد إلا عندما يفرض الدستور شرطًا محددًا على السلطات التشريعية ولا تستوفي الأخيرة هذا الشرط^(٥).

كما تم تعريف الإغفال التشريعي من قبل المحكمة البوليفية في قرارها S. C. 0/29/2004-R المؤرخ ١٠ تشرين الثاني/ نوفمبر ٢٠٠٤، وخلصت إلى أن الإغفال التشريعي يحدث عندما لا يقوم الجهاز التشريعي بوضع حكم دستوري بطريقة محددة أو عندما يطور الحكم بطريقة ناقصة أو غير كاملة، مما يجعل الولاية الدستورية غير فعالة أو مستحيلة التطبيق بسبب مثل هذا الإغفال^(٦).

وفي الوقت نفسه، عرفت المحكمة الدستورية الكورية الإغفال التشريعي من خلال قرارها رقم HunMa 385، الذي نص على أن: الإغفال التشريعي لا يوجد إلا عندما لا تقوم السلطة التشريعية بتنفيذ التشريعات المفوضة لوضع القوانين المنصوص عليها بوضوح في الدستور من أجل حماية الحقوق الأساسية، أو فقط عندما لا يتخذ

(3) See: 24/1982, of 13 May 1982, (1982).

(4) See: Aleksander Peczenik, On Law and Reason, vol. 8 (Springer Science & Business Media, 2008).

(5) See: 474 /2002, (2002).

(6) See: S. C. 0/29/2004-R, (2004).

المشرع أي إجراء تشريعي حتى في الحالة التي تصبح فيها الدولة ملزمة باتخاذ إجراءات أو حماية فئة معينة من الحقوق الأساسية للناس. الحقوق التي يتم إنشاؤها من خلال تفسير الدستور؛ يمكن أن يكون الإغفال التشريعي موضوع شكوى دستورية باعتباره عدم ممارسة السلطة الحكومية بموجب المادة ٦٨ من قانون المحكمة الدستورية^(٧).

الفرع الثاني

التعريف بمشكلة الإغفال التشريعي في الفقه الدستوري للنظم

الدستورية المختلفة

وفيما يتعلق بالتعريف من خلال الفقه الدستوري، اعترف العديد من العلماء بأن ULOS تمثل مشكلة كبيرة في القانون المقارن. لقد عرّف ميرا وإدواردو الإغفال التشريعي بأنه "إهمال الهيئة التشريعية في الدولة عندما يكون لديها واجب دستوري لتبني لائحة قانونية معينة ولكنها تفشل في القيام بذلك خلال مدة معقولة"^(٨). ويحدد بعض الفقهاء الإهمال التشريعي فيما يتعلق بسلوك المشرع. ويرى هؤلاء الفقهاء أن الإهمال التشريعي يحدث عندما تكون السلطة المختصة بما يكفي لاتخاذ الإجراءات التشريعية اللازمة بعد إخلالها بالتزامها بإصدار النصوص التشريعية إلى درجة تعيق احترام الدستور. وبالإضافة إلى ذلك، يرى البعض أن الإغفال التشريعي يحدث عندما لا تكون بعض القواعد الدستورية دقيقة بما يكفي لتكون قابلة للتنفيذ في حد ذاتها وتقرض مهمة منحها التنفيذ العملي للمشرع ولم يمتثل الأخير لهذه الالتزامات^(٩).

⁽⁷⁾ See: No 2008hunma385.

Constitutional Complaint against Legislative Omission Regarding Withdrawal of Life Sustaining Treatment, 2008Hun-Ma385 (2008).

⁽⁸⁾ See: Manuel Eduardo Gongora Mera, Inter-American Judicial Constitutional: On the the Constitutional Rank of Human Right Trealies in Latin Amercan through Nathonal and Inter-American Adjudication (IIDH, 2011), 50

⁽⁹⁾ See: Dr. Peter Oberndorfer and Dr. Britta Wagner, "Legislative Omission

بالإضافة إلى ذلك، ذكر جوميز كانتوليو وفيتالي موريرا أن هذا المصطلح يجب أن يغطي الإغفال التشريعي - على الأقل - فشل المشرع في تحقيق المبادئ التي نص عليها الدستور صراحة^(١٠).

وعلي نفس الخط الفكري وصف غرزيبوفسكي الإغفال التشريعي بأنه "حالة (سلوك المشرع)، حيث على الرغم من المتطلبات القانونية القائمة والملزمة (الالتزام المعياري)، لم يتم المشرع بتطوير اللوائح المطلوبة أو قام بسن لوائح غير كاملة وغير كافية"^(١١).

من جميع التعريفات المذكورة أعلاه، يمكن تحديد أن موضوع الإغفال التشريعي قد تم تناوله من خلال عدد من الأدبيات الخاصة بكل بلد. ومع ذلك، فشلت الأدبيات في تقديم دراسة مقارنة تغطي جميع حالات الإغفال التشريعي. ومن أجل سد هذه الفجوة في الأدبيات الدولية، تهدف هذه الدراسة إلى تقديم وصف تشتد الحاجة إليه للإغفال التشريعي.

المطلب الثاني

أنواع الإغفال التشريعي في النظم الموازنة

يمكن تصنيف الإغفال التشريعي إلى نوعين: الإغفال المطلق والإغفال النسبي، وبحسب ما قال به الفقيه بوستامانتي، فإن الإغفال المطلق يعني أن السلطة التشريعية لا تشرع أي قانون، رغم وجود واجب دستوري لتنظيم بعض المسائل الدستورية^(١٢).

as a Problem of Constitutional Review _Report of the Austrian Constitutional Court, " in XIV. Congress of the Conference of European Constitutional Courts (Conference of European Constitutional Courts, 2008).

(10) See: Requejo Pagés Juan Luis: "The Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence, " in XIV Conference of Constitutional Courts of Europe (Vilnius: Constitutional Courts of Europe, 2008).

(11) See: Marian Grzybowski, "Legislative Omission in Practical Jurisprudence of the Polish Constitutional Tribunal," (2008): 1.

(12) See: Thomas Bustamante, "Constitutional Courts as Negative/Positive

وقد تم الاعتراف بهذا النوع من الإغفال التشريعي - لأول مرة - في إسبانيا، حيث أغفل المشرع تشريع لوائح المحكمة العامة منذ عام ١٩٧٨، كما فشل المجلس التشريعي الإسباني في سن القانون المتعلق بإنشاء هيئة المحلفين لمدة ١٧ عامًا^(١٣). ومن الأمثلة الواضحة الأخرى على هذا النوع من الإغفال الحكم رقم 1992/37 AB (ABH 1992) (VI. 10.، 227) الصادر عن المحكمة الدستورية المجرية بشأن الرقابة على الإذاعة والتلفزيون والوكالة العامة للأنباء، بموجب المادة رقم ٦١ من الدستور، يجب الحصول على أغلبية ثلثي أصوات أعضاء البرلمان الحاضرين لإصدار قانون بشأن الرقابة على الإذاعة والتلفزيون والوكالة العامة للأنباء، وكذلك تعيين أعضاء مجلس الإدارة ومديريها، وبشأن ترخيص محطات الإذاعة والتلفزيون التجارية ومنع الاحتكارات في قطاع الإعلام. ومع ذلك، حتى عام ١٩٩٦، فشل البرلمان في اعتماد قانون شامل بشأن الإذاعة والتلفزيون.

وبالمثل وبموجب المادة ٦٨ من الدستور المجري، فإن أغلبية ثلثي أصوات أعضاء البرلمان مطلوب من الحاضرين إقرار قانون بشأن حقوق الأقليات القومية والعرقية، فقد أنشأ القرار Decision 35/1992 (VI. 10.) AB (ABH 1992)، (204) منظمة ULO لأن تمثيل الأقليات القومية والعرقية لم يتم تنظيمه بالقدر الكافي وبالطريقة التي يتطلبها الدستور^(١٤).

وتقدم فنزويلا مثلاً واضحاً آخر على هذا النوع من الإغفال التشريعي المطلق - على سبيل المثال - في قضية القانون الأساسي بشأن السلطة البلدية، فشلت الجمعية الوطنية الفنزويلية في الموافقة على القانون الذي كان ينبغي إصداره في غضون عامين بعد الموافقة على دستور عام ١٩٩٩.

Legislators: The Brazilian Case, " BUSTAMANTE, Thomas (2010).

(13) See: Ignacio Villaverde Menéndez, La Inconstitucionalidad Por Omisión (McGraw-Hill, 1997), 55.

(14) See: Lóránt Csink and Péter Paczolay, "Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence Hungarian National Report," in XIV. Congress of the Conference of European Constitutional Courts (Vilnius, Lithuania: European Constitutional Courts, 2008), 11.

وهذا الوضع دفع القضاء الدستوري إلى إصدار القرار رقم ١٣٤٧ بتاريخ ٢٧ مايو/ أيار ٢٠٠٣ الذي أبلغت فيه المحكمة مجلس الأمة بتشريع القانون إلا أن مجلس الأمة لم يلتزم بواجبه.

ونتيجة لهذا الإغفال من جانب المجلس، أصدرت المحكمة الدستورية القرار الثاني في هذه القضية، القرار رقم ٣١١٨ في ٦ أكتوبر/ تشرين الأول ٢٠٠٣. ورغم صدور قرارين، فشل مجلس الأمة في تعديل التشريع حتى عام ٢٠٠٥.

وأخيراً، حدث هذا النوع من الإغفال التشريعي في العراق عندما لم يلتزم مجلس النواب بالمادة ٩٢ من دستور ٢٠٠٥ وأغفل تفعيل قانون المحكمة الاتحادية العليا^(١٥)، كما أغفل مجلس النواب بهذه المناسبة تنفيذ التزامه بالمادة ٦٥ من دستور ٢٠٠٥ التي تفرض على المجلس مهمة تنظيم قانون مجلس الاتحاد، إلا أن المشرع أغفل تفعيل هذا القانون.

النوع الثاني من الإغفال التشريعي هو الإغفال النسبي، والذي يحدث عندما يتم سن القوانين بطريقة غير كاملة أو معيبة من نظرة دستورية- بمعنى آخر- يوجد إغفال نسبي في الحالات التي ينظم فيها القانون الذي ينفذ الأحكام الدستورية المطلوبة المسألة، ولكن بطريقة غير كاملة. إن تدخل المشرع غير كامل لأنه يستبعد مجموعة من الأشخاص أو يعجز عن تغطية حالات كان ينبغي أن تدخل في نطاق ذلك النص الدستوري، دون وجود سبب موضوعي وأسباب معقولة تبرر هذا الاختلاف في طريقة معالجتهم^(١٦).

(15) See: Jareeh; Younis; AL-Alush; Fuozi AL-Jubori, "The Views on the the Overseeing on the Constitutionality of the Laws in Iraq, " the legal and political sanice journal 7, no. 2 (2009).

(16) See: Portuguese Constitutional Court, "Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence, Portuguese Report, " in The XIVth Congress of European Constitutional Courts (The Congress of European Constitutional Courts, 2008), 17.

وقد واجهت مشكلة الإغفال النسبي في العديد من البلدان بما في ذلك ألمانيا وإيطاليا وكندا وفرنسا. على سبيل المثال، في ألمانيا، أصدرت المحكمة الدستورية الفيدرالية القرار رقم ٢٩ لعام ١٩٦٩. وبموجب هذا القرار، تم حث السلطة التشريعية على خلق ظروف متساوية بين الأطفال المولودين داخل وخارج العلاقات الزوجية. وفي هذا القرار، رأت المحكمة الدستورية الاتحادية أن المادة ١٧١٢ من القانون المدني لا تتفق مع المادة ٦.٥ من الدستور وأبلغت المشرع بتجاوز هذا الإغفال قبل نهاية الفصل التشريعي.

وبسبب هذا القرار، تم إلغاء هذا الإغفال في ١٩ أغسطس ١٩٦٩.٢٩ أعلنت المحكمة الدستورية للعدالة العليا في فنزويلا، في قرارها رقم ٠٣-١١٠٠/٩١ بتاريخ ٢٠٠٥/٠٣/٠٢، عدم دستورية الإغفال النسبي. في هذه القضية، رأت المحكمة أن الهيئة التشريعية فشلت في تنظيم القانون الأساسي لنظام الضمان الاجتماعي بشكل كامل.

واعتبرت المحكمة أن إغفال المشرع تنظيم المنفعة الاجتماعية للعمالة ضمن القانون الأساسي لنظام الضمان الاجتماعي يُعد انتهاكاً للسيادة الدستورية وإنكاراً للحقوق الأساسية. عملاً بالمادة ٣٣٦.٧ من الدستور والمادة ٥ (١٢) من القانون الأساسي للمحكمة العليا، حذرت المحكمة الهيئة التشريعية من اتخاذ التدابير اللازمة (سواء كانت وقائية أو احتياطية) لتصحيح هذا الإغفال وتجنب عواقب عدم الامتثال مع الدستور.

المطلب الثالث

التمييز بين الإغفال التشريعي والمفاهيم الأخرى التي قد تختلط به في النظم الموازنة

إن مفهوم الإغفال التشريعي ليس مفهوماً معزولاً، وغالباً ما يتداخل مع العديد من المفاهيم القانونية الأخرى. ولتوضيح وتصنيف أنواعه يجب أولاً التمييز بين مفهوم الإغفال التشريعي وبين المفاهيم الأخرى المشابهة بما في ذلك الفجوة القانونية والتنازع السلبي للاختصاصات.

ويعني الإغفال التشريعي عمومًا أن السلطات التشريعية للدولة فيما يتعلق بالواجب الدستوري قد أهملت اعتماد لوائح قانونية معينة وفشلت في القيام بذلك خلال مدة معقولة.

والسؤال الأساسي هنا هو "كيف يمكن التمييز بين مفهوم الإغفال التشريعي وبين الفراغ القانوني والتنازع السلبي في الاختصاص بين الولايات القضائية؟" رغم أن هذه المفاهيم قد تؤدي جميعها إلى نفس النتيجة المتمثلة في تعطيل تطبيق القانون، إلا أن آلية حلها مختلفة.

إن التمييز بين هذه المفاهيم يساعدنا على تحديد كيفية تطور دور القاضي الدستوري استجابة لتحدي الإغفال التشريعي. قبل إجراء التمييز، من المهم تحديد المعايير التي يمكن من خلالها تمييز الإغفال التشريعي بوضوح عن المفاهيم الأخرى. ويمكن استنتاج المعايير التالية بوضوح من جميع تعريفات الإغفال التشريعي.

- يشترط الالتزام بتشريع قانون أو قواعد معينة كما هو المنصوص عليه في الدستور أو باعتماد ما يلزم من الآثار المترتبة على وجود حق دستوري.
- أن يكون هذا التشريع ضروريًا لجعل القواعد الدستورية قابلة للتنفيذ أو لحماية الحقوق الدستورية.

• تعتمد السلطة التشريعية عدم القيام بذلك أو إهمالها له.

• أن يؤدي الفشل أو الإغفال إلى مخالفة دستورية.

ولاعتبار فشل السلطة التشريعية بمكانة إغفال تشريعي، لا بد من استيفاء جميع هذه المعايير. ومن خلال تطبيق هذه المعايير، يمكن تمييز الإغفال التشريعي بوضوح عن الأنواع الأخرى من الإخفاقات التشريعية بما في ذلك الفراغ التشريعي والتنازع السلبي بين الولايات القضائية.

ويتم استخدام هذه المعايير لتحديد وتشخيص الإغفال التشريعي. إذا تم إغفال أي من هذه المعايير، فسيتم تحديد فشل السلطة التشريعية على أنه نوع مختلف من الفشل التشريعي.

تقسيم: سنعرض هذا المطب في فرعين:

الفرع الأول: التمييز بين الإغفال التشريعي والفراغ التشريعي أو القانوني.

الفرع الثاني: التمييز بين الإغفال التشريعي ULOS والتعارض السلبي للاختصاص القضائي.

الفرع الأول

التمييز بين الإغفال التشريعي والفراغ التشريعي أو القانوني.

ترجع مشكلة الإغفال التشريعي والفراغ التشريعي أو القانوني إلى الحاجة إلى سد النقص في التشريعات، فمن الضروري رسم حدود هذه المفاهيم والتمييز بينها، مما يساعدنا على فهم عميق للتقنيات التي ينبغي اعتمادها؛ للتغلب على عواقب هذه المشاكل.

ولقد حظيت مشكلة الفراغ التشريعي أو القانوني باهتمام كبير في النظرية القانونية، ففي الأصل، تعود جذور مفهوم الفراغ التشريعي أو القانوني إلى المدرسة القانونية الألمانية في أوائل عام ١٩٠٠ كرد فعل على اعتماد القانون المدني الألماني في عام ١٩٠٠.

لقد استندت الفكرة إلى معرفة أنه لا لغة للإنسان ولا فكر المشرع لديه القدرة على التنبؤ أو المعرفة المسبقة أو التخطيط المسبق لما قد يحدث في المستقبل، واستنادًا إلى حقيقة أن النظام القانوني لا يزال قائمًا، ولكنه يتغير باستمرار في الحقائق والأوضاع، فإن الظروف الناشئة قد لا تتفق مع القوانين القائمة. ومثل هذا التناقض يواجهنا بمشكلة الفراغ القانوني^(١٧).

(17) See: Albert S Foulkes, "On the German Free Law School (Freirechtsschule)," ARSP: Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie/ Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy 55, no. 3

وقد أثرت هذه الأفكار على الحركة القانونية في الولايات المتحدة، من خلال كتابات روسكو باوند. ففي عام ١٩١٠، كتب باوند مقالته الشهيرة "القانون في الكتب والقانون في العمل" والتي تعتبر خطوة مهمة نحو الواقعية القانونية الأمريكية^(١٨). وكذلك اتخذ (إتش أل إيه هارت) وجهة النظر نفسها في نظريته "الجوهر والظل الجزئي"، عندما قال إن القانون دائماً غير مكتمل، ومن ثم هناك فجوة يجب سدها. وتتمثل المهمة الرئيسة للقاضي في سد هذه الفجوة من خلال ممارسة سلطته التقديرية وفهم المعاني والمقاصد الدقيقة وإزالة الخلل حال غموض أحكام الدستور^(١٩). وعلي ذلك يعرف الفراغ القانوني بأنه "عدم اكتمال نظام وضع القواعد الذي يتعارض مع خطة القوانين في الدولة"، ويتم تعريفه أيضاً على أنه عدم اكتمال أو غياب قواعد القانون التي يمكن على أساسها لهيئة الدولة أن تقرر مسألة تطبيق القانون في قضية تخضع للتنظيم القانوني.

وقد تحدثت الفراغات القانونية بسبب عدم مراعاة هذه الحالة عند صدور القانون، أو لأن القضية نتيجة لعلاقات اجتماعية جديدة ظهرت بعد صدور القانون^(٢٠). وتختلف طريقة حل المشكلات المرتبطة بالفراغ القانوني عن التحدي المتمثل في مشكلة الإغفال التشريعي - على سبيل المثال - الفجوة القانونية في التشريعات يمكن حلها من خلال السلطة التشريعية دون تدخل القاضي الدستوري، وإذا تطلب الأمر التدخل القضائي فلن يكون ذلك إلا من خلال دوره التقليدي كمشرع سلبي.

في بعض الحالات، تُمنح المحاكم الدستورية سلطة سد الفراغ التشريعي أو القانوني من خلال اختصاص التفسير الدستوري. وفي المقابل لا يمكن حل مشكلة الإغفال التشريعي من خلال تدخل القاضي الدستوري، في طابعه الحالي كمشرع

(1969):383..

(18) See: Roscoe Pound, "Law in Books and Law in Action, " Am. L. Rev. 44 (1910): 24.

(19) See: Herbert Lionel Adolphus Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals, " Harvard law review (1958): 607.

(20) See: Jean Paradise, Great Soviet Encyclopedia (Macmillan,1979).

سلبى فقط، لأنه يحتاج أيضاً إلى تبني المزيد من الآليات التي تكتسب من خلالها المحاكم الدستورية سلطة إيجابية لإجبار السلطة التشريعية على الامتثال لالتزاماته الدستورية، وفي ظل ظروف معينة، تصل إلى حد تشريع قانون.

ولذلك، فإن تمييز الفراغ التشريعي عن الإغفال يسهم - بشكل واضح - في الحصول على صورة أوضح لكل من القضاة التشريعيين والدستوريين في إزالة الارتباك وتحديد المسار الذي يجب عليهم اتباعه للتغلب على هذه المشاكل.

وينبغي سد الفجوة القانونية أولاً عن طريق تعديل اللوائح القانونية أو عن طريق اعتماد قواعد جديدة، ولكن في حالات استثنائية يمكن للقضاة أن يتصرفوا أيضاً، وهذا ممكن فقط في حالة وجود ثغرات قانونية جزئية. بعد تحديد الفجوة القانونية أو الفراغ، سنقوم بتطبيق المعايير المذكورة أعلاه لتحديد كيفية تمييز الثغرات القانونية عن الإغفال.

ويمكن تحقيق هذا التمييز من خلال الإجابة عن الأسئلة التالية:

- هل هناك التزام دستوري صريح أو ضرورة لتطبيق المضامين اللازمة لسن التشريع المحدد؟
- هل هناك حاجة حقيقية لسد الفجوة لجعل القواعد الدستورية قابلة للتنفيذ أو لحماية الحقوق الدستورية؟
- هل تفشل السلطة التشريعية أو تتجاهل عمداً تنفيذ مهامها أو التزامها التشريعي؟
- هل يؤدي الفشل أو الإغفال إلى مخالفة دستورية؟

يمكننا الإجابة بأمان على السؤال الأول المتعلق بالفجوة القانونية بقول "لا". ويرجع ذلك إلى طبيعة الفجوة القانونية نفسها - كما ذكرنا سابقاً - فإن الثغرة القانونية تنجم عن حالة لم تكن فيها الظاهرة المعنية موجودة وقت التشريع، إلا أن حدوثها لاحقاً أدى إلى رفع دعاوى قضائية تقتضي تنظيم الظاهرة. ونظراً لوجود فجوة قانونية بعد زمن الدستور والتشريع، فلا يوجد التزام نص عليه الدستور صراحة أو ضرورة لتطبيق المضامين اللازمة من وجود حق دستوري.

الجواب على السؤال الثاني هو "نعم". وذلك لأن إحدى الوظائف الرئيسة للسلطة التشريعية هي الوفاء بالتزامها بتحسين القواعد الحالية أو تحديثها أو تحسينها أو

تصحيحها. هناك فجوة قانونية تؤثر على تفعيل الأحكام الدستورية ذات الصلة. ولذلك يطبق هذا المعيار على حالة الثغرة القانونية لأن الدستور لا ينظم كل ما ينبغي وفي هذا احترامه ليس قانوناً دون ثغرات.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن الحكم الدستوري غير قابل للتنفيذ في حد ذاته ويجب أن تنظمه قواعد أخرى. ولذلك فإن أي ثغرة موجودة داخل الأخيرة، خاصة الثغرة التي تنشأ عندما لا يمكن تطبيق نص دستوري إلا إذا كان مصحوباً بقاعدة قانونية أخرى غير متضمنة في النصوص الدستورية، من شأنها أن تعيق تنفيذ الولاية الدستورية. وقبل الرد على السؤال الثالث، علينا أن نفرق بين مصطلحين مهمين: "فشل القانون" و "فشل السلطة التشريعية". وكما ذكرنا سابقاً، فإن فشل القانون ينجم عن حالة لم تكن فيها الظاهرة المعنية موجودة وقت التشريع، ولكن حدوثها لاحقاً أدى إلى دعاوى قضائية تقتضي تنظيم الظاهرة.

بمعنى آخر، قد لا تتمكن السلطة التشريعية من استشراف كل العلاقات في حياة المجتمع التي تستدعي رقابة القانون.

هناك حالات لا يمكن التنبؤ بها عند وضع القانون، إلى جانب حالات أخرى، وإن كانت متوقعة، تغيب عن بصيرة السلطات التشريعية. ما هو أكثر من ذلك، حيث بعض، وفيما يتعلق بالقضايا المتوقعة، قد لا ترغب السلطات التشريعية في اتخاذ قرار بتنظيمها بشكل مباشر لأنها لا تشعر بأنها مؤهلة لوضع مجموعة مجردة عامة ومحددة بشكل كافٍ من القواعد.

لذلك، في حالة وجود فجوة قانونية، فإن الفشل لا يكون من السلطة التشريعية، بل من القانون نفسه، الذي يصبح غير قادر على تغطية العلاقات الاجتماعية الجديدة التي نشأت بعد صدور القانون.

فالجواب الأكيد على هذا السؤال الثالث هو "لا"، ومن ثم لا ينطبق هذا المعيار على حالة الثغرة القانونية، لأن الإخفاق في الثغرة القانونية يرجع إلى القانون، أما عدم الإغفال التشريعي فهو يرجع إلى السلطة التشريعية.

وفيما يتعلق بالسؤال الرابع، فإن كلا من الاتفاقيات غير الرسمية والفجوة القانونية يؤديان إلى نفس النتائج، وهي انتهاك الحقوق الأساسية، وعدم تنفيذ الولاية

الدستورية، والتعدي على سيادة القانون. كل هذه العواقب تنتج عن غياب القواعد. ولذلك فإن الجواب على هذا السؤال هو "نعم".

تسمح لنا هذه الأسئلة باستنتاج أنه على الرغم من أن كلاً من الإغفال والثغرات القانونية تشترك في بعض الميزات، إلا أن هناك بعض الاختلافات الرئيسة بينهما. أولاً: تحدث حالة الإغفال بسبب الفشل المتعمد للهيئة التشريعية في الامتثال للالتزامات المفروضة عليها صراحة. وفي الوقت نفسه، تحدث الفجوة القانونية لأن مثل هذه الحالة لم تكن كذلك تؤخذ في الاعتبار عند إنشاء القانون أو لأن القضية هي نتيجة لعلاقات اجتماعية جديدة ظهرت بعد صدور القانون.

أما الحق الدستوري، فإن الفجوة القانونية تحدث بسبب فشل القانون في وضع قواعد لحالة معينة مع أنه كان ينبغي أن يفعل ذلك.

وأخيراً، في حالة الفجوة القانونية، لا تتوي السلطة التشريعية جعل القانون ناقصاً، فلو كان الوضع المعنى متوقعاً، لما وافق القانون على عدم الاكتمال وكان سيضع المبادئ التوجيهية المفقودة، ومن ثم منع حدوث شيء من هذا القبيل⁽²¹⁾.

الفرع الثاني

التمييز بين الإغفال التشريعي ULOS والتعارض السلبي للاختصاص القضائي

لا تقتصر الإجراءات السلبية للسلطة التشريعية على طبيعة ULOS فحسب، بل يمكن رؤيتها في إجراء سلبي آخر، وهو الصراع السلبي بين الولايات القضائية التشريعية. لقد تم الاعتراف بالتنازع السلبي للاختصاصات في العديد من المجالات القانونية كالنظامين القضائي والإداري.

وفيما يتعلق بالنظام القضائي، فقد تم تفسير التعارض السلبي في الاختصاص على أنه التعارض الذي يحدث عندما يتم رفع نفس القضية أمام محكمتين مختلفتين وأعلنت كل منهما أن القضية تقع ضمن اختصاص الأخرى ورفضت الاختصاص. ولذلك فإن أطراف النزاع المحبطين هم تواجه تضارباً سلبياً في الاختصاص⁽²²⁾ في

(21) See: Jorge Miranda, Manual De Direito Constitucional, vol. 2 (Coimbra editora, 1988), 668-9.

(22) See: L. N. Brown, J. Bell, and J. M. Galabert, French Administrative Law (Clarendon Press, 1998), 152; M. Rubino-Sammartano,

النظام الإداري، يتم التعرف على النزاع السلبي باعتباره نزاعاً يمكن أن ينشأ إذا رفض مجتمع حكم ذاتي ممارسة الاختصاص المسند إليه بموجب قوانينه الخاصة أو المفوض إليه بموجب قانون عضوي على أساس عدم الاختصاص بعد الدولة وقد دعاها إلى اتخاذ الإجراء^(٢٣).

ولا تقتصر فكرة تنازع الاختصاص السلبي على المستوى الوطني، بل تجاوزت المستوى الدولي بشكل خاص بين الاتحاد الأوروبي والدول الأعضاء. ذكر فرانك زيمرمان أن التضارب السلبي في الولايات القضائية يحدث عندما يرفض اثنان أو أكثر من أعضاء الدولة تولي قضية معينة على أساس افتقارهم إلى السلطة عليها، وأعلن أيضاً أن تضارب الاختصاصات "السلبية"، على النقيض من ذلك، يمكن أن ينشأ عندما لا تكون أي دولة مستعدة أو قادرة على مقاضاة المحكمة. ولذلك فإنها كثيراً ما تؤدي إلى الإفلات من العقاب^(٢٤).

من خلال نقل هذا المفهوم إلى المجال التشريعي، تحدد الدراسة الحالية التعارض السلبي بين الولايات التشريعية من خلال الإشارة إلى أن هذا التعارض السلبي يمكن أن يحدث عندما تعتبر سلطتان أو أكثر من السلطتين التشريعتين نفسيهما غير مؤهلتين للتعامل مع التزاماتهما التشريعية أو عندما ترفضان قبول الاختصاصات الدستورية المخصصة لهما. وفي الواقع، فقد تم الاعتراف بمشاكل التضارب السلبي مع الاختصاص التشريعي، على الرغم من أن هذا التضارب، مثله مثل الاتفاقيات غير المكتملة، يمكن أن يفرض تحديات كبيرة تحتاج إلى معالجة. ويسبب التضارب السلبي في الاختصاص التشريعي نفس المشاكل التي تسببها ظاهرة ULOS، إن عدم قيام السلطتين التشريعتين بممارسة التزاماتهما التشريعية يؤدي إلى العديد من النتائج مثل غياب التنظيم والتعدي على مبادئ سيادة القانون والفصل بين السلطات.

International Arbitration Law (Springer Netherlands, 2001), 394.

(23) See: M. De Visser, Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis (Bloomsbury Publishing, 2013), 159.

(24) See: Frank Zimmermann, "Conflicts of Criminal Jurisdiction in the European Union, " Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice 3, no. 1 (2015): 2.

السلطات وانتهاك الحقوق الأساسية. بسبب أوجه التشابه والتداخل بين الـ ULOS والتعارض السلبي بين الاختصاص التشريعي، يهدف هذا الفصل إلى التمييز - بشكل واضح - بينها وتقديم صورة واضحة للسلطة التشريعية والمحكمة الدستورية فيما يتعلق بطبيعة الطعن في الـ ULOS وكيف يمكن ذلك يمكن تمييزها عن الصراع السلبي الذي يحدث عندما تعتبر سلطتان أو أكثر من السلطتين التشريعتين أنهما غير مؤهلتين للتعامل مع التزاماتهما التشريعية، أو عندما ترفضان قبول دستورية الاختصاص المسند إليهما، وتتفاعلان معه.

تحديد كيف يمكننا تحديد مشكلة الـ ULOS من الصراع السلبي الاختصاص التشريعي، نحن بحاجة إلى تطبيق المعايير المذكورة، إن التعارض السلبي بين الاختصاص التشريعي، كما تم تعريفه، هو حالة من الغياب التشريعي تحدث عندما تعتبر سلطتان أو أكثر من السلطتين التشريعتين نفسيهما غير مؤهلتين للتعامل مع الالتزامات التشريعية أو عندما ترفضان قبول الالتزامات التشريعية ودستورية الاختصاص المسند إليهم.

ومن خلال تطبيق المعيار الأول يتبين أن السلطتين التشريعتين في حالة التعارض السلبي لهما دستوريا سلطة التشريع؛ ومع ذلك، كلاهما، في ظل معين الظروف، يتجاهلون القيام بذلك من خلال الادعاء بأنهم غير أكفاء. ووفقاً للمعيار الثاني، فمن المؤكد أن هناك حاجة حقيقية للتشريع الذي تمتنع السلطتان التشريعتان (سواء التشريعية الولائية أو الفيدرالية) عن سنة.

وباختبار المعيار الثالث في حالة التنازع السلبي، يمكننا أن نتبين من امتناع كل من السلطتين التشريعتين عن التصويت أنهما لا يغفلان عمداً عن ممارسة الاختصاص، بل يعتقدان أن الاختصاص لا يقع عليهما.

ولذلك، فإن الصراع السلبي يتميز عن الـ ULOS بغياب الفشل المتعمد في الامتثال لالتزاماته. فيما يتعلق بالمعيار الرابع، كما ذكرنا سابقاً، فإن التعارض السلبي مع الاختصاص التشريعي يخلق العديد من العقبات الدستورية التي لا يمكن التغلب عليها والتي يجب التغلب عليها.

المبحث الثاني

الإغفال التشريعي كمعضلة دستورية في النظم الموازنة

تمهيد وتقسيم:

يبحث هذا المبحث لماذا تم تصنيف ULOS على أنها معضلة غير دستورية في الأنظمة الدستورية. والهدف الرئيس من هذا القسم هو اكتشاف الأسباب الرئيسة التي دفعت عددًا من الأنظمة القانونية إلى وصف ULOS بأنها مشكلة دستورية كبيرة.

ونحن هنا نقول إن عدم دستورية الإغفال التشريعي لا يرجع إلى سبب واحد، بل هناك عدد من الأسباب الخطيرة لوصف الإغفال التشريعي بأنه مشكلة غير دستورية. ولغرض هذه المناقشة، سيتم تقسيم هذا القسم إلى أربعة أجزاء: يتناول الأول كيف يمكن أن يؤدي انتهاك الولاية الدستورية إلى عدم دستورية الإغفال التشريعي.

ويبحث الثاني في مخاطر ULOS باعتبارها فجوة دستورية في النظام القانوني. وفي الجزء الثالث، سيتم استكشاف عواقب الاتفاقيات غير الرسمية على الحقوق الأساسية. وسيبحث الجزء الأخير كيف تخلق الاتفاقيات غير المكتملة حالة انتهاك للمبدأين الأساسيين الرئيسيين، أي الفصل بين السلطات وسيادة القانون.

تقسيم: وسوف نعرض هذا المبحث في مطالب ثلاثة:

المطلب الأول: مشكلة الإغفال التشريعي باعتبارها انتهاكًا للالتزام بالتشريع.

المطلب الثاني: العلاقة بين الدستور والسلطة التشريعية مبنية على السيادة المعيارية.

المطلب الثالث: ظهور دور السلطات القضائية في تصحيح إشكالية الإغفالات التشريعية غير الدستورية.

المطلب الأول

مشكلة الإغفال التشريعي باعتبارها انتهاكاً للالتزام بالتشريع

إن الحاجة إلى تحديد الفشل التشريعي للبرلمان أمر أساسي في النظام الدستوري، والقرار بشأن هذا الفشل هو نتيجة لتطبيقات القواعد العليا التي لا يمكن تطبيقها من تلقاء نفسها ما لم يتم تنظيمها هرمياً من خلال القوانين الأدنى.

إن أحد الواجبات الأساسية التي فرضها الدستور على السلطة التشريعية هو سن القوانين. لكن وينبغي معالجة الأسئلة المهمة هنا حول ما إذا كانت الهيئات التشريعية تتمتع بسلطة تقديرية لعدم تنفيذ التزامها. للإجابة على هذا السؤال، من المهم التمييز بين ما إذا كانت السلطة التشريعية "ملتزمة بتشريع القوانين" أو "ملتزمة بتشريع القوانين" وما ينبغي أن تكون عليه. ولتحقيق هذه الغاية لا بد من الرجوع إلى "الإجبار" و"الالتزام" ..

لقد أوضح "هارت" الاختلافات بين وجود التزام والإجبار بحجة أنه إذا كان على شخص ما التزام بالقيام به شيء ما، فهذا لا يعني بالضرورة أنه ملزم بفعله. ولن يكون في موقف ملزم إلا عندما يعتقد أن بعض الضرر أو العواقب غير السارة ستلحق به إذا لم يفعل ذلك⁽²⁵⁾.

ومن خلال نقل فكرة هارت إلى حالة الإغفال التشريعي، يمكننا أن نستنتج بوضوح أن المجالس التشريعية ليس لديها سوى التزام وواجب لأداء ولاياتها التشريعية الإيجابية التي فرضتها الدساتير صراحة.

إلا أن المشرعين غير ملزمين بتنفيذ هذه الاختصاصات لعدم وجود إكراه لتنفيذ هذه الالتزامات. بمعنى آخر، لا يوجد جهاز آخر لديه صلاحية إلزام المشرع بممارسة الإيجابي التزامات. وترى الدراسة الحالية أن أحد الأسباب الرئيسية لوجود الـ ULOS هو أن السلطة التشريعية تعتقد أنها غير ملزمة بممارسة التزامها الدستوري الإيجابي

(25) See: H. L. A. Hart, The Concept of Law (Oxford: Clarendon Press, 1961), 80-82.

(القوانين التشريعية). ومن ثم، فإن السلطة التشريعية يجب أن تكون ملزمة، ليس فقط ملزمة، بتشريع التشريعات غير المطبقة، وذلك من خلال تكليف جهاز دستوري آخر - المحكمة الدستورية - بسلاح قانوني لإلزامها.

إن الالتزام التشريعي بوضع القوانين هو التزام نظري وقضائي يعتبر مبدأ دستوريًا في العديد من الأنظمة الدستورية. يعد الإخلال بالولاية الدستورية من خلال عدم الالتزام بالالتزامات الدستورية أحد الأسباب الرئيسة لخرق الولاية الدستورية. فعلى سبيل المثال، قالت بريجيت هنري مينغي إن الالتزام البرلماني بوضع القوانين يعتبر في فرنسا بمكانة التزام دستوري.

وفي الواقع فإن كفاءة الالتزام الدستوري بوضع القوانين تتطلب أن يعتبر "المجلس الدستوري" أن إغفال القانون بمكانة خرق للدستور^(٢٦).

ولا تقتصر الولاية الدستورية على سيادة القوانين فحسب، ولكن أيضًا، وقبل كل شيء، تتجلى السيادة من خلال المراقبة الكاملة للدستور من قبل الهيئة التشريعية. تتيح الولاية الدستورية تجاوز مسألة المراجعة الدستورية لاحترام تلك السيادة الدستورية، كما تستلزم الولاية الدستورية المراجعة الدستورية لم تقم به السلطة التشريعية (الإغفال التشريعي). ويرجع ذلك إلى طبيعة الالتزامات المتأصلة في الدستور. تصنف الأحكام الدستورية إلى نوعين من القواعد: القواعد الإيجابية والسلبية. تأمر القواعد الدستورية الإيجابية الهيئة التشريعية بأداء مهام معينة أو متابعة مهام معينة المقاصد.

تفرض المعايير الدستورية السلبية حظرًا على الهيئة التشريعية أو ببساطة تمنح صلاحيات حصرية لممارسة شيء محدد. وتخضع السلطة التشريعية للامتثال لهذين النوعين من المعايير.

(26) See: Brigitte Henry-Menguy, "L'obligation De Légiférer En France: La Sanction De L'omission Législative Par Le Conseil Constitutionnel" (2008), 1.

إن فشل السلطة التشريعية في تنفيذ التزامها السلبي (عدم تشريع قوانين تتعارض مع الدستور) يخضع للمراجعة الدستورية للقوانين. وفي قضية شاشتر ضد كندا (١٩٩٢)، ميزت المحكمة العليا بوضوح بين عدم دستورية القانون وعدم دستورية الإغفال التشريعي.

أعلن القاضي هيلد ج. أ. أن التمييز بين التشريع غير الدستوري بسبب ما ينص عليه والتشريع غير الدستوري بسبب ما يغفله هو التشريع المناسب. ورأى أنه يجوز هنا اللجوء إلى المادة ٢٤ من الميثاق لأن النص المطعون فيه غير دستوري لمجرد أنه لم يكن واسع النطاق بما فيه الكفاية: "إن الإغفال في هذه الحالة هو غير دستوري، وليس التشريع بحد ذاتها"^(٢٧).

إن السيادة الدستورية تعني أن على السلطة التشريعية أن تلتزم بالدستور في ممارسة التزاماتها، ويجب أن تكون جميع السلوكيات المخالفة خاضعة للمراجعة الدستورية سواء كانت تصرفات إيجابية (قوانين) أو تصرفات سلبية (إغفال تشريعي). يمكن فهم خطر ULOS على أنه أداة مخفية في يد السلطة التشريعية لتقويض إرادة المؤسسة التأسيسية، وإحباط القواعد المعيارية للدستور بطريقة أقل خطورة وأكثر فعالية بكثير من العمل الإيجابي (القوانين). ومن هنا فإن ضمانة الدستور تتطوي على وجوب القيام بالإجراءات الإيجابية التي تفرضها السلطة التأسيسية (السلطة التي وضعت الدستور) على السلطة المشكلة (السلطة التشريعية)، بحيث لا يجوز الإغفال التشريعي حيث نص الدستور على العمل من قبل السلطة التشريعية يؤدي إلى إغفال غير دستوري لا يمكن تصحيحه إلا من خلال تنفيذ الالتزام المحذوف.

ومن ثم فإن نوعي الإجراءات التشريعية يجب أن يخضعا للمراجعة الدستورية، أي الإجراءات الإيجابية بتنفيذ الالتزامات التشريعية والإجراءات السلبية بإغفال الوفاء المطلق أو النسبي بهذه الالتزامات.

(27) See: Pamela Baxter and Susan Jack, "Qualitative Case Study Methodology: Study Design and Implementation for Novice Researchers," The qualitative report 13, no. 4 (2008)..

ولا بد من طرح سؤال هام حول ما إذا كانت جميع التصرفات السلبية للسلطة التشريعية تشكل خرقاً غير دستوري للولاية الدستورية؟. ورد الفقيه مينينديز على هذا السؤال بالقول إن ليس كل إجراء صامت من جانب الهيئة التشريعية يشكل انتهاكاً غير دستوري. وفي ظروف معينة، من واجب المشرع الصمت دون أن يتعارض مع الدستور أو يضطر إلى التعامل مع عواقب معينة. وذكر أن صمت المشرع لا يصبح إلا إغفالاً مخالفاً للدستور، إذا أزاح المشرع بصمته الشعب السيادي وأصبح قوة تأسيسية، أي إذا كان بسكوته يغير المضمون المعياري للدستور.

ولا يتم هذا التحول إلا عندما تقرر القاعدة الدستورية، أي الإرادة المعيارية للشعب صاحب السيادة، وأن واقعاً معيناً يتم تشكيله قانوناً بطريقة معينة ويخلق المشرع بصمته أوضاعاً مخالفة لما هو مطلوب، من قبل السيادة. فإذا توافرت كل هذه الظروف فإن سكوت المشرع يصبح امتناعاً غير دستوري، مما قد يؤدي إلى إعلان عدم الدستورية بالتقصير. ويصبح صمت المشرع تقصيراً غير دستوري إذا أصبحت المخالفة مخالفة دستورية.

المطلب الثاني

العلاقة بين الدستور والسلطة التشريعية مبنية على السيادة المعيارية

التفوق المعياري يحدد طبيعة ودرجة وطريقة ربط السلطة التشريعية بالدستور. إن العلاقة بين الدستور والسلطة التشريعية ليست علاقة بين موضوعين يتصارعان على السيادة والسيادة، بل هي علاقة موضوعية لقاعدة ذات أفعال معيارية تمنحها الذات سلطة إملأها. لذلك، الهدف الرئيس من السيطرة على الـ ULOS هو استعادة سيادة الدستور، إذا تم إضعافها بواسطة ظاهرة الـ ULOS ومن ثم فهو يجعل السلطة التشريعية تلتزم بالتفويض الدستوري، ولا تكتفي بإلزامها بالتشريع⁽²⁸⁾. ومن خلال المواقف المذكورة أعلاه، يمكن أن نستنتج أن أحد الأسباب الرئيسة لاعتبار الإغفال التشريعي معضلة غير دستورية، هو أن السلطات التشريعية، بعدم تنفيذ التزاماتها الإيجابية، تنتهك الولاية الدستورية، ومن ثم تفويض سيادة الدستور.

(28) See: E. Steiner, Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings across Jurisdictions (Springer International Publishing, 2015), 326.

تخلق ULOS حالة من عدم تنفيذ الولاية الدستورية. وذلك لأن الأحكام الدستورية ليست قابلة للتنفيذ في حد ذاتها ويجب تنظيمها من خلال سن القوانين الأساسية.

ولجعل هذه الأحكام قابلة للتنفيذ، يجب على المشرع أن يتبنى ما يلزمه دستورياً للامتثال لولايتها الدستورية. ومن ثم فإن فشل المشرع في سن أو إنشاء القوانين الأساسية أو المؤسسات الدستورية التي يقع على عاتقه التزام دستوري بسنها أو إنشائها، يؤدي إلى انتهاك الولاية الدستورية.

بالإضافة إلى ذلك، تم تعريف الإهمال التشريعي بأنه عدم التزام السلطة التشريعية بالتزاماتها الدستورية بتشريع قوانين معينة، أو عندما يكون المشرع قد أصدر قانوناً بشكل غير كامل⁽²⁹⁾.

ومن ثم فإن عدم وجود قاعدة محددة لقضية معينة تحتاج إلى تنظيم من شأنه أن يشكل فجوة معيارية في المجال الدستوري.

المطلب الثالث

ظهور دور السلطات القضائية

في تصحيح إشكالية الإغفالات التشريعية غير الدستورية.

يعتبر تحدي مشاكل ULOS نقطة تحول في النظام الدستوري في العديد من البلدان. ويرجع ذلك إلى الحجج المتطرفة حول مخاطر وفوائد الآليات التي يمكن اعتمادها للتغلب على مشاكل الـ ULOS، وقد اختلفت المواقف المتخذة لإدارة هذا التحدي من دولة إلى أخرى. وفي البعض اقتصر علاج هذا التحدي على المناهج النظرية، ولكن في حالات أخرى، امتدت المعالجات إلى النظرة الشاملة من خلال مقاربتها من الناحيتين النظرية والعملية. هدفنا هنا هو اختبار ما إذا كان تصحيح الإغفال تعود إلى البلدان المختارة، إذا كان الأمر كذلك، على أي نوع من الأصول تم الاعتماد عليها؟

(29) See: Henry-Menguy; D. Sloss, The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study (Cambridge University Press, 2009).

وكانت المهمة الأولى هي تحديد ما إذا كانت التحديات المرتبطة بـ ULOS لها أصولها في المجال القانوني. وقد تم تحقيق ذلك من خلال مراجعة الموقف الدستوري والقانوني للدول المختارة تجاه هذا التحدي. وهكذا، نقوم بدراسة ما إذا كانت التحديات المرتبطة بالـ ULOS موجودة أم لا ينظمها تشريعياً.

وتظهر العديد من الدراسات أن الـ ULOS لا تقتصر على دول محددة، ولكن تم العثور على عواقبها في العديد من البلدان، مما دفع هذه البلدان إلى دمج ULOS بشكل صريح في نظامها القانوني. في بعض الأنظمة القانونية، استمد عدم الدستورية بسبب الإغفال التشريعي أصله من الدستور مثل تلك الموجودة في البرتغال والبرازيل، وفي دول أخرى، تجد الأساس مكانها في القوانين العادية، مثل تلك الموجودة في المجر وإستونيا.

الوضع في النظام القانوني والدستوري البرتغالي (حل إشكالية الإغفال التشريعي والتحول من مجلس الثورة إلى المحكمة الدستورية):

كانت البرتغال الدولة الأولى التي اتخذت خطوة تكريس عدم دستورية الإغفال التشريعي. ومن خلال المادتين ١٤٦ و ٢٧٩ من دستور ١٩٧٦، تم تكليف مجلس الثورة بالفصل في حالات عدم التزام التشريعي بالدستور من خلال تشريع اللوائح اللازمة لتنفيذ الواجب الدستوري. وجاء في هذه المواد أن مجلس الثورة، بصفته ضامناً للدستور بتولي ما يلي:

العمل بما يكفل إصدار التدابير اللازمة للامتثال للقواعد الدستورية، وله في سبيل ذلك تقديم توصيات بدورها، تنص المادة ٢٧٩ (عدم الدستورية بالتقصير) على ما يلي:

عندما لا يتم الالتزام بالدستور بسبب إغفال التدابير التشريعية اللازمة لجعل القواعد الدستورية قابلة للتنفيذ، يحق لمجلس الثورة أن يوصي الهيئات التشريعية المختصة بإصدارها خلال مدة زمنية معقولة^(٣٠).

ومع ذلك، بإصدار المراجعة الأولى للدستور البرتغالي في عام ١٩٨٢، تغير الجهاز الذي تم منحه لممارسة وظيفة الرقابة من مجلس الثورة إلى المحكمة

(30) See: The Constitution of Portugal.

الدستورية. ووفقاً لهذا التعديل، مُنحت المحكمة الدستورية سلطة ممارسة المراجعة القضائية للإغفال التشريعي، والتي نصت في المادة ٢٨٣ على ما يلي: عدم الدستورية بالإغفال: بناءً على طلب من رئيس الجمهورية، أو أمين المظالم، أو، على أساس انتهاك حق أو أكثر من حقوق مناطق الحكم الذاتي، رؤساء الجمعيات التشريعية في مناطق الحكم الذاتي، تقوم المحكمة الدستورية بمراجعة والتحقق من أي فشل في الامتثال لهذا الدستور عن طريق إغفال التدابير التشريعية اللازمة لجعل القواعد الدستورية القابلة للتنفيذ، وعندما تقرر المحكمة الدستورية عدم الدستورية بسبب الإغفال، فعليها إخطار الهيئة التشريعية المختصة بذلك.

ومن النصوص السابقة نستنتج أن الصلاحيات الممنوحة للمحكمة الدستورية في البرتغال لتصحيح ULOS يقتصر على إبلاغ السلطات المختصة بالتقصير التشريعي في اتخاذ الإجراء المطلوب دون آثار ملزمة. وفي هذه الحالة، لا تستطيع المحكمة الدستورية إلزام السلطة التشريعية بالشروع في أي إجراء تشريعي. الغرض الرئيس من السلطة التصريحية هو فقط توعية الهيئة التشريعية بفشلها في الوفاء بالتزاماتها دون آثار ملزمة.

*** الوضع في النظام القانوني والدستوري البرازيلي (حل إشكالية الإغفال

التشريعي ودور المحكمة الدستورية- الاتحادية العليا- ودعوى عدم الدستورية):
الدولة الثانية التي أدرجت عدم الدستورية بسبب الإغفال التشريعي كانت البرازيل. عملاً بأحكام المادة ١٠٣ من الدستور الاتحادي لعام ١٩٨٨، تم تكليف المحكمة الدستورية بممارسة المراجعة الدستورية بشأن الإخفاقات التشريعية في التغلب على عدم الدستورية المستمدة من سلوك الإغفال التشريعي. بالإضافة إلى الدعوى المباشرة بعدم الدستورية من قبل كان المقصود من الإغفال إبلاغ السلطات التشريعية بإغفاله، وكان يهدف إلى ضمان إنفاذ القواعد الدستورية وتنفيذها من خلال سن القوانين^(٣١).

وتنص المادة ١٠٣ من دستور البرازيل لعام ١٩٨٨ على ما يلي:

يجوز للأشخاص التاليين رفع دعوى عدم الدستورية:

(31) See: Bustamante, "Constitutional Courts as Negative/Positive Legislators: The Brazilian Case. "

- رئيس الجمهورية.
 - مجلس إدارة مجلس الشيوخ الاتحادي.
 - الهيئة الإدارية لمجلس النواب.
 - المجلس الإداري للجمعية التشريعية للولاية.
 - حاكم الولاية.
 - النائب العام للجمهورية.
 - المجلس الاتحادي لنقابة المحامين البرازيلية.
 - حزب سياسي ممثل في المؤتمر الوطني.
 - اتحاد النقابات العمالية أو جمعية مهنية ذات طبيعة وطنية.
- الفقرة الثانية:** عند إعلان عدم الدستورية بسبب عدم وجود إجراء لجعل نص دستوري نافذاً، يتم إخطار السلطة المختصة لاتخاذ الإجراءات اللازمة، وفي حالة الهيئة الإدارية. للقيام بذلك في غضون ثلاثين يوماً⁽³²⁾.
- توضح المادة ١٠٣ بوضوح أن المحكمة العليا الفيدرالية في البرازيل مُنحت ثلاثة أنواع من الصلاحيات ردًا على مشكلة ULOS.
- أولاً: تم تكليفها بممارسة صلاحيات إعلانية تسمح للمحكمة الاتحادية العليا بإخطار السلطة التشريعية بإغفالها.
 - ثانياً: مُنحت المحكمة الاتحادية العليا سلطة إعلان عدم دستورية الإغفال التشريعي.
 - ثالثاً: كان تكليفه بتحديد موعد نهائي للسلطة التشريعية لسد الفجوة الناتجة عن الـ ULOS .

الوضع في النظام القانوني والدستوري في دولة جنوب أفريقيا:

في العديد من المناسبات، فرض دستور جنوب أفريقيا على الهيئة التشريعية التزامات بإصدار التشريعات اللازمة. على سبيل المثال، تنص المادة ٤٤ (١) (أ) على ما يلي: السلطة التشريعية الوطنية المخولة للبرلمان- تمنح الجمعية الوطنية السلطة إصدار تشريعات فيما يتعلق بأي مسألة، بما في ذلك مسألة تقع ضمن

⁽³²⁾ See: The Constitution of the Federative Republic of Brazil...

المجال الوظيفي المدرج في الجدول، ولكن باستثناء ذلك، وفقاً للقسم الفرعي ٢، مسألة تقع ضمن المجال الوظيفي المدرج في الجدول ٥؛ وإسناد أي من صلاحياته التشريعية، باستثناء سلطة تعديل الدستور، إلى أي هيئة تشريعية في مجال آخر من مجالات الحكومة^(٣٣).

وتنص المادة ٤٤ (٤) على ما يلي: "عند ممارسة سلطتها التشريعية، البرلمان ملتزم بالدستور فقط، ويجب أن يتصرف وفقاً للدستور وفي حدوده". كما أن المشروع ليس ملزماً بتنفيذ التزامه، ولكنه ملزم أيضاً بتنفيذه بجد ودون تأخير، وقد ورد ذكر هذا الالتزام صراحة في المادة ٢٣٧ من خلال الإعلان عن أنه "يجب تنفيذ جميع الالتزامات الدستورية بجد ودون تأخير"^(٣٤).

لذلك، إذا فشلت الهيئة التشريعية في أداء التزاماتها الدستورية خلال مدة معقولة، فإن المادة ١٦٧ تكلف المحكمة الدستورية بسلطة تحديد الإغفال. تنص المادة ١٦٧ على ما يلي: "لا يجوز إلا للمحكمة الدستورية أن تقرر أن البرلمان أو رئيس الجمهورية فشل في الوفاء بالتزام دستوري". وبموجب المادة ١٦٧، فإن سلطة المجلس الدستوري، ويقتصر عمل المحكمة على إعلام السلطة التشريعية بفشلها التشريعي وإعلان عدم دستورية الإغفال التشريعي.

⁽³³⁾ See: Article 44 of The Constitution of the Republic of South Africa (1996).

The national legislative authority as vested in Parliament— confers **on the** National Assembly the power (II) to pass legislation with regard to any matter, including a matter within a Functional area listed in Schedule 4, but excluding, subject to subsection (2), a matter within a functional area listed in Schedule 5; and (III) to assign any of its legislative powers, except the power to amend the Constitution, to any legislative body in another sphere of government.

⁽³⁴⁾ See: Article 237 of The Constitution of the Republic of South Africa (1996).

المبحث الثالث

التحديات المرتبطة بالإغفال التشريعي ULOS وأصولها في المجال القضائي الدستوري في النظم الموازنة.

تمهيد وتقسيم:

يتناول هذا الجزء ما إذا كانت التحديات المرتبطة بـ ULOS قد وجدت أصولها في المجال القضائي. إن العثور على الأساس القضائي لعدم دستورية هذا الإغفال التشريعي يشكل مساهمة كبيرة في إنشاء وإضفاء الشرعية على نظام متكامل لحل هذه المعضلة التي لم تتم معالجتها- بشكل واضح- وفيما يتعلق بدور المحاكم الدستورية في الداخل.

وفي السياقات المعاصرة، لعب القضاة الدستوريون في العديد من المناسبات دوراً مهماً في إضفاء الشرعية على تصحيح ULOS ويظهر ذلك بوضوح في الأحكام الصادرة عن العديد من المحاكم الدستورية في جميع أنحاء العالم.

وسوف نعرض هذا المبحث في مطالب ستة مستقلة:

المطلب الأول: الوضع في القضاء الدستوري في ألمانيا.

المطلب الثاني: الوضع في القضاء الدستوري في إيطاليا.

المطلب الثالث: الوضع في القضاء الدستوري في فرنسا.

المطلب الرابع: الإغفال التشريعي غير الدستوري في دولة جورجيا (بالتطبيق على مشكلة جمهورية أبخازيا Republic of Abkhazia المتمتعة بالحكم الذاتي).

المطلب الخامس: الوضع في القضاء الدستوري في كندا.

المطلب السادس: الوضع في القضاء الدستوري في دولة جنوب أفريقيا.

المطلب الأول

الوضع في القضاء الدستوري في ألمانيا

إن سلطة تصحيح مشكلة قروض الأطفال غير المشروعة تستمد جذورها من الفقه القضائي الألماني، عندما أصدرت المحكمة الدستورية الفيدرالية الحكم رقم ٢٩ في عام ١٩٦٩. وبموجب هذا الحكم، تم حث السلطة التشريعية على خلق ظروف

متساوية بين الأطفال المولودين خارج إطار الزواج. والأطفال المولودين لأبوين متزوجين، وفي هذا الحكم رأت المحكمة الدستورية الاتحادية أن المادة ١٧١٢ من القانون المدني لا تتفق مع المادة ٦،٥ من الدستور وأبلغت المشرع بتجاوز هذا الإغفال قبل نهاية الفصل التشريعي. وبسبب هذا القرار تم إلغاء الإغفال في ١٩ أغسطس ١٩٦٩.

وفي حكمها بشأن قانون الموازنة لعام ١٩٨١، دكرت المحكمة الدستورية الاتحادية الهيئة التشريعية بالتزامها بالامتثال الكامل للولاية التشريعية الناتجة عن المادة ١١٥، ١ (الفقرة ٣ من القانون الأساسي)، والتي لا تنص صياغتها على مجرد تمكين السلطة التشريعية. المفهوم القانوني تهدف اللائحة بموجب المادة ١١٥، ١، (الفقرة ٢ من القانون الأساسي) بشأن اقتراض الدولة إلى الحد من الاقتراض المسموح به للدولة. ولكي يتحقق ذلك بالكامل، فإنه يتطلب تنفيذ التشريعات المنصوص عليها في المادة ١١٥، ١ (الفقرة ٣ من القانون الأساسي).

يتضمن ذلك تعريفاً أكثر دقة لمفهوم "الاستثمار" بالمعنى المقصود في الحكم المذكور في القانون الأساسي، والذي ينص على أن الهيئة التشريعية قد امتثلت رسمياً لولايتها المتمثلة في إنشاء حكم تنظيمي من خلال إنشاء حكم في قانون الموازنة الفيدرالية (Bundeshaushaltsordnung)، ولكن الذي يعرب عن شكوكه فيما يتعلق بالتوافق مع القانون الدستوري لمفهوم الاستثمار الذي تم نقله من ممارسة الميزانية.

المطلب الثاني

الوضع في القضاء الدستوري في إيطاليا

ومن الأمثلة الكلاسيكية لمشكلة ULOS هو القرار رقم ١٥ لعام ١٩٦٩ الصادر عن المحكمة الدستورية الإيطالية، والذي أعلنت فيه المحكمة حكم القانون الجنائي الذي يمنح وزير العدل سلطة منح الإذن بالمضي قدماً في قضايا التشهير العلني بالمحكمة الدستورية.

وقد أُعلن أن مثل هذا النص، الذي يضر بالوضع المؤسسي للمحكمة، غير دستوري، ليس في مجمله فحسب، بل في الحدود التي أسند فيها سلطة الإذن بالمضي قدماً في جريمة انتهاك حرمة المحكمة الدستورية إلى الوزير. (...). بدلاً من المحكمة نفسها.

وأصدرت المحكمة نفسها الحكم رقم ١٩٠ لسنة ١٩٧٠ الذي أعلنت فيه المحكمة عدم شرعية حضور النائب العام أثناء استجواب المتهم دستورياً. ومن الواضح أن سبب عدم الدستورية لم يكن فيما ذكرته بل فيما لم تذكره، ولا سيما الحضور (الضروري) لمحامي المتهم أثناء الاستجواب نفسه^(٣٥).

المطلب الثالث

الوضع في القضاء الدستوري في فرنسا

إن الوسائل القضائية الرئيسية التي يمارسها المجلس الدستوري للقضاء على ULOS هي التوجيهات. وفي كثير من الأحيان يصدر المجلس الدستوري قرارات إلى السلطة التشريعية لتصحيح فشلها. وفي القرار رقم ١٣٢ د. ت الصادر بتاريخ ١٦ يناير ١٩٨٢، أصدر القاضي الدستوري توجيهاً أكد فيه أنه إذا كان المشرع، ولما كان تخفيض السن ليتم انتخابه، فإنه يجب أن يتم ذلك لجميع المرشحين. وفي هذه الحالة، خفض التشريع سن التأهل للانتخابات الأوروبية للمرشحين غير الفرنسيين إلى ١٨ عاماً، لكن بالنسبة للمواطنين الفرنسيين أبقى السن عند ٢٣ عاماً. إن السلطة الممنوحة للقاضي الدستوري الفرنسي لمراقبة القوانين قبل الموافقة عليها مكنت القاضي من ممارسة دور فعال في القضاء على ULOS قبل ظهورها، وهو من ناحية الإغفال النسبي. ومع ذلك، فمن ناحية الإغفال المطلق، لا يملك القاضي الدستوري أي سلطة للقيام بذلك معالجة المشاكل الناجمة عن السلوك الإغفال. وذلك لأن القاضي الدستوري مخول فقط بمراجعة الاقتراح والقوانين القائمة. وفي الواقع، إذا أغفل المشرع سن التشريعات، فلن يتمكن القاضي من إجبار المشرع على سن تلك الإغفالات القانونية.

(35) See: Thierry Di Manno, "Le Conseil Constitutionnel Et Les Moyens Et Conclusions Soulevés D'office, " (1994).

المطلب الرابع

الإغفال التشريعي غير الدستوري في دولة جورجيا (بالطبيق علي مشكلة جمهورية أبخازيا Republic of Abkhazia المتمتعة بالحكم

الذاتي)

إن جمهورية أبخازيا المتمتعة بالحكم الذاتي هي وحدة إقليمية تابعة لجورجيا (تقع دولة جورجيا بين قارة أوروبا وقارة آسيا، ويحدها من الجنوب دولة أرمينيا، ومن الشمال روسيا وتركيا)، التي أحتلت أراضيها نتيجة للعدوان العسكري الشامل في آب/ أغسطس ٢٠٠٨، من قبل الاتحاد الروسي ولا يتم في الواقع تنفيذ التشريعات الجورجية هناك، فالسلطات القانونية (سواء التمثيلية أو التنفيذية) لهذه الوحدة المستقلة موجودة في المنفى وتقع في عاصمة جورجيا.

ولقد ظل برلمان جورجيا يظهر اللامبالاة والتقاعس منذ سنوات عديدة فيما يتعلق بمسألة أبخازيا. وينعكس هذا التقاعس في المقام الأول في التقاعس التشريعي الذي ينتهك دستور جورجيا لأن دستور جورجيا يتطلب اعتماد قانون دستوري بشأن هذه المنطقة، على الرغم من أن هذا الشرط لم يتم الوفاء به منذ ما يقرب من عشرين عامًا^(٣٦).

وتبين الدراسة في هذا الموضوع الفراغ الكبير المتعلق بالتنظيم القانوني لهذه الاستقلالية، والتبعات السلبية المرتبطة بها، ونستعرض الإغفال التشريعي غير الدستوري الذي يتعلق بهذه القضية.

⁽³⁶⁾ See: Dr. George Goradze, Professor Sulkhan-Saba Orbeliani University, Tbilisi, Georgia: "UNCONSTITUTIONAL LEGISLATIVE OMISSION AND THE STATUS OF THE AUTONOMOUS REPUBLIC OF ABKHAZIA" Teka Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie, vol. XIV, 2021, no. 1, pp. 139-150, p: 139. <https://doi.org/10.32084/tekapr.2021.14.1-13>

الإغفال التشريعي غير الدستوري في جورجيا:

لا تعترف التشريعات والمبادئ القانونية الجورجية بمفهوم الإغفال غير الدستوري، ومن ثم لا تتمتع المحكمة الدستورية في جورجيا بسلطة النظر في دستورية الإغفال التشريعي، ويتم تحديد صلاحيات المحكمة الدستورية لجورجيا بموجب الدستور والقانون الأساسي "المتعلق بالمحكمة الدستورية لجورجيا"، ولا تمنح المواد ذات الصلة من القوانين المذكورة المحكمة الدستورية صلاحية إجراء تحقيقات في حالات الإغفال التشريعي، والنظر في دستورها، وإجراء رقابة دستورية مسبقة أو لاحقة، ملموسة أو مجردة.

وفي ضوء ذلك تنظر المحكمة الدستورية في مدى مطابقة الفعل المتنازع عليه مع الدستور، لكن لا تتجاوز المحكمة في النظر بشأن دستورية عدم وجود القاعدة (الإغفال القانوني) التي تنظم علاقة قانونية معينة، فإذا كان موضوع الالتماس وجود إغفال قانوني فلا تقبل المحكمة نظر الدعوى⁽³⁷⁾. وعلى سبيل المثال، أعلنت المحكمة العليا في جورجيا بشأن قضية "مواطنو جورجيا- حلف شمال الأطلسي ناترياشفيلي، وجينيت باتريديزي، ونيوي جفارجالادزي ضد برلمان جورجيا" أنها غير مقبولة وذكرت أنه ليس من اختصاص المحكمة النظر في دستورية الإغفال القانوني⁽³⁸⁾.

تنظر المحكمة الدستورية في المطالبات الدستورية فقط فيما يتعلق بدستورية القوانين المعيارية. ومع ذلك، طوال مدة النظر في القضية، إذا حددت المحكمة

(37) Response of the Constitutional Court of Georgia, Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence, The Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence, XIVth Conference of Constitutional Courts of Europe, Vilnius, 2008, p. 15. https://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report_Georgia_en.Pdf,

(38) Judgement N1/9/325 of 3 May 2005 of the Constitutional Court of Georgia on the case "Citizens of Georgia- Nato Natriashvili, Djeneta Pataridze and Nino Gvardjaladze vs. the Parliament of Georgia. "

إغفالاً تشريعياً معيناً في القوانين القانونية، فيمكنها تقديم توصيات إلى البرلمان، لكن هذه الأنواع من توصيات المحكمة الدستورية لجورجيا ليست إلزامية^(٣٩).

ومن ثم، لا يجوز للمشرعين الجورجيين تمرير قانون حتى عندما يكون ذلك مطلوباً صراحةً بموجب دستور جورجيا. هناك نفس الحالة تمامًا فيما يتعلق بمنطقة الـ ARA لا يقوم برلمان جورجيا بتمرير القاعدة فحسب، بل أيضًا القانون بأكمله الذي يجب أن يحدد صلاحيات هذه الوحدة.

في عام ٢٠٠٢، تم تعديل القانون الدستوري ليصبح دستور جورجيا وكان جوهره الرئيس هو تحديد وضع أبخازيا كجمهورية تتمتع بالحكم الذاتي، في وقت سابق، لم تذكر سوى "أبخازيا" في الدستور دون اسم يدل على استقلالها الذاتي، وقد نص القانون الدستوري نفسه على أن وضع المنطقة سيتم تحديده بموجب القانون الدستوري لجورجيا "بشأن وضع جمهورية أبخازيا المتمتعة بالحكم الذاتي"^(٤٠).

استمر هذا الوضع حتى عام ٢٠١٧، وفي المدة ٢٠١٧-٢٠١٨، أجرى برلمان جورجيا تعديلات جوهرية على دستور جورجيا، ولكن لم يتم تقديم تغييرات نوعية من حيث الترتيب الإقليمي وظلت الأحكام الرئيسية كما هي. تم إجراء تغييرات طفيفة فقط، والتي تضمنت تصحيح المصطلحات الفردية وتشكيل العديد من القواعد المتعلقة بالترتيب الإقليمي.

ونتيجة للتعديلات، ظهرت مسألة الترتيب الإقليمي في المادة ٧ ("أساسيات الترتيب الإقليمي") من الدستور، حيث تنص الفقرة ٢ من هذه المادة على أن "سلطات جمهورية أبخازيا المتمتعة بالحكم الذاتي وجمهورية أجارا المتمتعة بالحكم الذاتي، وإجراءات ممارسة هذه السلطات يجب أن تحددها القوانين الدستورية لجورجيا التي هي جزء لا يتجزأ من دستور جورجيا".

(39) Response of the Constitutional Court of Georgia, p. 16.

(40) See: Constitutional Law of Georgia "on Additions and Amendments to the Constitution of Georgia" of 10 October 2002.

وفقاً لهذا البند، يجب أن تحدد القوانين الدستورية المنفصلة صلاحيات جمهوريتي أجارا وأبخازيا المتمتعة بالحكم الذاتي، ولكن ليس وضعهما كما كان مكتوباً سابقاً في الدستور. من الناحية القانونية، هذا الحكم أكثر صحة لأن دستور جورجيا يحدد- بالفعل- وضعي أجارا وأبخازيا- فهما تتمتعان بالحكم الذاتي كجمهوريات. ومع ذلك، فإن ما يشكل الحكم الذاتي هو نوع هذه السلطات للجمهوريات التي سيكون لها في الدولة، يجب أن تحدها القوانين الدستورية. ولم يتم اعتماد القانون الذي يتطلبه الدستور منذ عام ٢٠٠٢^(٤١).

ولسوء الحظ، فإن المجتمع والنخبة السياسية التي تصل إلى السلطة في جورجيا تحاول باستمرار تغيير الدستور. والسبب في ذلك هو أوجه القصور المستمرة في الدستور، وعدم قابليته للتطبيق العملي، والحاجة إلى الابتكارات، إلا أن طموح السياسيين المهووسين بفكرة تغيير الدستور لا يهدف إلى أهداف تنظيمية أو هيكلية أو التحسين السياسي للقانون الأساسي، للتعامل مع التحديات والحلول العقلانية، لكن هدفهم الحقيقي هو ضمان قوته.

ولهذا السبب، حتى في الوعود التي قدمتها الأحزاب قبل الانتخابات، فإن مسألة التعديلات الدستورية تعتبر شرطاً مسبقاً ضرورياً للأجندة السياسية الجورجية، لكن لا أحد يتحدث عن القضية المذكورة أعلاه، ليست حجة أن القانون الدستوري المذكور أعلاه لم يتم أو لا يمكن اعتماده بسبب عدم وجود ولاية لجورجيا على أبخازيا، وأنه سيتم اعتماد مثل هذا القانون بعد الاستعادة الكاملة للولاية القضائية على أبخازيا.

كما أن هذه الحجة غير مبررة من الناحية القانونية، لأن دستور جورجيا لا يربط مسألة اعتماد هذا القانون الدستوري باستعادة الولاية القضائية لجورجيا على ARA. هناك بعض المواد في الدستور ترتبط فيها أحداث معينة باستعادة السلامة الإقليمية- على سبيل المثال- وفقاً للمادة ٣٧، "بعد استعادة جورجيا للسلطة القضائية الكاملة

(41) See: Constitutional Law of Georgia "on Autonomous Republic of Ajara" of 13 October 201

في جميع أنحاء الأراضي الجورجية، سيتم إنشاء مجلسين داخل البرلمان: مجلس الجمهورية ومجلس الشيوخ^(٤٢). ومع ذلك، فيما يتعلق بالقانون الدستوري الخاص بإقليم آر، يطالب الدستور باعتماد هذا القانون دون أي شرط.

ما أن وجود قانون جورجيا "بشأن الأراضي المحتلة" لا يبرر هذا التقاعس عن العمل، لأنه مع لوائح أخرى، يعلن هذا القانون أن المنطقة المقيد الوصول إليها هي منطقة محتلة وينشئ نظامًا خاصًا هنا. إلا أنه لا يؤثر على وضع وصلاحيات الحكم الذاتي، ولا يلغي أو يعلق لا الدستور والتشريعات ولا أنشطة السلطات الشرعية للحكم الذاتي^(٤٣). ومن ثم، لكي يكون اعتماد القانون الدستوري بشأن المنطقة الإقليمية أمرًا معياريًا، فهو إلزامي على أساس المادة ٧ (٢) من الدستور. بالإضافة إلى ذلك، يجب على جورجيا، باعتبارها دولة ذات سيادة، أن تعلن موقفها من صلاحيات الكيانات المتمتعة بالحكم الذاتي. إذا كانت شبه جزيرة القرم المحتلة لا تزال مدرجة في دستور أوكرانيا، وكان نطاق الحكم الذاتي محددًا قانونيًا، فلماذا لا يكون الأمر نفسه في حالة جورجيا فيما يتعلق بالحكم الذاتي لأبخازيا؟

كما أن إقرار مثل هذا القانون ضروري لمنع العدمية القانونية، لأنه إذا لم يتم المشرع بالواجب الذي يفرضه عليه قانون تشريعي أعلى، ومن ثم يظهر عدم احترام للدستور، فمن الصعب على المواطن العادي احترام الدستور والقانون بشكل عام. والأهم من ذلك أن عدم اعتماد القانون المذكور أعلاه قد خلق فراغًا تشريعيًا هائلًا، مما كان له أثر سلبي على الأمن القانوني لجورجيا. وعلى وجه الخصوص، مكن هذا الفراغ المجلس الأعلى (في المنفى) لـ ARA من دمج القواعد في دستور ARA التي كانت تتعارض بشكل مباشر مع دستور جورجيا.

(42) See: Constitution of Georgia of 24 August 1995, Article 37(1).

(43) See: Law of Georgia "on the Occupied Territories" of 23 October 2008.

طرق حل مشكلة الإغفال التشريعية غير الدستورية في جورجيا:

يمكن النظر إلى مشكلة جورجيا على مستويين: الإغفال التشريعي بشكل عام والتقاعس التشريعي فيما يتعلق بالقانون الإقليمي على وجه الخصوص. لنبدأ بمسألة محددة.

هناك مشكلتان فيما يتصل بإنهاء هذا التقاعس الدستوري: سياسي وقانوني. وكما يبدو، فإن المشكلة السياسية هي أن الحكومة الجورجية ليس لديها رؤية محددة، أو خطة محددة لأبخازيا. مثل هذه الرؤية السياسية كانت إلى حد ما لدى حكومة ٢٠٠٤-٢٠١٢، على الرغم من أنه يجب القول أن هذه الرؤية تجلت بشكل رئيس في البيانات السياسية ولم يكن لها أطر قانونية على الإطلاق. صحيح أن قانون الأراضي المحتلة تم إقراره في ذلك الوقت (عام ٢٠٠٨)، لكنه كان بمكانة تأكيد قانوني لحقيقة الاحتلال ولم يكن له أي علاقة بالقانون الدستوري الخاص بالأراضي المحتلة، والذي اشترطه دستور جورجيا.

ومن الواضح أن قضية أبخازيا تعتمد بشكل كبير على العمليات السياسية الدولية أيضاً، لكن هذا لا يعني أن الحكومة ذات السيادة، والهيئة التشريعية لدولة جورجيا ذات السيادة لا تعبر عن إرادتها السياسية ولا تعكسها في القانون.. لذلك يتعين على برلمان جورجيا أن يتبنى قانوناً يوضح سياستها الإقليمية ويحدد موقف جورجيا فيما يتعلق باختصاص الحكم الذاتي لأبخازيا.

أما في الجانب القانوني، فالحقيقة أننا في هذه الحالة نتعامل مع ما يسمى "الصمت المشروط للمشرع"، فنفس الإغفال الشديد أو عدم اعتماد قانون دستوري معين يكون مقصوداً. قد يفضل البرلمان الصمت بشأن بعض القضايا السياسية، لكن هذا لا ينبغي أن يخالف الدستور. إذا كان أي قانون، وعلاوة على ذلك، يتطلب الدستور وجود قانون معياري محدد، ولا يمكن تبرير عدم اعتماده بذريعة سياسية. إذا افترضنا أن اعتماد قانون معياري ليس أمراً مناسباً من الناحية السياسية حقاً، فيمكن أن يتم ذلك ليس على حساب انتهاك الدستور، ولكن هناك طريقتان للقيام بذلك:

الأولى، تعديل الدستور نفسه وتنفيذ المطلب، أو اعتماد هذا القانون الدستوري المطلوب.

أعتقد أن الطريقة الثانية هي الأصح. وبما أن الدستور لم ينص على قواعد وضوابط محددة لهذا القانون الدستوري، فإنه يجوز للمشرع أن يتبنى قانوناً دستورياً ويأخذ في الاعتبار أحكام الدستور الحالي للإقليم. وبالإضافة إلى ذلك، ينبغي أن تؤخذ القاعدة بعين الاعتبار في القانون، وهي أن هذا القانون سيتم تنقيحه بعد إنهاء الاحتلال أو ما إلى ذلك.

أما بالنسبة للمشكلة بشكل عام، وكما ذكرنا أعلاه، فإن التشريعات الجورجية لا تعترف بمفهوم الإغفال غير الدستوري. ولذلك يرى البعض أن الحل المثالي سيكون إجراء تعديل دستوري من شأنه أن يزيد من وظيفة المحكمة الدستورية بحيث يكون لها الحق في ممارسة الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي غير الدستوري.

في مثل هذه الحالة متى إذا لم يتم برلمان جورجيا بالوفاء بشكل مقصود بمتطلبات دستور جورجيا منذ ما يقرب من عشرين عامًا، فسيكون من الجيد الإشارة إلى "إغفال غير دستوري" في دستور جورجيا، والذي يمكن إعادة النظر فيه من قبل المحكمة الدستورية في جورجيا.

والقرارات التي اتخذتها المحكمة الدستورية لجورجيا في مثل هذه الحالات، مثل قراراتها الأخرى، ملزمة لأي مؤسسة أو مسؤول في الدولة، وينبغي اتخاذ تدابير المسؤولية السياسية أو القانونية ذات الصلة لعدم الامتثال لمثل هذا القرار.

يجب الدفاع عن الأمن القانوني بالقانون. ومع ذلك، هناك سؤال واحد فقط دون إجابة: لماذا يقوم البرلمان، الذي يشعر بالارتياح في مواجهة الإغفال التشريعي غير الدستوري، بتمرير مثل هذا القانون؟ وإذا كان الأمر كذلك - فهناك طريقة أخرى أيضاً - فالمحكمة الدستورية قادرة على إظهار الشجاعة وتحديد هذا الاختصاص بنفسها.

تتمتع المحكمة الدستورية في جورجيا بتجربة مماثلة، عندما عدل "الإغفال غير الدستوري" في دستور جورجيا، والذي يمكن مراجعته من قبل المحكمة الدستورية لجورجيا. تكون القرارات التي تتخذها المحكمة الدستورية لجورجيا في مثل هذه الحالات، مثل قراراتها الأخرى، ملزمة لأي مؤسسة أو مسؤول في الدولة، ويجب اتخاذ تدابير المسؤولية السياسية أو القانونية ذات الصلة في حالة عدم الامتثال لمثل هذا القرار.

وللمحكمة الدستورية في جورجيا تجربة مماثلة، عندما فصلت بين محتوى القاعدة والقاعدة نفسها، ونتيجة لذلك بدأت المحكمة الدستورية في تقييم دستورية ليس القاعدة فحسب، بل أيضًا محتواها المحدد في حكمها الصادر في ٢٢ ديسمبر ٢٠١١^(٤٤)، ألغت المحكمة - لأول مرة - محتوى الفقرة ٢ من المادة ٢ من قانون جورجيا بشأن الاحتياط العسكري، ووفقًا للمحكمة، فإن المشكلة لم تكن في فكرة وجوه نظام الاحتياط العسكري، والالتزام الذي يفرضه القانون، ولكن في قواعد مروره والممارسة المعمول بها. وقد استخدمت المحكمة نهجًا مماثلًا مرات عديدة، ومن ثم تجاوزت النطاق القانوني الإيجابي للصلاحيات الممنوحة لها، واكتسبت، من خلال تفسيرها الخاص، صلاحيات جديدة لدراسة المحتوى المعياري للقاعدة. ومن خلال زيادة كفاءة المشرع السلبي، من خلال تجريد المحتوى المعياري من القاعدة، فقد أسندت المحكمة لنفسها في الممارسة وظيفة المشرع الإيجابي.

ونخلص مما سبق إلى أن دستور جورجيا هو قانون قانوني أعلى يقع تنفيذه على عاتق الجميع، بما في ذلك الهيئة التشريعية العليا التي تعتمد الدستور والقوانين الأخرى. يتطلب دستور جورجيا اعتماد قانون دستوري بشأن صلاحيات ARA وإجراءات ممارسة هذه السلطات. ولا يربط الدستور هذه القضية باستعادة الولاية القضائية لجورجيا على ARA أو أي حدث آخر.

⁽⁴⁴⁾ See: Judgement N1/1/477 of 22 December 2011 of the Constitutional Court of Georgia on the case "Public Defender of Georgia v. Parliament of Georgia.

ومن ثم، لن يكون من الصواب إلقاء اللوم على مثل هذه السياسة القانونية على الوضع الفعلي في أراضى ألبازيا. على العكس من ذلك، فإن برلمان جورجيا باعتباره الهيئة التشريعية العليا لدولة ذات سيادة والذي "يحدد الاتجاهات الرئيسية للسياسات الداخلية والخارجية للبلاد"^(٤٥)، ملزم بتحديد حقوق ومسئوليات إحدى جمهورياتها المتمتعة بالحكم الذاتي.

ودون هذا القانون، كان هناك فراغ في المجال التشريعي الجورجي، مما كان له أثر سلبي على الأمن القانوني. من أجل تجنب تجاهل متطلبات دستور جورجيا، سيكون من المرغوب فيه إدخال مفهوم الإغفال التشريعي غير الدستوري في المجال التشريعي الجورجي، وتزويد المحكمة الدستورية لجورجيا بسلطة مراجعة الدعاوى القضائية المتعلقة بالقضايا التشريعية غير الدستورية للإغفال. ويجب أن تكون القرارات المتخذة في مثل هذه الحالات واجبة التنفيذ.

المطلب الخامس

الوضع في القضاء الدستوري في كندا

وتعتبر كندا من الدول التي اعترفت قضائياً بعدم دستورية الإغفال التشريعي. نشأ سؤال مهم يتعلق بعدم دستورية الإغفال التشريعي في قضية فريند ضد ألبرتا (١٩٩٨) حيث تم طرح السؤال، "هل هذا صحيح؟" المادة ٣٢ من الميثاق تحظر النظر مخالفة عندما يكون ذلك الأمر ناشئاً عن إغفال تشريعي^(٤٦)؟

⁽⁴⁵⁾ See: Constitution of Georgia of August 24, 1995, Article 36(1).

⁽⁴⁶⁾ See: Vriend V. Alberta, 1 S. C. R. 493 (1998).

In this case: The appellant, a gay college employee, appealed against a decision of the Court of Appeal of Alberta overturning a decision of the Court of Queen's Bench that the omission of protection against discrimination on the basis of sexual orientation in the Individual's Rights Protection Act 1980 (IRPA) was an unjustified violation of s. 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms (the Charter) and that "sexual orientation" should be read into ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1) and 10 of the IRPA. The appellant's employment had been terminated with the college because of his sexual orientation. He was unable to complain

ردت المحكمة العليا في كندا على هذا السؤال بالقول إنه، - كما هو الحال - هنا، حيث يكون الإغفال التشريعي في ظاهره متناقضًا تمامًا مع المبادئ المضمنة في التشريع ككل، فلا يمكن القول بأن القانون نفسه يشير إلى أي شيء الهدف الواضح للإغفال الذي يمكن وصفه بأنه ملح وجوهري لتبرير تجاوز الحقوق التي يحميها الدستور.

that his dismissal had been based on sexual orientation discrimination because the IRPA did not include sexual orientation as a protected ground.

The Majority The majority by seven to one allowed the appeal. It held that the IRPA created a distinction which resulted in the denial of equal benefit and protection of the law on the basis of sexual orientation which was sufficient to conclude that discrimination was present and that there had been a violation of s. 15. The exclusion of sexual orientation from the IRPA did not meet the requirements of the test established in the case of R v Oakes [1986] 1 S. C. R. 103 and as such could not be justified under s. 1 of the Charter. The respondent had failed to show any discernible objective for the omission that might be described as pressing and substantial so as to justify overriding 2 constitutionally protected rights. Further, in relation to minimal impairment, the respondent had failed to demonstrate that there was a reasonable basis for excluding sexual orientation from the IRPA. The exclusion amounted to total impairment of the guarantee of equality. The respondent did not show that there was any proportionality between the attainment of the legislative goal and the infringement of the appellant's right to equality. The most appropriate way of remedying the legislation was to read "sexual orientation" into the legislation. Dissenting (Major J.) Major J., concluded that the words "sexual orientation" should not be read into the IRPA. The legislature had had a number of opportunities to do so before and had chosen not to. The relevant sections of the IRPA should be declared invalid and the legislature should be left to determine how to rectify the situation.

https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Microsoft%20Word%20-%20Vriend%20v%20Alberta.pdf

وفي نفس القضية قضت المحكمة العليا بما يلي: باختصار، ليس أمام هذه المحكمة خيار سوى أن تستنتج أن قانون IRPA، بسبب إغفال التوجه الجنسي كأساس محمي، ينتهك - بشكل واضح - الميثاق. ويخلق قانون IRPA في حالته غير الشاملة تمييزاً يؤدي إلى الحرمان من المزايا المتساوية وحماية القانون على أساس التوجه الجنسي، وهي سمة شخصية وُجد أنها مماثلة للأسباب المذكورة^(٤٧). وبدورها أنهت المحكمة قرارها بأن قررت، وأنا أتفق معها على أن استبعاد التوجه الجنسي هو أساس محمي من التمييز وينتهك الميثاق.

في هذه الحالة تم الطعن في هذه المواد من قانون حماية حقوق الفرد لعام ١٩٨٠ (IRPA) على أساس أن هذه الأقسام تتعارض مع المادة ١٥ من الميثاق الكندي للحقوق والحريات لأنه يدرج التوجه الجنسي كسبب محظور للتمييز. ورأت المحكمة أن إغفال الهيئة التشريعية لحماية الأفراد من التمييز على أساس التوجه الجنسي يعد انتهاكاً غير مبرر للمادة ١٥ من الميثاق الكندي للحقوق والحريات. وللتغلب على هذا الإغفال، مارست المحكمة وظيفتها التشريعية بإضافة عبارة "التوجه الجنسي".

المطلب السادس

الوضع في القضاء الدستوري في دولة جنوب أفريقيا

وقد تبع موقف المحكمة العليا الكندية تجاه ULOS محكمة أخرى، وهي المحكمة الدستورية لجنوب أفريقيا من خلال القضية CCT 35/99 في هذه القضية، ذكرت المحكمة الدستورية أنه يمكن انتهاك الدستور ليس فقط من خلال الإجراءات التشريعية، ولكن كان هناك سبب آخر لعدم اتساق الدستور وهو ULOS ويمكن رؤية هذا الإعلان بوضوح بالتصريحات التالية في قضية داود وآخر ضد وزير الداخلية وآخرين (٢٠٠٠)^(٤٨).

(47) See: Canadian Charter of Rights and Freedoms.

(48) See: Dawood and Another v Minister of Home Affairs and Others, 2000 (3) SA 936 (CC Cct 35/99, (2000)).

كما لا يمكن القول بأن هناك أي غرض تشريعي يمكن تحقيقه من خلال عدم تقديم مثل هذه التوجيهات على الإطلاق. ولم يسعى الوزير في مرافعته المكتوبة إلى الإيحاء بعكس ذلك. ولن يكون من الصعب أو المعقد على نحو لا مبرر له تحديد الاعتبارات ذات الصلة برفض مبرر للحصول على تصريح مؤقت. ولذلك لا يوجد سبب للإغفال التشريعي الذي يمكن وزنه في تحليل القيود. في هذه الحالة، فإن تأثير غياب مثل هذا التوجيه، إلى جانب اتساع نطاق السلطة التقديرية الممنوحة لمسؤولي الهجرة والمدير العام بموجب القسمين ٢٦ (٣) و(٦)، يقوض بشكل كبير غرض القسم ٢٥ (٩) (ب)."

لقد خلصت إلى أن المادة ٢٥ (٩) (ب) مقروءة مع المادتين ٢٦ (٣) و(٦) غير متوافقة مع الدستور بسبب غياب التوجيه التشريعي الذي يحدد الظروف التي يكون فيها رفض منح أو تمديد تصريح مؤقت سيكون له ما يبرره وذلك، ولذلك فإن

In this case: Nor can it be said that there is any legislative purpose to be achieved by not supplying such guidance at all. The Minister, in his written argument, did not seek to suggest the contrary. It would be neither unduly complex nor difficult to identify the considerations relevant to a justifiable refusal of a temporary permit. There is no reason therefore for the legislative omission that can be weighed in the limitations analysis. In this case, the effect of the absence of such guidance, coupled with the breadth of the discretion conferred upon immigration officials and the DG by sections 26(3) and (6), significantly undermines the purpose of section 25(9)(b). "56 "I have concluded that section 25(9)(b) read with sections 26(3) and (6) is inconsistent with the Constitution because of the absence of legislative guidance identifying the circumstances in which a refusal to grant or extend a temporary permit would be justifiable and that therefore those provisions constitute an infringement of the applicants' constitutional right to dignity, which protects their rights to marry and cohabit. The inconsistency with the Constitution therefore lies in a legislative omission, the failure to provide guidance to the decision-maker. As such, therefore, it cannot be cured by the technique of actual or notional severance employed by this Court, for example, in *Ferreira v Levin NO and Others*; *Vryenhoek and Others v Powell NO and Others*. <https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/8media.Pdf>.

تلك الأحكام تشكل تعدياً على حق المتقدمين = الدستوري في الكرامة الذي يحمي حقوقهم في الزواج والمعايشة. ومن ثم فإن التعارض مع الدستور يكمن في الإغفال التشريعي، وعدم تقديم التوجيه لصانع القرار. وعلى هذا النحو، لا يمكن علاجه من خلال أسلوب الفصل الفعلي أو النظري الذي تستخدمه هذه المحكمة، على سبيل المثال، في قضية فيريرا ضد ليفين وآخرون؛ فريينهوك وآخرون ضد باول نحو وآخرون.

في هذه القضية، قال مقدمو الطلبات إنه من خلال إنكار المادة ٢٥ (٩) (ب)، وهو الحق في التعايش، تم انتهاك عدد من الحقوق في الدستور: "الحق في الكرامة؛ الحق في الكرامة؛ الحق في الكرامة، الحق في الكرامة". حق المواطنين في البقاء والإقامة في جنوب أفريقيا؛ حق الأطفال في الرعاية الأسرية أو الأبوية؛ والحق في عدم التعرض للتمييز غير العادل". ولحماية هذه الحقوق، كان على السلطة التشريعية أن تقدم التوجيهات اللازمة صناع القرار فيما يتعلق بسلطتهم في رفض تمديد أو منح تصاريح مؤقتة بطريقة تحمي الحقوق الدستورية للزوجين والأسرة. أعلنت المحكمة الدستورية أن عدم دستورية المادة ٢٥ (٩) (ب) يرجع إلى فشل السلطة التشريعية في تقديم إرشادات تحدد الظروف التي يكون فيها رفض منح أو تمديد تصريح مؤقت مبرراً. وصف البروفيسور ديدييه ريبس عدم دستورية المادة ٢٥ (٩) (ب) بالقول إن الحكم غير دستوري، وليس بسبب ما ينص عليه تقدم، ولكن بسبب ما تغفله^(٤٩).

تشكل هذه الأحكام تعدياً على الحق الدستوري لمقدم الطلب في الكرامة، والذي يحمي حقوقه في الزواج والمعايشة. واختتمت المحكمة قرارها بالقول: "إن التعارض مع الدستور يكمن إذن في الإغفال التشريعي، وعدم توجيهه متخذ القرار".

(49) See: Didier Ribes, "Le Juge Constitutionnel Peut-Il Se Faire Législateur? (À Propos De La Décision De La Cour Constitutionnelle D'Afrique Du Sud Du 2 Décembre 1999)," Les Cahiers du Conseil constitutionnel, no. 9 (2000)

المبحث الرابع

ضرورات ومتطلبات تطوير دور المحاكم الدستورية كمشرعين إيجابيين لحل

إشكاليات الإفعال التشريعي

أحد الأهداف الرئيسية لهذه الرسالة هو دراسة سبب تحرك بعض المحاكم الدستورية نحو دور المشرع الإيجابي. لقد ثبت أن الهيئات التشريعية في جميع أنحاء العالم فشلت في الامتثال للالتزامات الدستورية الواضحة لسن التشريعات. وبالإضافة إلى ذلك، فقد تم الاعتراف منذ مدة طويلة بإعمال الحقوق الدستورية باعتبارها مسألة ليس فقط منع انتهاكها عن طريق السلوك الإيجابي، بل وأيضاً انتهاكها عن طريق التقاعس عن العمل. وقد تبين أيضاً أن مثل هذا التحول الواضح له فوائد عديدة تلعب دوراً مهماً في ترجيح مخاطر تطبيق مثل هذه الصلاحيات.

إن إلزام السلطة التشريعية بالامتثال لواجباتها الدستورية هو الفائدة الأولى من تحميل المحاكم الدستورية دور المشرع الإيجابي. يقع على عاتق الهيئات التشريعية واجب، ووجب أداء صلاحياتها التشريعية الإيجابية التي تفرضها الدساتير بشكل صريح. إلا أن المشرعين غير ملزمين بتنفيذ هذه الاختصاصات لعدم وجود إكراه لتنفيذ هذه الالتزامات. ومن ثم لا توجد جهة أخرى لها صلاحية إلزام السلطة التشريعية بممارسة هذه الالتزامات الإيجابية. وقد أشار ألكسيس دي توكفيل إلى هذا الرأي عندما قال: "إن القضاة لا يستطيعون إجبار الناس على سن القوانين ولكن على الأقل - يمكنهم إجبارهم على عدم عصيان تشريعاتهم وعدم التعارض مع أنفسهم".

ونرى أن أحد الأسباب الرئيسية لوجود ULOS هو اعتقاد السلطة التشريعية بأنها غير ملزمة بممارسة التزاماتها الدستورية الإيجابية. ومن ثم، فإن السلطة التشريعية يجب أن تكون ملزمة، ليس فقط ملزمة، بسن التشريعات الناقصة من خلال تكليف هيئة دستورية أخرى - المحكمة الدستورية - بسلاح قانوني لإجبار الهيئة التشريعية على الامتثال لالتزاماتها الدستورية. بحكم طبيعة الدستور نفسه، فهو غير قابل للتنفيذ في حد ذاته، ومن ثم يحتاج إلى تنظيم من خلال سن التشريعات الأساسية. ومن ثم فإن عدم قيام السلطة التشريعية بممارسة التزاماتها التشريعية يشكل تعدٍ على شرعية الحقوق

الدستورية. ولذلك لا بد من تفويض هيئة أخرى، وهي المحكمة الدستورية، لإعادة تأكيد تطبيق أحكام الدستور.

وكما ذكرنا سابقاً فإن السيادة الدستورية تعني - ضمناً - أن السلطة التشريعية يجب أن تمتثل للدستور عندما تمارس التزاماتها ويجب أن تخضع جميع السلوكيات المخالفة للمراجعة الدستورية، سواء كانت أفعال إيجابية (قوانين) أو أفعال سلبية (إغفالات تشريعية). الهدف الرئيس من السيطرة على ULOS هو استعادة سيادة الدستور إذا تم إضعافه من قبل ULOS ومن ثم، فهو يجعل السلطة التشريعية ملزمة بالامتثال للتفويض الدستوري، وليس فقط إلزامها بالتشريع.

الفائدة الثانية من تطبيق هذه السلطة هي سد الفجوة في النظام الدستوري الناجم عن ULOS وفي الواقع، تستمد أهمية مراجعة التعهدات غير المتفق عليها من أساسها من التغلب على التبعات الناجمة عن ظهور فجوة في النظام القانوني. إن حدوث مثل هذه الثغرات يؤثر على عدم اكتمال القوانين ومن ثم يخلق حالة من الخلل في تشغيل النظام القانوني.

ولذلك، لتجنب هذه العواقب، لا بد من اتخاذ بعض الإجراءات القانونية من قبل السلطة التشريعية أو المحكمة الدستورية لسد هذه الثغرات. وقد عبر الفقه الدستوري بوضوح عن خطورة وجود الفجوة الدستورية.

يقول الباحث الفقهي المجري بودود سوملو في كتابه المعنون *Jogbölcsészet* (فلسفة القانون) الصادر عام ١٩٢٠: "الأخطاء في القانون تعني أن القانون يحتاج إلى استكمال". قد يكون الإكمال ضرورياً لأسباب مختلفة. عندما تكون هناك حاجة إلى جعل القانون صحيحاً، فهي فجوة صحة، وعندما تكون هناك حاجة إلى جعل القانون قابلاً للتطبيق، فهي فجوة قانونية قابلة للتطبيق. إن وجود فجوة قانونية بسبب فشل السلطة التشريعية في سن لائحة قانونية يعتبر من الناحية القضائية والنظرية أحد العواقب الخطيرة التي تهدد فعالية عمل النظام القانوني. ولذلك، فإن المحاكم الدستورية، باعتبارها الضامن لسيادة الدستور، يجب أن تأخذ دورها لإزالة هذه التبعات من خلال إعلان عدم دستورية الإغفال التشريعي.

وهكذا ينشأ الجدل الشامل في قلب هذه الأطروحة، حول ما إذا كانت هذه السلطات قد تؤدي إلى تهديد لسيادة القانون والديمقراطية.

والفائدة الثالثة هي حماية الحقوق الأساسية من تهديد ULOS وجهة نظر شائعة بين الباحثين الألمان، اعتبر غير هارديت أن "الحقوق الأساسية يمكن انتهاكها ليس فقط في وظيفتها الكلاسيكية كحقوق الدفاع ضد تعديت الدولة ولكن أيضًا عن طريق الإغفال التشريعي".

وذكر أن الوضع يمكن أن يتعارض مع الحقوق الأساسية إذا لم تمثل الهيئة التشريعية لالتزاماتها الدستورية، أي في حالة عدم وجود تشريع ذي صلة بموجب قانون غير دستوري على الإطلاق أو عندما تكون التشريعات القائمة غير مناسبة على الإطلاق أو على الإطلاق غير كافية.

وقد أشارت المحكمة العليا في اليابان إلى خطورة انتهاك الحقوق الأساسية من قبل المنظمات غير الحكومية إلى حد أن اعتبار العنف للحق الأساسي هو السبب الأكثر أهمية لوصف الإغفال التشريعي بعدم الدستورية. وقد ذكرت المحكمة هذه الحقيقة بوضوح عندما رأت أن قضية المنظمات غير الحكومية التي تتعارض مع الدستور لن تعتبر على الفور غير قانونية بسبب عدم الدستورية. في حين فشل المشرع في اتخاذ الإجراءات التشريعية التي تضمن فرصة ممارسة المواطنين الحقوق الدستورية وهذه الضرورة واضحة ولكن المشرع فشل في اتخاذ مثل هذه التدابير لمدة طويلة دون أسباب مبررة، فإن الفعل التشريعي أو الإغفال التشريعي من قبل المشرع يجب أن يعتبر غير قانوني بموجب المادة (١) من هذا القانون، القانون المتعلق بمسئولية الدولة عن التعويض.

لذلك، كما قيل، يتم الاعتراف بالحقوق الأساسية كجزء مهم من الولاية الدستورية. إن التأخير في تنظيم وحماية الحقوق المعترف بها دستورياً، دون أسباب مبررة، يؤدي إلى عنف الالتزام بالدستور. وذلك لأن المشرع مكلف بمهمة ضمان الحقوق الأساسية. وإذا أغفل المشرع بيان التزام الدولة بالحقوق الأساسية التي تكفلها، فإن المحكمة الدستورية تسعى إلى استخلاص تلك الواجبات من وجوب حماية هذه الحقوق.

المراجع

1. (Springer International Publishing, 2015), 326.
2. Albert S Foulkes, "On the German Free Law School (Freirechtsschule)," ARSP: Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy 55, no. 3 (1969): 383..
3. Al-Dulaimi, Ahmed Oudah: "From Negative to Positive Legislator? Response to Unconstitutional Legislative Omission as a Case Study in the Changing Roles of Constitutional Courts "Submitted in fulfilment of the requirements of the degree of Doctor of Philosophy. August 2018, p: 83.
4. Aleksander Peczenik, On Law and Reason, vol. 8 (Springer Science & Business Media, 2008).
5. Article 237 of The Constitution of the Republic of South Africa (1996).
6. Article 44 of The Constitution of the Republic of South Africa (1996).
7. Brigitte Henry-Menguy, "L'obligation De Légiférer En France: La Sanction De L'omission
8. Bustamante, "Constitutional Courts as Negative/Positive Legislators: The Brazilian Case".
9. Canadian Charter of Rights and Freedoms.
10. Constitution of Georgia of 24 August 1995, Article 37(1).
11. Constitution of Georgia of August 24, 1995, Article 36(1).
12. Constitutional Complaint against Legislative Omission Regarding Withdrawal of Life Sustaining Treatment, 2008Hun-Ma385 (2008).
13. Constitutional Law of Georgia "on Additions and Amendments to the Constitution of Georgia" of 10 October 2002.
14. Constitutional Law of Georgia "on Autonomous Republic of Ajara" of 13 October 201
15. Dawood and Another v Minister of Home Affairs and Others, 2000 (3) SA 936 (CC Cct 35/99, (2000).
16. Didier Ribes, "Le Juge Constitutionnel Peut-Il Se Faire Législateur? (À Propos De La Decisión De La Cour

Constitutionnelle D'afrique Du Sud Du 2 Décembre 1999), "Les Cahiers du Conseil constitutionnel, no. 9 (2000)

17.D'office," (1994).

18.Dr. George Goradze, Professor Sulkhan-Saba Orbeliani University, Tbilisi, Georgia: "UNCONSTITUTIONAL LEGISLATIVE OMISSION AND THE STATUS OF THE AUTONOMOUS REPUBLIC OF ABKHAZIA "Teka Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie, vol. XIV, 2021, no. 1, pp. 139-150, p: 139.

19.Dr. Peter Oberndorfer and Dr. Britta Wagner, "Legislative Omission as a Problem of Constitutional Review_ Report of the Austrian Constitutional Court, " in XIV. Congress of the Conference of European Constitutional Courts (Conference of European Constitutional Courts, 2008).

20.E. Steiner, Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings across Jurisdictions

21.Frank Zimmermann, "Conflicts of Criminal Jurisdiction in the European Union," Bergen

22.H. L. A. Hart, The Concept of Law (Oxford: Clarendon Press, 1961), 80-82.

23.Henry-Menguy; D. Sloss, The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study (Cambridge University Press, 2009).

24.Herbert Lionel Adolphus Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals," Harvard law review (1958): 607.

25.<https://doi.org/10.32084/tekapr.2021.14.1-13>

26.<https://research-repository.griffith.edu.au/server/api/core/bitstreams/d4d9c497-ae90-42f4-8db0-55b5565b2d3e/content>

27.<https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Microsoft%20Word%20-%20Vriend%20v%20Alberta.pdf>

28.<https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/8media.pdf>

29.Ignacio Villaverde Menéndez, La Inconstitucionalidad Por Omisión (McGraw-Hill, 1997), 55.

30. Jareeh; Younis; AL-Alush; Fuozi AL-Jubori, "The Views on the the Overseeing on the Constitutionality of the Laws in Iraq, " the legal and political sanice journal 7, no. 2 (2009).
31. Jean Paradise, Great Soviet Encyclopedia (Macmillan, 1979).
32. Jorge Miranda, Manual De Direito Constitucional, vol. 2 (Coimbra editora, 1988), 668-9.
33. Journal of Criminal Law & Criminal Justice 3, no. 1 (2015): 2.
34. Judgement N1/1/477 of 22 December 2011 of the Constitutional Court of Georgia on the case "Public Defender of Georgia v. Parliament of Georgia.
35. Judgement N1/9/325 of 3 May 2005 of the Constitutional Court of Georgia on the case "Citizens of Georgia– Nato Natriashvili, Djeneta Pataridze and Nino Gvardjaladze vs. the Parliament of Georgia."
36. L. N. Brown, J. Bell, and J. M. Galabert, French Administrative Law (Clarendon Press, 1998), 152; M. Rubino-Sammartano, International Arbitration Law (Springer Netherlands, 2001), 394.
37. Law of Georgia "on the Occupied Territories" of 23 October 2008.
38. Législative Par Le Conseil Constitutionnel" (2008), 1.
39. Lóránt Csink and Péter Paczolay, "Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence Hungarian National Report," in XIV. Congress of the Conference of European Constitutional Courts (Vilnius, Lithuania: European Constitutional Courts, 2008), 11.
40. M. De Visser, Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis (Bloomsbury Publishing, 2013), 159.
41. Manuel Eduardo Gongora Mera, Inter-American Judicial Constitutional: On the the Constitutional Rank of Human Right Trealies in Latin Amercan through Nathonal and Inter-American Adjudication (IIDH, 2011), 50
42. Marian Grzybowski, "Legislative Omission in Practical Jurisprudence of the Polish Constitutional Tribunal", (2008): 1.

43. Pamela Baxter and Susan Jack, "Qualitative Case Study Methodology: Study Design and Implementation for Novice Researchers, " The qualitative report 13, no. 4 (2008)..
44. Portuguese Constitutional Court, "Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence, Portuguese Report, " in The XIVth Congress of European Constitutional Courts (The Congress of European Constitutional Courts, 2008), 17.
45. Requejo Pagés Juan Luis: "The Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence, " in XIV Conference of Constitutional Courts of Europe (Vilnius: Constitutional Courts of Europe, 2008).
46. Response of the Constitutional Court of Georgia, p. 16.
47. Response of the Constitutional Court of Georgia, Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence, The Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence, XIVth Conference of Constitutional Courts of Europe, Vilnius, 2008, p. 15. https://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report_Georgia_en.pdf,
48. Roscoe Pound, "Law in Books and Law in Action, " Am. L. Rev. 44 (1910): 24.
49. T. Di Manno, Le Conseil Constitutionnel Et Les Moyens Et Conclusions Soulevés D'office (Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1994).
50. The Constitution of Portugal.
51. The Constitution of the Federative Republic of Brazil..
52. Thierry Di Manno, "Le Conseil Constitutionnel Et Les Moyens Et Conclusions Soulevés
53. Thomas Bustamante, "Constitutional Courts as Negative/Positive Legislators: The Brazilian Case, " BUSTAMANTE, Thomas (2010).
54. Vriend V. Alberta, 1 S. C. R. 493 (1998).