

## أثر الانحراف والإغفال التشريعيين على الحريات العامة

أ. شريف الشريف  
المركز الجامعي النعامة

يتكون القانون من مجموعة القواعد العامة التي لا تتعلق بشخص معين بالذات أو بحالة معينة، بل يتعلق بأفراد الشعب كافة أو ببعض طوائفه بحسب صفاتهم وليس بحسب أشخاصهم. ولهذا فإن القانون يفترض فيه حماية الحريات العامة وصيانتها من التعدي من طرف السلطات بصورة عامة والسلطة التشريعية على الخصوص.

وعمومية القاعدة لا تعني أنها تنطبق بالضرورة على كل الناس أو تخاطبهم جميعاً بل تعني أنها لا تخاطب شخصاً باسمه ولا تنطبق على واقعة بذاتها، فهي لا تميز بين حالة فردية وحالة فردية أخرى فصفتا العمومية والتجريد تنفيان عن القانون صفة التحيز ولذلك قيل أن صفة العمومية في التشريع تسبغ عليه ميزته في قدرته على حماية الحقوق. ويجب على القانون أن يهدف إلى المصلحة العامة ولا شيء غير ها وإلا صار مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة.

ويتحقق الإغفال التشريعي إذا تناول المشرع أحد الموضوعات التي يختص بها بالتنظيم، لكنه يأتي - سواء عن عمد أو إهمال - غير مكتمل أي تنظيمياً قاصراً عن أن يحيط بكافة جوانبه وبما يؤدي بالإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم.

وعليه نطرح الإشكال التالي: ما مفهوم كل من الانحراف التشريعي والإغفال التشريعي وما تأثيرهما على الحريات العامة؟

وللإجابة على هذا الإشكال نتبع الخطوات التالية:

المبحث الأول: الانحراف التشريعي وأثره على الحريات العامة

المبحث الثاني: الإغفال التشريعي وأثره على الحريات العامة

## المبحث الأول: الانحراف التشريعي وأثره على الحريات العامة

نتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الانحراف التشريعي (المطلب الأول) ثم نعرض على أثره على الحريات العامة (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مفهوم الانحراف التشريعي

للقوف على معنى الانحراف التشريعي يتعين الرجوع الى مفهوم هذه النظرية عند الفقيه عبد الرزاق السنهوري فهو السباق إلى تعريفها ووضع المبادئ التي تقوم عليها.

### الفرع الأول: معنى الانحراف بالسلطة لدى الفقيه السنهوري

يرى الفقيه السنهوري أن الانحراف باستعمال السلطة التشريعية يأتي بمثابة مرحلة متطورة ثلاثة تتوج مرحلتين سابقتين تتمثلان في نظرية التعسف في استعمال الحق وفي نظرية الانحراف في استعمال السلطة الإدارية، فإذا تصورنا تعسف المرء في استعمال حقه ثم تصورنا انحراف الإدارة في استعمال سلطتها الإدارية، فما الذي يمنع بعد ذلك من تصور انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية<sup>(1)</sup>.

وفي تحديد نطاق نظرية الانحراف التشريعي بتعين الرجوع إلى ما استقر من مبادئ في نظرية الانحراف في استعمال السلطة الإدارية، فهي نظرية من المسلمات في القانون عهد الفقه والقضاء، فيجب النسج على منوالها وان ترسم الخطوط الرئيسية في نظرية الانحراف التشريعي على نفس الخطوط الرئيسية في نظرية الانحراف بالسلطة.

ومعيار الانحراف في استعمال السلطة الإدارية له شقين: شق ذاتي يتعلق بمعرفة النوايا التي ضمها الموظف وهو يصدر القرار الإداري، فإذا كانت بريئة تهدف إلى إحقاق المصلحة العامة والى تحقيق الغاية المخصصة التي رسمت للقرار، فيكون بذلك القرار سليما من عيب الانحراف في استعمال السلطة، وقد يكون القرار يهدف إلى المصلحة العامة ولكن حاد عن الغاية المخصصة له وغن كان الموظف حسن النية فيكون القرار مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة، وكذلك الأمر إذا كانت الغايات لا تمت بصلة إلى الغاية المخصصة او الى المصلحة العامة كأن تكون الغاية شخصية عند ذلك يكون القرار مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة. أما الشق الموضوعي فهو واحد لا يتغير وهو أولا المصلحة العامة التي يجب أن تكون ديدن الموظف ورائده في القرار الإداري الذي يصدره، وهو ثانيا الغاية المخصصة التي رسمها القانون لقرار معين.

فمعيار الانحراف بالسلطة اقرب إلى الموضوعية من معيار التعسف في استعمال الحق في القانون المدني، ذلك أن الأول لا يتمخض معيارا ذاتيا في أي تطبيق من تطبيقاته، في حين أن معيار التعسف في استعمال الحق فيتراوح بين أن يكون ذاتيا موضوعيا كمعيار الانحراف، وأن يكون ذاتيا خالصا لصعوبة الكشف عن عيب الانحراف.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup>-د/ عبد الرزاق السنهوري: الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مقال منشور بمجلة مجلس الدولة، 1951، السنة الثانية، ص 60. أشار إليه د/محمد ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دار أبو المجد للطباعة، طبعة 2006، ص 209 و 957.

<sup>2</sup>-د/ محمد ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي والرقابة على دستورية، دار أبو المجد للطباعة، طبعة 2006، ص 210. وانظر أيضا د/بوحميده عطاء الله: الوجيز في القضاء الإداري، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 244.

وانطلاقاً مما سبق فالانحراف في استعمال السلطة التشريعية كما يرى الفقيه السنهوري بأنه: "أمر دقيق فإذا أمكن القول بان التشريع يكون باطلاً إذا خالف الدستور، إذ يكفي للتثبت من ذلك الوقوف عند نصوص الدستور، أما القول بان التشريع باطل إذا شابه انحراف في استعمال السلطة التشريعية قول لاشك خطير...وابرز خطر هو عدم استقرار واضطراب المراكز القانونية التي ينظمها". ويضيف قائلاً: "إن منطقة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية هي المنطقة التي يكون فيها للبرلمان سلطة تقديرية، والمشرع في حدود الدستور له تقديرية في التشريع فما لم يقيد الدستور بقيود محددة فإن سلطته في التشريع تكون مطلقة أما ما قيده فيه الدستور فلا يجوز الخروج عن هذه القيود...فالمشرع لا يستطيع بالتشريع أن يخل بالمساواة الواجبة المصريين جميعاً ولا يجوز له أن ينص على إبعاد المصري عن بلاده ولا أن يبيح المصادرة العامة للأموال ولا أن يبسط الرقابة على الصحف، فإذا جاوز المشرع نطاق هذه السلطة المقيدة كان التشريع باطلاً لمخالفته الدستور".

وفي ما عدا هذه السلطة المحددة تكون سلطة المشرع تقديريةً، ونرى من ذلك أن السلطة التقديرية هي الأصل في التشريع والسلطة المحددة هي الاستثناء، ونطاق السلطة التقديرية للمشرع يكاد يستغرق النشاط التشريعي، فهذا النطاق الواسع هو النطاق الذي يقع الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، إذا فمناطقة الانحراف في التشريع أوسع بكثير من منطقة مخالفة الدستور، ولهذا يمكننا أن تبين الأهمية العملية للقول بإمكان انحراف المشرع في استعمال سلطته التشريعية."

وعليه، فإن الانحراف التشريعي كما حدده الدكتور السنهوري وانطلاقاً من معنى الانحراف في استعمال السلطة الإدارية، أن المشرع يجب أن يستعمل سلطته التشريعية لتحقيق المصلحة العامة، فلا يتوخى غاية غيرها، ولا ينحرف عنها إلى غاية أخرى، وإلا كان التشريع باطلاً، وكان المعيار هنا أيضاً ذا شقين، شقاً ذاتياً يتعلق بتعرف الأغراض والنوايا والغايات التي أضمرتها السلطة التشريعية وقصدت تحقيقها بإصدارها تشريعات معينة والشق الموضوعي هو المصلحة العامة التي يجب أن يتوخاها المشرع دائماً في تشريعاته وكذلك الغاية المخصصة التي رسمت لتشريع.

لكن إذا كان المعيار ذاتياً وموضوعياً بالنسبة للانحراف في استعمال السلطة الإدارية، فإنه يصعب التسليم به في الانحراف بالسلطة التشريعية فهم معيار شوب بعنصر ذاتي، إذ يجب بمقتضاها الكشف عن النوايا والأغراض النفسية، وإذا كان هذا ممكناً بالنسبة للإدارة فيقال أن الموظف قد قصد غايات شخصية كالانتقام أو تحصيل نفع شخصي أو حزبي...فمن غير الممكن أن تنسب للبرلمان غايات شخصية فالمفروض أنها هيئة تهدف لتحقيق المصلحة العامة فقط لا غير.<sup>(1)</sup>

ولهذا يصعب أخذ معيار للانحراف في استعمال السلطة التشريعية يقوم على عنصر ذاتي، فإذا كان من الممكن اتخاذه للتعسف في استعمال الحق لكون أن الشخص قد تنطوي نيته على الإضرار بالغير، وفي الجانب الإداري أخذنا معياراً ذاتياً وموضوعياً ذلك أن الموظف أثناء ممارسة السلطات العامة أقل انقياداً للدوافع الذاتية من الفرد وهو يباشر حقوقه الشخصية، وبالنسبة إلى المشرع ننتقل من الذاتية إلى الموضوعية وذلك للأمرين: أولهما وجوب افتراض نزاهة وتجرد المشرع وأنها تصدر تشريعاتها بهدف المصلحة العامة، ثانياً أن الأولى في

<sup>1</sup>-د/ عبد الرزاق السنهوري: نفس المرجع، ص1016.

هذه النظرية اتخاذ معيار موضوعي ثابت ومستقر، لا نخطئ في فهم معناه وتفسيره، فيضفي هذا المعيار على التشريع ثباتا واستقرارا (1).

### الفرع الثاني: الفروض التي يقوم عليها معيار الانحراف التشريعي

للمعيار الموضوعي فروض نجمها في الآتي:

**أولاً:** الرجوع إلى طبيعة التشريع باعتبارها معيارا موضوعيا، لأن التشريع قاعدة عامة ومجردة فإذا صدر المشرع قرارا إداريا لا يدخل ضمن القرارات التي يختص بإصدارها كان القرار مشوبا بعيب عدم الاختصاص، أما إذا أصدر قرارا فرديا وقصد به أن يكون تشريعا عاما مجردا كان القرار باطلا لعيب المحل، وإذا صدر المشرع تشريعا عاما ومجردا وهو يعلم أنه لن يطبق إلا على فردية واحدة، كان يصدر البرلمان تشريعا بإلغاء هيئة قضائية للتخلص من أعضائها، ويهد مدة يعيد تشكيلها بتشريع آخر فالتشريع باطل للانحراف بالسلطة التشريعية ولسنا بحاجة لإثبات النوايا الخفية بل مجرد إثبات أن التشريع طبق على حالة فردية بالذات.

**ثانياً:** مجاوزة التشريع الغرض المخصص الذي رسم له، ويصح في حالات قليلة هدف مخصص لتشريع معين في الحالات الاستثنائية أو العرفية (حالة الطوارئ، الحصار الحالة الاستثنائية وحالة الحرب) (2) وحماية النظام العام في تشريعات الصحافة والتجمعات العامة (3). وهو حد لا يمكن أن تتجاوزه هذه القوانين الهدف المخصص له، لأن المشرع يستعمل سلطة تقديرية في تحديد حيز الأمن والنظام العموميين وحاجات الحرب والتموين فإذا انحرف في استعمال سلطته وأضاف للسلطة المخولة بتطبيق الأحكام العرفية (الاستثنائية) اختصاصات لا تدخل في الغايات المخصصة لها تحت ستار أنها تدخل فيها. كأن يجيز للسلطة المخولة بتنفيذ الأحكام الاستثنائية القبض على متهمين في جرائم تدعي أنها تتعلق بالأمن والنظام العموميين والحرب وهي لا تتعلق بذلك. أو كان لتشريع تقييدا للحريات إلى حد تجاوز الغايات المحددة لها كان مشوبا بعيب الانحراف التشريعي.

**ثالثاً:** ضمان الحريات في حدودها الموضوعية ذلك أن المشرع له سلطة في تنظيم الحريات العامة بقانون سواء عادي أو عضوي وهنا يجب على المشرع أن لا ينحرف عن الغرض الذي أراده الدستور وهو كفالة الحريات والحقوق العامة. فإذا انتقص من هذه الحقوق أو نقضها كان تشريعا مشوبا بعيب الانحراف التشريعي.

**رابعاً:** احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها، فأصل في القوانين أنها لا تسري بأثر رجعي على الماضي حتى لا تمس بالحقوق المكتسبة، فهذه القاعدة مرتبطة بالمبادئ العامة ومبادئ العدالة التي تستدعي الحماية حتى وان لم ينص عليها الدستور، ولا يمكن أن ينص قانون استثناء على إباحة الرجعية وبالقدر الذي تدعو إليه الضرورة، وأن الإسراف في النص على الأثر الرجعي في القانون يعد انحراف تشريعا كأن يكون القانون يستتر عقوبة مقنعة بأثر رجعي رغم نص الدستور على عدم جواز سريان عقوبة بأثر رجعي، أو صدور تشريع لاحق يعدل تشريع سابق بحجة تفسيره مع العلم أن التشريعات المفسرة لها أثر رجعي لأنها لا تنشئ

<sup>1</sup> - نفس المرجع، ص 1017.

<sup>2</sup> - المواد من 91 إلى 95 من الدستور الجزائري تعديل 2008.

<sup>3</sup> - هذه الحالات حصرت طبقا للقانون المصري الصادر في 1923/06/26 حالتين والثالثة وردت في القانون 1948/05/13 العرفي، والهدف من الأحكام

العرفية هو المحافظة على النظام والأمن العموميين وتأمين سلامة الجيوش وضمان تموينها في حالة الحرب

قاعدة جديدة، فإذا صدر تشريع مفسر في صورته معدل في حقيقته فيكون المشرع قد انحرف بتستره على التشريع المعدل وإخراجه في صورة تشريع مفسر...<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: أثره على الحريات العامة.

في هذا المطلب نتناول معنى الحريات العامة وأثر الانحراف التشريعي عليها  
الفرع الأول: معنى الحريات العامة.

ثمة فكرتان يلجا إليهما عادة للتعبير عن الحقوق المتعلقة بحماية حقوق الإنسان وكرامته، فقد أصبح شائعا في أدبيات القانون عموما والقانون الدولي على وجه الخصوص الإشارة إلى حقوق الإنسان وإلى الحريات العامة.

إن فكرة حقوق الإنسان تقع خارج دائرة القانون الوضعي، خلافا لما عليه بالنسبة للحريات الأساسية فهذه الأخيرة لا تظهر إلى الوجود إلا من خلال القانون النافذ فعلا في زمان ومكان معينين، فهي عبارة عن حقوق ورخص ممنوحة بمقتضى القوانين من قبل السلطات العامة في الدولة...

وعليه، فالحريات الأساسية هي مكانات يتمتع بها الفرد بسبب طبيعته البشرية، أو نظرا لعضويته في المجتمع، يحقق بها الفرد صالحه الخاص، ويسهم بها في تحقيق الصالح العام ويمتنع على السلطة أن تحد منها إلا بالقدر الذي يستدعيه تنظيمها.<sup>(2)</sup>

### الفرع الثاني: التأثير الذي يحدثه الانحراف على الحريات العامة

كفل الدستور للمواطن الحريات والحقوق الأساسية والعامة التي تحفظ كرامة الإنسان، ودعا المشرع إلى تنظيمها باعتباره الممثل صاحب الولاية العامة في التشريع وبالتالي فهو الضامن لهذه الحريات والراعي لها. وبما أن المشرع هو صاحب السلطة في تنظيم هذه الحريات والحقوق بتشريع وهنا يتعين عليه عدم الانحراف عن الهدف الذي وضعه الدستور وهو كفالة وضمان هذه الحريات. فلو نقضها المشرع أو انتقص منها وهو بصدد تنظيمها كان تشريعه مشوبا بعيب الانحراف فالمشرع بدلا من أن ينظم الحق نقضه أو انتقص منه تحت ستار التنظيم، فكل حق وكل الدستور إلى المشرع تنظيمه بتشريع قد رسم الدستور لهذا الأخير غاية مخصصة لا يجوز الانحراف عنها وهي تنظيم هذا الحق على وجه لا ينتقض معه الحق ولا ينتقص منهن وهنا لسنا بحاجة إلى إثبات أن هناك انحرافا في استعمال السلطة التشريعية بالكشف عن النوايا المستترة التي اقترنت بالتشريع وقت صدوره. بل يكفي أن نثبت على وجه موضوعي أن الحق العام المنظم من قبل التشريع قد أضى بعد هذا التنظيم منقضا وبالتالي لا يحقق الغاية التي ابتغاها المشرع.

فالمؤسس الدستوري ضمن حرية الرأي والتعبير فلو صدر تشريع يقيد من هذه الحرية أو من حرية الصحافة تقييدا خطيرا أدى إلى انتقاص هذا الحق أو الحرية، كان هذا التشريع مشوبا بالانحراف التشريعي لأن

<sup>1</sup> - د/ محمد ماهر أبو العينين: مرجع سابق، ص 222.

<sup>2</sup> - هشام بخوش: مفهوم ومضمون الحريات الأساسية في القانون الدولي، أعمال الملتقى الدولي الثالث 28-29 ابريل 2010 بمعهد الحقوق بجامعة الوادي، ص 150.

الغاية المخصصة من التشريعات المتعلقة بهذه الحرية ليست انتقاصها أو نقضها بل مجرد تنظيمها حتى لا تعود بالضرر على المجتمع<sup>(1)</sup>.

### المبحث الثاني: الإغفال التشريعي وأثره على الحريات العامة

يعتبر مصطلح الإغفال التشريعي من المصطلحات حديثة الظهور سواء على المستوى الفقه الدستوري المقارن وهو مصطلح لم يتم الاتفاق بعد على تحديد المعنى أو المحتوى الحقيقي له رغم إشارة القضاء الدستوري والمجلس الدستوري الجزائري للإغفال في بعض آرائه.

#### المطلب الأول: مفهوم الإغفال التشريعي

نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الإغفال التشريعي وأهميته وتمييزه عن عدم الإغفال الكلي للتشريع.

#### الفرع الأول: تعريف الإغفال التشريعي

الإغفال التشريعي كما أشار إليه الدكتور عزاوي عبد الرحمن: "أنه ينبغي الإشارة في البدء إلى أن هناك تشابها بين الإغفال التشريعي وبين غيره من السلوكيات السلبية للمشرع ومنها: خاصة القصور التشريعي الذي يعني عدم كفاية النص التشريعي الموجود فعلا للوفاء بتغطية ومعالجة المسألة أو الموضوع الذي تولى تنظيمه بشكل جيد، سواء من حيث حجم التغطية ونوعها ومستواها، وعموما من حيث فن الصياغة القانونية، لكن القانون في كل الأحوال يعد تجسيدا لسلوك إيجابي من المشرع عندما يبادر بتنظيم الموضوع أو المسألة محل البحث وتوصل إلى وضع القانون الخاص بها محل البحث والتعليق. أما في حالتنا الإغفال التشريعي، فالمشرع يكون قد اتخذ موقفا سلبيا من اختصاصه الدستوري فلم يمارسه كليا أو جزئيا في حالات معينة وللأسباب معينة أيضا....ومن ثمة يمكننا القول أن الإغفال التشريعي بأنه: "تخلي المشرع ممثلا في البرلمان عن ممارسة اختصاصه الدستوري في التشريع كليا أو جزئيا، وعدم التدخل لتنظيم الموضوعات المسندة له بموجب أحكام الدستور".<sup>(2)</sup>

وبناء عليه فالإغفال التشريعي لا يكون أبدا عملا ايجابيا بل هو عمل سلبي يكون من خلال اتخاذ موقف بمثابة الامتناع عن ممارسة اختصاصه بشكل شامل أو ممارسة الاختصاص ولكن بشكل جزئي مع الإفراط في الإحالة إلى السلطة التنفيذية حتى يظهر بذلك أن هذه الأخيرة هي صاحبة الاختصاص نظرا لتطرقها لكل التفاصيل التي كان من المفروض على المشرع التطرق لها.

#### الفرع الثاني: صور الإغفال التشريعي

ينقسم الإغفال التشريعي إلى نوعين هما

#### أولا: الإغفال الجزئي للتشريع

تكون أمام الإغفال التشريعي الجزئي - الذي يمكن أن يكون محل رقابة من القضاء الدستوري - إذا تناول المشرع أحد الموضوعات التي يختص بها بالتنظيم، لكنه يأتي - سواء عن عمد أو إهمال - غير مكتمل أي تنظيماً قاصراً عن أن يحيط بكافة جوانبه وبما يؤدي بالإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم.

<sup>1</sup> - د/ عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 1024.

<sup>2</sup> - د/ عزاوي عبد الرحمن: الرقابة على السلوك السلبى للمشرع الإغفال التشريعي نموذجا، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، العدد 10 لسنة 2010، ص 88، 87.

ومن الأمثلة على ذلك: صدور قانون ينظم بعض الحالات القانونية التي تعفي بعض الأفراد دون البعض الآخر رغم وحدة العلة من النص دون سند من الدستور أو القانون.

### ثانياً: الإغفال الكلي للتشريع

يقصد بهذه الحالة سكوت المشرع عن تنظيم موضوع ما يدخل ضمن مجالات التشريع وعدم التدخل بالتشريع فيه وهذا في نظرنا من أهم موضوعات الرقابة الدستورية التي يتعين على القضاء الدستوري والمجلس الدستوري (في الجزائر) أن يتدخل للإلزام المشرع بالتدخل وإصدار تشريع ينظم هذا المجال المسكوت عنه، وتعد واقعة السكوت ذاتها هي التي يجب أن تكون محلاً للرقابة.

لكن الرقابة على الإغفال الكلي تطرح مشكلة في الدول التي تأخذ بالرقابة اللاحقة على القوانين التي تحول دون تحريك هذه الرقابة، لأن وجود نص صريح أي مكتوب يعد شرطاً لممارسة الرقابة على ها القانون، سواء فيما يتضمنه صراحة أو ضمناً من مخالفة للدستور<sup>(1)</sup>.

لهذا نجد بعض الفقهاء يرون بعدم تدخل القضاء الدستوري في الإغفال الكلي وحجتهم كما يرى المستشار عبد العزيز محمد السلطان: "...أن التدخل بالتشريع أو عدم التدخل وبمعنى آخر فإن تقرير الحاجة إلى التشريع ومن ثم التدخل لتنظيم الموضوع محل التشريع، أو عدم الحاجة إليه ومن ثم السكوت يعد أهم خصائص السلطة التقديرية للمشرع ما لم يطلب منه الدستور هذا التدخل ومن ثم فإن السكوت عن التنظيم لمسألة ما لا تعد من قبيل الإغفال التشريعي وليست مدعاة لرقابة المشرع في هذه الجزئية إذ لا توجد صلة بين الحاجة إلى التشريع وبين دستوريته"<sup>(2)</sup>.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن تنظيم الحقوق منوط بالمشرع، وكان استعماله لسلطته في هذا الشأن رخصة يباشرها، كلما اقتضاها الصالح العام، وفي الوقت الذي يراه مناسباً، إلا أن تدخله يغدو عزيمة إذا ما دعاه الدستور إلى تنظيم حق من الحقوق. فإن أدى مسلكه إلى الإخلال بهذا الحق، كان ذلك مخالفاً للدستور<sup>(3)</sup>. وأضافت هذه المحكمة في حكم صادر في 19/06/1993 "...أن إقرار قانون أو إصدار قرار بقانون في موضوع معين هو مما تستقل السلطان التشريعية والتنفيذية بتقديره وفقاً لأحكام الدستور، ولا يجوز بالتالي حملها على التدخل في زمن معين أو على نحو ما. كذلك فإن قعودها عن إقرار تنظيم تشريعي في هذا النطاق، لا يعتبر بمثابة عقبة قانونية تحول بذاتها دون إنفاذ الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية وفرضها على المعارضين لها لضمان النزول عليها".

### ثالثاً: إغفال تشريعي أو ترك بطرق ملتوية

وفي هذه الحالة يمارس المشرع مبدئياً وظاهرياً على الأقل اختصاصه الدستوري بالتشريع بعمل ايجابي بسن قانون في مجال معين، ولكنه يتبع طريقة أو صيغة ومنهجية في سن القوانين وصياغتها بطريق يستنتج منها تنازله بشكل بيّن عن اختصاصه الدستوري لغيره، وتحديدًا للسلطة التنفيذية ليتقاسم معها الوظيفة التشريعية،

<sup>1</sup>-د/عزاوي عبد الرحمن: نفس المرجع، ص 89.

<sup>2</sup>- نفس المرجع، ص 10.

<sup>3</sup>-حكم المحكمة الدستورية العليا في قضية رقم 193 جلسة 2000/05/06 أشار إليه عبد العزيز محمد السلطان: مرجع سابق، ص 32.

وظيفته الدستورية الأولى خارقا بذلك الضوابط الدستورية لتوزيع الاختصاص التي وضعها المؤسس الدستوري سلفا، وهذا شكل من أشكال العيوب التي تلحق التشريع وتصمه بعدم الدستوري. ولهذا الإغفال صورتين هما:

1- اعتماد أسلوب الإفراط في العمومية عند صياغة النصوص التي يسنها، مما يجعلها عديمة الفائدة وغير مثمرة على أرض الواقع بدون تدخل السلطة التنفيذية بواسطة اللوائح التنفيذية.

2- الإكثار من الإحالة على التنظيم، بصورة مبالغ فيها مما يجعل السلطة التنفيذية تشارك البرلمان الوظيفة التشريعية وتتفاسمها معه.

### الفرع الثالث: أهمية رقابة الإغفال التشريعي

تتجلى أهمية رقابة الإغفال التشريعي من طرف المجلس الدستوري والقضاء الدستوري في الفقه المقارن في أمرين هما:

أولاً: أن كل مخالفة للدستور سواء تعمدتها المشرع أو انزلق إليها بغير قصد يتعين رفضها.

ثانياً: يكفل الدستور لكل حق أو حرية نص عليها الحماية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية، وتتمثل هذه الحماية في الضمانة التي يكفلها الدستور لحقوق المواطنين وحررياتهم، والتي يعتبر إنفاذها شرطاً للانتفاع بها في الصورة التي تصورها الدستور نطاقاً فاعلاً لها.

وهذه الضمانة ذاتها هي التي يتعين أن يستهدفها المشرع وأن يعمل على إحقاق وسائلها من خلال النصوص القانونية التي ينظم بها هذه الحقوق وتلك الحريات وشرط ذلك بطبيعة الحال أن يكون تنظيمها كافلاً لتنفسها في مجالاتها الحيوية وأن يحيط بكل أجزائها التي لها شأن في ضمان قيمتها من الناحية العملية.

فإذا قصر المشرع في تنظيمها، وذلك بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها، كأن ذلك إخلالاً لزماتها التي كفلها الدستور لها وفي ذلك مخالفة للدستور.

### المطلب الثاني: تأثيره على الحريات العامة

بعدما عرفنا الإغفال التشريعي ووضحنا خطورة عدم قيام المشرع بالدور المنوط به بدافع الإهمال أو الإفراط في العمومية بالنسبة للنصوص المنظمة لحرية أو حق ما ودور الرقابة الدستورية في إلزام المشرع بممارسة اختصاصه وعدم إغفال ذلك، وجب علينا- قبل الدخول في تأثير الإغفال التشريعي على الحريات العامة- التعرف على أساس رقابة الإغفال التشريعي

### الفرع الأول: أساس رقابة الإغفال التشريعي

بما أن البرلمان صاحب اختصاصا دستوريا يتمتع فيه بسلطة تقديرية واسعة بل وصفت بالسيدة طبقاً لما جاء في الدستور.<sup>(1)</sup>

ولهذا تستند رقابة الإغفال التشريعي على مبدأ سمو قواعد الدستور وهو ذات المبدأ الذي تقوم عليه رقابة دستورية القوانين ويعني هذا المبدأ أن نصوص وقواعد الدستور تعلو على ما عداها من نصوص داخل الدولة حيث تفرض على المشرع التدخل الايجابي بإصدار تشريعات في الموضوعات التي تدخل في مجال القانون والتي يعتبر مجال الحريات العامة من ضمنها.

<sup>1</sup>- المادة 98 من الدستور الجزائري تعديل 2008.



وأن قواعد الدستور قواعد آمرة وبالتالي فهي ملزمة للمشرع لا يجوز مخالفتها والإعراض عنها وعدم المبالاة بها طبقاً لما جاء في الدستور الجزائري المادتين 162 و163 وما بعدهما.

غير أن عدم النص على هذا المبدأ لا يعني انعدام السيادة والسمو للقاعدة الدستورية ذلك أن السيادة والسمو تستخلص من الطبيعة القانونية للدستور ذاته.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني: أثره على الحريات العامة.

نظراً لخطورة الإغفال التشريعي بجميع صورته على قواعد الاختصاص حيث يؤدي إلى وضع خريطة جديدة للاختصاص الدستوري التي وضعها المؤسس على نحو ملزم، كما يؤدي إلى المساس بالحريات والحقوق العامة للأفراد ويؤدي إلى تدخل السلطة التنفيذية في التشريع وهذا ينعكس على الحريات بالتضييق إن لم نقل التعدي، وتنتأثر كذلك الحريات بخسارة دور السلطة التشريعية كضامن لها وذلك عهد إغفاله لسلطته سواء من ناحية السكون الجزئي أو الكلي أو التنازل بطريق ملتوي للسلطة التنفيذية وإشراكها في التشريع سواء بالإفراط في العمومية أو الإكثار من الإحالة على التنظيم.

فعلى سبيل المثال فإن الدستور الجزائري<sup>(2)</sup> حين ينص على ضمان حق الدفاع فإن المفترض في التنظيم التشريعي لهذا الحق - من قبل المشرع - أن يكون فعالاً، ويبطل كل تنظيم قانوني يحد من هذه الفعالية كأن يخلو من النصوص التي تكفل إيصال المتهم بمحاميه<sup>(3)</sup>، ليس فقط وقت توجيه التهمة، بل كذلك في كافة المراحل المؤثرة في مصيره بما في ذلك مرحلة التحقيق الابتدائي، ثم مرحلة الاتهام التي أعقبها وحتى الفصل فيه. وهي ضمانات تشمل كذلك إمكان الطعن في الحكم الصادر في الاتهام وضرورة تمكين المتهم ومحاميه من الفرص الكاملة التي يعد منها الدفاع بما في ذلك ضرورة الإفراج عن المتهم ولو بكفالة غير مغالي فيها - إذا كان هذا الإفراج مبرراً - كأن يكون لازماً لتحضير وثائق تدحض التهمة وتنفيها...<sup>(4)</sup>.

وكذلك ضمان الدستور لحرية الرأي والتعبير، يفترض عدم إعاقة وسائل مباشرتها، وأن تتعدد طرق التعبير، وأن تكون الآفاق المفتوحة هي نافذتها، وألا تحول الحدود الإقليمية حاجزاً دونها، وأن تقترب بالحق في نشر الآراء على اختلافها، وبالحق في انتقاد القائمين بالعمل العام ولو كان مريراً، وبالحق في الحصول على المعلومات من كافة روافدها، وفي مقابلة الآراء ببعضها البعض، وفي ضمان عدم مصادرة الرسالة التعبيرية بالنظر إلى مضمونها ولا على ضوء صفة من يفصحون عنها أو يتلقونها أو يروجونها، وألا يكون الإعلام محتكراً، وإنما ينبغي أن يكون مفتوحاً لمن يريد أن يمارسه. فإذا نقص تشريع هذه الأبعاد المختلفة لحرية التعبير أو حط من بعضها أو أحبط أثرها أو أهمل تقرير بعض جوانبها كان هذا القانون باطلاً ومخالفاً للدستور سواء فيما انتقص به من ضماناتها أو ما أغفل تقريره من الحدود اللازمة لتفعيلها<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - د/ نصر الدين بن طيفور: مدى كفاية رقابة المجالس الدستورية المغاربية لضمان سيادة القاعدة الدستورية، مجلة العلوم القانونية والادارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، العدد 10 لسنة 2010، ص77.

<sup>2</sup> - راجع المواد 45 و46 و47 و48 من الدستور الجزائري تعديل 2008.

<sup>3</sup> - رغم أن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري يتضمن العديد من النصوص العامة والغامضة والتي تعتبر تنكبا للحق في الدفاع وضمادات المحاكمة العادلة، وتعتبر بذلك إغفالا تشريعيا.

<sup>4</sup> - المستشار، عبد العزيز محمد سلمان: رقابة القضاء في الإغفال الدستوري، مقال منشور بموقع <http://hccourt.gov.eg> ص08.

<sup>5</sup> - راجع المادة تين 38 و41 من الدستور الجزائري تعديل 2008.

وهذه الحريات التي تحدثنا عنهما ليستا إلا مثالا على الأثر البالغ الذي يحدثه الإغفال التشريعي للبرلمان وعدم قيامه بالمهام الدستورية المنوط بها والتي كلف بها من قبل المؤسس الدستوري على نحو ملزم.

### خاتمة:

نستنتج مما سبق أن للانحراف التشريعي والإغفال التشريعي تأثيرا بالغا على حقوق الأفراد وحررياتهم من جهة نقض هذه الحقوق وانتقاصها، سواء من ناحية الانحراف التشريعي وذلك بإضفاء صفة العمومية على التشريع وهو لا يطبق إلا على شخص محدد، وضرورة الابتعاد عن إثبات الانحراف انطلاقا من جوانب ذاتية بل التأكيد على الموضوعية وذلك بأن هذا القانون لم يطبق إلا على حالة فردية بالذات.... الخ. وبالنسبة للإغفال التشريعي الذي سلوكا سلبيا بمختلف صورة يؤدي إلى التأثير على خريطة توزيع الاختصاص التي وضعها المؤسس الدستوري والتي تؤثر على حقوق الأفراد وحررياتهم.

وللابتعاد عن الانحراف التشريعي المرتبط بغاية التشريع والإغفال التشريعي كموقف مرتبط باختصاص المشرع لا بد من تعرف هذا الأخير على حقيقة اختصاصه، ومجاله ومداه بالاستناد له كما هب منصوص عليها في الدستور، وكذا الغاية من صناعة هذا القانون.

ومن هنا ندعو المؤسس إلى توسيع الرقابة في مجال الإغفال لتشمل المواطن وذلك بتحديد عدد معين من المواطنين لهم الحق بدعوة المشرع إلى التدخل في التشريع في المجالات التي هي من اختصاصه ولم يتدخل فيها أو بالنسبة لتعديل القوانين التي أصدرها البرلمان وكان تدخله غير كافي أي إغفال جزئي أو أنه ترك اختصاصه بطريقة ملتوية للسلطة التنفيذية لتمارس وظيفة التشريع.

## أثر الانحراف والإغفال التشريعيين على الحريات العامة

أ. شريف الشريف  
المركز الجامعي النعامة

يتكون القانون من مجموعة القواعد العامة التي لا تتعلق بشخص معين بالذات أو بحالة معينة، بل يتعلق بأفراد الشعب كافة أو ببعض طوائفه بحسب صفاتهم وليس بحسب أشخاصهم. ولهذا فإن القانون يفترض فيه حماية الحريات العامة وصيانتها من التعدي من طرف السلطات بصورة عامة والسلطة التشريعية على الخصوص.

وعمومية القاعدة لا تعني أنها تنطبق بالضرورة على كل الناس أو تخاطبهم جميعاً بل تعني أنها لا تخاطب شخصاً باسمه ولا تنطبق على واقعة بذاتها، فهي لا تميز بين حالة فردية وحالة فردية أخرى فصفتا العمومية والتجريد تنفيان عن القانون صفة التحيز ولذلك قيل أن صفة العمومية في التشريع تسبغ عليه ميزته في قدرته على حماية الحقوق. ويجب على القانون أن يهدف إلى المصلحة العامة ولا شيء غير ها وإلا صار مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة.

ويتحقق الإغفال التشريعي إذا تناول المشرع أحد الموضوعات التي يختص بها بالتنظيم، لكنه يأتي - سواء عن عمد أو إهمال - غير مكتمل أي تنظيمياً قاصراً عن أن يحيط بكافة جوانبه وبما يؤدي بالإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم.

وعليه نطرح الإشكال التالي: ما مفهوم كل من الانحراف التشريعي والإغفال التشريعي وما تأثيرهما على الحريات العامة؟

وللإجابة على هذا الإشكال نتبع الخطوات التالية:

المبحث الأول: الانحراف التشريعي وأثره على الحريات العامة

المبحث الثاني: الإغفال التشريعي وأثره على الحريات العامة

## المبحث الأول: الانحراف التشريعي وأثره على الحريات العامة

نتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الانحراف التشريعي (المطلب الأول) ثم نعرض على أثره على الحريات العامة (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مفهوم الانحراف التشريعي

للقوف على معنى الانحراف التشريعي يتعين الرجوع الى مفهوم هذه النظرية عند الفقيه عبد الرزاق السنهوري فهو السباق إلى تعريفها ووضع المبادئ التي تقوم عليها.

### الفرع الأول: معنى الانحراف بالسلطة لدى الفقيه السنهوري

يرى الفقيه السنهوري أن الانحراف باستعمال السلطة التشريعية يأتي بمثابة مرحلة متطورة ثلاثة تتوج مرحلتين سابقتين تتمثلان في نظرية التعسف في استعمال الحق وفي نظرية الانحراف في استعمال السلطة الإدارية، فإذا تصورنا تعسف المرء في استعمال حقه ثم تصورنا انحراف الإدارة في استعمال سلطتها الإدارية، فما الذي يمنع بعد ذلك من تصور انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية<sup>(1)</sup>.

وفي تحديد نطاق نظرية الانحراف التشريعي بتعين الرجوع إلى ما استقر من مبادئ في نظرية الانحراف في استعمال السلطة الإدارية، فهي نظرية من المسلمات في القانون عهد الفقه والقضاء، فيجب النسج على منوالها وان ترسم الخطوط الرئيسية في نظرية الانحراف التشريعي على نفس الخطوط الرئيسية في نظرية الانحراف بالسلطة.

ومعيار الانحراف في استعمال السلطة الإدارية له شقين: شق ذاتي يتعلق بمعرفة النوايا التي ضمها الموظف وهو يصدر القرار الإداري، فإذا كانت بريئة تهدف إلى إحقاق المصلحة العامة والى تحقيق الغاية المخصصة التي رسمت للقرار، فيكون بذلك القرار سليما من عيب الانحراف في استعمال السلطة، وقد يكون القرار يهدف إلى المصلحة العامة ولكن حاد عن الغاية المخصصة له وغن كان الموظف حسن النية فيكون القرار مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة، وكذلك الأمر إذا كانت الغايات لا تمت بصلة إلى الغاية المخصصة او الى المصلحة العامة كأن تكون الغاية شخصية عند ذلك يكون القرار مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة. أما الشق الموضوعي فهو واحد لا يتغير وهو أولا المصلحة العامة التي يجب أن تكون ديدن الموظف ورائده في القرار الإداري الذي يصدره، وهو ثانيا الغاية المخصصة التي رسمها القانون لقرار معين.

فمعيار الانحراف بالسلطة اقرب إلى الموضوعية من معيار التعسف في استعمال الحق في القانون المدني، ذلك أن الأول لا يتمخض معيارا ذاتيا في أي تطبيق من تطبيقاته، في حين أن معيار التعسف في استعمال الحق فيتراوح بين أن يكون ذاتيا موضوعيا كمعيار الانحراف، وأن يكون ذاتيا خالصا لصعوبة الكشف عن عيب الانحراف.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup>-د/ عبد الرزاق السنهوري: الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مقال منشور بمجلة مجلس الدولة، 1951، السنة الثانية، ص 60. أشار إليه د/محمد ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دار أبو المجد للطباعة، طبعة 2006، ص 209 و 957.

<sup>2</sup>-د/ محمد ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي والرقابة على دستورية، دار أبو المجد للطباعة، طبعة 2006، ص 210. وانظر أيضا د/بوحميده عطاء الله: الوجيز في القضاء الإداري، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 244.

وانطلاقاً مما سبق فالانحراف في استعمال السلطة التشريعية كما يرى الفقيه السنهوري بأنه: "أمر دقيق فإذا أمكن القول بان التشريع يكون باطلاً إذا خالف الدستور، إذ يكفي للتثبت من ذلك الوقوف عند نصوص الدستور، أما القول بان التشريع باطل إذا شابه انحراف في استعمال السلطة التشريعية قول لاشك خطير...وابرز خطر هو عدم استقرار واضطراب المراكز القانونية التي ينظمها". ويضيف قائلاً: "إن منطقة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية هي المنطقة التي يكون فيها للبرلمان سلطة تقديرية، والمشرع في حدود الدستور له تقديرية في التشريع فما لم يقيد الدستور بقيود محددة فإن سلطته في التشريع تكون مطلقة أما ما قيده فيه الدستور فلا يجوز الخروج عن هذه القيود...فالمشرع لا يستطيع بالتشريع أن يخل بالمساواة الواجبة المصريين جميعاً ولا يجوز له أن ينص على إبعاد المصري عن بلاده ولا أن يبيح المصادرة العامة للأموال ولا أن يبسط الرقابة على الصحف، فإذا جاوز المشرع نطاق هذه السلطة المقيدة كان التشريع باطلاً لمخالفته الدستور".

وفي ما عدا هذه السلطة المحددة تكون سلطة المشرع تقديريةً، ونرى من ذلك أن السلطة التقديرية هي الأصل في التشريع والسلطة المحددة هي الاستثناء، ونطاق السلطة التقديرية للمشرع يكاد يستغرق النشاط التشريعي، فهذا النطاق الواسع هو النطاق الذي يقع الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، إذا فمناطقة الانحراف في التشريع أوسع بكثير من منطقة مخالفة الدستور، ولهذا يمكننا أن تبين الأهمية العملية للقول بإمكان انحراف المشرع في استعمال سلطته التشريعية."

وعليه، فإن الانحراف التشريعي كما حدده الدكتور السنهوري وانطلاقاً من معنى الانحراف في استعمال السلطة الإدارية، أن المشرع يجب أن يستعمل سلطته التشريعية لتحقيق المصلحة العامة، فلا يتوخى غاية غيرها، ولا ينحرف عنها إلى غاية أخرى، وإلا كان التشريع باطلاً، وكان المعيار هنا أيضاً ذا شقين، شقاً ذاتياً يتعلق بتعرف الأغراض والنوايا والغايات التي أضمرتها السلطة التشريعية وقصدت تحقيقها بإصدارها تشريعات معينة والشق الموضوعي هو المصلحة العامة التي يجب أن يتوخاها المشرع دائماً في تشريعاته وكذلك الغاية المخصصة التي رسمت لتشريع.

لكن إذا كان المعيار ذاتياً وموضوعياً بالنسبة للانحراف في استعمال السلطة الإدارية، فإنه يصعب التسليم به في الانحراف بالسلطة التشريعية فهم معيار شوب بعنصر ذاتي، إذ يجب بمقتضاها الكشف عن النوايا والأغراض النفسية، وإذا كان هذا ممكناً بالنسبة للإدارة فيقال أن الموظف قد قصد غايات شخصية كالانتقام أو تحصيل نفع شخصي أو حزبي...فمن غير الممكن أن تنسب للبرلمان غايات شخصية فالمفروض أنها هيئة تهدف لتحقيق المصلحة العامة فقط لا غير.<sup>(1)</sup>

ولهذا يصعب أخذ معيار للانحراف في استعمال السلطة التشريعية يقوم على عنصر ذاتي، فإذا كان من الممكن اتخاذه للتعسف في استعمال الحق لكون أن الشخص قد تنطوي نيته على الإضرار بالغير، وفي الجانب الإداري أخذنا معياراً ذاتياً وموضوعياً ذلك أن الموظف أثناء ممارسة السلطات العامة أقل انقياداً للدوافع الذاتية من الفرد وهو يباشر حقوقه الشخصية، وبالنسبة إلى المشرع ننتقل من الذاتية إلى الموضوعية وذلك للأمرين: أولهما وجوب افتراض نزاهة وتجرد المشرع وأنها تصدر تشريعاتها بهدف المصلحة العامة، ثانياً أن الأولى في

<sup>1</sup>-د/ عبد الرزاق السنهوري: نفس المرجع، ص1016.

هذه النظرية اتخاذ معيار موضوعي ثابت ومستقر، لا نخطئ في فهم معناه وتفسيره، فيضفي هذا المعيار على التشريع ثباتا واستقرارا (1).

### الفرع الثاني: الفروض التي يقوم عليها معيار الانحراف التشريعي

للمعيار الموضوعي فروض نجمها في الآتي:

**أولاً:** الرجوع إلى طبيعة التشريع باعتبارها معيارا موضوعيا، لأن التشريع قاعدة عامة ومجردة فإذا صدر المشرع قرارا إداريا لا يدخل ضمن القرارات التي يختص بإصدارها كان القرار مشوبا بعيب عدم الاختصاص، أما إذا أصدر قرارا فرديا وقصد به أن يكون تشريعا عاما مجردا كان القرار باطلا لعيب المحل، وإذا صدر المشرع تشريعا عاما ومجردا وهو يعلم أنه لن يطبق إلا على فردية واحدة، كان يصدر البرلمان تشريعا بإلغاء هيئة قضائية للتخلص من أعضائها، ويهد مدة يعيد تشكيلها بتشريع آخر فالتشريع باطل للانحراف بالسلطة التشريعية ولسنا بحاجة لإثبات النوايا الخفية بل مجرد إثبات أن التشريع طبق على حالة فردية بالذات.

**ثانياً:** مجاوزة التشريع الغرض المخصص الذي رسم له، ويصح في حالات قليلة هدف مخصص لتشريع معين في الحالات الاستثنائية أو العرفية (حالة الطوارئ، الحصار الحالة الاستثنائية وحالة الحرب) (2) وحماية النظام العام في تشريعات الصحافة والتجمعات العامة (3). وهو حد لا يمكن أن تتجاوزه هذه القوانين الهدف المخصص له، لأن المشرع يستعمل سلطة تقديرية في تحديد حيز الأمن والنظام العموميين وحاجات الحرب والتموين فإذا انحرف في استعمال سلطته وأضاف للسلطة المخولة بتطبيق الأحكام العرفية (الاستثنائية) اختصاصات لا تدخل في الغايات المخصصة لها تحت ستار أنها تدخل فيها. كأن يجيز للسلطة المخولة بتنفيذ الأحكام الاستثنائية القبض على متهمين في جرائم تدعي أنها تتعلق بالأمن والنظام العموميين والحرب وهي لا تتعلق بذلك. أو كان لتشريع تقييدا للحريات إلى حد تجاوز الغايات المحددة لها كان مشوبا بعيب الانحراف التشريعي.

**ثالثاً:** ضمان الحريات في حدودها الموضوعية ذلك أن المشرع له سلطة في تنظيم الحريات العامة بقانون سواء عادي أو عضوي وهنا يجب على المشرع أن لا ينحرف عن الغرض الذي أراده الدستور وهو كفالة الحريات والحقوق العامة. فإذا انتقص من هذه الحقوق أو نقضها كان تشريعا مشوبا بعيب الانحراف التشريعي.

**رابعاً:** احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها، فأصل في القوانين أنها لا تسري بأثر رجعي على الماضي حتى لا تمس بالحقوق المكتسبة، فهذه القاعدة مرتبطة بالمبادئ العامة ومبادئ العدالة التي تستدعي الحماية حتى وان لم ينص عليها الدستور، ولا يمكن أن ينص قانون استثناء على إباحة الرجعية وبالقدر الذي تدعو إليه الضرورة، وأن الإسراف في النص على الأثر الرجعي في القانون يعد انحراف تشريعا كأن يكون القانون يستتر عقوبة مقنعة بأثر رجعي رغم نص الدستور على عدم جواز سريان عقوبة بأثر رجعي، أو صدور تشريع لاحق يعدل تشريع سابق بحجة تفسيره مع العلم أن التشريعات المفسرة لها أثر رجعي لأنها لا تنشئ

<sup>1</sup> - نفس المرجع، ص 1017.

<sup>2</sup> - المواد من 91 إلى 95 من الدستور الجزائري تعديل 2008.

<sup>3</sup> - هذه الحالات حصرت طبقا للقانون المصري الصادر في 1923/06/26 حالتين والثالثة وردت في القانون 1948/05/13 العرفي، والهدف من الأحكام

العرفية هو المحافظة على النظام والأمن العموميين وتأمين سلامة الجيوش وضمان تموينها في حالة الحرب

قاعدة جديدة، فإذا صدر تشريع مفسر في صورته معدل في حقيقته فيكون المشرع قد انحرف بتستره على التشريع المعدل وإخراجه في صورة تشريع مفسر...<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: أثره على الحريات العامة.

في هذا المطلب نتناول معنى الحريات العامة وأثر الانحراف التشريعي عليها  
الفرع الأول: معنى الحريات العامة.

ثمة فكرتان يلجا إليهما عادة للتعبير عن الحقوق المتعلقة بحماية حقوق الإنسان وكرامته، فقد أصبح شائعا في أدبيات القانون عموما والقانون الدولي على وجه الخصوص الإشارة إلى حقوق الإنسان وإلى الحريات العامة.

إن فكرة حقوق الإنسان تقع خارج دائرة القانون الوضعي، خلافا لما عليه بالنسبة للحريات الأساسية فهذه الأخيرة لا تظهر إلى الوجود إلا من خلال القانون النافذ فعلا في زمان ومكان معينين، فهي عبارة عن حقوق ورخص ممنوحة بمقتضى القوانين من قبل السلطات العامة في الدولة...

وعليه، فالحريات الأساسية هي مكانات يتمتع بها الفرد بسبب طبيعته البشرية، أو نظرا لعضويته في المجتمع، يحقق بها الفرد صالحه الخاص، ويسهم بها في تحقيق الصالح العام ويمتنع على السلطة أن تحد منها إلا بالقدر الذي يستدعيه تنظيمها.<sup>(2)</sup>

### الفرع الثاني: التأثير الذي يحدثه الانحراف على الحريات العامة

كفل الدستور للمواطن الحريات والحقوق الأساسية والعامة التي تحفظ كرامة الإنسان، ودعا المشرع إلى تنظيمها باعتباره الممثل صاحب الولاية العامة في التشريع وبالتالي فهو الضامن لهذه الحريات والراعي لها. وبما أن المشرع هو صاحب السلطة في تنظيم هذه الحريات والحقوق بتشريع وهنا يتعين عليه عدم الانحراف عن الهدف الذي وضعه الدستور وهو كفالة وضمان هذه الحريات. فلو نقضها المشرع أو انتقص منها وهو بصدد تنظيمها كان تشريعه مشوبا بعيب الانحراف فالمشرع بدلا من أن ينظم الحق نقضه أو انتقص منه تحت ستار التنظيم، فكل حق وكل الدستور إلى المشرع تنظيمه بتشريع قد رسم الدستور لهذا الأخير غاية مخصصة لا يجوز الانحراف عنها وهي تنظيم هذا الحق على وجه لا ينتقض معه الحق ولا ينتقص منهن وهنا لسنا بحاجة إلى إثبات أن هناك انحرافا في استعمال السلطة التشريعية بالكشف عن النوايا المستترة التي اقترنت بالتشريع وقت صدوره. بل يكفي أن نثبت على وجه موضوعي أن الحق العام المنظم من قبل التشريع قد أضى بعد هذا التنظيم منقضا وبالتالي لا يحقق الغاية التي ابتغاها المشرع.

فالمؤسس الدستوري ضمن حرية الرأي والتعبير فلو صدر تشريع يقيد من هذه الحرية أو من حرية الصحافة تقييدا خطيرا أدى إلى انتقاص هذا الحق أو الحرية، كان هذا التشريع مشوبا بالانحراف التشريعي لأن

<sup>1</sup> - د/ محمد ماهر أبو العينين: مرجع سابق، ص 222.

<sup>2</sup> - هشام بخوش: مفهوم ومضمون الحريات الأساسية في القانون الدولي، أعمال الملتقى الدولي الثالث 28-29 ابريل 2010 بمعهد الحقوق بجامعة الوادي، ص 150.

الغاية المخصصة من التشريعات المتعلقة بهذه الحرية ليست انتقاصها أو نقضها بل مجرد تنظيمها حتى لا تعود بالضرر على المجتمع<sup>(1)</sup>.

### المبحث الثاني: الإغفال التشريعي وأثره على الحريات العامة

يعتبر مصطلح الإغفال التشريعي من المصطلحات حديثة الظهور سواء على المستوى الفقه الدستوري المقارن وهو مصطلح لم يتم الاتفاق بعد على تحديد المعنى أو المحتوى الحقيقي له رغم إشارة القضاء الدستوري والمجلس الدستوري الجزائري للإغفال في بعض آرائه.

#### المطلب الأول: مفهوم الإغفال التشريعي

نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الإغفال التشريعي وأهميته وتمييزه عن عدم الإغفال الكلي للتشريع.

#### الفرع الأول: تعريف الإغفال التشريعي

الإغفال التشريعي كما أشار إليه الدكتور عزاوي عبد الرحمن: "أنه ينبغي الإشارة في البدء إلى أن هناك تشابها بين الإغفال التشريعي وبين غيره من السلوكيات السلبية للمشرع ومنها: خاصة القصور التشريعي الذي يعني عدم كفاية النص التشريعي الموجود فعلا للوفاء بتغطية ومعالجة المسألة أو الموضوع الذي تولى تنظيمه بشكل جيد، سواء من حيث حجم التغطية ونوعها ومستواها، وعموما من حيث فن الصياغة القانونية، لكن القانون في كل الأحوال يعد تجسيدا لسلوك إيجابي من المشرع عندما يبادر بتنظيم الموضوع أو المسألة محل البحث وتوصل إلى وضع القانون الخاص بها محل البحث والتعليق. أما في حالتنا الإغفال التشريعي، فالمشرع يكون قد اتخذ موقفا سلبيا من اختصاصه الدستوري فلم يمارسه كليا أو جزئيا في حالات معينة وللأسباب معينة أيضا.... ومن ثمة يمكننا القول أن الإغفال التشريعي بأنه: "تخلي المشرع ممثلا في البرلمان عن ممارسة اختصاصه الدستوري في التشريع كليا أو جزئيا، وعدم التدخل لتنظيم الموضوعات المسندة له بموجب أحكام الدستور".<sup>(2)</sup>

وبناء عليه فالإغفال التشريعي لا يكون أبدا عملا ايجابيا بل هو عمل سلبي يكون من خلال اتخاذ موقف بمثابة الامتناع عن ممارسة اختصاصه بشكل شامل أو ممارسة الاختصاص ولكن بشكل جزئي مع الإفراط في الإحالة إلى السلطة التنفيذية حتى يظهر بذلك أن هذه الأخيرة هي صاحبة الاختصاص نظرا لتطرقها لكل التفاصيل التي كان من المفروض على المشرع التطرق لها.

#### الفرع الثاني: صور الإغفال التشريعي

ينقسم الإغفال التشريعي إلى نوعين هما

#### أولا: الإغفال الجزئي للتشريع

تكون أمام الإغفال التشريعي الجزئي - الذي يمكن أن يكون محل رقابة من القضاء الدستوري - إذا تناول المشرع أحد الموضوعات التي يختص بها بالتنظيم، لكنه يأتي - سواء عن عمد أو إهمال - غير مكتمل أي تنظيماً قاصراً عن أن يحيط بكافة جوانبه وبما يؤدي بالإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم.

<sup>1</sup> - د/ عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 1024.

<sup>2</sup> - د/ عزاوي عبد الرحمن: الرقابة على السلوك السلبى للمشرع الإغفال التشريعي نموذجاً، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، العدد 10 لسنة 2010، ص 88، 87.



ومن الأمثلة على ذلك: صدور قانون ينظم بعض الحالات القانونية التي تعفي بعض الأفراد دون البعض الآخر رغم وحدة العلة من النص دون سند من الدستور أو القانون.

### ثانياً: الإغفال الكلي للتشريع

يقصد بهذه الحالة سكوت المشرع عن تنظيم موضوع ما يدخل ضمن مجالات التشريع وعدم التدخل بالتشريع فيه وهذا في نظرنا من أهم موضوعات الرقابة الدستورية التي يتعين على القضاء الدستوري والمجلس الدستوري (في الجزائر) أن يتدخل للإلزام المشرع بالتدخل وإصدار تشريع ينظم هذا المجال المسكوت عنه، وتعد واقعة السكوت ذاتها هي التي يجب أن تكون محلاً للرقابة.

لكن الرقابة على الإغفال الكلي تطرح مشكلة في الدول التي تأخذ بالرقابة اللاحقة على القوانين التي تحول دون تحريك هذه الرقابة، لأن وجود نص صريح أي مكتوب يعد شرطاً لممارسة الرقابة على ها القانون، سواء فيما يتضمنه صراحة أو ضمناً من مخالفة للدستور<sup>(1)</sup>.

لهذا نجد بعض الفقهاء يرون بعدم تدخل القضاء الدستوري في الإغفال الكلي وحجتهم كما يرى المستشار عبد العزيز محمد السلطان: "...أن التدخل بالتشريع أو عدم التدخل وبمعنى آخر فإن تقرير الحاجة إلى التشريع ومن ثم التدخل لتنظيم الموضوع محل التشريع، أو عدم الحاجة إليه ومن ثم السكوت يعد أهم خصائص السلطة التقديرية للمشرع ما لم يطلب منه الدستور هذا التدخل ومن ثم فإن السكوت عن التنظيم لمسألة ما لا تعد من قبيل الإغفال التشريعي وليست مدعاة لرقابة المشرع في هذه الجزئية إذ لا توجد صلة بين الحاجة إلى التشريع وبين دستوريته"<sup>(2)</sup>.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن تنظيم الحقوق منوط بالمشرع، وكان استعماله لسلطته في هذا الشأن رخصة يباشرها، كلما اقتضاها الصالح العام، وفي الوقت الذي يراه مناسباً، إلا أن تدخله يغدو عزيمة إذا ما دعاه الدستور إلى تنظيم حق من الحقوق. فإن أدى مسلكه إلى الإخلال بهذا الحق، كان ذلك مخالفاً للدستور<sup>(3)</sup>. وأضافت هذه المحكمة في حكم صادر في 19/06/1993 "...أن إقرار قانون أو إصدار قرار بقانون في موضوع معين هو مما تستقل السلطان التشريعية والتنفيذية بتقديره وفقاً لأحكام الدستور، ولا يجوز بالتالي حملها على التدخل في زمن معين أو على نحو ما. كذلك فإن قعودها عن إقرار تنظيم تشريعي في هذا النطاق، لا يعتبر بمثابة عقبة قانونية تحول بذاتها دون إنفاذ الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية وفرضها على المعارضين لها لضمان النزول عليها".

### ثالثاً: إغفال تشريعي أو ترك بطرق ملتوية

وفي هذه الحالة يمارس المشرع مبدئياً وظاهرياً على الأقل اختصاصه الدستوري بالتشريع بعمل ايجابي بسن قانون في مجال معين، ولكنه يتبع طريقة أو صيغة ومنهجية في سن القوانين وصياغتها بطريق يستنتج منها تنازله بشكل بيّن عن اختصاصه الدستوري لغيره، وتحديدًا للسلطة التنفيذية ليتقاسم معها الوظيفة التشريعية،

<sup>1</sup>-د/عزاوي عبد الرحمن: نفس المرجع، ص 89.

<sup>2</sup>- نفس المرجع، ص 10.

<sup>3</sup>-حكم المحكمة الدستورية العليا في قضية رقم 193 جلسة 2000/05/06 أشار إليه عبد العزيز محمد السلطان: مرجع سابق، ص 32.

وظيفته الدستورية الأولى خارقا بذلك الضوابط الدستورية لتوزيع الاختصاص التي وضعها المؤسس الدستوري سلفا، وهذا شكل من أشكال العيوب التي تلحق التشريع وتصمه بعدم الدستوري. ولهذا الإغفال صورتين هما:

1- اعتماد أسلوب الإفراط في العمومية عند صياغة النصوص التي يسنها، مما يجعلها عديمة الفائدة وغير مثمرة على أرض الواقع بدون تدخل السلطة التنفيذية بواسطة اللوائح التنفيذية.

2- الإكثار من الإحالة على التنظيم، بصورة مبالغ فيها مما يجعل السلطة التنفيذية تشارك البرلمان الوظيفة التشريعية وتتفاسمها معه.

### الفرع الثالث: أهمية رقابة الإغفال التشريعي

تتجلى أهمية رقابة الإغفال التشريعي من طرف المجلس الدستوري والقضاء الدستوري في الفقه المقارن في أمرين هما:

أولاً: أن كل مخالفة للدستور سواء تعمدها المشرع أو انزلق إليها بغير قصد يتعين رفضها.

ثانياً: يكفل الدستور لكل حق أو حرية نص عليها الحماية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية، وتتمثل هذه الحماية في الضمانة التي يكفلها الدستور لحقوق المواطنين وحررياتهم، والتي يعتبر إنفاذها شرطاً للانتفاع بها في الصورة التي تصورها الدستور نطاقاً فاعلاً لها.

وهذه الضمانة ذاتها هي التي يتعين أن يستهدفها المشرع وأن يعمل على إحقاق وسائلها من خلال النصوص القانونية التي ينظم بها هذه الحقوق وتلك الحريات وشرط ذلك بطبيعة الحال أن يكون تنظيمها كافلاً لتنفسها في مجالاتها الحيوية وأن يحيط بكل أجزائها التي لها شأن في ضمان قيمتها من الناحية العملية.

فإذا قصر المشرع في تنظيمها، وذلك بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها، كأن ذلك إخلالاً لزماتها التي كفلها الدستور لها وفي ذلك مخالفة للدستور.

### المطلب الثاني: تأثيره على الحريات العامة

بعدما عرفنا الإغفال التشريعي ووضحنا خطورة عدم قيام المشرع بالدور المنوط به بدافع الإهمال أو الإفراط في العمومية بالنسبة للنصوص المنظمة لحرية أو حق ما ودور الرقابة الدستورية في إلزام المشرع بممارسة اختصاصه وعدم إغفال ذلك، وجب علينا- قبل الدخول في تأثير الإغفال التشريعي على الحريات العامة- التعرف على أساس رقابة الإغفال التشريعي

### الفرع الأول: أساس رقابة الإغفال التشريعي

بما أن البرلمان صاحب اختصاصا دستوريا يتمتع فيه بسلطة تقديرية واسعة بل وصفت بالسيدة طبقاً لما جاء في الدستور.<sup>(1)</sup>

ولهذا تستند رقابة الإغفال التشريعي على مبدأ سمو قواعد الدستور وهو ذات المبدأ الذي تقوم عليه رقابة دستورية القوانين ويعني هذا المبدأ أن نصوص وقواعد الدستور تعلو على ما عداها من نصوص داخل الدولة حيث تفرض على المشرع التدخل الإيجابي بإصدار تشريعات في الموضوعات التي تدخل في مجال القانون والتي يعتبر مجال الحريات العامة من ضمنها.

<sup>1</sup>- المادة 98 من الدستور الجزائري تعديل 2008.

وأن قواعد الدستور قواعد آمرة وبالتالي فهي ملزمة للمشرع لا يجوز مخالفتها والإعراض عنها وعدم المبالاة بها طبقاً لما جاء في الدستور الجزائري المادتين 162 و163 وما بعدهما.

غير أن عدم النص على هذا المبدأ لا يعني انعدام السيادة والسمو للقاعدة الدستورية ذلك أن السيادة والسمو تستخلص من الطبيعة القانونية للدستور ذاته.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثاني: أثره على الحريات العامة.

نظراً لخطورة الإغفال التشريعي بجميع صورته على قواعد الاختصاص حيث يؤدي إلى وضع خريطة جديدة للاختصاص الدستوري التي وضعها المؤسس على نحو ملزم، كما يؤدي إلى المساس بالحريات والحقوق العامة للأفراد ويؤدي إلى تدخل السلطة التنفيذية في التشريع وهذا ينعكس على الحريات بالتضييق إن لم نقل التعدي، وتنتأثر كذلك الحريات بخسارة دور السلطة التشريعية كضامن لها وذلك عهد إغفاله لسلطته سواء من ناحية السكون الجزئي أو الكلي أو التنازل بطريق ملتوي للسلطة التنفيذية وإشراكها في التشريع سواء بالإفراط في العمومية أو الإكثار من الإحالة على التنظيم.

فعلى سبيل المثال فإن الدستور الجزائري<sup>(2)</sup> حين ينص على ضمان حق الدفاع فإن المفترض في التنظيم التشريعي لهذا الحق - من قبل المشرع - أن يكون فعالاً، وببطل كل تنظيم قانوني يحد من هذه الفعالية كأن يخلو من النصوص التي تكفل إيصال المتهم بمحاميه<sup>(3)</sup>، ليس فقط وقت توجيه التهمة، بل كذلك في كافة المراحل المؤثرة في مصيره بما في ذلك مرحلة التحقيق الابتدائي، ثم مرحلة الاتهام التي أعقبها وحتى الفصل فيه. وهي ضمانة تشمل كذلك إمكان الطعن في الحكم الصادر في الاتهام وضرورة تمكين المتهم ومحاميه من الفرص الكاملة التي يعد منها الدفاع بما في ذلك ضرورة الإفراج عن المتهم ولو بكفالة غير مغالي فيها - إذا كان هذا الإفراج مبرراً - كأن يكون لازماً لتحضير وثائق تدحض التهمة وتنفيها...<sup>(4)</sup>.

وكذلك ضمان الدستور لحرية الرأي والتعبير، يفترض عدم إعاقة وسائل مباشرتها، وأن تتعدد طرق التعبير، وأن تكون الآفاق المفتوحة هي نافذتها، وألا تحول الحدود الإقليمية حاجزاً دونها، وأن تقترب بالحق في نشر الآراء على اختلافها، وبالحق في انتقاد القائمين بالعمل العام ولو كان مريراً، وبالحق في الحصول على المعلومات من كافة روافدها، وفي مقابلة الآراء ببعضها البعض، وفي ضمان عدم مصادرة الرسالة التعبيرية بالنظر إلى مضمونها ولا على ضوء صفة من يفصحون عنها أو يتلقونها أو يروجونها، وألا يكون الإعلام محتكراً، وإنما ينبغي أن يكون مفتوحاً لمن يريد أن يمارسه. فإذا نقص تشريع هذه الأبعاد المختلفة لحرية التعبير أو حط من بعضها أو أحبط أثرها أو أهمل تقرير بعض جوانبها كان هذا القانون باطلاً ومخالفاً للدستور سواء فيما انتقص به من ضماناتها أو ما أغفل تقريره من الحدود اللازمة لتفعيلها<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - د/ نصر الدين بن طيفور: مدى كفاية رقابة المجالس الدستورية المغاربية لضمان سيادة القاعدة الدستورية، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، العدد 10 لسنة 2010، ص 77.

<sup>2</sup> - راجع المواد 45 و46 و47 و48 من الدستور الجزائري تعديل 2008.

<sup>3</sup> - رغم أن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري يتضمن العديد من النصوص العامة والغامضة والتي تعتبر تنكبا للحق في الدفاع وضمانات المحاكمة العادلة، وتعتبر بذلك إغفالا تشريعيا.

<sup>4</sup> - المستشار، عبد العزيز محمد السلطان: رقابة القضاء في الإغفال الدستوري، مقال منشور بموقع <http://hccourt.gov.eg> ص 08.

<sup>5</sup> - راجع المادة تين 38 و41 من الدستور الجزائري تعديل 2008.

وهذه الحريات التي تحدثنا عنهما ليستا إلا مثالا على الأثر البالغ الذي يحدثه الإغفال التشريعي للبرلمان وعدم قيامه بالمهام الدستورية المنوط بها والتي كلف بها من قبل المؤسس الدستوري على نحو ملزم.

### خاتمة:

نستنتج مما سبق أن للانحراف التشريعي والإغفال التشريعي تأثيرا بالغا على حقوق الأفراد وحررياتهم من جهة نقض هذه الحقوق وانتقاصها، سواء من ناحية الانحراف التشريعي وذلك بإضفاء صفة العمومية على التشريع وهو لا يطبق إلا على شخص محدد، وضرورة الابتعاد عن إثبات الانحراف انطلاقا من جوانب ذاتية بل التأكيد على الموضوعية وذلك بأن هذا القانون لم يطبق إلا على حالة فردية بالذات... الخ. وبالنسبة للإغفال التشريعي الذي سلوكا سلبيا بمختلف صورة يؤدي إلى التأثير على خريطة توزيع الاختصاص التي وضعها المؤسس الدستوري والتي تؤثر على حقوق الأفراد وحررياتهم.

وللابتعاد عن الانحراف التشريعي المرتبط بغاية التشريع والإغفال التشريعي كموقف مرتبط باختصاص المشرع لا بد من تعرف هذا الأخير على حقيقة اختصاصه، ومجاله ومداه بالاستناد له كما هب منصوص عليها في الدستور، وكذا الغاية من صناعة هذا القانون.

ومن هنا ندعو المؤسس إلى توسيع الرقابة في مجال الإغفال لتشمل المواطن وذلك بتحديد عدد معين من المواطنين لهم الحق بدعوة المشرع إلى التدخل في التشريع في المجالات التي هي من اختصاصه ولم يتدخل فيها أو بالنسبة لتعديل القوانين التي أصدرها البرلمان وكان تدخله غير كافي أي إغفال جزئي أو أنه ترك اختصاصه بطريقة ملتوية للسلطة التنفيذية لتمارس وظيفة التشريع.