



ضمانات الحقوق والحريات في ظل الرقابة الدستورية على السلطة التقديرية

للمشروع "دراسة مقارنة"

أ.م.د. محمد حسن كاظم

جامعة ذي قار - كلية القانون

Guarantees of rights and freedoms in light of the constitutional control over the discretionary power of the legislator

A comparative study

Mohammed Hassan Kazem

University of Thi- Qar\ College of Law

mohammed.hassan24@utq.edu.iq

الملخص

ينصب اهتمام هذا البحث على رقابة السلطة التقديرية للمشرع، والتي تتزايد الحاجة إليها يوماً بعد يوم لا سيما في الدول التي تعتمد الديمقراطية منهاجاً لها، عبر وثائقها الدستورية وتغييرها على أرض الواقع في جميع ممارساتها اعتماداً على حكم الأغلبية البرلمانية والمسيطر عليها في الغالب من قبل السلطة التنفيذية، وهنا تظهر الحاجة إلى ضرورة رد المؤسسة التشريعية إلى الحدود المرسومة لها بمقتضى الوثيقة الدستورية عندما يسيطر حزب حاكم على مقاعد البرلمان والسلطة التنفيذية معاً، وحينها تغدو النصوص الدستورية والحقوق المقررة فيها مجرد مظهر وشكل بعيد كل البعد عن الواقع العملي. لذا ينبغي وجود هيئات تراقب التشريعات الصادرة من السلطة التشريعية وتتولى إلغاء القوانين أو تمتنع عن تطبيقها إذا ما وجدت فيها مخالفة دستورية، وهذا الغرض لا يتحقق إلا باعتناق الرقابة على دستورية القوانين بحسبان إنها الوسيلة اللازمة بغيره رد طغيان سلطة التشريع وإرجاعها إلى حدودها الدستورية، ومن ثم تعد الرقابة على دستورية القوانين الوسيلة اللازمة لضمان نفاذ نصوص الوثيقة الدستورية، ومن دونها ربما تغدو تلك النصوص خلواً من جزاء موضوعي على مخالفتها، ولهذا الأمر نرى معظم دساتير الدول قد اهتمت واعتنت بأمر الرقابة على دستورية القوانين صوتاً لدساتيرها وحفاظاً للحقوق والحريات. الكلمات المفتاحية: (السلطة التقديرية، الحقوق والحريات، القضاء الدستوري، المشرع).

Summary:

The focus of this research is on monitoring the discretionary power of the legislator, the need for which is increasing day after day, especially in countries that adopt democracy as their approach, through their constitutional documents and its absence on the ground in all their practices, depending on the rule of the parliamentary majority, which is mostly controlled by the executive authority. Here the need arises for the necessity of returning the legislative institution to the limits set for it in accordance with the constitutional document when a ruling party controls the seats in Parliament and the executive authority together, and then the constitutional texts and the rights stipulated therein become merely an appearance and form far removed from practical reality. Therefore, there must be bodies that monitor the legislation issued by the legislative authority and undertake to repeal the laws or refrain from implementing them if they find a constitutional violation. This purpose can only be achieved by adopting oversight of the constitutionality of the laws, considering that it is the necessary means in order to repel the tyranny of the legislative authority and return it to its constitutional limits, and then Oversight of the constitutionality of laws is the necessary means to ensure the enforcement of the texts of the constitutional document. Without it, these texts may become devoid of an objective penalty for violating them. For this matter, we see that most state constitutions have paid attention and taken care of the issue of oversight of the constitutionality of laws in order to preserve their constitutions and preserve rights and freedoms. Keywords: (Discretionary power, rights and freedoms, constitutional judiciary, legislator).

ان أهمية البحث تكمن في الدور الذي تضطلع به السلطة التشريعية في نطاق تنظيم الحقوق والحريات من خلال سلطتها التقديرية، كونها - السلطة التشريعية- تركز بممارسة نشاطها التشريعي إلى فكرة السيادة الشعبية لإضفاء الصفة الشرعية لأصل وجودها، بحسبان أنها نابعة من الإرادة الشعبية الممثلة لها، كما أن خضوع هذه السلطة لمبدأ سيادة الدستور يتطلب أن تلتزم بما قررها من الأحكام التي يتضمنها وان لا تحيد عنها، وذلك بالاستناد لمبدأ حجية الاختصاص التشريعي الأصيل الملزم لها، وبحسب طبيعة خطاب المشرع الدستوري لإنفاذ التشريعات المراد تنظيمها بقوالب تشريعية، وان حقوق الافراد وحرياتهم جديرة بتوفير ضمانات الحماية، ويكون ذلك من خلال اللجوء إلى جهة مستقلة وحصينة قادرة على ضبط السلطة التقديرية للمشرع في هذا السياق، وإلغاء التشريعات المشوبة بعيب عدم الدستورية حين تمس بوجه غير مشروع حقوق الأفراد وحرياتهم، وهذه الجهة التي قام بإيجادها الفكر القانوني لحماية الحقوق والحريات ولضمان استمرار الحماية الدستورية والقانونية لها هي الرقابة على دستورية القوانين.

مشكلة البحث.

تتجسد المشكلة البحثية في الدور الذي يضطلع به القضاء الدستوري من خلال رقابته على الدستورية، في ضبط السلطة التقديرية للمشرع عند ممارسة الأخير عمله بشأن تنظيم الحقوق والحريات، وتسيير شؤون المجتمع، في حدود الاختصاصات الممنوحة له بمقتضى الدستور .

منهجية البحث.

سوف يعتمد الباحث في دراسة موضوع البحث على المنهج التحليلي والمقارن لعدد من النصوص الدستورية والأحكام العامة في العراق ودول مقارنة أخرى، معززة بالأراء والمذاهب الفقهية من خلال عرض المشكلة ودراسة المواقف التي أثرت بشأنها، الى جانب التطبيقات القضائية الصادرة عن القضاء الدستوري بصدد الكيفية التي يعمل بمقتضاها القضاء الدستوري في تعزيز ضمانات الحقوق والحريات في ظل الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع.

هيكلية البحث

ان الاحاطة بجوانب موضوع البحث (ضمانات الحقوق والحريات في ظل الرقابة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع) "دراسة مقارنة" يوجب على الباحث ان تتم معالجته وفق خطة علمية مكونة قوامها مبحثان وحسب الاتي:المبحث الأول: ضمانات الحقوق والحريات في ظل الرقابة على تناسب وملاءمة التشريع المطلب الأول: الرقابة على تناسب التشريع المطلب الثاني: الرقابة على ملاءمة التشريع

المبحث الثاني: الرقابة على عدم الاختصاص السلبي للمشرع المطلب الأول: الرقابة الدستورية على التسلب من الاختصاص التشريعي المطلب الثاني: الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي المطلب الثالث: الرقابة الدستورية على الامتناع عن التشريع الخاتمة:اهم النتائج والتوصيات:المصادر والمراجع

المبحث الاول ضمانات الحقوق والحريات في ظل الرقابة على تناسب وملاءمة التشريع

يراد بالسلطة التقديرية تمتع المشرع بقدر من حرية الاختيار وفق أسس منطقية بين البدائل القانونية المتاحة، أو على إيجاد البديل المناسب في موضوع معين، وتدور جميعها في إطار المصلحة العامة ليختار من بينها اقلها تقييداً للحقوق والحريات محل التنظيم، وأعمقها اتصالاً بالأغراض التي تستهدفها بمقتضى ما هو مقرر دستورياً (المر، ٢٠٠٣، ص ٥٦ وما بعدها). وقد عرفت المحكمة الدستورية العليا في مصر السلطة التقديرية للمشرع في العديد من أحكامها، إذ بينت حدودها ونطاق إعمالها بالقول بأنها: "تتمثل في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة لاختيار ما يقدر أنها الأنسب لمصلحة الجماعة، وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله التنظيم (المحكمة الدستورية العليا، في ٢٠٠١/٤/٧، قضية رقم ١٥٢ لسنة ٢٢ ق. دستورية). ولهذا تنصب رقابة دستورية القوانين في حقيقتها على تقدير السلطة المسند إليها مهمة التشريع لمثل هذه الصلة، ومدى تحقق التوافق بين كل من النص التشريعي والمعاني التي يقصدها الدستور؛ ويقدر التقارب أو التباعد بين محل النص، أي بمعنى الأثر القانوني له وبين مقاصد المؤسس الدستوري، تكون نتيجة الرقابة على دستورية القوانين (ساري، ٢٠١٨، ص ٨). وفي هذا السياق سوف نبحث ضمانات الحقوق والحريات في ظل الرقابة على تناسب وملاءمة التشريع، ولكن نظراً لاختلاف

مدلول كل من التناسب والملاءمة فضلاً عن الآثار التي تترتب على كل منهما، لذا سنعمل على دراسة كل منهما من خلال المطالب الآتية الآتية:

المطلب الأول الرقابة على تناسب التشريع

الفرع الاول: تحديد مفهوم التناسب اختلف الفقهاء في تعريف مبدأ التناسب وتحديد العناصر التي يركز عليها التعريف في القانون الدستوري، حيث ذهب فئة قليلة من الفقه الدستوري إلى تعريف التناسب بأنه: "التوافق بين التشريع الصادر من المجلس التشريعي ومدى المعالجة القانونية للواقع الذي صدر التشريع من اجله، والآثار التي تترتب على التطبيق بحيث يتحقق للتشريع التناسب بين سبب التشريع ومحلّه" (العبيدي، ٢٠١٩، ص ٢٤٣). لكن غالبية الفقهاء يذهب إلى أن التناسب يعني التوافق بين النص التشريعي المتعلق بتنظيم موضوع معين وبين حقوق وحرّيات الأفراد، سواء المنصوص عليها صراحةً في الدستور أو المتضمنة في المقومات والمبادئ الأساسية والقواعد والأحكام التي أتى بها الدستور. وبهذا نجد أن التناسب عملية مركبة ومعقدة لتعلقها بعدة عناصر وجوانب واعتبارات، فبدءاً تتعلق بالصلة بين موضوع النص الصادر والمبادئ والأحكام الأساسية التي نص عليها الدستور، وثانياً تتعلق بالوسائل المستخدمة والغايات المستهدفة، وتبعاً لذلك تكون النتيجة محصورة بأمرين لا ثالث لهما؛ إما إقرار التوافق أي التناسب ومن ثم تأكيد دستورية النص محل الرقابة، أو إقرار التناظر والتباعد أي عدم التناسب بينهما وهذا يقضي إلى القضاء بعدم دستورية النص محل الرقابة (ساري، مرجع سابق، ص ٨ و ٩). إن الرقابة على التناسب على حد وصف جانب من الفقه هي رقابة مشروعية دستورية وليست محض تدخل في سلطة المشرع التقديرية، وذلك باعتبار أن مقاصد الدستور وغاياته وان تجلت في ثنايا الدستور بوصفها مبادئ عامة، إلا أن القاضي الدستوري بحكم رسالته يُضفي عليها مضموناً قاعدياً يأخذ وضعه الأسمى في هرم القواعد القانونية المتدرج، فيتقيد المشرع العادي بما يضعه من قواعد (سرور، ٢٠٠٢، ص ٥٠٥). ويؤيد الرأي المتقدم جانب آخر من الفقه ويذهب إلى أن السلطة التقديرية للمشرع كأية سلطة أخرى لا يمكن أن تكون سلطة مطلقة؛ بل هي سلطة قانونية تهدف إلى التوصل إلى البديل الملائم والأكثر تحقيقاً للمصلحة العامة، فان لم تسفر مباشرة تلك السلطة عن تحقيق الملاءمة المشار إليها، فانه يمكن القول: بان مباشرة المشرع لسلطته التقديرية لم تتم على الوجه المقرر في الدستور، ولذلك يعمل القضاء الدستوري على الحد منها من خلال مبادئ دستورية موضوعية مثل التناسب، وضرورة أو لزوم التشريع والمعقولة وشرط الوسائل القانونية السليمة (جمال الدين، ٢٠٠٥، ص ٦٨ و ٦٩).

الفرع الثاني: رقابة التناسب بوصفها ضماناً للحقوق والحرّيات يرى جانب من الفقه الحديث أن أهمية الرقابة على تناسب التشريع في مجال القانون الدستوري كضمانة للحقوق والحرّيات تكمن في طبيعة الأشياء التي يراد تحقيق التناسب بينها، وهي أشياء تقف في مواجهة بعضها البعض، فأحكام الدستور وحقوق الأفراد وحرّياتهم من ناحية، ومسؤوليات الدولة والمصلحة العامة من ناحية أخرى (د ساري، مرجع سابق، ص ١٨)، مع الأخذ بعين الاعتبار التحول في مفهوم القانون الوضعي في العصر الحديث، والذي فرضته طبيعة المجتمعات وتطورها فقد أدى، بحسب رأي أحد فقهاء القانون الدستوري العربي، إلى جعل القانون وسيلة لإشباع حاجات ومنافع شخصية، بدلاً من أن يكون وسيلة حكم ترعى المصلحة العامة وتحقيق النفع العام (علاوي، و المومني، ٢٠١٧، ص ٨٣). والمسألة لا تخلو من تساؤل يطرح نفسه في صميم الموضوع وهو هل تتم التضحية بأحكام الدستور وحرّيات الأفراد والسماح للدولة بالقيام بأعبائها وتحقيق المصلحة العامة بواسطة التشريع؟؛ الإجابة المقبولة هي ضرورة تحقيق التوازن بين طرفي المعادلة إذ لا يضحى بأحدهما كلياً على حساب الآخر، وإنما محاولة إقامة توازن بينهما وتحقيق نوع من التناسب، ولكن كيف نضمن تحقيق هذا التناسب وممثل احد الطرفين والذي هو الدولة يملك الصلاحيات والأدوات والوسائل والسلطات، وممثل الطرف الآخر وهم الأفراد لا يملكون مثل هذه السلطات؟. إن ضمان تحقق ذلك يكمن بالرقابة على عنصر التناسب في الأدوات التي تستخدمها سلطة الدولة، إذ يخضع تقديرها لعنصر التناسب في هذا المجال لتقييم جهة أخرى هي الجهة المنوط بها مسألة الرقابة في هذا المجال، وتعد الرقابة في هذه الحالة أداة توازن بين المصالح الخاصة، والمصلحة العامة في إطار الرقابة على الدستورية (ساري، مرجع سابق، ص ١٩). فالقاضي الدستوري عندما يتصدى لرقابة التناسب على التشريع فانه يقوم ابتداءً بتفسير النص الدستوري، وتحديد المعاني والمقاصد التي أراد الدستور تحقيقها، ومن ثم يتولى البحث في أمر مدى توافق التشريع الصادر مع نصوص الوثيقة الدستورية، أو المعاني التي كانت تبتغي تحقيقها الوثيقة الدستورية، وبمعنى أدق أن القاضي الدستوري يعمل على تحقيق توازن بين طرفين أو مصّلحتين أو حقين بين الفرد والجماعة، أو المصلحة العامة والمصلحة الخاصة (المدرس، ٢٠١٧، ص ١٨١). ويمكن إيجاز ما تقدم إلى أن الأشياء المتقابلة أو المتواجبة أو المتنافرة أو المتناقضة افتراضاً هي:

- الدولة / الفرد

- العام / الخاص

- السلطة / الحق

- القيد / الحرية

- المصلحة العامة / المصلحة الخاصة

"والتناسب يبدو- في هذا السياق- باعتباره الأداة المثالية للتوفيق والمصالحة بين هذه الأشياء، فيه وفي ظلّه يُحجَم القاضي بدقّة متناهية الحدود والقيود المحتمل وضعها على الحقوق الشخصية لغرض الوفاء بالأهداف المبررة بأولويات المصلحة العامة. فالقاضي يقوم هنا بالحكم على مدى جدوى وصلاحيّة هذه القيود في إدراك وتحقيق الهدف المطلوب، ومدى ضرورة وضع هذه القيود موضع التنفيذ، وأخيراً مدى أهميتها النسبية بالنظر إلى المصلحة الشخصية المثارة أو موضوع القضية، كل ذلك بهدف الحكم على مدى جواز ومشروعية هذه القيود. فالتناسب في كل هذه الأشكال وبالمفهوم الواسع مرصود إذن ليقوم بالدور الحيوي لصمام الأمان (لحد الحدود) التي يمكن أن توضع للحقوق الشخصية المعترف بها بواسطة الدستور" (ساري، مرجع سابق، ص ٢٠).

الفرع الثالث: تطبيقات القضاء الدستوري المتعلقة بالتناسب التشريعي

من قضاء المحكمة الدستورية الفدرالية الألمانية، نجد أن جوهر عمل القاضي الدستوري يكمن في رقابة تناسب التشريع من خلال التوازن بين الحريات والمصلحة العامة، ومن تطبيقات ذلك الحكم الصادر في ٣١/يناير/١٩٧٣ والمتعلق بطعن الحماية رقم ٧١/٤٥٤ بإمكانية تقييم تسجيل خاص، تم اتخاذه سراً خلال البحث الذي تم القيام به ضد المشتكي بسبب الاحتيال الضريبي والغش وتزوير الوثائق، وأقرت المحكمة الدستورية أن القانون الأساسي (الدستور) يضمن للمواطن مجالاً في تشكيل حياته الخاصة ولا يمكن أن ينتهك، ويجب أن يستبعد من تدخل السلطة العمومية، وان يؤخذ بعين الاعتبار كرامة الإنسان عند تحديد مضمون ومدى الحق الأساسي المنصوص عليه في الفقرة (٢/١) من القانون الأساسي، ولا يمكن طبقاً للفقرة (١/١) من القانون الأساسي أن تنتهك، ويجب على جميع سلطات الدولة أن تحترمها وتحميها، ولا يمكن أيضاً بناءً على ذلك وطبقاً للفقرة (١٩/٢) من القانون الأساسي أن ينتهك الحق المنصوص عليه في الفقرة (٢/١) لا في شكله ولا في مضمونه الجوهري، لذلك وضع القانون الأساسي مرتبة عالية للحق في تطوير الشخصية. ولا تقبل تدابير الدولة التي تؤثر عليه إلا مع المراعاة الدقيقة لمبدأ التناسب المأمور به دستورياً (السوداني، ٢٠١٧، ص ٤٢-٤٣). ومن المناسب ذكره أن الطعن بالدستورية لا يقتصر في ألمانيا على النصوص فقط (القوانين أو القرارات) وإنما يشمل كذلك الأحكام القضائية، فضلاً عن أي إجراء آخر يمكن أن ينطوي على مخالفة أو عدم توافق مع أحكام القانون الأساسي. أما في فرنسا فقد حرص المجلس الدستوري الفرنسي في بعض قراراته على ألا تمتد رقابته إلى ملاءمة التشريع، ومن ذلك قراره في ١٥ يناير ١٩٧٥ وذلك على أساس أن المادة (٦١) من الدستور لا تمنحه سلطة عامة في التقدير كالتالي تكون للبرلمان بل إنها تمنحه فقط اختصاصاً بإعلان مطابقة أو عدم مطابقة النص التشريعي للدستور، وهذا يعني أن موقف المجلس في بداية الأمر كان موقفاً سلبياً تجاه رقابة التناسب التشريعي، وافر بأنه لا يمكن أن يحل تقديره محل تقدير البرلمان، وأنه يرفض أن يمد رقابته على ملاءمة التشريع، ولكن المجلس الدستوري الفرنسي عاد وعدل عن هذا الاجتهاد وأقر لنفسه في بداية الثمانينيات فرض رقابته على عنصر التناسب في التشريع، كونها تعد من صور الرقابة على سلطة المشرع التقديرية، والحكم بعدم دستورية القانون الذي يتضمن إجراءً اشد تقييداً للحق أو الحرية، إذا كان هناك إجراءً اخف يحقق نفس الغاية ولم يرق المشرع باختياره (الشرفاني، ٢٠١٦، ص ٣٤٧). ومن تطبيقات المحكمة الدستورية العليا في مصر، تطلب القاضي الدستوري بعض الضوابط بشأن رقابة التناسب بوصفها احد مكونات السلطة التقديرية للمشرع، إذ كان يكفي في أرقى مراحل رقابته برقابة السلطة التقديرية المجردة، إلا انه تطور في فرض رقابته على خيارات المشرع والبدائل المعروضة عليه ويتعين عليه ضرورة اختيار أفضلها إذ قرر: "أن الأصل في سلطة المشرع إنها سلطة تقديرية، جوهرها المفاضلة التي يجريها بين البدائل المختلفة التي تتصل بالموضوع محل التنظيم لاختيار انسبها لفحواه وحراره بتحقيق الأغراض التي يتوخاها واكفلها لوفاء بأكثر المصالح وزناً" (حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٩٧) لسنة ٣٢ ق. د. ب. جلسة ٢٠١٥/١٢/٥، الجريدة الرسمية، العدد/٥٠ مكرر (هـ)، في ٢٠١٥/١٢/١٦، ص ٣٥). وعلى مستوى القضاء الدستوري العراقي المتمثل بالمحكمة الاتحادية العليا نرى أن سلطة المحكمة برقابة التناسب التشريعي مستمدة من أحكام المادة (٤٦) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ التي نصت على أن: "لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناء عليه، على ألا يمس ذلك التقييد جوهر الحق أو الحرية"، فضلاً عن الأساس الذي تركز عليه المحكمة في رقابة التناسب التشريعي والذي نجده في مبدأ سيادة القانون الذي يعد من المبادئ الأساسية لقيام دولة القانون، لأن استخدام المحكمة لمبدأ التناسب، يعد ضماناً

لا احترام قواعد الدستور، وكفالة حقوق الأفراد وحرّياتهم. وأقرت المحكمة رقابتها على التناسب التشريعي بموجب قرارها الصادر في ٢٥/٢/٢٠١٣ حيث قضت: "إن وزير الخارجية إضافة لوظيفته أقام هذه الدعوى للطعن بعدم دستورية بعض مواد القانون المرقم (٢٧) لسنة ٢٠١١ قانون رواتب ومخصصات مجلس الوزراء... وبالنظر لوقوع تباين كبير فيما يخص رواتب موظفي وزارة الخارجية ذلك إنهم من الدرجات العليا ولكنهم يتقاضون رواتب أقل ممن هم أدنى درجة وظيفية منهم، فضلاً عن إن رواتبهم هذه لا تتناسب مع مستوى المعيشة في البلدان التي يشغلون وظائف دبلوماسية فيها أسوأ ببقية الدول الأخرى... وحيث أن القانون (٢٧) لسنة ٢٠١١ قانون رواتب ومخصصات مجلس الوزراء قد شرع دون إتباع السياقات المتقدمة والمشار إليها أعلاه لذا فإنه جاء مخالفاً للدستور فقد قرر الحكم بعدم دستوريته وإلغائه" (قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية في ٢٥/٢/٢٠١٣ حسب بيان منشور على موقع المحكمة الإلكتروني).

المطلب الثاني الرقابة على ملاءمة التشريع

الفرع الأول: مفهوم الملاءمة وموقف الفقه منها

تعني الملاءمة اصطلاحاً في اللغة القانونية توافق العمل القانوني مع ظروف الزمان والمكان والموضوع الذي يصدر فيها. وفي مجال التشريعات تعني الملاءمة توافق التشريع مع توقيت صدوره والظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يصدر فيها، فالملاءمة تتعلق بصله العمل القانوني بظروف إصداره، أي هي عبارة عن علاقة بين الأداة القانونية وظروف استخدامها أو استعمالها (ساري، مرجع سابق، ص ١٢). رقابة القضاء الدستوري على دستورية ملاءمة التشريع تعد مسألة خلافية على مستوى الفقه الدستوري، إذ كان التصور الفقهي السائد للرقابة الدستورية منذ ظهورها وعبر مراحل تطورها المتعددة إنها رقابة مشروعية دستورية وليست رقابة ملاءمة؛ ولهذا ينازع الفقه الدستوري اتجاهان رئيسيان بين مؤيد ومعارض:

الاتجاه الأول: يذهب إلى أن الرقابة على دستورية القوانين هي رقابة مشروعية ولا يجوز لها أن تتناول ملاءمة التشريعات؛ معللين ذلك إلى الوظيفة التي يضطلع بها القضاء الدستوري والتي تنحصر في مجرد التحقق من مطابقة النص التشريعي المطعون فيه مع النصوص الدستورية، فيحكم بمطابقته أو عدم مطابقته دون التعرض للبحث في ملاءمة التشريع، أو الخوض في ماهية البواعث أو الوقائع التي دفعت المشرع إلى إصداره، ودون التعرض للبحث في ضرورة هذا التشريع لتحقيق الأهداف التي توخاها المشرع، فهذه المسائل تدخل ضمن عناصر الملاءمة التي تستقل السلطة التشريعية بتقديرها، وليس للقضاء أن يتناول بالمراجعة التقدير الذي تجرته السلطة التشريعية في هذا المجال، وإلا كان ذلك تجاوزاً منه لحدود اختصاصاته الدستورية واعتداء في الوقت ذاته على اختصاصات السلطة التشريعية (أبيدي، مرجع سابق، ص ٢٤٦. ود الجمل، ٢٠١٠، ص ٢١٠).

الاتجاه الثاني: يرى أصحابه انه ليس هناك ما يمنع القضاء الدستوري من أن تمتد رقابته إلى ملاءمة التشريع، ولكن أصحاب هذا الاتجاه اختلفوا بصدد هذه الرقابة عند تسويغ رأيهم، فذهب بعضهم إلى أن رقابة الدستورية تمتد إلى ملاءمة التشريع للوقائع أو الظروف الاقتصادية والاجتماعية، استناداً إلى دليل إثبات واضح عبر عنه ريفيرو (Jean Rivero). يتمثل بالمنطق الابتدائي لكل نشاط يتعلق بإنشاء قاعدة قانونية، إذ إن القاعدة التي تتم صياغتها من قبل المشرع العادي تكون محصلة لوقائع وليدل الجهود فيما يتعلق بالتصور المستقبلي للواقعة. وتأسيساً على ذلك فإن القاعدة القانونية تنطوي في بعض عناصرها على مسائل واقعية معينة، بشكل يكفي للقاضي الدستوري أن يأخذها بنظر الاعتبار عند إصداره للأحكام المتعلقة بمدى مطابقة هذه القاعدة مع أحكام الدستور، فضلاً عن ذلك فإن المشرع عندما يتجنب هذه القاعدة، فإن ذلك لا يعني أكثر من تجنبه مخاطر الوقوع في غلط بتقدير الظروف الواقعية، إلى جانب ما يدعم ذلك في الفقه والقضاء الدستوري الإيطالي، ما يسمى لديهم بهدف القانون الناشط أو الحي، إذ إن هذا القانون يرجع في الحقيقة إلى أصل اجتماعي، مما يسمح للقضاء الدستوري بالقيام بالتفسير الموحد للقانون عند تقرير دستورية هذا القانون الحي، وذلك بالكشف عن تأثير الواقع الاجتماعي في القوانين لتقدير مرونة النص أو فعاليته من خلال الواقع الاجتماعي. وهكذا فإن القاضي الدستوري عند مباشرته الرقابة فإن عمله لا ينطوي على تعديل مضمون القانون محل الرقابة، كما انه لا يقوم بإحلال تقديره الشخصي محل تقدير المشرع، كون القاضي الدستوري لا يقوم بهذا التقدير ابتداءً، فالتقدير التشريعي موجود أصلاً، ثم يأتي القاضي ليباشر رقابته الموضوعية على هذا التقدير القائم وفي الحدود التي جرى فيها جانب المشرع (الشرفاني، مرجع سابق، ص ٣٤١). كما يذهب رأي مؤيد للاتجاه الثاني إلى أنه إذا كانت ضرورة التشريع أو عدم ضرورته تخرج من نطاق رقابة القضاء الدستوري بوصفها ترخيص دستوري للمشرع يتدخل من خلاله لتنظيم موضوع معين في الوقت الذي يراه مناسباً، إلا أن المشرع إذا تدخل وسن تشريع ينظم مسألة محددة،

فإن تقديره في المفاضلة بين البدائل المختلفة واختيار إحداها يخضع لرقابة القاضي الدستوري للوقوف على مدى تحقيق الحل الذي اختاره المشرع للمصلحة العامة، أو مدى وفائه للمتطلبات التي تقتضيها هذه المصلحة في خصوص المسألة التي تناولها المشرع بالتنظيم، "وتلك منطقة التناسب أو الخطأ البين في التقدير، فحتى لو استهدف المشرع غايات المصلحة العامة فإن تشريعه يكون معيباً بالخطأ البين في التقدير إذا تبين وكان ظاهراً أن الغايات التي استهدفها أدنى في أولويات الرعاية من غايات قومية أسمى وأجدر بالرعاية، وهكذا يتجه هذا الرأي إلى أن الخطأ البين في التقدير في ساحة القضاء الدستوري لا يستهدف أكثر من التأكيد على رقابة الملاءمة بين اختيار الحلول من جانب المشرع عندما تصطم بمبدأ دستوري ومن دون التعرض لرقابة تقدير الأسباب أو الوقائع المادية الدافعة لإصدار التشريع، ومن ثم فإنها لا تتعارض مطلقاً مع مبدأ فصل السلطات، بل أن رقابة الخطأ البين في التقدير في نطاق القانون الدستوري تعد ممارسة للوظيفة القضائية في نطاقها المحدد دون تجاوز في ذلك لا بل أن هذه الرقابة تعد تكريماً لمبدأ الفصل بين السلطات ما دام هذا المبدأ لا يعد مبدأ قانوني مجرد، بل يعد قاعدة من قواعد فن السياسة، كما أن الفصل بين رقابة المشروعية الدستورية والرقابة السياسية ورقابة الملاءمة في معرض فحص دستورية القوانين أمر لا يخلو من إبهام لأن الاعتبارات السياسية أصل والاعتبارات القانونية تابعة لهذا الأصل فقامت بينهما صلة متينة الأواصر تجعلهما مختلطين أو متقاربين تماماً والدليل على ذلك هو كون حالات الدستورية كلها ذات طبيعة سياسية في التشريع عموماً" (أبيدي، مرجع سابق، ص ٢٤٨). ونؤيد ما ذهب إليه الرأي الثاني لقوة الحجج التي ساقها، فضلاً عما نتلمسه في النظم الدستورية المختلفة من امتداد الرقابة الدستورية إلى عنصر الملاءمة إلى جانب الأسباب الآتية:

١ - تستند الفلسفة الدستورية بهذا الخصوص إلى أن الدولة الحديثة لم تعد دولة فرد أو مجموعة من الأفراد (يملكون) سلطة الدولة. فهذا غير صحيح لأن سلطة الدولة ملك للدولة، باعتبارها التشخيص القانوني للشعب على حد قول بعض الفقه، فالدستور بوصفه القانون الأسمى في الدولة يوزع سلطات الدولة على مؤسسات معينة، هذه المؤسسات تنشئها القاعدة الدستورية وتحدد اختصاصاتها، وتعين الممارسين أو الممثلين لها، وتبين المدة الزمنية لاختصاصها (الجمال، مرجع سابق، ص ٢٤٣). وتقرر الحقوق والحريات وتبين ضماناتها. وتعد جهة القضاء الدستوري من أنجع الضمانات لحماية الدستور وعلى النحو الذي بينته القاعدة الدستورية، وإن فعالية القضاء الدستوري بوصفه ضماناً للحقوق والحريات المحمية دستورياً، تتوقف على مدى تمتعه بحق الرقابة على ملاءمة التشريع، لكي لا يتعدى التنظيم التشريعي للحقوق والحريات الحدود التي بينها نظام الحماية الدستورية القائم على أساس مبدأ التناسب، بوصفه معياراً لتلك الحماية.

٢ - والواقع أننا لا نرى في نظامنا القانوني ما يحول دون قيام القضاء الدستوري ببسط رقابته على الملاءمة، على الرغم مما يثيره الفقهاء من اعتراض على هذه الرقابة، وما يتمتع به المشرع من سلطة تقديرية، لأنها تمثل اعتداء على استقلال سلطة التشريع المقرر لها بمقتضى الفصل بين السلطات، تحت مبرر أن القاضي في رقابته على سلطة المشرع التقديرية يقوم بإحلال نفسه محل المشرع ويمارس بدلاً منه سلطته في التشريع. في الحقيقة إن هذا الاعتراض مردود عليه: من حيث أن تمتع المشرع بسلطة تقديرية واسعة في مجال تنظيم الحقوق والحريات العامة، وتحقيق التوازن بين السلطات المنصوص عليه في الدستور يتطلب منح القاضي الدستوري الحق في رقابة صحة تقدير المشرع لبيان مدى اتفاهه أو اختلافه مع أحكام الدستور، هذا إلى جانب أن التنظيم الدستوري والسياسي للدولة الحديثة يحتم القول - عن قناعة مطلقة - إنه لا توجد أية سلطة مطلقة، وأن جميع السلطات مقيّدة باستهداف المصلحة العامة، وأن المعيار الوحيد للفصل بين السلطة التقديرية والسلطة المطلقة يكمن في الرقابة القضائية الفعالة التي تستهدف حماية الدستور وتطويره من ناحية، وكفالة حماية حقيقية لحقوق الأفراد وحرياتهم من ناحية أخرى (علاوي، والمومني، مرجع سابق، ص ٨٢).

٣ - لا يمكن التسليم بأن وظيفة القضاء الدستوري تقتصر على مجرد المقابلة الحرفية بين النص التشريعي محل الرقابة، والنص الدستوري لأن ذلك لا ينسجم وجوه رقابة دستورية القوانين، التي ليست عملية ظاهرية لا تلاحق المخالفات المستترة التي يتضمنها النص التشريعي المخالف للدستور؛ بل تتعمق داخل النص بُغية تقرير المخالفة لا سيما إذا كانت هذه المخالفة غير صريحة كما هو واقع الحال في الأعم الأغلب من الأحيان.

٤ - صحيح أن رقابة القضاء الدستوري رقابة مشروعية، ولكن عدم امتدادها للتقدير والملاءمة يعد مدعاة ومدخل للتسلط والتعسف، وإفراغ مهمة الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة والقرارات من مضمونها ومعناها، بوصفها الجهة الضامنة لتقرير الأحكام والمبادئ الدستورية وحقوق الأفراد وحرياتهم.

٥- إذا كانت المبررات الفلسفية غير كافية من اجل رقابة الملاءمة، فان النظم الدستورية حالياً تتجه نحو إقرار أساس دستوري صريح له (كالمادة (٤٦) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ التي نصت على انه: لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناء عليه، على ألا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية)، وأصبحت العديد من الهيئات القضائية الدستورية تسير بخطى ثابتة مقررّة الرقابة على ملاءمة التشريع، فلم يعد دور القضاء الدستوري مقيداً عند حدود المشروعية، بل وصل أيضاً إلى رقابة ملاءمة التشريع بوصفها احد عناصر المشروعية، أي بمعنى أن يكون الباعث على إصدار التشريع ضمن نطاق المشروعية الدستورية، ولإيضاح ذلك عندما يقرر الدستور بان تكون للمشرع سلطة تقديرية في مجال تشريعي معين كأن يكون استثماري مثلاً، فليس ذلك أن تكون السلطة غير مقيدة بالحدود التي قررها الدستور لإصدار التشريعات؛ بل يجب أن تكون السلطة محددة وبما يتناسب مع طبيعة النظام الاقتصادي.

الفرع الثاني: موقف القضاء الدستوري من رقابة الملاءمة.

تمكنت المحكمة العليا الأمريكية من توسيع رقابتها على دستورية القوانين، بحيث تجاوزت نطاق الدستورية إلى حد الحكم على مدى ملاءمة القوانين، وساعدها في ذلك تطور الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية. ولبلوغ هذه الغاية، استعملت المحكمة العليا عدة وسائل تمكنها من ممارسة رقابتها الجدية على دستورية القوانين، وذلك عن طريق تفسير الدستور تفسيراً واسعاً حتى لو أدى ذلك إلى الخروج عن حرفية النصوص الدستورية. ومن أهم هذه (الشناوي، ٢٠١٧، ص ٣٧٦). ويعطي المجلس الدستوري الفرنسي مفهوماً حديثاً ومغايراً للملاءمة، ويدخلها ضمن عنصر التناسب ويصفها بـ"رقابة الكفاية"؛ حيث وضع عام ٢٠٠٧ هذا المفهوم فيقرر أن: رقابة التناسب تنقسم لـ"رقابة الكفاية للملاءمة ورقابة الضرورة"، و"رقابة التناسب بالمعنى الدقيق للكلمة ليست تقنية اخترعها المجلس الدستوري ولا تقنية يلجأ إليها بطريقة منهجية ومعظمة. وتمارس العناصر الثلاثة في آن واحد للسيطرة على تقييد الحق أو الحرية عموماً، ويتم الاحتفاظ فقط بواحد من هذه العناصر، وأحياناً اثنين، ونادراً ما ثلاثة. ومن ثم قرر: "أنه وفيما يتعلق بالمساواة، يمارس المجلس الدستوري رقابة الكفاية والضرورة التي تتجم مباشرة عن الحجة الرئيسية التي يستخدمها المجلس الدستوري"، في حين أن مبدأ المساواة لا يمنع المشرع من التنظيم بشكل مختلف عن الحالات المختلفة، أو أنه ينتقص من المساواة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، شريطة أن يكون الفرق الناتج في المعاملة مرتبطاً مباشرة في كلتا الحالتين مع هدف القانون الذي ينص عليه" (الغمازي، ٢٠١٩، ص ٣٠٥ و ٣٠٦). وعلى مستوى قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر وفي حكم حديث لها في عام ٢٠١٧ قررت المحكمة أن ملاءمة التشريع - وعلى ما اطرده عليه قضاء هذه المحكمة - هي أخص مظاهر السلطة التقديرية للمشرع العادي، ما لم يقيد الدستور بحدود وضوابط يتعين على التشريع التزامها، وإلا عد مخالفاً للدستور، ومن ثم يكون حق المشرع العادي أن يستقل بوضع القواعد القانونية التي يراها محققة للمصلحة العامة، متى كان في ذلك ملتزماً بالدستور وقواعده، ويفسر هذا القضاء ما قرره المشرع في النص المطعون (حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٣٢ لسنة ٣٦ ق. د، بجلسة ٢٠١٧/٥/٦ الجريدة الرسمية، العدد ١٩/مكرر (أ)، المنشور في ٢٠١٧/٥/١٥، ص ٥١). فالقاضي الدستوري أقر للمشرع سلطة تقديرية، إلا أنه قيده في ممارستها بضوابط محددة، حدها نصوص الدستور، وأن النص يخضع لتفسيره، أي القاضي الدستوري، يقطع بشكل كبير في أن الرقابة على السلطة التقديرية تصل إلى حد ينتج عنها رقابة الملاءمة، يقوم به القاضي، للمحافظة على الحقوق والحريات، من أي عدوان تحت ستار التنظيم. وفي عام ٢٠١٨ حدث تطور نسبي من القاضي الدستوري، برقابة ملاءمة التشريع عندما قرر إن العبرة في تقرير دستورية التشريع هي بتوافق أو بتصادم نصوصه وأحكام الدستور ومقتضياتها، فإذا ما قرر المشرع حقاً معيناً - وجب عليه - وفقاً لمبدأي المساواة وصون الملكية الخاصة، قد انزلهما الدستور مكاناً عالياً، أن يضع القواعد التي تكفل المعاملة المتكافئة لأصحاب المراكز القانونية التي تتكافأ في العناصر المكونة لها، مع عدم المساس بحماية الملكية الخاصة، وسيله إلى ذلك الأداة التشريعية الملائمة (حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١١ لسنة ٢٣ ق. د، بجلسة ٢٠١٨/٥/٥ الجريدة الرسمية العدد ١٩/مكرر (ب) المنشور في ١٣ مايو ٢٠١٨، ص ٣)، استمراراً لنمو وتطور رقابة القاضي الدستوري نحو الانتقال لرقابة الدستورية من ملاءمة النص التشريعي إلى ملاءمة النص الدستوري (الغمازي، مرجع سابق، ص ٣١٢).

البحث الثاني الرقابة على عدم الاختصاص السلبي للمشرع

تعد فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع تعبير فرنسي بالأساس نطق به أول مرة الفقيه الفرنسي الأستاذ ريفيرو (Jean Rivero) بمناسبة تعليقه على بعض أحكام المجلس الدستوري ذات الصلة بممارسة البرلمان لاختصاصه التشريعي، إلا أن مضمون فكرة عدم الاختصاص السلبي ذاتها قد ظهرت للمرة الأولى في كتابات الفقهاء الألمان، ثم تلقف الفقهاء الإيطاليون الفكرة وأهدوها إلى المحكمة الدستورية الإيطالية، التي استخدمتها

لمواجهة بعض حالات امتناع البرلمان عن التدخل لممارسة اختصاصه التشريعي، ثم استخدمت المحاكم الألمانية هذه الفكرة، وتبعها في ذلك معظم المحاكم الدستورية الأوروبية (الغفول، دون سنة نشر، ص ٤٣) واستناداً إلى قواعد توزيع الاختصاص في المجال الدستوري الذي يلزم المشرع بممارسة اختصاصاته التشريعية التي منحها له الدستور، إذ يعتبر تخلي المشرع عن مباشرة اختصاصاته الدستورية أو التنازل عن بعض منها لإحدى السلطات الأخرى مخالفة لقواعد توزيع الاختصاص التي حددها الدستور وتعديلاً لها، ومن ثم يتعين على القاضي الدستوري أن يراقب حالات تجاوز المشرع لقواعد توزيع الاختصاص، وإلزام كل سلطة بممارسة اختصاصها الذي منحها لها الدستور، دون أن تتعدى على اختصاصات سلطة أخرى، أو أن تتخلى عن ممارسة اختصاصاتها التشريعية، ذلك بأن تخلي المشرع عن مباشرة بعض اختصاصاته التشريعية يعتبر خروجاً عن قواعد توزيع الاختصاص التي حددها الدستور. ومثلما تكون المخالفة الموضوعية للدستور مخالفة إيجابية، إذا كان النص التشريعي الطعين يمثل تدخلاً إيجابياً من المشرع في تقريره، تكون أيضاً المخالفة سلبية إذا اتخذ المشرع موقفاً سلبياً، يتمثل في عدم إيراده نصاً، أو عدم إكمالها للنص محل الطعن على النحو الذي ينأى به عن مخالفة الدستور (جبالي، ٢٠٠٤، ص ٢٠). لذا يمكن القول إن عدم الاختصاص السلبى يعني تقاعس المشرع عن ممارسة وظيفته التشريعية، سواء أكان ذلك بالتخلي عنها وترك الأمر بدون معالجة محدثة نوعاً من الفراغ التشريعي، أم بالتنازل لغيره من السلطات لتباشر نيابة عنه، مما يشكل مخالفة دستورية تتطلب تدخل القاضي الدستوري لإعادة الأمور إلى نصابها، وإلزام كل سلطة من السلطات العامة بممارسة اختصاصاتها المحددة بمقتضى الدستور (الشرفاني، مرجع السابق، ص ٢٦٩).

واستناداً لما سبق تبين إن عدم الاختصاص السلبى للمشرع قد يتحقق في حالات ثلاث هي:

١- **حالة التسلب من الاختصاص التشريعي:** وتأتي عندما يسند الدستور تنظيم حق من الحقوق إلى السلطة التشريعية، ففي هذه الحالة يجب أن تتولى تنظيم هذا الموضوع عن طريق إصدار تشريع ينظم هذا الحق بصورة مباشرة، أو يتولى على الأقل تنظيم أطره العامة وخطوطه العريضة وعناصره الرئيسية، فإذا لم تتول السلطة التشريعية هذا التنظيم وأحاله برمته إلى السلطة التنفيذية، فإن هذا يعد تسلباً من اختصاص أناطها الدستور مباشرته (سالمان، ٢٠١٩، بحث منشور على الموقع الإلكتروني <https://manshurat.org/node/66837>).

٢- **حالة الإغفال التشريعي:** وتأتي هذه الحالة عند تدخل المشرع إيجابياً بتنظيم مسألة تتناول حق من الحقوق أو الحريات لكنه يغفل تنظيم بعض جوانبها.

٣- **حالة الامتناع التشريعي:** وتتحقق هذه الحالة عن اتخاذ المشرع موقفاً سلبياً من اختصاصه الدستوري بعدم ممارسته كلياً أو جزئياً في حالات معينة أو لأسباب معينة (الوزان، ٢٠١٥، ص ٥٥٥).

المطلب الأول الرقابة الدستورية على التسلب من الاختصاص التشريعي

تأسيساً على ما تم ذكره فإن المسألة التشريعية في حالة التسلب من الاختصاص لم تبق دون تنظيم، بل تم التدخل لتنظيمها ولكن من سلطة أخرى غير مختصة بتنظيمها بحسب الأصل إذ "أن تتولى السلطة التشريعية بنفسها مباشرة الوظيفة التي أسندها الدستور لها وأقامها عليها، ومن ثم فإذا ما أسند الدستور تنظيم حق من الحقوق إلى السلطة التشريعية، فلا يجوز لها أن تتسلب من اختصاصها، وإلا عد المشرع متخلياً عن اختصاصه الأصيل والمقرر بمقتضى نصوص الدستور" (عبد الفتاح، ٢٠١٩، ص ٥٧٧). وفي هذا الإطار وإيضاحاً لفكرة التسلب من الاختصاص فقد أوردت المحكمة الدستورية العليا في مصر أن "قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه إذا ما أسند الدستور تنظيم حق من الحقوق إلى السلطة التشريعية فلا يجوز لها أن تتسلب من اختصاصها، وتحيل الأمر برمته إلى السلطة التنفيذية دون أن تقيداً في ذلك بضوابط عامة وأسس رئيسية تلتزم بالعمل في إطارها، فإذا ما خرج المشرع على ذلك وناط بالسلطة التنفيذية، تنظيم الحق من أساسه، كان متخلياً عن اختصاصه الأصيل المقرر بالمادة ٨٦ من الدستور، ساقطاً - بالتالي - في هوة المخالفة الدستورية" (حكم المحكمة المصرية العليا في القضية رقم ٢٤٣ لسنة ٢١ قضائية دستورية جلسة ٤ نوفمبر سنة ٢٠٠٠ أحكام المحكمة الدستورية العليا - الجزء التاسع من أول يوليو ١٩٩٨ حتى آخر أغسطس ٢٠٠١ - ص ٧٧٧). وعليه تعد مسألة توزيع الاختصاصات وتحديد ضوابط ممارستها مهمة يتولاها الدستور، باعتباره القانون الأسمى الذي يقوم عليه نظام الحكم، ولما كانت وظيفة التشريع يضطلع بها البرلمان استناداً للدستور كأصل عام، ويناط بالسلطة التنفيذية على سبيل الاستثناء في حالات معينة وبضوابط صارمة، فانه يشترط - لكي يكون التشريع محل التنظيم الصادر من هاتين السلطتين وكلاً حسب اختصاصه سليماً من الناحية الدستورية- أن تكون هذه السلطات قد التزمت حدود وضوابط الاختصاص المناط بها، وإلا كان التشريع مخالفاً للدستور وموصوفاً بعبث عدم الاختصاص، وذلك لانعدام سلطة التقدير تجاه القواعد المنظمة للاختصاص التشريعي لأي منهما، حيث أن الاختصاص المسند لهذه السلطات

القيام به ليس امتيازاً شخصياً لأي سلطة أو للأشخاص المكونين لها. ويترتب على ما تقدم انه لا يجوز لسلطة عهد إليها الدستور باختصاص معين أن تترك هذا الاختصاص لغيرها، إذ إن ذلك فيه تقويت لقصد المؤسس الدستوري (الجملة، مرجع سابق، ص ٢٤٢). وفي الإطار نفسه أكد جانب من الفقه، انه مادام أن الاختصاص التشريعي هو من صميم عمل البرلمان، وينعقد للمشرع كأصل عام بتنظيم العلاقات الاجتماعية على نحو مُلزم لضبطها وتنظيمها، أو إعادة تنظيمها، ووضع حدودها، فإذا نظم المشرع مسألة معينة أو موضوع معين يدخل ضمن مجال الاختصاص التشريعي المحجوز له، مقتصرأ في ذلك على وضع القواعد أو المبادئ الأساسية للمسألة أو الموضوع معين محل التنظيم، لا سيما إذ كان الأمر متعلقاً بحق أو حرية ما، تاركأً للسلطة التنفيذية مهمة تفصيلها ووضع جزئياتها، وذلك يعد تعديلاً في قواعد توزيع الاختصاص، وفي مجال اختصاص المشرع جزئياً لصالح إشراك السلطة التنفيذية في العمل التشريعي؛ هذا من جهة ومن جهة أخرى تعرض حقوق وحرريات الأفراد لمخاطر تعصف بها من قبل السلطة التنفيذية (سرور، مرجع سابق، ص ٤٠٤). ومثال ذلك المادة (١٧٠) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٩ التي نصت على أن: "يصدر رئيس مجلس الوزراء اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعطيل، أو تعديل، أو إعفاء من تنفيذها، وله...)، وفي نفس الصدد المادة (٨٠) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ التي تقضي بان: "يمارس مجلس الوزراء الصلاحيات الآتية: ثالثاً: إصدار الأنظمة والتعليمات والقرارات بهدف تنفيذ القوانين" فقواعد الاختصاص التشريعي تعد من القواعد المقيدة التي تنتقي معها أي سلطة تقدير للمشرع، ومن ثم يترتب البطلان على كل تصرف يخالفها، ويتساوى في ذلك أن تكون تلك المخالفة عبر تجاوز نطاق هذا الاختصاص موضوعاً، أو زماناً أو مكاناً، أو سلبية من خلال التسلب عن عمل اسند إليه الدستور القيام به، أو من خلال التخلي عنه لسلطة أخرى مغايرة، أو لشخص آخر داخل ذات السلطة التي ينتمي إليها ليمارسه نيابة عنه، بالمخالفة لما قرره القواعد المنظمة لذلك الاختصاص (عبد الفتاح، مرجع سابق، ص ٥٧٩). ومن هذا المنطلق فان تخلي السلطة التشريعية عن مباشرة ولايتها يستتهدض - كما يرى جانب من الفقه - أكثر صور الرقابة على الدستورية صرامة، بل أن جهة الرقابة على الدستورية تظهر في مواجهة هذا التخلي، وكأنها المدافعة عن ولاية السلطة التشريعية، الحريصة على أن تكون تشريعاتها وافية في مبادئها وقواعدها بما يكفل تحقيق أهدافها، لذا فان تخلي السلطة التشريعية عن ولايتها يعود إلى تسلبها من مباشرتها، فان جهة الرقابة من دون أدنى شك لا تترد في أن تواجهه من تلقاء نفسها حتى لو أن الطاعن لم يكن قد أثار هذا العوار في طعنه أو كان لم يعبأ به (المر، مرجع سابق، ص ٤٥٣). واستخلاصاً لما سلف، فإن حالة التسلب من الاختصاص تمثل إحدى صور عدم الاختصاص السلبي للمشرع ليست محل خلاف فقهاً أو قضاءً من حيث وجوب إخضاعها لرقابة الدستورية، وتقرير البطلان على مخالفتها في صورة من صورها، كون تلك الرقابة هي رقابة على قواعد أمرة لا يملك المشرع تجاهها تقديراً، إذا كان ذلك، فان الأمر على خلاف ذلك تجاه صورتها عدم الاختصاص السلبي الاخرين، وهما حالتا الإغفال والامتناع التشريعي (عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٥٨١).

المطلب الثاني الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي

لما كان المشرع في حالة التسلب من الاختصاص باعتبارها إحدى صور عدم الاختصاص السلبي يتخلى عن اختصاصه أو يتهاون فيمارسه غيره، فان الإغفال التشريعي يتحقق في كل حالة يتناول المشرع فيها أحد الموضوعات التي يختص بها، بالتنظيم، لكن يأتي هذا التنظيم - سواء عن عمد أو إهمال - غير مكتمل أو قاصراً عن أن يُحيط بكافة جوانبه بما يؤدي إلى الإخلال بالضمانة الدستورية للحق محل التنظيم (سالمان، ٢٠١٩، ص ٥. بحث منشور على الموقع الالكتروني <https://manshurat.org/node/66837>).

الفرع الاول: الاسس المتعلقة بالرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي. يوجد هناك رأي في الفقه يرى وهو بصدد بيانه للأساس القانوني للقضاء بعدم دستورية الإغفال وعلى الرغم من عدم نص المشرع الدستوري على رقابة الإغفال التشريعي، إلا أن هذه المُكنة متضمنة بحكم اللزوم العقلي بمقتضى النص على سلطة القاضي الدستوري في القضاء بعدم الدستورية، ذلك أن من يملك الأكثر يملك الأقل؛ وإذا كان القاضي الدستوري يمتلك حق إعدام النص من خلال القضاء بعدم الدستورية، فإنه يمتلك من باب أولى تعليق دستوريته على شرط يضمن براءته من العيب الدستوري استناداً إلى قاعدة أعمال النصوص خير من إهمالها، وان الضرورة تقدر بقدرها، ذلك انه متى جاز تصحيح النص، انتفى موجب إعدامه، وان تصحيح العيب الدستوري خير من إهدار النص (النجار، ٢٠١٠). ولا ننطق مع هذا التأسيس الذي أقامه الرأي المتقدم للفقه، وننطلق في ذلك من وجهتين:

الأولى منهما هي أن مهمة القضاء الدستوري بالرقابة على دستورية القوانين تقف عند حد الحكم بدستورية النص محل التنظيم أو عدم دستوريته، دون أن يكون له في ذلك سلطة تصحيحه أو تعديله، كون هذا الاختصاص معقود للمشرع، وينفرد به على سبيل الاستقلال، وتتقي إمكانية أن تنازعه سلطة أخرى في ذلك.

الثانية منهما هي أن الاستناد في رقابة دستورية الإغفال التشريعي إلى قاعدة أعمال النصوص خير من إهمالها، ومن ثم متى جاز تصحيح النص محل التنظيم انتهى موجب إعدامه كون تصحيح نص العيب الدستوري خير من إهدار النص، فهو كذلك استناد وتأسيس محل نظر، لما لإعمال قاعدة أعمال النصوص خير من إهمالها في مجال رقابة دستورية القوانين عموماً، أي المتعلق منها بالرقابة على الإغفال التشريعي، أو غيره من المخالفات الدستورية الأخرى فيقوم القضاء الدستوري بتصحيح النصوص وإعمالها بدلاً من إهدارها والحكم بعدم دستورتها ومن ثم إعدامها، لذا نجد صعوبة في مسaire الرأي المتقدم بخصوص الوجهتين السابقتين كأساس لرقابة الإغفال التشريعي. ونذهب إلى ما ذهب إليه جانب آخر من الفقه والذي قام تأسيسه في رقابة دستورية الإغفال التشريعي إلى ذات الأساس الذي قامت عليه الرقابة على دستورية القوانين، وهو سيادة الدستور والذي نعني به سموه وعلوه على كل القواعد القانونية على الإطلاق، وهذا العلو والسمو يتحقق للدستور كنتيجة لطبيعة للموضوعات التي تنظمها قواعده، والتي تتميز بخطورتها وأهميتها في بناء الدولة، ووفقاً لهذه الفكرة، فإن قواعد الدستور هي التي تخلق وتعين وتحدد السلطات العامة فيها، وتحدد لها اختصاصاتها، وتبين وسائل استعمالها وترسم نطاق نشاطها وتوضح كيفية ممارستها لهذا النشاط مقيدا إياها بتلك الحدود والاختصاصات، بحيث لا تتجاوزها في أعمالها، وإلا فقدت تلك الأعمال صفتها الدستورية، وبالتالي إذا تدخل المشرع بالتنظيم لمسألة معينة إنفاذاً لحكم الدستور بشكل غير متكامل الجوانب، واغفل جانب من الضمانات الدستورية لهذا الحق، فإن ذلك من شأنه أن يقلل من الحماية الدستورية لهذا الحق بما يخالف الدستور، انطلاقاً من أن القاضي الدستوري إذا كان يراقب النشاط الإيجابي للبرلمان ويبطل التشريع المخالف للدستور، فإنه من باب أولى يستطيع أن يراقب التشريع غير المتكامل إذا كان من شأنه أن يتضمن مخالفة دستورية بوصفه حامياً للدستور (سالمان، مرجع سابق، و الوزان، مرجع سابق، ص ٥٦٣ و ٥٦٤).

الفرع الثاني: موقف القضاء الدستوري من رقابة الإغفال التشريعي. تبنت بعض النظم صراحة الرقابة على الإغفال التشريعي، كما اعترف القضاء الدستوري بحقه في رقابة الإغفال التشريعي رغم غياب النص الصريح عليها ففي فرنسا يقوم المجلس الدستوري بمراقبة الإغفال التشريعي، وتتسم سياسته إزاءها بالتوسع حيث لم يقتصر على الحالة التي يكون فيها مخالفاً لنص دستوري بطريق مباشر، وإنما مد رقابته إلى حالات يكون فيها الإغفال التشريعي مخالفاً لنص تشريعي سابق؛ وقد راقب المجلس الدستوري الفرنسي امتناع المشرع عن إصدار قاعدة قانونية واجبة، مستصحباً في ذلك ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي من مراقبة القرارات الإدارية السلبية. وذهب الفقه الفرنسي إلى أن امتناع المشرع هو عدم الاختصاص السلبي ينطوي في ذاته على تجاوز البرلمان لسلطته، وإن عدم الاختصاص السلبي يشبه تماماً عدم الاختصاص الإيجابي المتمثل في إصدار قواعد تشريعية خارج مجال اختصاصه. وذهب المجلس الدستوري في أكثر من موضع إلى أن تنظيم المشرع للموضوع إما أن يكون كافياً أو غير كافٍ ويقرر عدم الدستورية لأي تنظيم تشريعي يكون غير كافٍ، ومن أهم قراراته في هذا الشأن في مجال الرقابة على الإغفال التشريعي - القرار الصادر في ١٨ يناير ١٩٨٥ حيث قضى بعدم دستورية أحد النصوص لأن المشرع أغفل تحديد الجريمة بصورة تحول دون وقوع ثمة تعسف من جانب السلطات العامة. كذلك قراره الذي انتهى فيه إلى عدم تحديد المشرع للجريمة بصورة كافية فيما يتعلق بجرائم الإرهاب والجرائم الصحفية، وقراره الصادر بشأن حرية الصحافة، فقد نظم المشرع بعض الجرائم الصحفية بصورة غير محددة مما أدى إلى عدم تحديد مرتكبي هذه الجرائم ومن ثم الإخلال بمبدأ المساواة الوارد بالدستور (سالمان، ص ١٧٠ و ١٧١ بحث منشور على الموقع الإلكتروني: <https://www.f-law.net/law/threads>). وفي مصر باشرت المحكمة الدستورية العليا رقابتها الكاملة على ما اغفل المشرع تنظيمه، باعتبار أن التنظيم القاصر في ذاته يشكل مخالفة للدستور، ويحد من فعالية الحقوق التي ينظمها المشرع تنظيمياً قاصراً، وبذلك قضت: "بعدم دستورية نص البند (٤) من المادة (١١٢) من قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥، وذلك فيما لم يتضمنه من أحقية الزوج في الجمع بين معاشه عن زوجته وبين معاشه بصفته منتقماً بأحكام هذا القانون، وكذا الجمع بين معاشه عن زوجته وبين دخله من العمل أو المهنة وذلك دون حدود، وحيث قضت المحكمة إن من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن مناط دستورية أي تنظيم تشريعي ألا تنفصل نصوصه أو تتخلف عن أهدافها، ومن ثم فإذا قام التماثل في المراكز القانونية التي تنتظم بعض فئات المواطنين وتساووا بالتالي في العناصر التي تكونها، استلزم ذلك وحدة القاعدة القانونية التي ينبغي أن تنظمهم، ولازم ذلك، أن المشرع عليه أن يتدخل دوماً بأدواته لتحقيق المساواة بين

ذوي المراكز القانونية المتماثلة، أو لمدراسة ما فاته في هذا الشأن" (حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ٨٣ لسنة ٢٢ قضائية دستورية جلسة ١٤ ديسمبر سنة ٢٠٠٣، الجزء الحادي عشر (المجلد الأول) من أول أكتوبر ٢٠٠٣ حتى آخر أغسطس ٢٠٠٦، ص ١٠٥)

أما في العراق نرى إمكانية فرض المحكمة الاتحادية العليا رقابتها على الإغفال التشريعي لوجود المسوغ القانوني لهذا الموضوع والمتمثل بالنصوص الدستورية (نصت المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على إن: تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي: أولاً: الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة. ثانياً: تفسير نصوص الدستور....) والقانونية (نصت المادة (٤/ثالثاً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ المعدل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠٢١ على أن: تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي: ... الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية، والقرارات والأنظمة والتعليمات والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية، ويكفل القانون لكل من مجلس الوزراء، وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم، حق الطعن المباشر لدى المحكمة.)، فضلاً عن النظام الداخلي للمحكمة والذي أجاز للمحكمة سلطة الرقابة على الإغفال التشريعي. ويمكن لنا القول: أن المحكمة الاتحادية العليا امتدت رقابتها لتصل حالة الإغفال التشريعي، ويتبين ذلك من عدة قرارات أصدرتها المحكمة على سبيل المثال قرارها رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٩ الذي بينت بمقتضاه مفهوم الأغلبية البرلمانية المطلوبة للتصويت على قرار رفع الحصانة، وحينها لا يوجد نص يعالج تلك المسألة وقضت بأن " المقصود (بالأغلبية المطلقة) هي أغلبية (عدد الأعضاء الحاضرين) وليس (عدد أعضاء المجلس)، وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة الاتحادية العليا... وكان هذا القرار قد صدر باستقراء نصوص دستور جمهورية العراق، وعندما وجدت أن المشرع أورد تعابير عديدة للأغلبية المطلوبة عند التصويت وذلك حسب أهمية الموضوع المصوت عليه" (قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢٧/اتحادية/٢٠٠٩ في ١١/٨/٢٠٠٩، متاح على موقع المحكمة الالكتروني).

المطلب الثالث الرقابة الدستورية على الامتناع عن التشريع

لما كان الامتناع التشريعي بوصفه أحد صور عدم الاختصاص السليبي فإنه يتطلب "ضرورة قيام البرلمان باستنفاد اختصاصه التشريعي، على اعتبار انه أكثر الهيئات العامة في الدولة قدرة على استجلاء جوانب المصلحة العامة، ويعني استنفاد البرلمان لاختصاصه التشريعي ضرورة التدخل تشريعياً كلما استدعت المصلحة العامة ذلك، بحيث لا ينطوي النظام القانوني على فراغ تشريعي من أي نوع" (الغفول، مرجع سابق، ص ٣٦ و ٣٧). إن المحتوى الحقيقي لحالة الامتناع التشريعي يتحقق في حالة تناول المشرع احد الموضوعات التي عهد إليه الدستور بتنظيمها، إلا انه امتنع - سواء عن عمد أو إهمال - عن تنظيمها أو اتخذ من تنظيمها ذريعة للانتقاص منها أو التقييد من آثارها، بما يؤدي إلى الإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم، ليذهب "MICHEL MELCHIOR" إلى وصفه بالغييب الجوهرى الناجم عن عدم امتثال المشرع لمبدأ الشرعية الدستورية، بسبب عدم التقيد في الحكم المنصوص عليه في الوثيقة الدستورية، أو كما عرفه "DENISE TEIXEIRA DE OLIVEIRA" بوجود فجوة في القانون تمنع الممارسة السليمة للحق المكفول دستورياً (الوزان، مرجع سابق، ص ٥٥٥).

الفرع الاول: موقف الفقه من الرقابة على الامتناع التشريعي:

يتنازع فكرة الرقابة على الامتناع التشريعي اتجاهاً في الفقه الدستوري اتجاه رافض لها، واتجاه آخر يراها ضرورة، فضلاً عن كونها واجباً على القضاء الدستوري. الفقه الرافض لرقابة الامتناع التشريعي يستند إلى أن الامتناع التشريعي يعد من الشؤون التي تدخل في صميم الاختصاص الداخلي لسلطة المشرع التقديرية هذا من جانب، ومن جانب آخر إن تدخل القضاء الدستوري في رقابة الامتناع التشريعي تُفضي إلى نسبة بعض القواعد القانونية للمشرع، في الوقت الذي لم يتدخل هذا الأخير في إصدار أية قاعدة، ويستتبع ذلك أن هذه الرقابة سوف تنصب على قواعد لا وجود لها، وهذا الأمر بطبيعة الحال لا يخلو من تجاوز لحدود الرقابة، كون الرقابة ينبغي أن تفرض على القواعد التي أنشأها المشرع، أما مسألة سكوت المشرع عن تنظيم مسألة معينة وعدم صدور أي تصرف عنه، فحينها لا يمكن نسبة قاعدة غير موجدة إليه، وتأسيساً على ذلك ذهب جانب من الفقه الايطالي إلى القول بان رقابة الامتناع التشريعي تبدو أمراً غريباً لما تفضي إليه من إدانة لما سكت النص عن قوله أو لما لا تذهب إرادة المشرع إليه، وحينها تكون الرقابة غير ذات قيمة لأنها تفضي إلى إبطال قاعدة قانونية لا وجود لها ويتعذر أن تنسب قاعدة لا وجود لها إلى المشرع (لمزيد من تفاصيل الخلاف الفقهي حول مدى امتداد رقابة القضاء الدستوري للامتناع التشريعي بوصفه عيباً دستورياً سرور، المرجع السابق، ص ٢٢٦ وما بعدها، و الغفول، مرجع سابق، ص ١١٦ وما بعدها). وبذات الاتجاه ولكن بلهجة اخف وطأة من الاتجاه الفقهي المتقدم كما نرى، ذهب جانب من الفقه على أن مراقبة القضاء الدستوري لسكوت المشرع يعد تدخلاً مباشراً في وظيفة المشرع، وتحديدًا تدخل

في اخص مظهر من مظاهر سلطته التقديرية وهذا هو الأصل، ولكن استترك هذا الجانب من الفقه، وقال بإمكانية القضاء الدستوري في مراقبة عدم تدخل المشرع في تنظيم موضوع معين، وحمل هذا التدخل والتنظيم بشرطين هما: أن يكون الدستور قد اوجب على المشرع التدخل لتنظيمها، وحدد مسبقاً وقتاً لهذا التدخل، ونرى أن وجوب تدخل المشرع وتحديد وقت لهذا التدخل هو أمر لا يحدث كثيراً وفي مختلف النظم الدستورية (سالمان، مرجع سابق، ص ١٥ و ١٦). وعلى الجانب الآخر يرى بعض الفقه ضرورة بسط المحكمة الدستورية رقابتها على الامتناع التشريعي كونه يُفضي إلى وجود قاعدة سلبية مفادها النهي عن أداء واجب أو رفضه، إذ لا يوجد تلازم حتمي بين القاعدة والنص، فقد تكون القاعدة دون النص وبالعكس قد يوجد النص الذي لا يحمل أية قاعدة قانونية، ومثال الحالة الأولى القواعد العرفية والمبادئ العامة للقانون التي لا ينكر احد من الفقه وجودها وإلزامها للسلطات العامة، أما الثانية فمثالها النصوص التوجيهية التي لا تحمل مضموناً محدداً يمكن الاحتجاج به في مواجهة أي من السلطات، وعليه يكون من حق القضاء الدستوري مراقبة مسلك المشرع بالرجوع إلى أحكام الدستور التي تلزمه بالتدخل لممارسة اختصاصه الدستوري وتنظيم ممارسة الحقوق (سرور، مرجع سابق، ص ٢٢٨ و ٢٢٩). لذا فان امتناع المشرع عن تنظيم مسألة معينة أحال الدستور إليه أمر تنظيمي، يُعد قانوناً سلبياً يجوز أن يكون محلاً للرقابة الدستورية، وذلك قياساً على القرار الإداري، فالإدارة متى امتنعت عن إصدار قرار خلال مدة محددة، فان صمتها يعد قراراً ادارياً سلبياً يجوز الطعن فيه بالإلغاء (السيد، ٢٠٠٩، ص ٤٦٨). وتأسيساً على ذلك يمكننا القول: إن رقابة الامتناع التشريعي يمكن أن تكون وسيلة فعالة في يد القضاء الدستوري لحماية الحقوق والحريات التي يحتويها الدستور، من خلال وضع النصوص التي تنظمها موضع التنفيذ، وضمان استمرار كفالتها في النظام القانوني (الغفول، مرجع سابق، ص ١٣٠). حيث ترتب هذه النصوص على البرلمان التزام مزدوج: ايجابي وسلبى في الوقت ذاته؛ فالبرلمان ينبغي عليه التدخل عن طريق ما يصدره من تشريعات لوضع المبادئ الدستورية المنظمة لهذه الحقوق موضع التنفيذ، وهذا هو مضمون التزامه الايجابي، وإذا تدخل بالفعل لتنظيمها واضعاً آليات معينة لإشباعها، فإنه سوف يفقد حريته تماماً بشأنها، فلن يستطيع أن يصدر من التشريعات ما ينال منها أو يحرم الأفراد من التمتع بها، ولكنه يمكنه أن يتدخل تشريعياً ليزيد من ضمانات ممارستها، وهذا هو محتوى الالتزام السلبى (الغفول، المرجع السابق، ص ١٣٢). وبالرغم من إمكانية الرقابة على الامتناع التشريعي إلا أن هناك إشكالية حري بنا أن نتناولها وهي حسب تصور بعض الفقه عقبة، تتمثل في الجزاء الذي يمكن توقيعه في حالة امتناع المشرع عن إصدار القوانين، وإذا اتجهنا صوب النظم الدستورية التي أجازت مراقبة الامتناع التشريعي من جهة القضاء الدستوري من تلقاء نفسه، وإن يُشير على البرلمان بإصدار تشريعات معينة خلال مهلة معينة كالدستور المجري مثلاً، إلا أن عدم احترام هذه المهلة لا يُفضي إلى نتيجة محددة، ولكن يمكن أن نطرح للتأمل فكرة عدم استصحاب الجزاء الذي يوقعه القاضي الدستوري على القانون المخالف للدستور، وهو الحكم بعدم الدستورية ومن ثم القانون كأنه لم يكن، ولتطبيق ذلك على حالة امتناع المشرع عن إصدار قانون في ميعاد محدد، ويرجع ذلك لاختلاف المعطيات في الفرضين، فالرقابة في الفرض الأول تنصب على قانون موجود بالفعل، أما الفرض الثاني فالرقابة تمارس على امتناع المشرع عن إصدار قانون، ما دامت المعطيات ليست واحدة، فان النتيجة يتعين أن تكون ليست واحدة. ورغم هذا هناك جزاء يمكن أن يوقعه على المشرع الذي امتنع عن إصدار القانون في الميعاد المحدد، وهذا الجزاء يتمثل في الدعوة المتكررة من قبل القاضي الدستوري للمشرع بان يتدخل عن طريق ما يصدره من قوانين لتنظيم موضوع ما. وهذه المطالبة المتكررة من قبل القاضي والامتناع المتكرر من المشرع من شأنه أن يظهر البرلمان أمام الشعب بمظهر المعتدي، الذي اثمنه عندما اختار أعضائه عن طريق الانتخاب على حماية الدستور وما يتضمنه من أحكام تتعلق بحقوقه وحرياته (السيد، مرجع سابق، ص ٤٦٩ و ٤٧٠). وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية الاتحادية بألمانيا، إذ وجهت في بعض أحكامها نداء إلى المشرع لوضع قواعد قانونية، ومثال ذلك "انه في عام ١٩٦٩ أي بعد مضي عشرين عاماً على نشر الدستور الاتحادي الألماني، انتهت المحكمة الألمانية إلى انه قد مضى وقت كاف ليمسح للمشرع باستيفاء واجبه المنصوص عليه صراحةً وبوضوح في الدستور لوضع الشروط القانونية الواجب توافرها في الأطفال الطبيعيين والأطفال الشرعيين وانه من غير المقبول استمرار هذا النقص لنهاية المدة الدستورية للبرلمان" (سرور، مرجع سابق، ص ٢٢٧).

الفرع الثاني: رقابة القضاء الدستوري على الامتناع التشريعي. وإذا كانت رقابة الامتناع التشريعي قد اعتمدت في وجودها على جهود الفقه وتفسير القضاء الدستوري لدوره في الرقابة على دستورية القوانين، إلا أن النظم الدستورية اتخذت مواقف مختلفة بخصوص الرقابة على حرية المشرع في تقدير ضرورة التشريع من عدمه في الوقت المناسب للتدخل التشريعي، إذ قررت بعض النظم الدستورية صراحةً الرقابة على الدستورية على الامتناع التشريعي، كالدستور البرتغالي والدستور المجري، في حين أن النظم القانونية لم تعالج مسألة امتناع المشرع عن إصدار قواعد

قانونية معينة، ولكن هذه المسألة لم تغب عن القضاء الدستوري، إذ قدم حلولاً مختلفة لها ولم يفرد الدستور الفرنسي نصاً خاصاً كأساس قانوني للرقابة على امتناع المشرع من ممارسة اختصاصه التشريعي، لا سيما وان دستور عام ١٩٥٨ حدد قواعد توزيع الاختصاص بصورة صارمة، وقد استطاع المجلس الدستوري تطبيقاً لذلك أن يبسط رقابته على حالات انتهاك المشرع لقواعد توزيع الاختصاص، سواء بالامتناع عن التدخل لممارسة اختصاصه التشريعي، أم بالتسامح مع السلطة اللائحة بشأن التفويض التشريعي، وذلك في إطار رقابته على دستورية القوانين قبل إصدارها بصورة نهائية، تطبيقاً لحكم المادة (٦١) من الدستور. فالمجلس الدستوري يراقب حالات انتهاك المشرع لقواعد الاختصاص المنصوص عليها في المادة (٣٤) والمادة (٣٧)، ومن ذلك ما قرره المجلس الدستوري من عدم دستورية نصوص في قانون أساسي يتعلق باستقلال القضاء وعدم قابليتهم للعزل، بسبب تركه تحديد شروط شغل بعض الوظائف القضائية لللائحة الإدارية، وكذلك في مجال القانون قرر المجلس الدستوري عدم دستورية النص الذي يمتنع فيه المشرع من تحديد الجرائم بصورة كافية، مما يمس بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات (سرور، مرجع سابق، ص ٢٢٩ و ٢٣٠). أما في مصر فيمكن أن نلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا قد راقبت أحياناً بصورة أو بأخرى امتناع المشرع، وبصورة ضمنية أو تباطؤ أو عدم تدخله لتسوية مسائل معينة، لما يترتب عن ذلك من إخلال ببعض المبادئ الدستورية، بيد أن تدخلها لم ينطو على إلزام مباشر للمشرع لمعالجة ذلك الخلل الدستوري، ولكنها اكتفت فقط بالحكم بعدم دستورية النصوص المطعون فيها أمامها، بما ينتج عنه في الوقت ذاته - وبمقتضى حجية أحكام المحكمة الدستورية - وجوب تسوية المسألة التي امتنع المشرع أو تراخى عن التدخل لتسويتها، مع تأكيدها في حيثيات حكمها على أن المشرع كان يجب عليه التدخل لتسوية تلك المسألة، أو عدم التباطؤ في التدخل لتسويتها (عبد الفتاح، مرجع سابق، ص ٦٥٥). وتأسيساً على ذلك قضت المحكمة على "أن تنظيم الحقوق منوط بالمشرع، وكان استعماله لسلطته في هذا الشأن رخصة يباشرها، كلما اقتضاهما الصالح العام، وفي الوقت الذي يراه مناسباً؛ إلا أن تدخله يغدو عزيمة إذا ما دعاه الدستور إلى تنظيم حق من الحقوق، كما هو الحال بالنسبة لحق التقاضي، فإن أدى مسلكه إلى الإخلال بهذا الحق، كان ذلك مخالفاً للدستور. وحيث إن مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون رددته الدساتير المصرية جميعها، بحسبانها ركيزة أساسية للحقوق والحريات على اختلافها، وأساساً للعدل والسلام الاجتماعي، غايتها صونها في مواجهة صور التمييز التي تتال منها، أو تقيدها ممارستها، وباعتباره وسيلة لتقرير الحماية المتكافئة للحقوق جميعها؛ إلا أن مجال إعماله لا يقتصر على ما كفله الدستور من حريات وحقوق وواجبات، بل يمتد - فوق ذلك - إلى تلك التي يقرها التشريع. وإذا كانت صور التمييز المجافية للدستور يتعذر حصرها؛ إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو استبعاد ينال بصورة تحكيمية من الحقوق والحريات التي كفلها الدستور أو القانون، سواء بإنكار أصل وجودها أو تعطيل أو انتقاص آثارها، بما يحول دون مباشرتها على قدم من المساواة الكاملة بين المؤهلين قانوناً للانتفاع بها. وحيث إن من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن مناط دستورية أي تنظيم تشريعي ألا تتفصل نصوصه أو تتخلف عن أهدافها" (القضية رقم ١٩٣ لسنة ١٩٩٨ قضائية دستورية جلسة ٦ مايو سنة ٢٠٠٠ أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء التاسع من أول يوليو ١٩٩٨ حتى آخر أغسطس ٢٠٠١، ص ٥٤٨). ومن الحكم المتقدم تبين لنا أن المحكمة قد استندت في حكمها إلى إخلال النص الطعين بمبدأ المساواة بُغية القضاء بعدم دستوريته، ونلاحظ أن المحكمة من خلال رقابتها على الإخلال بمبدأ المساواة اتخذته طريقاً لبسط رقابتها على امتناع المشرع عن التدخل لتعديل النص الطعين وتسويته بطريقة معينة سبق للمشرع وان امتنع صراحة عن التدخل وتسويتها. وعلى مستوى الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ فلم تتناول نصوصه فيما يتعلق باختصاصات المحكمة الاتحادية العليا مسألة الامتناع التشريعي، ولم يتناول كذلك قانون المحكمة الاتحادية رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ إليه كوجه من أوجه عدم الدستورية، وباستنقاء أحكام المحكمة الاتحادية العليا لم يتضح لنا ذلك، إذ إنها شهدت تذبذباً وعدم استقرار، ففي بعض قراراتها تنأت عن التدخل في حالات معينة معللة الأمر بعدم تنظيم ذلك ضمن اختصاصاتها، وفي حالات أخرى تمتنع عن التدخل في القضية محل الطعن معللة ذلك بان الأمر يعد من قبيل سلطة المشرع التقديرية مع تجنب الخوض فيها بُغية ضمان مبدأ الفصل بين السلطات. وهذا ما أكدته المحكمة الاتحادية من خلال ملاحظتها التي قضت برد دعوى المُدعي ونصت على أن: "تكون دعوى وكيل المدعين بالنظر في شرعية قرار المصادرة المشار إليه أعلاه بعد نفاذه وانتهاء حكمه خارج اختصاص هذه المحكمة، كما هو منصوص عليه في المادة الرابعة من قانون المحكمة الاتحادية العليا، لان الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون حصرت صلاحية هذه المحكمة بالفصل في النزاعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أي جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض منها، مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، وان القرار المطعون فيه، لم يكن متعارضاً مع أحكام القانون المذكور كما انه لم يكن متعارضاً مع أحكام المادة (٩٣) من الدستور الدائم لسنة ٢٠٠٥ التي حصرت اختصاصات هذه المحكمة. وان الفقرة الأولى منها قصرت اختصاصاتها بالرقابة على

دستورية القوانين والأنظمة النافذة وليس المنتهي حكمها كما هو الحال موضوع الدعوى" (قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢٢/اتحادية/٢٠٠٦، متاح على موقع المحكمة). ويتبين من القرار أعلاه أن المحكمة الاتحادية العليا لا يمكنها ممارسة اختصاص خارج نطاق ما ذكر آنفاً، ولم يكن ذلك يوكل إليها صراحةً، ونتيجةً لتحديد أوجه الرقابة الدستورية تتقدم حينها ممارسة الرقابة على الامتثال التشريعي، لتمسك المحكمة بالأسانيد المبين ذكرها، وبطبيعة الحال فإن هذا الرأي ليس حجة نهائية يدعم اختصاص المحكمة بصورة نهائية؛ كون هناك ما قرره المحكمة الاتحادية العليا برد دعوى المُدعي المتضمن إضافة فقره للمادة الحكمية حيث قضت "بان الطلب المذكور يتطلب إضافة فقرات أخرى إلى المادة المذكورة وهذا هو عمل تشريعي تختص به السلطة التشريعية وخارج عن اختصاص هذه المحكمة لأنها ليست جهة تشريعية وان اختصاصاتها محددة بالمادة (٤) من قانونها المرقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ والمادة (٩٣) من الدستور وليس من ضمنها التشريع عليه يكون طلب المُدعي غير وارد قانوناً؛ لذا وعملاً بأحكام المادة (٧٧) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل قرر الحكم برد دعوى المُدعي (قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٦) اتحادية في ٢٠٠٧/٧/٢، متاح على موقع المحكمة). ومما يلحظ أن القرار أعلاه تضمن تأكيد التزام المحكمة بالاختصاص المحدد لها، وكذلك ضماناً لمبدأ فصل السلطات، وإحجام المحكمة عن إصدار أي قرار أو حكم يطلب تعديل أو إضافة لقانون، وذلك لأنها لا يمكن لها أن تمارس التشريع أو تحل نفسها محل المشرع لممارسته، وفي ذات الاتجاه للمعنى المتقدم، إذ أصدرت المحكمة الاتحادية العليا قرارها المتضمن رد دعوى المُدعي لعدم الاختصاص حيث قضت: "أن وكيل المُدعي في عريضة دعواه يطلب من المحكمة الاتحادية العليا الحكم بالزام المُدعي عليه رئيس مجلس النواب إضافةً لوظيفته بإضافة شرط التخلي عن الجنسية المكتسبة للعراقي الذي اكتسب جنسية أخرى للترشيح كعضو في مجلس النواب، وذلك في المادة الثامنة من قانون انتخابات مجلس النواب العراقي رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٣ كشرط من شروط العضوية في المجلس، بالإضافة إلى الشروط المطلوبة من المرشح لعضوية مجلس النواب مع نص المادة (١٨/رابعا) من دستور جمهورية العراق، وتجد المحكمة الاتحادية العليا أن اختصاصاتها محددة في المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق وفي المادة (٤) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ (قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (١٤٠) اتحادية في ٢٠١٧/٧/٢، متاح على موقع المحكمة.) .

الذاتية:

ان موضوع البحث (ضمانات الحقوق والحريات في ظل الرقابة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع) "دراسة مقارنة" من المواضيع المهمة ومن دراسته توصل الباحث الى اهم النتائج والتوصيات.

أولاً: النتائج

- ١ - إن السلطة التقديرية للمشرع كأي سلطة أخرى لا يمكن أن تكون سلطة مطلقة؛ بل هي سلطة قانونية تهدف إلى التوصل إلى البديل الملائم والأكثر تحقيقاً للمصلحة العامة، فان لم تسفر مباشرة تلك السلطة عن تحقيق الملاءمة المشار إليها، فانه يمكن القول بان مباشرة المشرع لسلطته التقديرية لم تتم على الوجه المقرر في الدستور، ولذلك يعمل القضاء الدستوري على الحد منها من خلال مبادئ دستورية موضوعية.
- ٢ - لا نرى في نظامنا القانوني ما يحول دون قيام القضاء الدستوري ببسط رقابته على الملاءمة، على الرغم مما يثيره الفقهاء من اعتراض على هذه الرقابة وما يتمتع به المشرع من سلطة تقديرية، تحت مبرر أن القاضي في رقابته على سلطة المشرع التقديرية يقوم بإحلال نفسه محل المشرع ويمارس بدلاً منه سلطته في التشريع. في الحقيقة إن هذا الاعتراض مردود عليه من حيث أن تمتع المشرع بسلطة تقديرية واسعة في مجال تنظيم الحقوق والحريات العامة، وتحقيق التوازن بين السلطات المنصوص عليه في الدستور يتطلب منح القاضي الدستوري الحق في رقابة صحة تقدير المشرع لبيان مدى اتفاهه أو اختلافه مع أحكام الدستور.
- ٣ - أن رقابة دستورية الإغفال التشريعي تعود إلى ذات الأساس الذي قامت عليه الرقابة على دستورية القوانين وهو سيادة الدستور ونعني به سموه وعلوه على كل القواعد القانونية على الإطلاق، فإذا تدخل المشرع بتنظيم مسألة معينة إنفاذاً لحكم الدستور بشكل غير متكامل الجوانب، واغفل جانب من الضمانات الدستورية لهذا الحق، فإن ذلك من شأنه أن يقلل من الحماية الدستورية لهذا الحق بما يخالف الدستور، انطلاقاً من أن القاضي الدستوري إذا كان يراقب النشاط الايجابي للبرلمان ويبطل التشريع المخالف للدستور،
- ٤ - إن المحتوى الحقيقي لحالة الامتثال التشريعي يتحقق في حالة تناول المشرع احد الموضوعات التي عهد إليه الدستور بتنظيمها إلا انه امتنع - سواء عن عمد أو إهمال - عن تنظيمها أو اتخذ من تنظيمها ذريعة للانتقاص منها أو التقييد من أثارها، بما يؤدي إلى الإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم

ثانياً: التوصيات.

- ١ - أن المادة (١٣) حين تضمنت النص على سمو الدستوري على التشريعات عامة في العراق، فإنها لا تعني الجانب الإيجابي من سلوك المشرع فحسب؛ بل جزءاً هي تعني السلوك السلبي المتمثل بتخلي السلطة التشريعية عن المسؤولية المهنية والأخلاقية والوطنية في تشريع القوانين لا سيما المتعلقة منها بحقوق الأفراد وحررياتهم، الأمر الذي يفرغ مبدأ سمو من مضمونه الحقيقي، الأمر الذي يتطلب لوقفه وتصدي وبحزم من قبل المحكمة الاتحادية العليا لذلك.
- ٢ - ضرورة إضافة مادة القضاء الدستوري إلى المنهج الدراسي المقرر لطلبة كليات القانون في العراق، وتدريبها بشكل مستقل، وذلك للأهمية التي تحظى بها المحكمة الاتحادية العليا في مجال حماية حقوق الأفراد وحررياتهم.

المصادر والمراجع:

أولاً: الكتب والمؤلفات

- ١- ابراهيم محمد صالح الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، ط١، بيروت- لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٦.
- ٢- احمد السوداني، "أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية الحقوق والحريات"، الجزء الثاني، مؤسسة كونراد اديناور، طبع في المغرب، ٢٠١٧، ص٤٢-٤٣.
- ٣- احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط٢، (القاهرة: دار الشروق، ٢٠٠٢).
- ٤- رفعت عيد السيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، القاهرة، مصر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.
- ٥- سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، ط٢، الإسكندرية- مصر: منشأة المعارف، ٢٠٠٥.
- ٦- عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه، جان دوي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣.
- ٧- عيد احمد الغفول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، دار الفكر العربي، دون سنة نشر.
- ٨- يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، القاهرة - مصر: دار النهضة العربية، ٢٠١٠.
- ٩- يوسف عبد المحسن عبد الفتاح، رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٩.

ثانياً: البحوث

- ١- جورج شفيق ساري، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد/٦٦، أغسطس ٢٠١٨.
- ٢- حنفي علي جبالي، الدعوى الدستورية المخالفة الموضوعية للدستور، مجلة الدستورية، العدد/٥، السنة الثانية، ابريل، ٢٠٠٤.
- ٣- حيدر محمد حسن الوزان، معالجة امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي في القانون الوضعي، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ٢٠١٥، المجلد /٧، العدد/٤.
- ٤- عصام سعيد عبد ألبعدي، مبدأ التناسب كضابط لعملية تقييد الحقوق الدستورية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مجلد/٨، العدد/٣٩، ٢٠١٩.
- ٥- ماهر صالح علاوي، و د. صايل مفلح والمومني، رقابة المحكمة الدستورية الأردنية على السلطة التقديرية للمشرع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد/ ١٤، السنة السابعة، العدد/٢، حزيران، ٢٠١٧.
- ٦- محمد عمار النجار، "في القضاء بعدم دستورية الإغفال التشريعي"، قضاء عدم الدستورية الشرطي، مجلة الدستورية، العدد/١٧، السنة/٨، ابريل ٢٠١٠.
- ٧- مروان المدرس، "رقابة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين على مبدأ التناسب"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلد/٤١، العدد/١، مارس، ٢٠١٧.

مجلة الفارابي للعلوم الانسانية العدد (٣) الجزء (١) شهر آيار لعام ٢٠٢٤

٨- وليد محمد الشناوي، دور المحاكم الدستورية كمشروع ايجابي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، مصر، العدد/٦٢، ٢٠١٧.

ثالثاً: الرسائل والاطاريح

١- السيد علي محمد الغمازي، الدور الإنشائي للقاضي الدستوري، أطروحة دكتوراة، مصر، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، ٢٠١٩.

رابعاً: الدراسات

١- دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥

٢- الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ المعدل

٣- القانون الأساسي الألماني لعام ١٩٤٧.

٤- دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٤

خامساً: احكام وقرارات

١- المحكمة الاتحادية العليا العراقية.

٢- المحكمة الدستورية الألمانية.

٣- المجلس الدستوري الفرنسي.

٤- المحكمة الدستورية المصرية.

سادساً: الانترنت

١- عبد العزيز محمد سالمان، "الرقابة على قصور التنظيم التشريعي"، ٢٠١٩، بحث منشور على الموقع الالكتروني

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

٢- عبد العزيز محمد سالمان، "رقابة الإغفال في القضاء الدستوري"، بحث منشور على الموقع الالكتروني: [https://www.f-](https://www.f-law.net/law/threads)

[law.net/law/threads](https://www.f-law.net/law/threads)