

ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي

- دراسة مقارنة -

أ. د. حيدر طالب الامارة

م. م. سري حارث عبدالكريم

ملخص

لاشك أن رقابة الاغفال التشريعي أحد فروع الرقابة على دستورية القوانين إلا أن هذا النوع من الرقابة يمتاز بكونه ينصب على ما أغفله المشرع في النص القانوني محل الطعن بعدم الدستورية، فعدم دستورية النص لا تنأتى من مخالفة صريحة للقواعد الشكلية والموضوعية للدستور، وإنما تنأتى عن إغفال المشرع أو قصور في تنظيم الحق أو الحرية أو المساواة محل التنظيم، فما أغفله المشرع هو الذي جعل النص مشوب بعدم الدستورية، وحيث أن الأصل في الرقابة على دستورية القوانين هي رقابة قانونية وليست رقابة ملائمة فإن تدخل القاضي الدستوري لرقابة ما لم يذكره المشرع - ما أغفله - من شأنها المساس بنطاق السلطة التقديرية للمشرع، لذا فإن هذه الرقابة تكون حساسة حتى لا يتهم القاضي الدستوري بالتدخل في عمل السلطة التشريعية وبالتالي يعد خارقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، وهذا يقتضي بطبيعة الحال أن يخضع القضاء الدستوري ذاتياً لضوابط خاصة تقلل الاحتكاك مع السلطة التشريعية وتحافظ على التوازن في العلاقة مع السلطات الأخرى ولاسيما التشريعية منها، وقد انصبت هذه الدراسة على الضوابط أو الكواجح الذاتية للقضاء الدستوري عند مباشرة رقابة الإغفال التشريعي، ومدى إمكانية القضاء الدستوري مد نطلق رقابته إلى حالات امتناع المشرع عن اتخاذ تدابير تشريعية كان من الواجب عليه اتخاذها بموجب نص أمر في الدستور في ظل غياب الإباحة القانونية لهذا النوع من الرقابة.

Controls over the legislative omission A comparative study

Prof. Dr. Haider Talib Al-Amarah

Sura Harith Abdulkareem

Abstract

There is no doubt that the oversight of the legislative omissions is one of the branches of control over the constitutionality of the laws, but this type of censorship is characterized by the fact that it focuses on what the legislator overlooked in the legal text that is subject to unconstitutionality. The unconstitutionality of the text does not come from a clear violation of the rules of formality and objectivity of the Constitution, but it stems from the omission of the legislator or failure to organize the right, freedom or accountability in the organization, what was overlooked by the legislator is what made the text a matter of unconstitutionality, since the origin of the monitoring of the constitutionality of the laws is legal control and not appropriate control, the intervention of the constitutional judge to control unless the legislator mentioned - or omitted - would prejudice the scope of the authority of the introduction of the project, therefore, this censorship is sensitive so as not to accuse the constitutional judge of interfering in the work of the legislative authority and therefore is a breakthrough for the principle of separation of powers, this, of course, requires that the constitutional judiciary subject itself to special controls that reduce friction with the legislative authority and maintain balance in the relationship with other authorities, especially legislative ones. This study has focused on the controls or self-restraints of the constitutional judiciary when the oversight of legislative omission is started. The extent of the possibility of the constitutional judiciary from the scope of its control to cases of abstention from the legislative measures that should have been taken under a provision of the Constitution in the absence of legal permissibility of this type of censorship.

المقدمة :

تعدّ رقابة الإغفال التشريعي فرع من فروع الرقابة على دستورية القوانين ومن ثم فإنها تخضع من حيث الأصل إلى نفس ضوابط ومحددات الرقابة على دستورية القوانين العامة ويترتب على تجاوزها عدّ الجهة المتولية للرقابة متجاوزة حدودها ومتداخلة في عمل واختصاصات السلطات الأخرى، وإلى جانب الضوابط العامة هنالك ما يعرف بالقيود الذاتية أو الكوابح الذاتية، تضعها كل جهة رقابة لمنع احتكاكها وتداخلها مع السلطات الأخرى، فمن أسباب نجاح القضاء الدستوري وازدهاره قيام المحكمة بوضع كوابح أو قيود ذاتية تقيد فيه اختصاصها الرقابي وذلك بسبب الطبيعة الحساسة للرقابة الدستورية واقتربها من مناطق السلطات الأخرى ولاسيما التشريعية، وتجنباً للاحتكاك والنزاع وحفاظاً للمحكمة على مكانتها واحترام قراراتها كون السلطة القضائية في وضع غير مكافئ - أي أضعف - من السلطات الأخرى تلجأ لوضع هذا النوع من المحددات الذاتية، وخير مثال على هذه السياسة القضائية ما ذهب إليه القضاء الأمريكي، إذ انتهجت المحكمة العليا سياسة وضع الكوابح الذاتية لمنع الاحتكاك بالسلطات الأخرى ولاسيما الكونغرس الاتحادي ولضمان هيبة أحكامها وحماية مبدأ الرقابة من النيل منه أو تقليصه وهذه القيود الذاتية يطلق عليها تسمية (التقنيات القضائية لفض المنازعات الدستورية) (Judicial Techniques in Constitutional Law) جرى اعتمادها بصورة تدرجية واستقرت فقهاً وقضاءً وهي (عدم التعرض للمسألة الدستورية إلا لضرورة الفصل في الخصومة الأصلية، أقرار القاضي بوجود قرينة الدستورية لمصلحة القوانين، عدم الامتداد لبواعث التشريع وملاءمات إصداره، استبعاد المسائل السياسية من الرقابة القضائية)^(١).

ويميز الفقه الدستوري من جانبه بين الضوابط الذاتية : وهي الضوابط التي تلزم المحكمة بها نفسها في مجال تحريك الدعوى الدستورية في مجال القوانين واللوائح التي تدخل في اختصاص رقابتها، وبين نوع آخر من الضوابط أو الحدود العامة التي تظهر قيمة هذه الضوابط والحدود العامة في أثناء قيام القاضي ببحث مدى دستورية القانون المطعون فيه، فإذا مارس القاضي عملية البحث والتقصي ضمن إطار هذه الحدود والضوابط العامة، يكون قد مارس الرقابة في حدود إطارها السليم، أما إذا تجاوزها القاضي فإنه يكون قد تجاوز حدود الرقابة السليمة^(٢)، وكذلك ذهب جانب آخر من الفقه إلى ذات التمييز بين ضوابط الرقابة الدستورية العامة وبين القيود الواردة على رقابة الدستورية، إذ عدّ هذا الرأي أن ما تنتهجه المحكمة الدستورية من منهج للاتصال بالدعوى الدستورية والفصل بعدم دستورية القوانين هو منهج أو قيد ذاتي من صنع أو وضع المحكمة ذاتها ابتدعته أو ابتكرته وأفرزه التطبيق العملي واستقرت المحكمة على هذا المنهج مع الوقت كونه دليل عمل ذاتي في مباشرة الدعوى الدستورية وحدود هذه المباشرة، إلا أنه يكون قابلاً للتعديل أو التغيير وفقاً للظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية والتطورات الدستورية والأزمات الدستورية، ولذلك نجد أن الجهة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين سواء أكانت سياسية أم قضائية قد وضعت قيود أو محددات تكاد تكون متشابهة أو تختلف قليلاً بعضها عن بعض أفرزها التطبيق وتطور المفاهيم والقضاء الدستوري^(٣).

إلى جانب القيود أو الكوابح الذاتية، ذكرنا سابقاً وجود ضوابط الرقابة على دستورية القوانين العامة وتكون في العادة ذات طبيعة ثابتة ومستقرة ومتفق عليها فقهاً وقضاءً ويمكن أن تكون هذه

(١) لمزيد من التفصيل ينظر : د. رفعت عبد سيد - الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية - دار النهضة العربية - ٢٠٠٩ - ص ١٦٠ وما بعدها، كذلك ينظر : د. أحمد كمال أبو المجد - الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري - مكتبة النهضة المصرية - ١٩٦٠ - ص ٤٣٩ وما بعدها.

(٢) ينظر : د. محمد عبد العال السناري - الأحزاب السياسية والأنظمة السياسية والقضاء الدستوري - دراسة مقارنة - بدون دار نشر - بدون سنة طبع - ص ٤٩١.

(٣) ينظر : د. عبد العزيز محمد سالمان - ضوابط وقيود الرقابة الدستورية - سعد سمك للمطبوعات القانونية - ط ١ - ٢٠١١ - ص ١٧٥ وما بعدها.

الضوابط العامة نفسها قيد أو محدد ذاتي لقضاء ما، فعلى سبيل المثال مسألة عدم تعرض القضاء الدستوري للمسائل أو الاعمال السياسية هو قيد ذاتي للمحكمة العليا الأمريكية، وفي الانظمة الاخرى ضابط عام للرقابة على دستورية القوانين وهذه الضوابط العامة يمكن حصرها بالآتي^(١) :

١- أن تكون الرقابة في إطار الدستور لا خارجه، ومع ذلك نجد أن بعض النظم أخذت بالرقابة داخل إطار الدستور وخارجه كالمحكمة العليا الأمريكية في الفترة التي أطلق عليها مصطلح حكومة القضاة^(٢).

٢- أن لا تتعرض لملاءمات التشريع وبواعثه.

٣- أن لا تتعرض للاعمال السياسية أو ما تسمى بالمسائل السياسية (Political Questions).

٤- وجود ضرورة قصوى تبرر التعرض للمشكلة الدستورية.

٥- إقرار القاضي الدستوري بقرينة الدستورية لمصلحة التشريع.

أما على صعيد رقابة الإغفال التشريعي فإلى جانب الضوابط العامة للرقابة ينفرد هذا النوع من الرقابة بضوابط خاصة تتناسب مع طبيعتها وهي موضوع دراستنا، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في المطالب الآتية :

(١) ينظر : د. عبد العزيز محمد سالمان - ضوابط وقيود الرقابة الدستورية - المصدر السابق - ص ٩٥ وما بعدها، وكذلك ينظر : د. محمد عبد العال السناري - المصدر السابق - ص ٤٩٣ وما بعدها، كذلك ينظر : د. سامر عبد الحميد محمد العوض - أوجه عدم دستورية القوانين في الفقه وقضاء المحكمة الدستورية العليا - دار المطبوعات الجامعية - ٢٠١٠ - ص ٤٦ وما بعدها، كذلك ينظر : د. أحمد كمال أبو المجد - المصدر السابق - ص ٤٣٩ وما بعدها.

(٢) ينظر : د. محمد عبد العال السناري - المصدر السابق - ص ٥٠٢.

المطلب الأول

رقابة الإغفال التشريعي في حدود الدستور لا خارجه

إن ما تتمتع به الوثيقة الدستورية من سمو شكلي وموضوعي هو أهم مبررات الرقابة على دستورية القوانين ومن ثم نستطيع القول إن هذه الرقابة تدور مع الدستور وجوداً وعدماً، فالدستور أهم مقومات دولة القانون وفي ظل دولة القانون تنشط رقابة الدستورية، أما في ظل الانظمة الاستبدادية التي لا تحترم قواعد الدستور تغيب الرقابة على دستورية القوانين ودساتير العراق للمدة من ١٩٥٨ ولغاية ٢٠٠٣ خير شاهد على ذلك^(١) هذا من جانب ومن جانب آخر فإن مشكلة الرقابة على دستورية القوانين لا تثار في دول الدساتير المرنة غير المكتوبة، أما في دول الدساتير المكتوبة (الجامدة) يكون من مقتضى التفرقة بين الدساتير والقوانين العادية وتقرير مبدأ سمو الدستور على القوانين العادية أن يوقع جزاء على مخالفة القوانين للدستور بمعنى أن يلغى القانون أو العمل الصادر عن السلطات المؤسسة إذا كان غير دستوري، فوجود دستور جامد يؤدي إلى نتيجة منطقية واحدة وهي بطلان القوانين المخالفة له، ولغرض حماية الدستوري ولحساسية موضوع الرقابة على دستورية القوانين كونه ذا مساس مباشر باختصاص السلطة التشريعية، نجد أن واضعي الدستور قد وضعوا خيارات لتوفير الحماية له منها إنشاء مؤسسة دستورية بشكل هيئة محلفين دستورية وهو مقترح (سييز) عند وضع دستور فرنسا للسنة الثالثة^(٢)، إلا أن اقتراحه لم يحظ بموافقة الجمعية التأسيسية في حينها، ثم عاد وطرح الفكرة عند إعداد دستور السنة الثامنة في عهد الامبراطور (نابليون بونابرت) وحظيت فكرته بالموافقة وأنشئ مجلس يعرف بحامي الدستور أو (المجلس الحافظ) وكانت مهمته التحقق من عدم مخالفة مشروعات القوانين للدستور وكان المجلس المذكور ذا تشكيلة سياسية وغير مستقل خاضع لإرادة الامبراطور وفي ظل دستور ١٩٤٦ شكلت (اللجنة الدستورية) على وفق المادة (٩١) منه وأيضاً كانت تشكيلة المجلس ذات طبيعة سياسية وإن تحريك اختصاصها مرهون بطلب من رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الجمهورية أما في ظل دستور الجمهورية الخامسة ١٩٥٨ فقد أنشئت هيئة سياسية تحت مسمى (المجلس الدستوري) يمارس الرقابة السياسية على مشاريع القوانين وهي رقابة سابقة إلا أنه بعد تعديل الدستور في ٢٣/يوليو/٢٠٠٨ أصبح هنالك رقابة لاحقة بشروط محددة في المادة (١/٦١) من الدستور، إذ يعرف المجلس الدستوري بالرفيق التشريعي من خلال رقابته السابقة على التشريعات طبقاً لنص المادتين (٣٤) و(٣٧) من الدستور فضلاً عن اختصاصه في تفسير النصوص التشريعية حتى أن جانب من الفقه وصفه (بالمشرع الأعلى) الذي يوجه النصوص التشريعية المخالفة للتوجهات الدستورية وليس للنص الدستوري بمفهومه الضيق بحيث لا يخرج البرلمان عن المقتضيات الدستورية التي تحكم الدولة

(١) لم تتبن دساتير العراق مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وإناطتها إلى هيئة قضائية مركزية حتى عام ٢٠٠٣، ما عدا ما ورد في المادة (٨١) من القانون الاساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ التي نصت على تشكيل محكمة عليا لمحكمة الوزراء وأعضاء مجلس الأمة المتهمين بجرائم سياسية أو بجرائم تتعلق بوظائفهم العامة ومحكمة حكام محكمة التمييز عن الجرائم الناشئة عن وظائفهم، وكذلك البت بالامور المتعلقة بتفسير الدستور وموافقة القوانين الاخرى لاحكامه، وكذلك ما نصت عليه المادة (٨٧) من دستور ١٩٦٨ التي أنشأت محكمة دستورية عليا تقوم بتفسير أحكام الدستور والبت في دستورية القوانين وتفسير القوانين الإدارية والمالية والبت في مخالفة الانظمة للقوانين الصادرة بمقتضاها والتي لم تمارس اختصاصها، لمزيد من التفصيل ينظر : د. إحسان حميد المفرجي ود. كطران زغير نعمة ود. رعد ناجي الجدة - النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق - المكتبة القانونية - ط ٢ - ٢٠٠٧ - ص ٣٢٠ وما بعدها وص ٤٠١ وما بعدها.

(٢) ينظر : د. سعاد الشرقاوي - القانون الدستوري وتطور النظام السياسي المصري - ك ١ - دار النهضة العربية - ٢٠١٣ - ص ١٨١ وص ١٨٢.

الفرنسية بتاريخها وثقافتها وعلمانياتها فالمجلس الدستوري يؤدي دوراً دستورياً خطيراً بوصفه موجهاً في بادئ الأمر وأمرأ في نهايته^(١).

في حين عهد بعض المؤسسين موضوع الرقابة على دستورية القوانين إلى هيئات قضائية ذات اختصاص شامل ومركزي كالولايات المتحدة الأمريكية ومصر والعراق وهي في العادة تمارس رقابة قضائية لاحقة على صدور القانون ولا تمتد لمشاريع القوانين، وبالرغم من أن الدستور الأمريكي لم ينص على تشكيل المحكمة العليا وإنما ورد في المادة (٣) منه على إيداع السلطة القضائية للولايات المتحدة الأمريكية إلى محكمة عليا واحدة وفي محاكم أدنى تشكل من وقت لآخر عندما يقضي الكونغرس بإنشائها إلا أنها أدت دوراً كبيراً في تعزيز مبدأ سمو الدستور والرقابة على دستورية القوانين وحماية النظام الفيدرالي وحماية حقوق وحرريات الافراد^(٢)، وانتهى النظام القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية إلى أن مبدأ الشرعية وسيادة القانون تكفله المبادئ الدستورية من خلال تقرير سلطة القضاء لرقابة القوانين والقرار الحكومي (Government action) ومطابقة القوانين والقرارات الحكومية لمعيار الشرعية (Standard of legality) أي مطابقتها لأحكام الدستور^(٣).

وعوداً على بدء نقول إن الرقابة على دستورية القوانين تكون في نطاق الدستور لا خارجه وهو ضابط مسلم به للرقابة على دستورية القوانين بصفة عامة وفي الرقابة على الإغفال التشريعي فلا بد أن تنصب رقابة الإغفال التشريعي على مراقبة إغفال المشرع أو قصوره في تنظيم مسألة أو موضوع خلافاً لما ورد في الدستور بحيث أن هذا الإغفال أو القصور من شأنه الانتقاص أو تجاهل الضمانات التي قررها الدستور أو يشكل إغفال أو قصور في التنظيم قيداً عليها يحول دون ممارستها بالشكل الذي كفله الدستور مما يجعل هذا النص غير دستوري أو هذا التشريع غير دستوري بنصوصه كافة أو ببعضها يتطلب تدخل القضاء لتشخيص هذا الخلل والقصور أو الحكم بعدم دستوريته أو تنبيه السلطة التشريعية لتجاوز هذا الإغفال خلال مدة محددة وإلا كان جزاء ذلك عدم دستوريته، وهذا يقتضي أن تكون رقابة الدستورية داخل إطار الدستور لا خارجه بحيث ينحصر دور القاضي في المطابقة بين القانون المطعون فيه وبين الدستور فقط وقد أخذ بهذا الاتجاه المحاكم الدستورية في مصر وألمانيا الاتحادية وإيطاليا^(٤) ويمكن أن نحدد موقف القضاء الدستوري المقارن اتجاه هذا الضابط على النحو الآتي :

(١) حول المجلس الدستوي وتطوره واختصاصاته ورقابته على التشريعات ينظر : حسام احمد هلال منصور - المجلس الدستوري الفرنسي - قاضي الانتخابات - حامي الحقوق والحريات - الرقيب على التشريعات - شرح تحليلي لأراء الفقه وقضاء المجلس الدستوري الفرنسي - دار النهضة العربية - ٢٠١٥ - ص ٢١٢ و ص ٢٨، كذلك ينظر: د. حميد حنون خالد - مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق - مكتبة السهوري - ٢٠١٣ - ص ١٥٣ وما بعدها

(٢) تم تشكيل المحكمة العليا وتنظيمها بموجب القانون رقم (٧٣) لسنة ١٧٨٩ الذي أصدره الكونغرس الأمريكي والذي نص على تشكيلها من رئيس وخمسة قضاة إلا أن عدد أعضاء المحكمة لم يكن ثابتاً وإنما كان رهين التدخلات السياسية مما أخل باستقلال المحكمة نوعاً ما حتى استقر عدد الاعضاء من رئيس وثمانية أعضاء عام ١٨٦٩ ولا زال هذا العدد حتى الوقت الحاضر، لمزيد من التفصيل بشأن تشكيل المحكمة العليا الأمريكية واختصاصاتها ودورها ينظر : د. حميد حنون خالد - المحكمة العليا ودورها في بناء وحماية النظام الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية - كلية القانون - جامعة بغداد - المجلد السابع والعشرون - العدد الأول - ٢٠١٢ - ص ٤٣ وما بعدها و ص ٥١ وما بعدها و ص ٦٤ وما بعدها.

(٣) ينظر : د. يس عمر يوسف - استقلال السلطة القضائية في النظامين الوضعي والإسلامي - دار ومكتبة الهلال للطباعة والنشر - ط ١ - ١٩٩٥ - ص ٨٦.

(٤) فعلى سبيل المثال لا يجوز للمحكمة الدستورية في إيطاليا أن تبحث مدى اتفاق القانون المطعون فيه مع المبادئ العليا غير المدونة في الدستور استناداً لنص المادة (٢٣) من القانون رقم (٨٧) لسنة ١٩٥٣، لمزيد من التفصيل ينظر : د. محمد عبد العال السناري - المصدر السابق - ص ٥٠١.

أولاً : موقف المحكمة العليا الأمريكية :

أخذت المحكمة العليا الأمريكية بالرقابة في إطار الدستور وخارجه حتى وصفت المحكمة العليا (بحكومة القضاة) لتجاوز الرقابة على دستورية القوانين نطاق الدستور وامتدادها إلى المبادئ العليا غير المكتوبة في الدستور بل بلغت حد تقرير هذه المبادئ التي تعلق الدستور بتصوراتهم الخاصة، وأن هذا الدور كما وصفه الفقيه (هوريو) قد وصل إلى درجة عدلت المحكمة بموجبه الدستور الاجتماعي الأمريكي إلى حد ما وذلك بإعطاء التعديلات الدستورية كامل قوتها التي تناولت اعلانات الحقوق وبصورة خاصة ومكافحة التمييز العنصري، إذ أصدرت المحكمة العليا بعد تعيين (أيرل براون) رئيس المحكمة العليا عام ١٩٥٢ حكمها الشهير في قضية براون في ١٧/٣/١٩٥٤ ضد مكتب التعليم وإلغاء التفرقة العنصرية، فقد قررت عدم دستورية الفصل بين البيض والسود (الزواج) في معاهد التعليم وعدلت المحكمة مبدأها السابق بجواز الفصل عند تحقق المساواة في المزايا الذي قرره في أحكامها عام ١٨٩٦ و ١٨٩٩ و ١٩٠٨ و ١٩٢٧^(١).

ويمكن تلخيص اتجاه المحكمة العليا في تلك المدة بأن دورها لا يقتصر على مطابقة القانون المطعون به مع الدستور فحسب وإنما يمتد لفحص مدى مطابقة هذا القانون مع المبادئ العليا، فإذا وجدت أن القانون مخالف للدستور أو مخالف للمبادئ العليا فإنها تحكم بعدم دستوريته وإذا وجدت أن القانون يتفق مع الدستور ولكنه يخالف المبادئ العليا فإنها تحكم بعدم دستوريته، وتطبيقاً لذلك قضت بعدم دستورية الكثير من القوانين ليس بسبب عدم مطابقتها لنص صريح بالدستور وإنما لمخالفتها لمبادئ أعلى تسود الدستور وأن الدستور ما هو إلا تعبير عنها^(٢).

ثانياً : موقف المجلس الدستوري في فرنسا :

ذهب اتجاه فقهي يتزعمه العميد دوكي (Duguit) إلى تبني وجهة نظر تبرر للقضاء الدستوري المراقبة خارج إطار الدستور ويتلخص هذا الاتجاه بأن هنالك قانوناً أعلى وجد قبل أن توجد الدولة نفسها وأن تشريعات الدولة كلها - بما فيها التشريعات الدستورية ذاتها - تخضع له وإن كانت غير مكتوبة ولها قوة المبادئ المكتوبة أو المعلن عنها نفسها ومن ثم فإن على القضاء الدستوري أن يمنع صدور تشريع مخالف للدستور، وكذلك يمنع إصدار وتطبيق التشريع الذي يخالف المبادئ العليا غير المكتوبة وإن كان متوافقاً مع نص الدستور، ويجب على المشرع أيضاً أن يأخذ بالحسبان هذه المبادئ الكامنة في ضمير الأمة وعدم إصدار تشريع مخالف لها أو مخالف للدستور، وقد وجه لهذه النظرية عدة نقود كونها لا تتضمن ضوابط أو معايير موضوعية أو منطقية على الرغم من نبل مقاصدها وأن منح القاضي الدستوري سلطة استخلاص هذه المبادئ العليا من ضمير الجماعة أو مبادئ الحق والعدل يخرج القاضي من مهمته ويجعله يمارس عملاً تشريعياً من خلال استخلاص هذه المبادئ وتحويلها بعملية فنية إلى قاعدة قانونية وضعية^(٣).

(١) ينظر : د. محمد عبد العال السناري - المصدر السابق - ص ٥٠٢ و ص ٥٠٣ هامش رقم (٢) كذلك ينظر : د. أحمد كمال أبو المجد - المصدر السابق - ص ١١٢، لمزيد من التفصيل حول قضية (براون) ضد مكتب التعليم وحيثياتها وأحكام المحكمة العليا المشار إليها في أعلاه حول تطور نظرة المحكمة العليا إلى مفهوم المساواة بين البيض والزواج وأثر دور المحكمة في تعديل المفاهيم والمبادئ الاجتماعية في أمريكا ينظر : د. سامر عبد الحميد محمد العوضي - المصدر السابق - ص ٢٢٢ وما بعدها و ص ٢٢٥ وما بعدها.

(٢) ينظر : د. محمد عبد العال السناري - المصدر السابق - ص ٥٠٤ و ص ٥٠٥ هامش رقم (١).

(٣) وعن الأساس الاجتماعي للقانون ومنهج العميد (دوكي) الواقعي في القانون المتأثر بأفكار (المدرسة العضوية) في علم الاجتماع للإنكليزي سبنسر (١٨٢٠ - ١٩٠٣) وكذلك أثر (المدرسة السوسيولوجية) للأستاذ (أميل دركهايم) زميل العميد (دوكي) في جامعة بوردو وأخيراً ما تمخض عنها مذهب دوكي الاجتماعي الخالص الذي أجرى عليه التعديل في مراحل عمره الأخيرة عندما أدخل في بنائه عاملاً أخلاقياً في مؤلفه الشهير عام ١٩٢١ بعنوان (المطول في القانون الدستوري) الذي أعاد بموجبه تقييم مفاهيمه السابقة ينظر : د. منذر الشاوي - مدخل في فلسفة القانون -

ثالثاً : موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر :

رقابة الدستورية في مصر بما في ذلك رقابة الإغفال التشريعي تنحصر في نطاق الدستور لا خارجه في جميع مراحل تنظيم الرقابة على دستورية القوانين في مصر وأن الرقابة تنصب على مدى وجود تعارض بين التشريع والقانون الموجب للحكم بعدم الدستورية من دون أن يمتد ذلك إلى فحص التعارض أو التطابق بين التشريع والمبادئ العليا غير المدونة فيه وقد عبرت محكمة القضاء الإداري في حكم لها صدر عام ١٩٥٧ عن هذا المفهوم بقولها (... ليس للقاضي أن يعدل عن تطبيق نص تشريعي بدعوى مخالفة العدالة ومبادئ القانون الطبيعي لأن النص في نظر القاضي يعتبر عنوان القاعدة التي تحكم المنازعة)^(١)، ووفقاً للقرار المذكور لا يجوز للمحكمة الدستورية العليا في مصر الرقابة على الإغفال التشريعي بالنسبة للنص أو التشريع المطعون فيه إذا كان متوافقاً مع الدستور ومستوفياً ل ضماناته بحجة أن هذا النص يخالف أحد المبادئ العليا غير المدرجة في الدستور كمبادئ العدالة والانصاف وغيرها، إلا أنه يجب عدم الخلط بين المبادئ العليا غير المدرجة في الدستور وبين مخالفة (روح الدستور) أو ما يعرف (بالانحراف التشريعي) لأن روح الدستور كما عبر عنها الأستاذ الكبير (عبد الرزاق السنهوري) بأنها مبادئ عليا تسود الدستور المصري وتهيمن على جميع أحكامه وهذه المبادئ العليا هي روح الدستور التي تستخلص استخلاصاً موضوعياً من نصوصه المدونة ومتى ما استخلصت كان على المشرع أن يلتزمها في تشريعاته وأن يتجنب الانحراف عنها فيما له من سلطات تقديرية، ومن المبادئ التي استخلصها الدكتور السنهوري مبدأ استقلال القضاء فإذا صدر تشريع بسط وصاية أو إشرافاً على السلطة القضائية من شأن هذه الوصاية الانتقاص من استقلال القضاء أو تحديد ولايته القضائية كان التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية وكذلك من المبادئ المستخلصة من الدستور المصري التي تعبر عن روح الدستور مبدأ الحصانة الدبلوماسية، ومبدأ الفصل بين السلطات^(٢) إذ إن الأستاذ السنهوري لم يأخذ بنظرية العميد دوكي (Duguit) على إطلاقها معلاً ذلك من خشية ما عسى أن يصيب التشريع من تخلخل واضطراب، إذ يقول : (... إذا نحن عمدنا إلى استخلاص المبادئ القانونية العليا إلى قانون غير مكتوب تختلف فيه الانظار وتتباين عنده المذاهب ثم جعلنا دستورية التشريع رهناً بهذه المبادئ غير المستقرة، لذلك كان لابد لنا أن نقتصر في استخلاص المبادئ القانونية العليا على القانون المكتوب، أي على نصوص الدستور، ... ونكتفي بتقرير أن هنالك مبادئ عليا تسود الدستور المصري وتهيمن على جميع أحكامه وهذه المبادئ العليا تستخلص استخلاصاً موضوعياً من نصوصه المدونة، ... فإذا صدر تشريع يتعارض مع هذه المبادئ العليا، كان التشريع باطلاً لما ينطوي عليه من انحراف في استعمال السلطة التشريعية وهذا المبدأ الذي نقره ونراه مبدأ موضوعي وواقعي، لا يعتوره التخلخل الذي يصاحب المعيار الذاتي ولا يكتنفه الجدل الذي يحيط بالنظر الفلسفي، ... فرجعنا إلى طبيعة التشريع ذاته ثم إلى الغرض المخصص الذي رسم التشريع ثم إلى الحقوق والحريات بحدودها الموضوعية، ثم إلى الحقوق المكتسبة وما يجب لها من الاحترام..^(٣)، وفقاً لنظرية الأستاذ السنهوري فإن ما يستخلص بضوابط موضوعية من نصوص

الذاكرة للنشر والتوزيع - ط ١ - بغداد - ٢٠١١ - ص ٦٧ وما بعدها، كذلك ينظر : د. عبد العزيز محمد سالم - ضوابط وقيود الرقابة الدستورية - المصدر السابق - ص ١١٩ وما بعدها، كذلك ينظر : د. نعمان أحمد الخطيب - الوسيط في النظم السياسية القانون الدستوري - دار الثقافة للنشر والتوزيع - ط ١ - عمان - ٢٠٠٤ - ص ٧١، كذلك ينظر : د. نوري لطيف - القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق - مطبعة علاء - ط ٢ - ١٩٧٩ - ص ٩٠ وما بعدها.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية (٣٩٦٧ لسنة ٣ قضائية) جلسة ١٩٥٧/٥/١٦ منشور في مجموعة المبادئ القانونية للسنة الحادية عشر - ص ٥٦٨، أشار إليه د. محمد عبد العال السناري - المصدر السابق - ص ٥١٢.

(٢) ينظر : د. سامر عبد الحميد محمد العوضي - المصدر السابق - ص ٢٧٩.

(٣) ينظر : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري - مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية - مقال منشور بموجب ملحق خاص في مؤلف د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي والرقابة على

الدستور المكتوب من مبادئ أساسية أو عليا كمبدأ الفصل بين السلطات واستقلال القضاء فإن هذه المبادئ تكون ملزمة للمشرع بأن لا يحيد عنها عند إصداره للتشريعات، وإلا كانت هذه التشريعات مخالفة لروح الدستور وكذلك ملزمة للقضاء الدستوري في مراقبة مدى تطابق هذه التشريعات لنصوص الدستور والمبادئ العليا المستخلصة منه موضوعياً بوصفها روح الدستور ويمكن تبعاً لهذه النظرية أن تراقب المحكمة الدستورية الإغفال أو القصور الذي يعتور النص التشريعي إذا جاء مخالفاً لروح الدستور أيضاً من دون أن يشكل هذا الإجراء خروج رقابة الدستورية عن نطاق الدستور إذ لا تزال الرقابة هنا في حدود الدستور لا خارجه، وقد تعرضت هذه النظرية لانتقادات فقهية كثيرة أبرزها رأي للدكتور محمد عصفور الذي عدّ أن الصور التي أشار إليها السنهوري كحالات للانحراف تعد في حقيقتها ضوابط للعمل التشريعي إذا خالفها المشرع شابهها عيب مخالفة الدستور وليس عيب الانحراف في حين يرى الدكتور أحمد كمال أبو المجد أن الفروض التي ذكرها الدكتور السنهوري هي ليست سوى تطبيقات مباشرة لنظرية (مخالفة الدستور) إلا أن هذه الفروض أثارت المشكلة الحقيقية لنطاق الرقابة ومدى إمكانية بسطها على (الغاية، أو الهدف أو الغرض الحقيقي) من التشريع لأن الهيئة التشريعية تستتر وراء أحد الاختصاصات المنصوص عليها في الدستور لتمارس نشاط آخر يمنعه الدستور صراحة أو ضمناً وهذه المخالفات المستترة ظاهرها الصحة وباطنها الفساد تحتاج لخبرة القضاء ودرايته ليكشف عن حقيقتها ورد الأمر إلى نصابه الدستوري^(١).

ومارست المحكمة الدستورية العليا رقابتها في إطار الدستور فقط لا خارجه، إذ عدّت تعارض القانون المطعون فيه مع اعلانات حقوق الإنسان لا يشكل تعارضاً للدستور ومن هذه الاعلانات الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام ١٩٤٨ وعدّته مجرد توجيه غير ملزم ليس له قيمة المعاهدات الدولية المصدق عليها وحتى المعاهدات الدولية فإن صدور قانون وطني مخالف لها لا ينال من دستوريته لأن هذه المعاهدات ليس لها قيمة الدساتير وقوتها ولا تتجاوز مرتبتها مرتبة القانون نفسه^(٢)، وكذلك لا يجوز للقاضي في مجال رقابته على الدستورية بحث مدى تعارض القانون المطعون فيه بالمواثيق والاعلانات الوطنية واعلانات المبادئ والحقوق العالمية كالعدل والمساواة والحريات ما لم ينص عليها الدستور صراحة وهذا ما قرره المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر عام ١٩٧٥ الذي جاء فيه (... أن مثل الميثاق فيما أرساه من مبادئ فلسفية وما تضمنه من أهداف كمثال اعلانات الحقوق التي عرفتها الأمم المتقدمة والتي تقتن عادة بالثورات الناجحة فتصدر معلنة مبادئ الحق والحرية والعدالة والمساواة فضلاً عن أهداف المجتمع السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية ويكون صدورها تمهيداً لإعلان دستور مكتوب يستمد أصوله وأحكامه من تلك المبادئ والأهداف ويكون لهذه الأحكام التي يتبناها الشارع ويصوغها في نصوص دستورية قوة ملزمة، أما ما عداها من أهداف ومبادئ لم ينقلها الشارع إلى نصوص الدستور فيضل مثلاً عليا ونظريات فلسفية، فالميثاق لا يعدو أن يكون توجيه للشارع الدستوري والشارع العادي على السواء ولكنه ليس دستوراً ولا قانوناً ولن

دستوريته - المركز القومي - ط ١ - ٢٠١٣ - ص ١٠٤٩، وللإطلاع على الآراء الفقهية المنتقدة لنظرية الدكتور السنهوري ينظر نفس المصدر - ص ٢٥٠.

(١) للإطلاع على الانتقادات الموجهة لنظرية الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري بشكل مفصل ينظر : د. محمد ماهر أبو العينين - المصدر السابق - ص (٢٥٠ - ٢٩٨)، وكذلك ينظر : د. أحمد كمال أبو المجد - المصدر السابق - ص ٥٩٢ هامش رقم (١) و(٢).

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا رقم (٧ لسنة ٢/قضائية/دستورية) في ١٩٧٥/٣/١ أشار إليه د. محمد عبد العال سناري - المصدر السابق - ص ٥١٤.

يكون كذلك إلا إذا صيغت مبادئه في نصوص تشريعية محددة منضبطة تنقل المبادئ من مجال النظر والفكر إلى مجال العمل والتنفيذ...^(١).

ومن تطبيقات المحكمة الدستورية العليا في مجال رقابة الإغفال التشريعي ضمن نطاق نصوص الدستور لا خارجه ما جاء بحكمها الصادر عام ٢٠٠٧ بعدم دستورية الفقرة (١) من المادة (١١٢) من لائحة العاملين بالهيئة القومية لسكك حديد مصر الصادرة بقرار وزير النقل والمواصلات والنقل البحري رقم (١٧) لسنة ١٩٨٢ لإغفالها النص على وجوب انذار العامل كتابه قبل إنهاء خدماته لانقطاعه عن العمل بغير إذن أكثر من ثلاثين يوماً متتالية، إذ جاء في حكمها (... فإذا نظمها المشرع تنظيمًا قاصراً وذلك بأن أغفل أو أهمل جانب من النصوص القانونية التي لا يكتمل التنظيم إلا بها كان ذلك اختلالاً بضماناتها التي هيئها الدستور لها وفي ذلك مخالفة للدستور...)^(٢)، وكذلك ذهبت في حكم آخر لها صدر عام ١٩٩٧ برد الدعوى التي أقامها المدعي ناعياً على نص المادة (٤٣) من القانون المطعون فيه إغفالها التقيد بحد أقصى للأجور بالمخالفة لنص المادة (٢٣) من الدستور التي تنص على أن تنظيم الاقتصاد القومي وفقاً لخطة التنمية الشاملة تكفل زيادة الدخل القومي وزيادة في فرص العمل وضمان حد أدنى من الأجور ووضع حد أعلى لها يكفل تقريب الفوارق بين الدخل وقد عللت المحكمة أسباب رد الطعن بإغفال النص تحديد حد أقصى للأجور بأن النص المطعون فيه لا يقرر غير الأسس التي لا يجوز التحلل منها في اللوائح المنظمة لشؤون العاملين في الشركة ومن بينها أن يكون لكل منها هيكلها التنظيمي وجدول بوظائفها بما يتفق وطبيعة نشاطها وأهدافها وأن يكون تقييدها بالحد الأدنى المقرر قانوناً للأجور لازماً، مع ربط هذه الأجور وغيرها من المزايا المالية التي يحصل عليها العامل - وسواء أفرغها المشرع في صورة حافز، أو بدل، أو مكافأة، أو تعويض - بانتاجها أو رقم أعمالها أو بالأرباح التي حققتها وتقرير النص المطعون فيه للأسس التي تصدر هذه اللوائح على ضوءها لا يعني امتناع تكملتها بقواعد أخرى تقوم إلى جانبها ولا يعدّ هذا النص يناقض حكماً آخر في الدستور^(٣).

وكذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة (٥) من القانون رقم (٥١) لسنة ١٩٨١ الخاص بتنظيم المنشآت الطبية لأن النص المذكور لم ينظم بشكل متكامل مما أخل بالحماية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة وأهدر مبدأ المساواة أمام القانون مخالفاً بذلك أحكام المواد (٣٣)، (٣٤)، (٤٠) من الدستور، إذ جاء في حكمها الصادر عام ١٩٩٥ ما يأتي :

(...) وكان النص المطعون فيه يتوخى بالمزايا والحقوق التي كفلها للطباء دون سواهم وتفضيلهم عن عداهم من المستأجرين واستبعاد هؤلاء من الإفادة منها رغم تماثلهم جميعاً في مراكزهم القانونية، وبدون أن يستند ذلك التمييز إلى أسس مشروعة، بل عمد المشرع إلى نقيضها، فإن ذلك النص يكون مفتقراً إلى الأسس الموضوعية التي كان ينبغي أن يحمل عليها ومنهياً عنه بنص المادة (٤٠) من الدستور باعتباره متبنياً تمييزاً تحكيمياً...^(٤).

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا (رقم ١٣ لسنة ٤/قضائية) جلسة ٥/أبريل/١٩٧٥ أشار إليه د. سامر عبد الحميد محمد العوضي - المصدر السابق - ص ٤٩، كذلك أشار إليه د. محمد عبد العال السناري - المصدر السابق - ص ٥١٥.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية (رقم ١٧٧ لسنة ٢٦/قضائية/دستورية) في ١٤/يناير/٢٠٠٧ أشارت إليه الباحثة جواهر عادل العبد الرحمن - الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي - دار النهضة العربية - ٢٠١٦ - ص ٢٦٠.

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى المرقمة (٧ لسنة ١٦/قضائية/دستورية) في ١/٢/١٩٩٧ أشار إليه د. عبد العزيز محمد سلمان - المصدر السابق - ص ١١٥ وما بعدها.

(٤) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى المرقمة (١١ لسنة ١٦/قضائية/دستورية) في ٣/يونيه/١٩٩٥ أشار إليه د. عز الدين الديناصوري ود. عبد الحميد الشواربي - الدعوى الدستورية - منشأة المعارف في الاسكندرية - بدون سنة طبع - ص ١٦٤.

رابعاً : موقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق :

لم يمارس القضاء الدستوري في العراق الرقابة بشكل جدي في ظل القانون الاساسي لعام ١٩٢٥ ولم يمارس اختصاصه أصلاً في ظل دستور ١٩٦٨ وبقيت المحكمة الدستورية العليا المنصوص عليها في المادة (٨٧) من الدستور مجرد حبر على ورق على الرغم من صدور قانون خاص بها وهو القانون المرقم (١٥٩) لسنة ١٩٦٨، أما بعد تشكيل المحكمة الاتحادية العليا والاحداث الدستورية في ٢٠٠٤ و ٢٠٠٥ ومن خلال استقراء أحكامها لم نجد ما يشير إلى مباشرة الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة خارج نطاق الدستور أو صدرت أحكام بإلغاء قوانين لعدم توافقها مع مبادئ عليا أو قيم سامية لم يرد النص عليها في الدستور ويمكن أن نلاحظ استخلاص بعض المبادئ الدستورية من نصوص دستور ٢٠٠٥ عند تسبيب أحكامها القضائية أو الفصل في المنازعات المنظورة أمامها كمبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ سمو الدستور ومبدأ المساواة وتكافؤ الفرص وهي مبادئ وردت في وثيقة دستور ٢٠٠٥ نفسه، ولا تعدّ الإشارة إليها خروج المحكمة في معرض رقابتها على دستورية القوانين عن نطاق الدستور، ومن قرارات المحكمة الاتحادية العليا التي قضت بعدم دستورية أحد النصوص التشريعية لمخالفتها مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ المساواة وتكافؤ الفرص والحق في معاملة عادلة في الاجراءات القضائية والإدارية حكماً الصادر في ٢٠١٣/٣/١٢ التي قضت بموجبه بعدم دستورية نص المادة (١٦) من قانون الاستثمار المعدني رقم (٩١) لسنة ١٩٨٨ لمخالفتها للدستور لأنها سمحت للموظفين الإداريين بممارسة سلطات قضائية خلافاً لنص المادة (٤٧) من الدستور التي حددت السلطات الاتحادية (التشريعية والتنفيذية والقضائية) التي تمارس اختصاصها ومهامها وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات ومخالفتها لنص المادة (٨٧) من الدستور التي نصت على عدم جواز توقيف أحد أو التحقيق معه إلا بموجب قرار قضائي والمادة (١٩) من الدستور التي نصت على أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته ولكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية^(١).

(١) قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١١/اتحادية/٢٠١٣) في ٢٠١٣/٣/١٢ - أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٣ - من إصدارات مجلة التشريع والقضاء - المجلد الخامس - آذار - ٢٠١٣ - ص ١٨٦ وما بعدها.

المطلب الثاني

عدم مباشرة الرقابة على الإغفال الكلي (السكوت التشريعي)

الأصل أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي رقابة فنية ذات طابع قانوني مجرد تقتصر على المسائل الدستورية، ومن ثم لا تمتد إلى المسائل التي تدخل في الاختصاص التقديرية للسلطة التشريعية، ولا إلى ما يتعلق بملاءمة التشريع وبواعث إصداره^(١)، باعتبار ذلك من عناصر السياسة التشريعية التي يمتنع القضاء عن التدخل فيها^(٢).

فإذا كان التشريع من اختصاص البرلمان فإن تقرير الحاجة لهذا التشريع ومدى ضرورته يدخل في اختصاص الهيئة التشريعية وحدها ويمتنع على المحاكم التدخل فيها لانعدام الصلة بين الحاجة للتشريع وبين دستوريته وقد عبرت المحكمة الدستورية العليا في مصر عن هذا المفهوم في حكم لها صدر عام ١٩٨٤ في بواكير أحكامها جاء فيه (... أن مجالات التشريع الذي تمارسه السلطة التشريعية إنما تمتد إلى جميع الموضوعات، كما أن ملاءمات التشريع هي من أخص مظاهر السلطة التقديرية للمشرع العادي ما لم يقيد الدستور بحدود وضوابط يتعين على المشرع العادي أن يستقل بوضع القواعد القانونية التي يراها محقة للمصلحة العامة متى ما كان ملتزماً بأحكام الدستور وقواعده...)^(٣).

وإذا كانت ملاءمات التشريع من أهم مظاهر السلطة التقديرية للمشرع إلا أنها غير مطلقة من كل القيود، فالسلطة التقديرية تخضع للقيود التي نص عليها المشرع الدستوري لا يجوز اقتحامها وتخطيها أو تجاوزها وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر عام ١٩٩٥ الذي جاء فيه (... وكان الدستور إذ يعهد بتنظيم موضوع معين إلى السلطة التشريعية، فإن ما تقره من القواعد القانونية بصده لا يجوز أن ينال من الحق محل الحماية الدستورية سواء بالنقص أو الانتقاص، ذلك أن إهدار الحقوق التي كفلها الدستور أو تهमيشها عدوان على مجالاته الحيوية التي لا تنتفس إلا من خلالها، بما مؤده أن تباشر السلطة التشريعية اختصاصاتها التقديرية - فيما خلا القيود التي يفرضها الدستور عليها - بعيداً عن الرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا...)^(٤).

خلاصة ما تقدم أن الرقابة الدستورية لا تمتد إلى ملاءمات التشريع بأبعادها المختلفة ولا إلى بواعث التشريع أو دوافعه وأن لا تتدخل لتزن بمعاييرها الذاتية السياسة التشريعية التي انتهجها المشرع في موضوع معين وأن لا تضع للنص المطعون فيه أهدافاً غير التي رمى المشرع بلوغها وأن لا يكون خياراتها بديلاً عن عمل السلطة التشريعية فمبررات أو أسباب عدم امتداد رقابة الدستورية إلى الملاءمة التشريعية مردها من حيث الأصل أن القاضي الدستوري يقضي ولا يشرع وإذا كانت مهمته الحكم على

(١) ينظر : د. عادل عمر شريف - القضاء الدستوري في مصر - بدون مكان طبع - ١٩٨٨ - ص ١٥١.

(٢) السياسة التشريعية : هي مكنة وفن تحديد الاهداف التي يجب أن يحققها القانون فالسياسة التشريعية يفترض فيها إدراك الواقع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والسياسي في المجتمع ووضع تصور أو خطة أو سياسة لتغيير أو تعديل أو تنظيم هذا==الواقع. ينظر: د. منذر الشاوي - الإنسان والقانون - الذاكرة للنشر والتوزيع - ط ١ - ٢٠١٥ - ص ٥٠٥، وحول ماهية السياسة التشريعية كتجسيد لفكرة قانونية ومبادئ السياسة التشريعية وأطرها العامة ينظر : د. زانا رؤوف حمة كريم - السياسة التشريعية في العراق - دراسة تطبيقية في التشريعات الدستورية - ط ١ - دار سروم للطباعة والنشر - السليمانية - ٢٠١٢ - ص ٢٤ و ص ٣١ وما بعدها.

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى المرقمة (٩٣ لسنة ٤/قضائية/دستورية) في ١٩٨٤/٢/٨ أشار إليه د. عبدالعزيز محمد سالمان - المصدر السابق - ص ١٤٠.

(٤) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١٥/قضائية/دستورية) في ١٩٩٥/١/١٤ أشار إليه د. عبد العزيز محمد سالمان - المصدر السابق - ص ١٤١.

مدى دستورية النص التشريعي فليس وظيفته أن يصنعه فهذه مهمة المشرع وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات ولذلك فإن ملاءمة التشريع والبواعث من اطلاقات السلطة التشريعية^(١).

إذ إن رقابة الإغفال التشريعي تقوم على فلسفة الاستيثاق من قدر التطابق والتباين بين النصوص التشريعية والدستور فإنها لا تتصيد المشرع في نواياه وإنما تتبع التشريع في مقاصده ومقدار إحاطة التشريع بجوانب المسألة محل التنظيم على نحو تحقيق الحماية المقصودة من المشرع الدستوري، وتأسيساً على ما تقدم لا يتدرج الإغفال التشريعي في إطار الملاءمة التشريعية ولا يعد من مفرداتها لأن الملائمة في معناها الدقيق ترد في مجالات السلطة التقديرية للمشرع ويكون المشرع غير خاضع لتوقيعات أو كفاءات لتنظيم ما عهد إليه الدستور بتنظيمه، إلا أنه متى ما قرر المشرع التدخل وحدد نطاق وآليات التدخل في التنظيم وجب عليه أن يكون هذا التنظيم متكاملاً وشاملاً ومحيطاً بالجوانب كافة بحيث يجعل ما ينظمه متوافقاً مع الدستور وذلك من خلال تنظيم الحق كاملاً غير منقوص سليماً من غير عيب واضحاً من غير غموض غير متعارضاً مع غيره من التشريعات، وهذه ليست ملائمة بقدر ما هي مشروعية دستورية تستوجب تحقق مطابقة التنظيم القانوني لاحكام الدستور احتراماً لعلوية الدستور وسمو قواعده^(٢).

إلا أن السؤال الذي يثور هل تمتد رقابة الدستورية إلى الإغفال التشريعي المطلق أو الكلي، ما يسمى (بالسكوت التشريعي)؟.

بيننا سابقاً أن الإغفال الكلي أو (السكوت التشريعي) المطلق هو حالة الغياب الكلي أو أنعدام الوجود الكلي للتشريع أو القاعدة القانونية التي تتعلق بحالة معينة في الدستور وعادة ما يكون هذا السكوت مقترن بنص أمر دستوري يوجب على المشرع بالتدخل التشريعي، والرقابة على الإغفال الكلي لا تثير أي إشكاليات قانونية أو فقهية في النظم القانونية التي أقرت صراحة الرقابة على الإغفال التشريعي المطلق كالدستور البرتغالي ودستور جنوب أفريقيا والمجر، فهذه النظم قررت أقصى صور الرقابة الدستورية على سكوت أو إغفال المشرع التام وأعدمت سلطته التقديرية ولم تترك له أي مجال للتحرك وفي النهاية فإن القرار بالتشريع ليس بيد السلطة التشريعية وإنما بيد السلطة القضائية، وهذه المسألة بعيدة كل البعد عن وظيفة القضاء لأنها تؤدي إلى إقحامه في مجال عمل السلطة التشريعية لأن وظيفة القضاء في الأصل قانونية بالمقام الأول ولذلك نجد أن هذه الانظمة القانونية وللأسبب المتقدم أعطت القضاء الدستوري دوراً كاشفاً لظاهرة الإغفال من دون إلزام المشرع بالتدخل بالتشريع باستثناء القانون المجري الذي ألزم المشرع بالتدخل لتنظيم القانون خلال مدة زمنية^(٣).

أما في النظم التي لم تنص صراحة على رقابة الإغفال الكلي بنص صريح للدستور فإن صورة الإغفال الكلي تتجسد في فرضية وجود نص في الدستور لتنظيم موضوع ما على وفق القانون وأن عدم صدور القانون من المشرع يمثل حالة امتناع من المشرع عن استعمال التفويض الذي منحه أياه الدستور.

إن عدم استعمال المشرع للتفويض التشريعي لتنظيم موضوع معين الوارد في الدستور يمكن أن يأخذ صور عدة هي :

أولاً : الامتناع التشريعي الكلي عن التنظيم :

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٧/لسنة ٨/قضائية/دستورية) في ١٥/٥/١٩٩٣ أشار إليه د. محمد باهي أبو يونس - القضاء الدستوري - دار الجامعة الجديدة - ٢٠١٤ - ص ٣٦١.

(٢) ينظر : د. محمد باهي أبو يونس - المصدر السابق - ص ٣٦٤ وص ٣٦٥.

(٣) ينظر : د. عبد الحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - بدون سنة نشر - ص ١٢٠ وص ١٢٢.

وتتحقق هذه الحالة عند امتناع المشرع عن تنظيم مسألة أحال الدستور إليه أمر تنظيمها إلا أنه أمسك عن تشريعها مع علمه بوجوب التنظيم، وهو ما يسمى بعدم الاختصاص السلبي للمشرع لامتناعه عن تنظيم مسألة وإصدار قانون كان عليه من الواجب تنظيمها أو إصداره، قياساً على القرار الإداري السلبي الذي يتمخض أو ينتج من امتناع الإدارة عن إصدار قرار كان من الواجب عليها إصداره وإن هذا الامتناع يشكل قراراً إدارياً سلبياً يكون محلاً للطعن فيه بالإلغاء، كذلك فإن امتناع المشرع عن تنظيم مسألة معينة خوله الدستور مهمة تنظيمها، يكون قانوناً سلبياً يجوز أن يكون محلاً للرقابة الدستورية^(١) في حين أنكر جانب من الفقه الرقابة الدستورية على الامتناع التشريعي الكلي على أساس أن هذه الرقابة ترد على قواعد لا وجود لها وأن ثمرة الامتناع لا تتحقق لأنه يتمثل بإبطال قاعدة لا وجود لها في حين برر جانب آخر من الفقه هذا النوع من الرقابة بأن الامتناع يرد على النص التشريعي من دون القاعدة القانونية والتي يمكن استخلاص معناها بطريق التفسير من أحد نصوص القانون في ضوء إغفال المشرع وضع نص آخر، في حين ذهب جانب آخر إلى القول أن إغفال المشرع لا يؤدي بالضرورة إلى عدم وجود قاعدة قانونية، إنما على العكس من ذلك قد يؤدي إلى وجود (قاعدة سلبية) لها مدلول معين وهو النهي عن أداء واجب أو رخصة^(٢).

في حين يذهب اتجاه فقهي آخر إلى عدّ (الامتناع التشريعي) يقع خارج نطاق الملائمة التشريعية، ومن ثم فهو يخضع لرقابة الدستورية ويستند هذا الاتجاه في تبرير وجهة نظره في أن الامتناع التشريعي تتجسد فيه إرادة المشرع بشكل جلي عن الإمساك عن التشريع في مسألة عهد إليه الدستور بتنظيمها وهو يختلف عن حالة (السكوت أو الصمت التشريعي) من ناحيتين:

الأولى : وجود الزام دستوري على المشرع بسن قانون معين.

الثانية : إنصراف إرادة المشرع إلى عدم إصدار هذا التشريع على الرغم من وجود الزام دستوري بذلك وأن هذا السلوك يمثل الجانب المعنوي لإرادة البرلمان في عدم إصدار التشريع، ومن ثم فإن هذا السلوك حري به أن يكون خاضعاً للرقابة على دستورية القوانين لوضع حد اتجاه إمساك المشرع عن سن تشريع كان يجب عليه سنه دستورياً.

وقد تأيد هذا الاتجاه الفقهي بقرار المحكمة الدستورية العليا في مصر بموجب حكمها الصادر عام ٢٠٠٠ سابق الإشارة إليه الذي عدّ السكوت التشريعي رخصة والامتناع التشريعي عزيمة إذا ما دعاه الدستور إلى تنظيم حق من الحقوق، إذ جاء في حيثيات حكمها المذكور ما يأتي : (... تنظيم الحقوق منوط بالمشرع، وإذا كان 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، كما هو الحال بالنسبة لحق التقاضي، فإذا امتنع أو أدى مسلكه إلى الإخلال بهذا الحق كان ذلك مخالفاً للدستور...) (٣).

ثانياً : السكوت أو الصمت التشريعي الكلي عن التنظيم :

السكوت أو الصمت التشريعي هو إمساك المشرع عن التشريع في شأن معين وهو يعد مما يترخص فيه، ولذلك فهو يعدّ من الملاءمات التي يستقل وحده بتقديرها ولا تخضع لرقابة القضاء الدستوري^(٤) فاخترار المشرع الوقت المناسب لإصدار قانون يعد من الملاءمات التي يترك أمرها إلى

(١) ينظر : د. رفعت عيد سيد - المصدر السابق - ص ٤٦٨.

(٢) ينظر : د. احمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - دار الشروق - ط ١ - القاهرة - ١٩٩٩ - ص ٢٠٢.

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١٩٣ لسنة ١٩/قضائية/دستورية) في ٢٠٠٠/٦/٦ أشار إليه د. محمد باهي أبو يونس - المصدر السابق - ص ٣٦٩.

(٤) ينظر : د. محمد باهي أبو يونس - المصدر السابق - ص ٣٦٨.

المشرع، ومن الثابت أن القاضي الدستوري لا يراقب الملاءمة ومن ثم فإن الرقابة على السكوت المطلق يعد رقابة على المشرع في اختيار الوقت المناسب لإصدار قانونه وهذا يتعارض مع مبدأ حظر رقابة الملائمة، وطبقاً لما تقدم فإن النصوص القانونية التي تقرها السلطة التشريعية أو التنفيذية في حدود الصلاحيات التي بينها الدستور بما يؤكد مبدأ الشرعية الدستورية لا تكون محل لرقابة القضاء الدستوري ولا يجوز له التدخل لإلزام هاتين السلطتين بإصدار قانون أو إصدار قرار بقانون في موضوع معين كون ذلك مما تستقل بتقديره تلك السلطتان وفقاً لأحكام الدستور ومن ثم لا يجوز حملها على التدخل لإصدار تشريع في زمن معين أو على نحو ما، ومن ثم يخرج اختصاص الطعن في مثل هذه الحالة عن رقابة القضاء الدستوري^(١).

وبعبارة أخرى فإن السكوت بذاته لا يمكن أن يكون محلاً لرقابة القاضي الدستوري لأن السكوت يعني غياب القاعدة القانونية، ولا يمكن بل من الاستحالة تحريك الرقابة على دستورية القوانين في ظل غياب القاعدة القانونية ولا سيما في النظم الدستورية التي تأخذ بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، ذلك أن وجود النص يعتبر شرطاً أساسياً وأولياً للرقابة على هذا القانون سواء فيما تضمنه صراحة أم ضمناً، لذا فالسكوت المطلق يساوي غياب القاعدة القانونية واستحالة الرقابة اللاحقة على دستورية قانون غير موجود لأن القول بذلك يعني حلول القاضي محل السلطة التشريعية في تقدير الكثير من الأمور وفي مقدمتها مدى الحاجة وضرورة هذا القانون وتقدير الظروف الملائمة لصدور القانون وبواعثه وأهدافه وهذه مما تخرج عن نطاق رقابة الدستورية كونها من أخص سمات السلطة التقديرية للمشرع، وأن وسيلة معالجة السكوت المطلق هو باللجوء إلى فكرة الالتزام السياسي للبرلمان بالتشريع وإمكانية تحريك المسؤولية السياسية لأن القول بغير ذلك معناه حلول القاضي محل السلطة التشريعية وممارسة وظيفتها ولأصبح دور القاضي مشرعاً إيجابياً بدلاً من كونه مشرعاً سلبياً^(٢).

ثالثاً : تحديد الدستور مدة محددة لإصدار التشريع :

إن تحديد الدستور لميعاد معين لإصدار التشريع يعدم السلطة التقديرية للمشرع في مجال تحديد وقت التدخل من عدمه وضرورة التشريع من عدمها طالما أن الدستور قد قرر مقدماً ضرورته وحدد ميعاد لإصداره، ومن ثم فإن إمساك المشرع بعد انتهاء الأجل المحدد في الدستور عن إصدار التشريع يعد امتناعاً تشريعياً وأن رخصة المشرع بالسكوت محصورة خلال المدة المحددة في الدستور فإذا انتهت المدة من دون القيام بالتزامه الدستوري عد امتناعاً عن التشريع والامتناع يقع خارج نطاق الملائمة التشريعية ومن ثم فإنه يخضع للرقابة على دستورية القوانين إلا أن السؤال الذي يثور في مثل هذه الحالة ما هو الجزء المقرر لامتناع البرلمان عن إصدار التشريع ضمن الميعاد المحدد بالدستور؟ إذ لا يمكن استصحاب الجزء الذي يوقعه القاضي الدستوري على القانون المخالف للدستور - وهو الحكم بعدم الدستورية - وتطبيقه على حالة امتناع المشرع عن إصدار القانون في الميعاد المحدد بالدستور إذ لا تزال القاعدة القانونية غائبة مع استمرار المشرع بالامتناع، على خلاف القاعدة الموجودة التي يقرر القاضي عدم دستوريته جزء مخالفتها للقانون نتيجة بسط رقابته الدستورية عليها، والحل المتصور لمثل هذه الحالة ما أفرزه التطبيق العملي للقضاء الدستوري في مواجهة مثل هذه الحالة هذا الجزء يتمثل بالدعوة المتكررة من قبل القاضي الدستوري للمشرع بأن يتدخل عن طريق ما يصدره من قوانين لتنظيم موضوع ما، وهذه المطالبة المتكررة أزاء امتناع مستمر من جانب المشرع من شأنه إثارة الرأي العام وإظهار البرلمان أمام الشعب بمظهر المنتهك أو المعتدي على حرمة الدستور مما يدفع البرلمان لإصداره تحت وطأة الضغط الشعبي وهذا الأسلوب انتهجته المحكمة الدستورية الاتحادية

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٢٩٩ لسنة ٢٤/ق/دستورية) في ٢٠٠٦/٦/٧ أشار إليه د. رفعت عيد سيد - المصدر السابق - ص ٤٦٨ و ص ٤٦٩.

(٢) ينظر : د. عبد الحفيظ علي الشيمي - المصدر السابق - ص ١٢٣ و ص ١٢٤ و ص ١٢٦.

بألمانيا عندما وجهت نداء عام ١٩٦٩ إلى المشرع لإصدار قانون ينظم الشروط الواجب توافرها في الاطفال الطبيعيين والاطفال الشرعيين لمرور مدة عشرين سنة على صدور الدستور الاتحادي^(١) ولكن السؤال الأكثر أهمية هو ما الحل فيما إذا استمر المشرع ممتنعاً عن تشريع القانون على الرغم من صدور نداء أو تنبيه متكرر من القضاء الدستوري وعلى الرغم من وجود الضغط الشعبي إلا يعتبر البرلمان في مثل هذه الحالة فاقداً لثقة ناخبيه ويستحق الحل لاخلاله بواجباته التشريعية؟ خلاصة ما تقدم أن أهم ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي في مجال السلطة التقديرية للمشرع يمكن أن نوجزها بالآتي :

- ١- الأصل أن القضاء الدستوري لا يتدخل بتوقيعات وضرورة وبواعث وأهداف التشريع لأنها تعتبر من إطلاقات السلطة التقديرية.
- ٢- أن امتناع المشرع المطلق عن التشريع على الرغم من صدور الزام دستوري بتنظيم مسألة ما من خلال تشريع قانون يخضع لرقابة الإغفال التشريعي لأنه يعبر عن إصرار البرلمان على إمساكه عن تشريع القانون المكلف بتشريعه دستورياً ولاسيما إذا نص الدستور على ميعاد معين للتشريع وأن هذا الإصرار انتهاك للدستور.
- ٣- أن السكوت التشريعي أو الصمت التشريعي يعدّ من الملاءمات التي يستقل المشرع وحده بتقديرها فهو الذي يحدد الوقت المناسب للتدخل بالتشريع ويحدد ضروراته وبواعثه وأغراضه ومن ثم فإنه يخرج من نطاق الرقابة على دستورية القوانين كونه رخصة وليس قيداً على المشرع.
- ٤- أن الامتناع المطلق يثير مشاكل فقهية وقضائية لتبرير الرقابة عليه من القضاء الدستوري لأن الرقابة ترد على قاعدة موجودة ولاسيما في الدول التي تتبنى نظام الرقابة القضائية اللاحقة على صدور القانون أي أن الرقابة على دستورية القوانين تنصب على قواعد قانونية ظهرت إلى حيز الوجود وأشكلت في التطبيق فمن الصعب أو الاستحالة تطبيق جزاء مخالفة التشريع للدستور - المتمثل بعدم الدستورية - على تشريع غير موجود أصلاً أو على قاعدة سلبية أو سلوك سلبي للمشرع كما بررها الفقه، ولذلك نجد أن رقابة الإغفال التشريعي أنصبت في معظم النظم الدستورية على الإغفال الجزئي أو القصور في التشريع ما لم يرد نص صريح في الدستور بمد رقابة الدستورية إلى حالة الامتناع التشريعي.

(١) ينظر : د. رفعت عيد سيد - المصدر السابق - ص ٤٧٠، وكذلك ينظر : د. أحمد فتحي سرور - المصدر السابق - ص ٢٠٠.

المطلب الثالث

مباشرة الرقابة على الإغفال الجزئي (القصور التشريعي)

المقصود بالإغفال التشريعي الجزئي (النسبي) : هو التنظيم الناقص من جانب المشرع لموضوع ما يؤدي إلى المساس والانتقاص من الضمانات المقررة في الدستور أو في القوانين السابقة أو تقلل من فاعليتها، ففي حالة الإغفال التشريعي الجزئي لا يمتنع المشرع أو يسكت عن تنظيم ما عهد إليه الدستور من تشريعات، بل العكس نكون أمام موقف إيجابي للمشرع في التدخل بالتشريع والقيام بالتزامه الدستوري بالتشريع أو تنظيم مسألة ما، إلا أن هذا التنظيم يأتي قاصراً عن الإحاطة بجوانب الموضوع كافة بشكل متكامل وشامل مما يشكل تهديداً أو انتقاصاً من الحقوق والحريات المقررة في الدستور أو تقليل فاعلية ضماناتها المقررة في قوانين أخرى سابقة، وقد توصل الفكر القانوني منذ وقت بعيد إلى عدم إمكانية وجود تشريع متكامل لأي تشريع لا بد أن يشوبه النقص ويعتبر بعض جوانبه القصور وهذه نتيجة طبيعية للنقص الكامن في صانع التشريع بوصفه إنساناً والنقص جزء من الطبيعة الإنسانية ومن ثم فإن نظرية كمال التشريع^(١) التي روج لها بعض الفقهاء قد تعرضت لانتقادات شديدة من الفقه المعاصر وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي روبير (Roubier) والفقيه الألماني منجر (Menger) ووضحوا بأن فكرة كمال التشريع فكرة شاذة وغير معقولة لأن نظرية كمال التشريع لا تتفق مع طبيعة الأشياء وتجافي المنطق والعقل، إذ من المستحيل أن يحيط المشرع أو يتوقع كل الظروف والمعاملات التي يفرزها تطبيق القانون وما يمكن أن يطرأ في المستقبل من منازعات بشأن هذا الموضوع محل التشريع فالنصوص متناهية والحوادث غير متناهية، ولذلك حاول الفقيه (جيني) أن يقف موقفاً وسطاً عندما ذهب إلى إمكانية وجود النقص في التشريع إلا إن ذلك لا يعني إمكانية تصوره في القانون لأن التشريع يمثل أحد مصادر القانون المتنوعة كالعرف والمعاهدات ومن ثم فإن مطبق القانون يمكنه تلافي النقص بالتشريع بالرجوع إلى مصادر القانون الأخرى^(٢).

والإغفال الجزئي : قد يتأتى نتيجة لوجود عيوب شكلية في الصياغة التشريعية (كالخطأ والتكرار) أو نتيجة لوجود عيوب موضوعية (كالنقص أو الغموض أو التعارض)^(٣)، وهذه العيوب من شأنها أن تجعل القانون غير دستوري ويكون ذلك مبرراً كافياً لامتداد رقابة الدستورية في حالة الإغفال التشريعي الجزئي لأن القاعدة القانونية موجودة وتخضع من حيث الأصل للرقابة على دستورية القوانين بما في ذلك ما يشوبها أو يعتورها من نقص أو قصور في التنظيم من شأنه المساس بالموضوع أو الحق محل التنظيم، فالمشرع عندما ينظم مسألة ما بصورة ناقصة فإن القاضي الدستوري لا يراقب بصورة مباشرة أمتناع المشرع وإنما يراقب الجزء الذي نظمته القانون، ومن خلال هذه الرقابة يستوعب

(١) ظهرت فكرة كمال التشريع في ألمانيا بتأثير فلسفة (هيجل) وما زال بعض الفقهاء يرددون نظرية أو فكرة كمال التشريع أمثال الفقيه النمساوي (هانز كلسن) وتتلخص فكرة كمال التشريع أن غياب النص أو القاعدة القانونية في التشريع للقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل يعني أن المخاطبين بهذا القانون يقفون في منطقة (الاباحة القانونية) فهم غير ملزمون بالقيام بعمل أو الامتناع عنه أو بإتيان سلوك سلبي أو إيجابي ويصلون بالنتيجة إلى أن النقص في التشريع هو في حقيقته حكم بالإباحة، لمزيد من التفصيل ينظر : د. كمال عبد الواحد الجوهري - القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي - دراسة تطبيقية مقارنة - المركز الأكاديمي الدولي - ط ١ - بدون مكان طبع - ١٩٩٤ - ص ١٨.

(٢) ينظر : د. كمال عبد الواحد الجوهري - المصدر السابق - ص ١٩.

(٣) ينظر : د. عصمت عبد المجيد بكر - مشكلات التشريع - دراسة نظرية تطبيقية مقارنة - دار الكتب العلمية - ٢٠١٤ - ص ٢٠٥ وما بعدها، وكذلك ينظر : د. عبدالقادر الشخيلي - فن الصياغة القانونية - تشريعاً وفقهاً وقضاءً - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ١٩٩٥ - ص ٣٦ وما بعدها، كذلك ينظر : د. عصمت عبد المجيد بكر - أصول التشريع - دراسة في إعداد التشريع وصياغته - دار الشؤون الثقافية - بغداد - ١٩٩٩ - ص ١١٣ وما بعدها.

البرلمان الرسالة الضمنية من الحكم الصادر بعدم الدستورية، فيصدر قانون يتلافى النقص والقصور وموافقاً للدستور في جميع جزئياته، كما لو صدر قانون ينظم الوضع القانوني لأحد الجماعات ومنح لرئيس الجماعة المذكورة حق التقاضي من دون إعطاء هذا الحق لأعضاء المجموعة، ويفهم من هذا التنظيم قصر حق التقاضي على الرئيس وحرمان الأعضاء وهذا يتطلب تدخل القضاء الدستوري لمراقبة هذا القانون في الجزء الذي صرح به المشرع وليس في الجزء الذي أغفله أو سكت عنه أو أخل في موجبات تنظيمه، وما صرح عنه القانون في المثال المذكور هو منح رئيس المجموعة حق التقاضي فقط دون الأعضاء، وهذا يمثل إغفال لمبدأ المساواة والحق بالتقاضي الذي كفله الدستور فإذا أصدر القضاء قراراً بعدم دستورية هذا النص فإن هذا القرار يضع المشرع في حرج من أمره لإغفاله هذا الجانب أو الجزئية في التنظيم ويدفعه لتعديل القانون بالشكل الذي يحقق احترام الدستور بطريقة غير مباشرة^(١)، ولذلك تعد رقابة الإغفال لجزئي رقابة غير مباشرة، إذ إنها لا ترد على سكوت المشرع وإنما ترد على النصوص التي أصدرها في مجال تنظيم مسألة أو موضوع معين، بحيث إذ ترتب على طريقة التنظيم قصور وإغفال وإهمال في جانب من جوانب الموضوع لا يكتمل التنظيم إلا بها، كان ذلك مخالفاً للدستور، ويوصم هذا النص بعدم الدستورية^(٢).

وقد انتهجت المحكمة الدستورية العليا في مجال الرقابة على الإغفال التشريعي منهجاً يتمثل في قصر نطاق رقابتها على الإغفال التشريعي الجزئي فقط، وقضت بعدم دستورية النصوص فيما اغفلته أو فيما لم تتضمنه من أمور كان على المشرع تنظيمها، أو فيما تضمنته من قصور في التنظيم سواء ما تعلق بالعيوب الشكلية للصياغة التشريعية أم العيوب الموضوعية من نقص أو غموض أو تعارض من دون أن تمد نطاق رقابتها إلى كامل ما ورد بالنص التشريعي من أحكام وهذا يحتم على المشرع تلافي ما أغفله في النص ليكون موافقاً للدستور فالتنظيم القاصر في ذاته يشكل مخالفة للدستور ويحد من فعالية الحقوق التي ينظمها المشرع تنظيمياً قاصراً^(٣).

ولم تجد المحكمة الدستورية العليا صعوبة في مد رقابتها على هذه الصورة من صور الإغفال التشريعي لأنها تراقب نصوص موجودة بالفعل وإن كان المشرع قد اغفل بعض جوانبها ولكنه لم يسكت عنها نهائياً كما في حالة الإغفال الكلي ومن ثم لا تتعارض هذه الصورة من الرقابة مع السلطة التقديرية للمشرع لأن الرقابة تنصب على التشريع بعد خروجه من اختصاص المشرع^(٤) ومن تطبيقات المحكمة الدستورية العليا في هذا المجال حكمها في موضوع الإشراف القضائي على انتخابات أعضاء مجلس الشعب، إذ كانت المادة (٨٨) من دستور ١٩٧١ قبل التعديل تنص على أن يحدد القانون الشروط الواجب توافرها في أعضاء المجلس وبين أحكام الانتخاب والاستفتاء على أن يجري الاقتراع تحت إشراف أعضاء من هيئة قضائية، إلا أن القائمين على عملية الاقتراع قصرُوا الإشراف القضائي للقضاة على اللجان العامة دون اللجان الفرعية التي كان يسند ترأسها لأفراد من غير أعضاء الهيئات القضائية بحجة عدم كفاية أعداد القضاة لتشكيل اللجان الفرعية الخاصة بالإشراف على الانتخابات، وتارة أخرى من خلال تفسير كلمة (الإشراف) تعني النظر في مكان عال وهذا معناه اقتصر الإشراف القضائي على اللجان العامة فقط دون الفرعية، وأن إشراف القضاة على الانتخابات العامة والفرعية من شأنه جعل الانتخابات على مراحل وتأخير أعمال الدولة لمدد طويلة، ولذلك تم الطعن بالمادة (٢٤) من القانون رقم

(١) ينظر : د رفعت عبد سيد - المصدر السابق - ص ٤٧٠ و ص ٤٧١.

(٢) ينظر : د. عوض المر - الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية - مركز رينيه - جان ديبوي للقانون والتنمية - ٢٠٠٣ - ص ١٤١٦، كذلك ينظر : أيناس كمال كامل - حدود وضوابط السلطة التقديرية للمشرع وأسس الرقابة عليها - أطروحة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ٢٠١٦ - ص ٢٤٧.

(٣) ينظر : د. عبد العزيز محمد سلمان - رقابة الإغفال في القضاء الدستوري - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد (١٥) - السنة السابعة - أبريل - ٢٠٠٩ - ص ٧٠، كذلك ينظر لنفس المؤلف - رقابة الإغفال في القضاء

الدستوري - بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.hccourt.gov.cg - المصدر السابق - ص ١٦.

(٤) ينظر : أيناس كمال كامل - المصدر السابق - ص ٢٥٣.

(٧٣) لسنة ١٩٥٦ لبيان مدى دستورية ما تضمنته من جواز تعيين رؤساء اللجان الفرعية من غير أعضاء الهيئات القضائية، إذ أكدت المحكمة في حكمها الصادر عام ٢٠٠٠ على أن الغاية من وجوب إجراء الاقتراع تحت إشراف أعضاء من هيئة قضائية هو لأهمية هذه العملية في نظر المشرع الدستوري وما يترتب على الإشراف القضائي من ضمان مصداقية الانتخابات وتحقيق غاياته كون القضاة هم الأقدر على ممارسة هذا الإشراف بما جبلوا عليه من الحيطة وعدم الخضوع لغير ضمايرهم حتى يتمكن الناخبون من اختيار ممثلهم في مناخ تسوده الطمأنينة وهذا يقتضي أن يكون الإشراف فعلياً لا صورياً بما في ذلك الاقتراع في اللجان الفرعية لضمان سلامة النتائج وعدم التلاعب فيها وأكدت عدم جواز التعذر لرئاسة أعضاء الهيئات القضائية للجان الفرعية بعدم كفاية عددهم، ذلك أنه إذا ما تطلب الدستور أمراً فلا يجوز التذرع بالاعتبارات العملية لتعطيل حكمه بزعم استحالة تطبيقه لأن في ذلك إهدار للدستور وقد انتهت المحكمة إلى عدم دستورية النص الطعين، إذ جاء في حيثيات حكمها (...) ومن ثم يضحى النص المطعون عليه قاصراً عن الوفاء بما تطلبه الدستور من إشراف أعضاء من هيئات قضائية على الاقتراع، مهدراً بذلك ضمانات رئيسية تتعلق بحقي الترشيح والانتخاب وبالتالي يكون مخالفاً لأحكام المواد (٣، ٦٢، ٨٨) من الدستور...^(١).

ومن تأمل الحكم المذكور نجد أن المحكمة الدستورية العليا قد باشرت رقابتها على النص الطعين من قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية وما شابه من قصور في التنظيم أهدر ضمانات رئيسية كفلها الدستور لمباشرة حقي الانتخاب والترشيح في ظل إجراءات نزيهة وشفافة تشرف عليها جهة محايدة هي جهة القضاء، كما أدان الحكم المذكور مسلك المشرع في التنظيم الناقص وترجيح الاعتبارات العملية المزعومة لتبرير إستبعاد القضاء عن الإشراف في انتخابات اللجان الفرعية، لتعطيل حكم الدستور وضماناته، كذلك ترتب على صدور هذا الحكم دفع المشرع لتعديل مسلكه التشريعي المخالف للدستور وبالفعل أصدر رئيس الجمهورية القرار بقانون بالعدد (١٦٧) لسنة ٢٠٠٠ الذي يقضي بتولي أعضاء الهيئات القضائية أمر اللجان الفرعية^(٢).

أما المحكمة الاتحادية العليا في العراق : فإنها على الرغم من حداثة تشكيلها وحداثة تجربتها في مجال الرقابة المركزية على دستورية القوانين مقارنة بالرقابة على دستورية القوانين في فرنسا ومصر وأمريكا وإيطاليا وغيرها من الدول إلا أننا نستطيع القول إنها بدأت من حيث انتهى الآخرون مستفيدة من التجارب القضائية والفقهية في مجال رقابة الإغفال التشريعي فهي لا تراقب خارج نطاق الدستور، كما أنها قصرت رقابتها على الإغفال الجزئي ولم تمد رقابتها إلى حالات الإغفال الكلي عن إصدار التشريعات على الرغم من وجود الزام دستوري بالتشريع ومن هذه التشريعات على سبيل المثال قانون المحكمة الاتحادية العليا ذاتها^(٣) وقانون مجلس الاتحاد^(٤) وقانون محاكمة رئيس وأعضاء السلطة التنفيذية^(٥). إذ إن غياب القانون المذكور – أي قانون محاكمة رئيس وأعضاء السلطة التنفيذية – سبب فراغ تشريعي حال من دون معالجة سكوت رئيس الجمهورية الذي هو رئيس الدولة ورمز وحدة العراق ويمثل سيادة البلاد والمسؤول عن ضمان احترام الدستور واستقلال العراق وسيادته ووحدته وسلامة أراضيه وفقاً لأحكام الدستور^(٦) في ضوء تداعيات إجراء الاستفتاء لانفصال إقليم كردستان العراق عن

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١١ لسنة ١٣/قضائية/دستورية) في ٢٠٠٠/٧/٨ أشار إليه د. رفعت عيد سيد – المصدر السابق – ص ٤٧٥.

(٢) ينظر : د. رفعت عيد سيد – المصدر السابق- ص ٤٧٦.

(٣) المادة (٩٢/ثانياً) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٤) المادة (٦٥) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٥) المادة (٦١/سادساً) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٦) المادة (٦٧) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥.

عن اتخاذ إجراء حاسم للحفاظ على وحدة العراق واستقلاله وأيضاً قانون النفط والغاز^(١) وغيره من القوانين المهمة ذات الصلة بالواقع الدستوري والسياسي والاقتصادي والاجتماعي، ومن استقراء أحكام المحكمة الاتحادية العليا نجد أنها عطلت نصوص قانونية لأسباب تتعلق بالشكل الدستوري لصدورها ولتعلقها بموضوع الأحكام الواردة فيها فضلاً عن دورها في سد النقص والفراغ التشريعي في بعض القوانين التي طالها الإغفال التشريعي^(٢) ومن قرارات المحكمة الاتحادية العليا الجامعة لضوابط الرقابة في حدود الدستور والرقابة على الإغفال الجزئي مع تبني فكرة الإلغاء الجزئي، عندما ينصب منطوق الحكم بعدم الدستورية على جزء من النص التشريعي المطعون فيه أو على فقرة أو عبارة منه أو على مجرد أبعاد القاعدة القانونية التي يتضمنها النص طالما أن نصوص أو أجزاء التشريع الباقية لا تؤثر في تطبيق القانون أو تحقيق آثاره^(٣) والغاية من ذلك تجنب إلغاء النص بالكامل لعدم دستوريته وتقليل المساس وإحراج السلطة التشريعية قدر الإمكان هو حكمها الصادر عام ٢٠٠٧، إذ قررت المحكمة إلغاء الفقرة (رابعاً) من المادة (١١) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل لأن هذه الفقرة أغفلت مبدأ عدم جواز تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن الوارد في المادة (١٠٠) من الدستور كون الفقرة المذكورة عدت فرض عقوبة (الإنذار) بآلة^(٤) ومن خلال استقراء النص المذكور نلاحظ أن المحكمة الاتحادية العليا قد راقبت النص المذكور في إطار نصوص الدستور لا خارجه وقضت بإلغاء مخالفته المادة (١٠٠) من الدستور^(٥)، كما أنها بسطت رقابتها على الإغفال الجزئي للنص، فالمشروع سبق وأن نظم موضوع المخالفات والعقوبات الانضباطية وجهة فرضها وضمانات فرض العقوبة ومنها التظلم والطعن أمام محكمة قضاء الموظفين بموجب قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام سابق الذكر، إلا أن هذا التنظيم كان قاصراً لأنه أصبح لا يتوافق مع الضمانات الدستورية الواردة في دستور ٢٠٠٥ لأن من شأن بقاء النص المذكور إهدار هذه الضمانات وتقليل فاعلية حق الدفاع للموظف لأن المادة (١٠٠) من الدستور حضرت تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن وقرار فرض عقوبة الإنذار من القرارات الإدارية التي يجب أن تكون قابلة للطعن وغير بآلة لأن الغاية من التشريع هو كفالة لحقوق ومنها حق الدفاع وزيادة فاعليتها، كذلك نلاحظ أن المحكمة قد لجأت إلى أسلوب الإلغاء الجزئي للنص المخالف للدستور من دون أن تتعرض للقانون كله طالما أمكن فصل هذا النص عن التشريع فإلغاء الفقرة (رابعاً) من المادة (١١) من القانون المذكور يشير إلى أخذ المحكمة الاتحادية بفكرة الإلغاء الجزئي دون المساس بالتشريع كله طالما أمكن فصله ولا يرتبط بهذا النص ارتباطاً قابلاً للتجزئة^(٦).

(١) المادة (١١٢) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ والتي نصت على أن (أولاً : تقوم الحكومة الاتحادية بإدارة النفط والغاز المستخرج من الحقول الحالية مع حكومات الاقاليم والمحافظات المنتجة على أن توزع وارادتها بشكل منصف يتناسب مع التوزيع السكاني في جميع أنحاء البلاد، مع تحديد حصة لمدة محددة للأقاليم المتضررة، والتي حرمت منها بصورة مجحفة من قبل النظام السابق، والتي تضررت بعد ذلك، بما يؤمن التنمية المتوازنة للمناطق المختلفة من البلاد وينظم ذلك بقانون).

(٢) ينظر : القاضي سالم روضان الموسوي - الدستور والقانون والقضاء - خواطر نقدية - نشر وتوزيع مكتبة الصباح - بغداد - ٢٠١٦ - ص ١٨٥.

(٣) ينظر : د. أحمد فتحي سرور - المصدر السابق - ص ٢٧٤، وكذلك ينظر : جواهر عادل العبد الرحمن - المصدر السابق - ص ٢٧٢.

(٤) قرار المحكمة الاتحادية العليا (٤٠/اتحادية/٢٠٠٧) في ٢٠٠٧/٧/٢، ينظر : القاضي جعفر كاظم المالكي - المرجع المرجع في قضاء المحكمة الاتحادية العليا - العاتك لصناعة الكتاب - القاهرة - ٢٠١١ - ص ٤١.

(٥) نصت المادة (١٠٠) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ على أن (يحضر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن).

(٦) أن فكرة الإلغاء الجزئي للنص المخالف للدستور هي فكرة مستعارة من القانون الإداري، ففكرة الإلغاء الجزئي أو النسبي للقرارات الإدارية معروفة في القضاء الإداري حيث ينصب الإلغاء الجزئي للقرار الإداري على الجزء المعيب من القرار الإداري المطعون فيه إذا كان ذلك ممكناً فإن استحالة الإلغاء الجزئي فيحكم بالإلغاء الكلي، لمزيد

المطلب الرابع

أعمال قرينة الدستورية لصلحة التشريع

المقصود بقرينة الدستورية : هي افتراض دستورية التشريع محل الطعن، فالأصل أن التشريع الصادر من السلطة التشريعية المختصة موافق للدستور شكلاً وموضوعاً ومن ثم فإن من يدعي خلاف ذلك أن يقدم الأدلة والمبررات والمسوغات القانونية المقنعة والجدية لاثبات حالة عدم الدستورية لأنه يدعي خلاف الأصل وهو دستورية القانون، وهذا يقتضي في حال وجود فراغ أو فجوة تشريعية أن يقوم القاضي بسد هذه الفجوة بما يتوافق وأحكام الدستور وتجنب الحكم بعدم الدستورية ومن هنا كانت رقابة الإغفال التشريعي لا تتحرك إلا في حالات الضرورة التي يعجز فيها القاضي عن مثل هذه المعالجة، أو كان التعارض بين القانون والدستور واضحاً وقطعياً بحيث لا يبقى مجال معقول لاحتمال دستورية القانون^(١)، كذلك الحال إذا وجد تفسير يشير إلى وجود تعارض مع الدستور والثاني لا يشير فإنه يتوجب ترجيح التفسير الأخير -الموافق لأحكام الدستور- أعمالاً لقرينة دستورية التشريع مع ضرورة التمييز بين حالتين، الأولى : في حال عدم وضوح القاعدة فيجب على القاضي الدستوري تفسيرها بما يتوافق مع أحكام الدستور أعمالاً لقرينة الدستور على افتراض أن المشرع لا يضع قاعدة مخالفة للدستور، والحالة الثانية : عدم وضوح القاعدة القانونية الواردة في النص الدستوري كونها تحتمل أكثر من تفسير، وهنا على القاضي أن يأخذ بالتفسير الأقرب أو الأكثر توافقاً مع نصوص الدستور وبالتالي يتوجب الابتعاد قدر الإمكان عن الحكم بعدم الدستورية قدر الإمكان ليكون مقصوراً على الاحوال التي يكون فيها التعارض أو المخالفة مع النص الدستوري واضحة وغير قابلة للجدل أو الاستبعاد، وقد أكد القاضي الأمريكي جيمس برادلي تايلور (James Bradley Thayer) بوجود أن يتوقى القاضي الدستوري الحكم بعدم دستورية القوانين التي يشك في دستوريتها، وأن الحكم بعدم الدستورية يجب أن ينصب على النصوص التي تكون عدم دستوريتها واضحة للغاية ولا مجال لعدّها دستورية وذلك لتجاوز المشرع الخطأ البسيط إلى خطأ يثير اللبس أو الخلاف^(٢)، ومما تقدم فإن القاضي الدستوري لا يستطيع مباشرة رقابة الإغفال التشريعي إلا عند الضرورة وعجزه عن تفسير النص تفسيراً مقارباً وموافقاً للدستور، وفي حال غموض النص أو وجود تعارض بين تفسيرين أحدهما يجعل القانون محل الطعن موافق للدستور والثاني غير موافق له فعلى القاضي الدستوري أن يلجأ لترجيح النص الموافق للدستور لضمان عدم استبعاد النص أو القانون المطعون فيه أو ألغائه بسبب الإغفال أو النقص أو الفراغ التشريعي الذي يشوبه.

وفي مصر : فقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على القاعدة التي تقضي بأن كل قرينة ممكنة يجب أن تكون لصالح دستورية التشريع المطعون عليه ما لم تنقض هذه القرينة بدليل قطعي يكون بذاته نافياً على وجه الجزم لدستورية النص المطعون عليه^(٣)، إذ جاء في حكم لها صدر عام ١٩٩٤ ما يأتي : (...الأصل في النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية بافتراض

من التفصيل ينظر : د. سليمان محمد الطماوي -القضاء الإداري - ك ١ - قضاء الالغاء - دار الفكر العربي - ط٧ - ٢٠١٣ - ص ٨٨٩ وما بعدها، كذلك ينظر :

د. عبد الغني بسيوني عبد الله - القضاء الإداري - دار المعارف في الاسكندرية - ط ٣ - ٢٠٠٦ - ص ٧٠١.
(١) ينظر : د. ثروت عبد العال أحمد - السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا - دار النهضة العربية - ٢٠٠٤ - ص ٣٤.

(٢) ينظر : د. عبد أحمد الحسان - قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي الدستوري - بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون - العدد (٤٨) - أكتوبر - ٢٠١١ - ص ١٧٣ و ص ١٧٦ و ص ١٧٧.

(٣) المستشار أحمد بليغ حمدي أحد رؤساء المحكمة الدستورية العليا في مصر أشار إليه د. عبد العزيز محمد سالمان - ضوابط وقيود الرقابة الدستورية - المصدر السابق - ص ٢٤٥.

مطابقتها للدستور ومن ثم لا يجوز أن يكون سريانها مترخياً، بل يكون انفاذاً - اعتباراً من تاريخ العمل بها - لازماً، ولا يجوز أن يكون مجرد الطعن عليها موقفاً لأحكامها أو مانعاً من فرضها على المخاطبين بها...^(١).

أما في العراق : فإن المحكمة الاتحادية العليا قد أخذت بقرينة الدستورية كضابط في منهاج رقابتها على دستورية القوانين وكضابط في رقابة الإغفال التشريعي، إذ إنها لم تلجأ لالغاء نص تشريعي أو استبعاده أو الحكم بعدم دستوريته بسبب ما شابه من إغفال إلا بعد التحقق من وجود تعارض واضح لنصوص الدستور وخرق صارخ لمواده والمبادئ التي تضمنتها ولم تكتفِ المحكمة الاتحادية بتقرير عدم دستورية النص الذي شابه إغفال تشريعي انتقص من الحقوق والحريات التي كفلها الدستور بل أصدرت أوامر ملزمة لرئيس السلطة التشريعية (إضافة لوظيفته) لتشريع نص يؤمن تطبيق نصوص الدستور واحترامها وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا في قرارها المرقم (٦٧/اتحادية/٢٠١٢) في ٢٢/١٠/٢٠١٢ الذي جاء في حيثيات قرارها المذكور أنفاً ما يأتي : (... ولدى دراسة المحكمة الاتحادية العليا لنص الفقرة (خامساً) من المادة (١٣) من القانون المشار إليه وتحليل نتائج تطبيقه على أرض الواقع خلال الانتخابات الجارية للمجالس وجد أنه يخالف حكم المادة (٢٠) من الدستور التي منحت المواطنين رجالاً ونساءً حق التصويت والانتخاب لمن يريدونه من المرشحين معبراً عن إرادتهم في تسير شؤون مناطقهم من خلال صناديق الانتخابات، وأن عملية تحويل صوت الناخب من المرشح الذي انتخبه إلى مرشح آخر من قائمة أخرى لم تتجه إرادته لانتخاب مرشحها تشكل خرقاً ومخالفة لأحكام المادة (٢٠) من الدستور والمادة (٣٨/أولاً) منه التي كفلت هي الأخرى ضمان حرية التعبير عن الرأي ويشكل خرقاً لأحكام المادة (١٤) من الدستور التي كفلت المساواة بين الطرفين أمام القانون، فحرمان المواطن من إعطاء صوته لمن يريد، وإعطاء مواطن آخر حق إعطاء صوته لمن أراد، يخل بمبدأ المساواة المنصوص عليها في المادة (١٤) من الدستور المتقدم ذكرها وتخل بمبادئ الديمقراطية التي تبناها دستور جمهورية العراق وحظر بموجبها سن قانون يتعارض معها في المادة (٢/أولاً/ب)، وبناءً على ما تقدم وحيث ثبت من النصوص الدستورية المتقدم ذكرها أن الفقرة (خامساً) من المادة (١٣) من قانون انتخابات مجالس المحافظات والاقضية والنواحي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٨ تتعارض معها وتخرق مضامينها لذا قرر الحكم بعدم دستوريته، ... والزام المدعى عليه إضافة لوظيفته تشريع نص يؤمن تطبيق أحكام المواد الدستورية المتقدم ذكرها بديلاً عن نص الفقرة (خامساً) من المادة (١٣) المتقدم ذكرها بحيث يعطي المواطن حق التصويت لمن يريد ولا يحول صوته لمن لم تتجه إرادته لانتخابه...^(٢).

ومن استقراء مضامين القرار المذكور يمكن أن نستخلص ضمناً ضوابط رقابة الإغفال التشريعي للمحكمة الاتحادية العليا وعلى النحو الآتي :

- ١- إنها مارست رقابتها في نطاق الدستور لا خارجه إذ أشارت المحكمة في حيثيات قرارها إلى مبدأ المساواة أمام القانون وحرية التعبير عن الرأي ومبادئ الديمقراطية وهي مفاهيم ومبادئ وحريات وإرادة في صلب الوثيقة الدستورية ولم تلجأ المحكمة لمد نطاق رقابتها اعلانات حقوق الإنسان العالمية والإقليمية أو موثيق الأحزاب السياسية.
- ٢- إن المحكمة الاتحادية العليا مارست رقابة الإغفال الجزئي على فقرة ضمن مادة وردت في تشريع ينظم انتخابات مجالس المحافظات رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٨ وهي الفقرة (الخامسة) من المادة (١٣) المطعون عليها بعدم دستوريته فهي مارست رقابتها على نص موجود وتم تطبيقه بالفعل إلا أن هذه

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٦/قضائية/منازعة/تنفيذ) في ١٩٩٤/٥/٧ أشار إليه د. عبد العزيز محمد سالمان - ضوابط وقيود الرقابة الدستورية - المصدر السابق - ص ٢٤٦.

(٢) مجلة التشريع والقضاء - أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٢ - المصدر السابق - ص ٧٣ وما بعدها.

الفقرة كانت قاصرة عن توقع ما يترتب على تطبيقها من نتائج تتعارض مع الدستور وهذا ما صرحت به المحكمة في قرارها بقولها (وتحليل نتائج تطبيقه على ارض الواقع خلال الانتخابات الجارية للمجالس وجد أنه يخالف حكم المادة (٢٠) من الدستور) فالمشرع لم ينظم موضوع توزيع الاصوات بشكل متكامل ومتوافق مع الدستور ومبادئ الديمقراطية التي نص عليها الدستور وحظر سن قانون يتعارض معها في المادة (٢/أولاً/ب) من الدستور، كما أنها لم تمد نطاق رقابتها لكامل النص أو التشريع لتمارس رقابة التصدي من تلقاء نفسها^(١).

٣- إن المحكمة الاتحادية العليا قد تبنت فكرة الالغاء الجزئي لفقرات من التشريع المطعون عليه بعدم دستوريته ولم تلجأ إلى الحكم بعدم دستورية النص كاملاً أو التشريع كاملاً، إذ اقتصر قرارها على الغاء الفقرة (خامساً) من المادة (١٣) من القانون المذكور فقط لتعارضها وخرق مضامين النصوص الدستورية المشار إليها في حيثيات القرار وبذلك راعت المحكمة الموازنة بين الاختصاص التقديري للسلطة التشريعية من جهة وبين موجبات احترام الدستور من جهة أخرى وبين ممارسة اختصاصها في الرقابة على دستورية القوانين من دون المساس بمبدأ الفصل بين السلطات وهي بذلك وضعت قيوداً ذاتية لنفسها لتحقيق هذا النوع من الموازنة.

٤- إن المحكمة الاتحادية العليا لم تلجأ لإصدار حكمها بعدم الدستورية إلا بعد أن تيقنت من وجود تعارض وخرق صارخ للدستور بحيث من الاستحالة تفسير هذه الفقرة تفسيراً متوافقاً مع الدستور أو إعطاء تفسيراً مقارباً له استناداً أو أعمالاً لقرينة الدستورية.

٥- إن المحكمة الاتحادية العليا لم تكتفِ بتقرير عدم دستورية هذه الفقرة - الفقرة الخامسة - من المادة (١٣) فحسب وإنما أصدرت توجيهاً ملزماً لرئيس السلطة التشريعية (إضافة لوظيفته) لإصدار تشريع يحل محل الفقرة المذكورة بما يؤمن تطبيق أحكام المواد الدستورية التي تعرضت للخرق بسبب الإغفال الذي شاب تنظيم هذه الفقرة وطريقة معالجة توزيع الأصوات مما تسبب في هدر الضمانات المقررة للناخبين في حرية التعبير عن آرائهم وإعطاء أصواتهم لمن يريدون من الناخبين.

(١) حول مفهوم رقابة التصدي وضوابطها وأساسها القانوني ينظر : د. يسري محمد العصار - التصدي في القضاء الدستوري - دراسة تحليلية مقارنة لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى - دار النهضة العربية - ١٩٩٩ - ص ٢٣ وما بعدها.

الخاتمة

في خاتمة بحثنا هذا الذي تناول ضوابط الرقابة على الاغفال التشريعي توصلنا إلى خلاصة معمقة تمثل جملة من الاستنتاجات والتوصيات ندرجها على النحو الآتي :

أولاً : الاستنتاجات :

١- الأصل أن الرقابة على دستورية القوانين هي رقابة فنية قانونية وليست رقابة ملائمة وبالتالي فهي لا تتدخل بتوقيعات وضرورات وبواعث وأهداف التشريع التي تُعد من أبرز مظاهر السلطة التقديرية للمشرع.

٢- إن سكوت المشرع أو ما يطلق عليه (بالصمت التشريعي) يخرج من نطاق رقابة الاغفال التشريعي كونه يدخل في نطاق الملاءمات فالسلطة التشريعية هي التي تحدد الوقت المناسب للتدخل بالتشريع وهي التي تحدد ضروراته وبواعثه وأغراضه، وبالتالي فإن سكوت المشرع غير المقترن بالزام دستوري بالتشريع يعد رخصة وليس قيداً على المشرع.

٣- إذا حدد المشرع الدستوري مدة زمنية توجب على المشرع إصدار تشريع قبل نهايتها، فإن سكوت المشرع يتحول إلى امتناع بعد انقضاء المدة الدستورية ويدخل في نطاق الرقابة على الاغفال التشريعي، باعتبار أن امتناع المشرع يمثل اغفال تشريعي كلي، ولذلك نجد أن القضاء الدستوري يتجنب مد رقابة الاغفال التشريعي إلى حالات الامتناع التشريعي ليتجنب المساس بالنطاق التقديري للسلطة التشريعية ما لم يوجد نص قانوني يبيح للقضاء الدستوري مراقبة امتناع المشرع عن اتخاذ تدابير تشريعية كان من الواجب عليه اتخاذها.

٤- إن رقابة الإغفال التشريعي فرع من فروع الرقابة على دستورية القوانين التي تستند في بعدها الفلسفي إلى مبدأ سمو الدستور، وبالتالي فهي تخضع كقاعدة عامة إلى نفس ضوابط الرقابة على دستورية القوانين والتي تتمثل في (الرقابة في إطار الدستور لا خارجه، أن لا تتعرض لبواعث التشريع وملاءماته، أن تنأى بنفسها عن الأعمال السياسية، وأن لا تتدخل إلا في حال وجود ضرورة قصوى أو مخالفة أو تعارض صارخ مع الدستور، مع أعمال قرينة الدستورية فالتشريع الذي يصدر عن البرلمان يفترض كونه موفق للقانون، وإن من يدعي خلاف ذلك عليه عبئ إثبات ذلك).

٥- إلى جانب الضوابط العامة للرقابة على دستورية القوانين نجد أن رقابة الاغفال التشريعي وبسبب خصوصية وحساسية هذا النوع من الرقابة، استقر القضاء الدستوري على اخضاع رقابته لضوابط تنسجم مع طبيعة الاغفال التشريعي وهذه الضوابط هي (الرقابة في حدود الدستور لا خارجه، عدم مباشرة الرقابة على الاغفال الكلي (السكوت التشريعي)، مباشرة رقابة الاغفال التشريعي على الاغفال الجزئي (القصور التشريعي)، أعمال قرينة الدستورية لمصلحة التشريع) مع بعض الاستثناءات ترد على هذه الضوابط تبعاً لتوجهات كل قضاء، فعلى سبيل المثال مارست المحكمة العليا الأمريكية رقابة الاغفال في حدود الدستور وخارجه، ومارست المحكمة الدستورية الألمانية رقابة الاغفال التشريعي على سكوت المشرع الألماني لفترة طويلة إزاء تنظيم مسألة تتعلق بواقع المجتمع الألماني دون أن يكون هنالك إلزاماً دستورياً بالتشريع، أما المجلس الدستوري الفرنسي فقد مارس رقابته على الاغفال التشريعي الجزئي (القصور التشريعي) ولم يمارس الرقابة على الاغفال

التشريعي الكلي (الامتناع التشريعي) ولم يمارس رقابته أيضاً على الاغفال التشريعي المدعم للحقوق والحريات العامة.

٦- فيما يتعلق بموقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق من ضوابط الرقابة على الاغفال التشريعي نستطيع القول أنها بدأت من حيث ما انتهى إليه القضاء الدستوري في فرنسا ومصر وأمريكا والمانيا وغيرها من الدول فهي لا تراقب خارج حدود الدستور، كما قصرت رقابتها على الاغفال الجزئي (قصور التشريع) ولم تمد رقابتها الى حالات الاغفال الكلي (الامتناع التشريعي) رغم وجود التزام دستوري بالتشريع وهناك العديد من النصوص الواردة في الدستور تضمنت التزاماً دستورياً بالتشريع إلا أنها لم تمارس رقابة الامتناع على المشرع العراقي وخير مثال على ذلك قانون المحكمة الاتحادية العليا ذاته وقانون محاكمة رئيس وأعضاء السلطة التنفيذية وقانون مجلس الاتحاد وغيرها من النصوص التي لم تأخذ طريقها إلى الحيز الخارجي رغم مرور فترة طويلة على صدور الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥، ورغم أن المحكمة الاتحادية العليا لم تشير إلى إغفال المشرع صراحة إلا أنها استخدمت عبارات تفيد النقص والقصور وقررت الغائها لعدم دستوريته، وأشارت في أحيان أخرى إلى الغياب الكلي للتشريع إلا أنها لم تتدخل لإدانة البرلمان عن هذا الامتناع رغم وجود الزام دستوري كما بينا آنفاً، كما نلاحظ أن هنالك تعارضاً في بعض أحكامها حول المسائل المسكوت عنها من قبل المشرع فتارة تعتبر هذا السكوت مجرد خيار تشريعي يدخل في الاختصاص التقديري للمشرع العراقي، وتارة تؤثر غياب النص أو التشريع دون أي إجراء إيعازي أو تنبيهي ومرات أخرى تلغي النص لما أصابه من إغفال تشريعي للقواعد الشكلية والموضوعية الواردة في الدستور دون الإشارة إلى حالة الاغفال التشريعي بعبارات صريحة.

ثانياً : التوصيات :

١- ندعو المحكمة الاتحادية العليا إلى بلورة منهاج خاص برقابة الاغفال التشريعي فيما يتعلق بضوابط الرقابة أو وسائل مواجهة الاغفال التشريعي وعدم الاكتفاء بتنبيهه أو توجيه السلطة التشريعية، وإنما التدخل للزام المشرع لتلافي حالات الاغفال التشريعي خلال مدة زمنية محددة أو بخلاف ذلك تعلن عدم دستورية النص أو القانون محل الطعن لتقليل حالات عدم الدستورية وبالتالي تقليل التماس باختصاص المشرع.

٢- ندعو المحكمة الاتحادية العليا إلى عدم اللجوء لحالة إعلان عدم دستورية النص أو القانون الطعين، والاقتصار على الأحوال التي يكون فيها التعارض أو المخالفة للنص الدستوري واضحة وغير قابلة للجدل والاستبعاد، طالما بالإمكان تفسير النص أو القانون المطعون بعدم دستوريته تفسيراً متوافقاً مع نصوص الدستور، مع إمكانية اللجوء للتفسير المنشئ لتلافي الاغفال أو القصور في النص لتجنب إعلان عدم دستوريته، ولذلك فإن القاضي الدستوري لا يلجأ إلى رقابة الاغفال التشريعي إلا عند الضرورة أو عجزه عن تفسير النص تفسيراً مقارباً أو موافقاً للدستور، فالأصل في النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية بافتراض مطابقتها للدستور، أما النصوص التشريعية التي تكون عدم دستوريته واضحة ولا تقبل الشك أو اللبس فيجب إخضاعها للرقابة الدستورية لتجاوز خطأ المشرع الذي يثير اللبس أو الخلاف.

٣- ندعو المحكمة الاتحادية العليا إلى عدم مباشرة رقابة الاغفال التشريعي على الاغفال المدعم للحقوق والحريات العامة، لأن من شأن هذا الاغفال توسيع نطاق الإباحة لهذه الحقوق والحريات وإن إخضاعها للرقابة من شأنه تقييدها والحد من نطاق ممارستها والتمتع بها.

٤- ندعو المحكمة الاتحادية العليا إلى عدم الاكتفاء بالرقابة على الاغفال التشريعي الجزئي (القصور التشريعي)، وإنما مد نطاق رقابتها إلى حالات الامتناع التشريعي للبرلمان، فامتناع المشرع المقترن بالزام دستوري بالتشريع يخرج من نطاق الملاءمات ويدخل نطاق الرقابة على دستورية القوانين، لامتناع المشرع عن إصدار تشريع كان من الواجب عليه إصداره، وهذه تعد مخالفة للدستور تستوجب إدانة البرلمان سياسياً، ويكون تدخل المحكمة الاتحادية العليا واجباً انطلاقاً من مبدأ سمو الدستور ووجوب احترام قواعده.

٥- ندعو المحكمة الاتحادية العليا إلى ضرورة تبني رقابة الاغفال التشريعي المخالف لنص تشريعي سابق، فأى تشريع لاحق يجب أن لا يتضمن إغفالاً ل ضمانات أو حقوق مقررة بموجب القوانين السابقة، وكذلك الحال بالنسبة للقوانين التي تصدر حديثاً وتتضمن نصوصاً تشريعية تقلل أو تحد أو تقيد من الضمانات والحقوق والمقررة بموجب نصوص سابقة.

٦- ندعو المحكمة الاتحادية العليا إلى مباشرة رقابة الاغفال التشريعي على حالات سكوت المشرع الطويلة، فسكوت المشرع غير المقرون بالزام دستوري وإن كان من قبيل الملاءمات التي تعد من أخص مظاهر السلطة التقديرية للمشرع، إلا أن السكوت عن إصدار تشريعات ضرورية يتطلبها الواقع السياسي والاقتصادي والاجتماعي لفترات طويلة من شأنه أن يثير مشاكل في هذه المجالات أو تعميق المشاكل القائمة.

ومن الله العون والتوفيق

المصادر

أولاً : الكتب القانونية :

١. د. إحسان حميد المفرجي ود. كطران زغير نعمة ود. رعد ناجي الجدة - النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق - المكتبة القانونية - ط ٢ - ٢٠٠٧.
٢. د. احمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - دار الشروق - ط ١ - القاهرة - ١٩٩٩.
٣. د. أحمد كمال أبو المجد - الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري - مكتبة النهضة المصرية - ١٩٦٠.
٤. القاضي جعفر كاظم المالكي - المرجع في قضاء المحكمة الاتحادية العليا - العاتك لصناعة الكتاب - القاهرة - ٢٠١١.
٥. جواهر عادل العبد الرحمن - الرقابة الدستورية على الاغفال التشريعي - دار النهضة العربية - ٢٠١٦.
٦. حسام احمد هلال منصور - المجلس الدستوري الفرنسي - قاضي الانتخابات - حامي الحقوق والحريات - الرقيب على التشريعات - شرح تحليلي لأراء الفقه وقضاء المجلس الدستوري الفرنسي - دار النهضة العربية - ٢٠١٥.
٧. د. حميد حنون خالد - مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق - مكتبة السنهوري - ٢٠١٣.
٨. د. رفعت عيد سيد - الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية - دار النهضة العربية - ٢٠٠٩.
٩. د. زانا رؤوف حمة كريم - السياسة التشريعية في العراق - دراسة تطبيقية في التشريعات الدستورية - ط ١ - دار سروم للطباعة والنشر - السليمانية - ٢٠١٢.
١٠. القاضي سالم رمضان الموسوي - الدستور والقانون والقضاء - خواطر نقدية - نشر وتوزيع مكتبة الصباح - بغداد - ٢٠١٦.
١١. د. سامر عبد الحميد محمد العوضي - أوجه عدم دستورية القوانين في الفقه وقضاء المحكمة الدستورية العليا - دار المطبوعات الجامعية - ٢٠١٠.
١٢. د. سعاد الشرقاوي - القانون الدستوري وتطور النظام السياسي المصري - ك ١ - دار النهضة العربية - ٢٠١٣.
١٣. د. سليمان محمد الطماوي - القضاء الإداري - ك ١ - قضاء الالغاء - دار الفكر العربي - ط ٧ - ٢٠١٣.
١٤. د. عبد الحفيظ علي الشيمي - رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - بدون سنة نشر.
١٥. د. عبد العزيز محمد سالمان - ضوابط وقيود الرقابة الدستورية - سعد سمك للمطبوعات القانونية - ط ١ - ٢٠١١.
١٦. د. عبد الغني بسيوني عبد الله - القضاء الإداري - دار المعارف في الاسكندرية - ط ٣ - ٢٠٠٦.
١٧. د. عبد القادر الشخيلي - فن الصياغة القانونية - تشريعاً وفقهاً وقضاءً - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ١٩٩٥.
١٨. د. عز الدين الديناصورى ود. عبد الحميد الشواربي - الدعوى الدستورية - منشأة المعارف في الاسكندرية - بدون سنة طبع.

١٩. د. عصمت عبد المجيد بكر - أصول التشريع - دراسة في إعداد التشريع وصياغته - دار الشؤون الثقافية - بغداد - ١٩٩٩.
٢٠. د. عصمت عبد المجيد بكر - مشكلات التشريع - دراسة نظرية تطبيقية مقارنة - دار الكتب العلمية - ٢٠١٤.
٢١. د. عوض المر - الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية - مركز رينيه - جان ديوي للقانون والتنمية - ٢٠٠٣.
٢٢. د. كمال عبد الواحد الجوهري - القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي - دراسة تطبيقية مقارنة - المركز الاكاديمي الدولي - ط ١ - بدون مكان طبع - ١٩٩٤.
٢٣. د. محمد باهي أبو يونس - القضاء الدستوري - دار الجامعة الجديدة - ٢٠١٤.
٢٤. د. محمد عبد العال السناري - الاحزاب السياسية والأنظمة السياسية والقضاء الدستوري - دراسة مقارنة - بدون دار نشر - بدون سنة طبع.
٢٥. د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته - المركز القومي للإصدارات القانونية - ط ١ - ٢٠١٣.
٢٦. د. منذر الشاوي - الإنسان والقانون - الذاكرة للنشر والتوزيع - ط ١ - ٢٠١٥.
٢٧. د. منذر الشاوي - مدخل في فلسفة القانون - الذاكرة للنشر والتوزيع - ط ١ - بغداد - ٢٠١١.
٢٨. د. نعمان أحمد الخطيب - الوسيط في النظم السياسية القانون الدستوري - دار الثقافة للنشر والتوزيع - ط ١ - عمان - ٢٠٠٤.
٢٩. د. نوري لطيف - القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق - مطبعة علاء - ط ٢ - ١٩٧٩.
٣٠. د. يس عمر يوسف - استقلال السلطة القضائية في النظامين الوضعي والإسلامي - دار ومكتبة الهلال للطباعة والنشر - ط ١ - ١٩٩٥.
٣١. د. يسري محمد العصار - التصدي في القضاء الدستوري - دراسة تحليلية مقارنة لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى - دار النهضة العربية - ١٩٩٩.

ثانياً : البحوث والمقالات :

١. د. حميد حنون خالد - المحكمة العليا ودورها في بناء وحماية النظام الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية - كلية القانون - جامعة بغداد - المجلد السابع والعشرون - العدد الأول - ٢٠١٢.
٢. د. عبد العزيز محمد سلمان - رقابة الإغفال في القضاء الدستوري - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد (١٥) - السنة السابعة - أبريل - ٢٠٠٩.
٣. د. عيد أحمد الحسبان - قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي الدستوري - بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون - العدد (٤٨) - أكتوبر - ٢٠١١.

ثالثاً : الرسائل والأطاريح الجامعية :

- أبناس كمال كامل - حدود وضوابط السلطة التقديرية للمشرع وأسس الرقابة عليها - أطروحة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ٢٠١٦.

رابعاً : الدساتير :

١. دستور فرنسا لعام ١٩٥٨.
٢. دستور مصر لسنة ١٩٧١ الملغى.
٣. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
٤. دستور مصر لسنة ٢٠١٤.

خامساً : المواقع الالكترونية :

- رقابة الإغفال في القضاء الدستوري - بحث منشور على الموقع الالكتروني
www.hccourt.gov.cg