Tikrit University Journal For Rights Year (9) Vol (9) NO (4) Part (1) (2025) 497-532

ISSN: 2519 – 6138 (Print)
E-ISSN: 2663 – 8983(On Line)

TUJR
مجلة جامعة تكريت للحقوق
Tikrit University Journal for Rights

IRAQI Academic Scientific Journals
العراقية المجلات الاكاديمية العلمية

Tikrit University Journal for Rights
Journal Homepage : http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t

كلية القانون
College of Law

The extent of the legitimacy of the discretionary power of constitutional oversight in the event of legislative omissions in the Iraqi Constitution

Lectures .Dr. Amal Abdulrahman Ibrahim Al-Hashemi

General Directorate of Education of Kirkuk Governorate, Kirkuk, Iraq

Article info.

Article history:
- Received 14 August 2024
- Accepted 12 March 2025
-Available online 1 June 2025

Keywords:

-- Legislative neglect

Abstract: The Constitution is the supreme basic law that establishes the rules and principles upon which the system of government is based, defines the public authorities, outlines their functions, sets the limits and restrictions governing their activities, determines public freedoms and rights, and arranges the basic guarantees for their protection.

© 2023 TUJR, College of Law, Tikrit University

مدي شرعية السلطة التقديرية للرقابة الدستورية في حالة الاغفال التشريعي في دستور العراق

م.د. امل عبدالرحمن ابراهيم الهاشمي

المديرية العامة لتربية محافظة كركوك، كركوك ، العراق

معلومات البحث :

تواريخ البحث:
- الاستلام : ١٤/ آب/ ٢٠٢٤
- القبول : ١٢ / اذار/ ٢٠٢٥
- النشر المباشر: ١/حزيران/٢٠٢٥

الكلمات المفتاحية :

- **الاغفال التشريعي**

الخلاصة: يُعد الدستور هو القانون الأساسي الأعلى الذى يرسى القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم، ويحدد السلطات العامة، ويرسم لها وظائفها ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها، ويقرر الحريات والحقوق العامة، ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها.

© ٢٠٢٣, كلية القانون، جامعة تكريت

المقدمة : يُعد الدستور هو القانون الأساسي الأعلى الذى يرسى القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم، ويحدد السلطات العامة، ويرسم لها وظائفها ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها، ويقرر الحريات والحقوق العامة، ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها,

ومن أهم هذه الضمانات وجود قضاء دستورى، يحفظ علو الدستور وسموه، ويلزم كل سلطة حدودها الدستورية التى حددها الدستور لها, فمن أسباب نجاح القضاء الدستوري وازدهاره قيام المحكمة بوضع ضوابط أو قيود ذاتية تقيد فيه اختصاصها الرقابي وذلك بسبب الطبيعة الحساسة للرقابة الدستورية واقترابها من مناطق السلطات الأخرى ولاسيما التشريعية، وتجنباً للاحتكاك والنزاع وحفاظاً للمحكمة على مكانتها واحترام قراراتها كون السلطة القضائية في وضع غير مكافئ – أي اضعف من السلطات الأخرى تلجأ لوضع هذا النوع من المحددات الذاتية(١).

و اذا كانت السلطة التشريعية تتمتع بسلطة تقديرية واسعه في ممارسة اختصاصاتها التشريعية ، الا ان هذه السلطة كغيرها من السلطات ، ليست سلطة مطلقة او سلطة تحكمية لا قيد عليها ، ولكنها سلطة مقيدة ، تخضع للعديد من الضوابط والقيود التي يتعين الالتزام بها في تشريعاتها والا عد عملها عملا باطلا مخالفا للدستور متعينا بطلانه(٢)..

كما تعّد رقابة الاغفال التشريعي فرع من فروع الرقابة على دستورية القوانين ومن ثم فإنها تخضع من حيث الأصل إلى نفس ضوابط ومحددات الرقابة على دستورية القوانين العامة وُترتب على

(١) وخير مثال على هذه السياسة القضائية ما ذهب اليه القضاء الامريكي، إذ انتهجت المحكمة العليا سياسة وضع القيود الذاتية لمنع الاحتكاك بالسلطات الأخرى ولا سيما الكونجرس الاتحادي ولضمان هيبة أحكامها وحماية مبدأ الرقابة من النيل منه أو تقليصه وهذه القيود الذاتية اطلق علّها تسمية التقنيات القضائية لفض المنازعات الدستورية , راجعد. رفعت عيد سيد – الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في كل من فرنسا والولايات المتحدة الامريكية – دار النهضة العربية –٢٠٠٩– ص١٦٠ .

(٢)د. علي عيسى اليعقوبي، المحكمة الاتحادية العليا في العراق تكوينها وطبيعة الرقابة التي تمارسها, مجلة التشريع والقضاء , السنة ٤, العدد٤, ٢٠١٢, ص١١٨.

تجاوزها عّد الجهة المتولية للرقابة متجاوزة حدودها ومتداخلة في عمل واختصاصات السلطات الأخرى، وإلى جانب الضوابط العامة هنالك ما يعرف بالقيود الذاتية ، تضعها كل جهة رقابة لمنع احتكاكها وتداخلها مع السلطات الأخرى.

وسوف نتناول بيان ذلك في مبحثين:

المبحث الاول: حدود السلطة التقديرية للمشرع وأسس الرقابة عليها

المبحث الثاني: الرقابة الدستورية علي الإغفال التشريعي

رؤية على الشرع الثاني:-

المبحث الاول

حدود السلطة التقديرية للمشرع وأسس الرقابة عليها

تمهيد وتقسيم:-

يعد قيام المشرع بتنظيم الحقوق والحريات العامة من ضوابط السلطة التقديرية المفروضة على المشرع وان يكفل من خلال هذا التنظيم الحماية التي نص عليها الدستور لهذه الحقوق والحريات ، فاذا امتنع المشرع عن تنظيمها من خلال التشريعات ، او قام بتنظيمها بصورة قاصرة وذلك بإغفاله تنظيم احد جوانبها مما يؤدي الى الحد من فعالية الموضوع محل التنظيم كان ذلك اخلالا بالضمانات الدستورية لهذه الحقوق وتلك الحريات.

كما ان من ضمن هذه الضوابط ان يستخدم سلطته التقديرية في الحدود المرسومة لها فيهدف بها الى تحقيق المصلحة العامة دون ان يحيد بها عن هذا الغرض والا اصبح تشريعه كان معيبا بالانحراف متعينا ابطاله.

فالانحراف التشريعي يدور مع السلطة التقديرية للمشرع ، هو عيب قصدي يصيب غاية مصدر القانون فينحرف بغايته عن الصالح العام لتحقيق اغراض ذاتية ، تكون في الغالب غير مشروعة(١).

ولكن قد تراعي المحكمة الاتحادية العليا عند رقابتها علي السلطة التقديرية للمشرع الدستوري عند تنظيمه للحقوق الظروف التي قد تحيط به من ضرورات عملية واقعية التي صدر في ظلها التشريع , بحيث لا تصطدم مع النصوص الدستورية ، والحرص علي إقامة نوع من التوازن بين الشرعية الدستورية من جانب وبين الضرورات التي قد تحيط بالمشرع عند تنظيمه الحقوق(٢).

وسوف نتناول تقسيم هذا المبحث الي مطلبين

المطلب الاول: الانحراف التشريعي الدستوري في نطاق سلطة المشرع التقديرية

المطلب الثاني: الاغفال التشريعي في القضاء الدستوري العراقي

وذلك على النحو التالي:-

(١) عدنان فاضل ابراهيم ، عيب الانحراف التشريعي وتطبيقاته في التشريعات المالية والاقتصادية في العراق، رسالة ماجستير ، جامعة النهرين، ٢٠١٧, ص٩.

(٢) د. ابراهيم محمد الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة صلاح الدين – أربيل–، العراق، ٢٠١٣ ،ص.٢٢٣.

المطلب الاول

الانحراف التشريعي الدستوري في نطاق سلطة المشرع التقديرية

إن الرقابة على دستورية القوانين هي الضمانة الأكثر فاعلية لحماية الدستور من العبث به، وقد تصطدم هذه الرقابة بالأصل في التشريع وهو سلطة المشرع التقديرية , و استثناءا من ذلك سلطة المشرع المحددة بنصوص القانون , لذلك تعتبر رقابة الانحراف التشريعي من المواضيع الشائكة نظرا للمعوقات التي تجدها جهة الرقابة في الكشف عن التشريع المعيب بالانحراف التشريعي، ويهدف هذا البحث إلى تعزيز عمل جهات الرقابة في حماية الدستور من الخروج عليه سواء كان خروجا صريحا أو مستترا من أجل الوصول إلى الهدف المنشود المتمثل في ضمان احترام الدستور وحماية حقوق وحريات الأفراد من التعدي عليها.

وسوف نتناول بيان ذلك في فرعين:

الفرع الاول: مفهوم الانحراف التشريعي والرقابة الدستورية عليه

الفرع الثاني: مفهوم السلطة التقديرية في القضاء الدستوري

الفرع الاول

مفهوم الانحراف التشريعي والرقابة الدستورية عليه

يعد الانحراف التشريعي أحد أوجه الانحراف الذي يشمل أيضا كل من الانحراف الإداري والانحراف الدستوري، و يعد هذا الأخير أخطر أنواع الانحراف على الحقوق و الحريات العامة لعدم وجود وسيلة فعالة لصد هذا الانحراف، ويقصد به : " ذلك الانحراف الذي يقع في الحالات التي تصدر فيها الدساتير أو الإعلانات الدستورية من سلطة تأسيسية لا تعبر عن حقيقة المجتمع والتيارات السياسية فيه، وإنما تعبر عن فئة أو طائفة معينة، أو فكر إيديولوجي أو فكر سياسي أو فكر عسكري لا يعبر عن آمال المجتمع و تطلعاته، ويتم فرض هذه الدساتير أو الإعلانات الدستورية قسرا باستغلال سلطة التشريع التأسيسي الدستوري، التي لا تعبر عن مرجعية الحقيقية السائدة في المجتمع[١].

يعرف الانحراف اصطلاحا على أنه: " هو : " الخروج عن الهدف والغرض الذي تم اقراره من اجله، او هو انحراف القائم به عن طريق سلوكه مسلك إيجابي أو سليي وذلك بالخروج عن العرف المألوف والمتعارف عليه من عادات وسلوكيات[٢].

كما حاول فقه القانون العام وضع تعريف للانحراف التشريعي ، فقد عرفه البعض من الفقه بأنه : "استعمال السلطة المختصة بالتشريع سلطتها من أجل تحقيق غاية غير مشروعة، وذلك باستهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة، أو بابتغاء هدف اخر غير الهدف الذي حدده لها القانون[٣].

([١])د. رجب محمد السيد أحمد، الانحراف الدستوري و أثره على ممارسة الحقوق والحريات العامة، دار النهضة العربية، , ٢٠١٦ ،ص٥-٧.

([٢])د. عدنان فاضل ابراهيم، عيب الانحراف التشريعي وتطبيقاته في العراق, مرجع سابق، ص٤٥.

وعرفه البعض الاخر بأنه " استعمال السلطة التقديرية، لتحقيق غرض غير معترف له به[١] , وهناك من يري ان الانحراف التشريعي عمل قصدي من جانب السلطة التشريعية، أي أنها تسعى بإرادة واعية إلى تحقيق غاية أخرى غير التي من أجلها منحها الدستور سلطة التشريع"[٢].

ويري البعض ان الانحراف الدستوري هو استهداف سلطة التعديل الدستوري لمصلحة بعيدة عن روح الدستور العامة, او هو مجافاة السلطة التشريعية عمداً او اغفالاً ما اراد لها المشرع الدستوري اصبته من وراء تشريع القوانين تحقيقاً للغاية في نفسها[٣].

مما سبق نستنتج أن فكرة الانحراف بالتشريع ما هي الا امتداد لفكرة التعسف في استعمال الحق أو الاساءة في استعمال السلطة ، حيث يكون معني الانحراف بالتشريع مرادفا للتعسف او اساءة استعمال الحق والتي تقوم علي فكرة تجاوز استعمال الحق ، والذي يشكل بذلك ما يسمي انحرافاً, فالدستور كما يمكن أن يكون قيدا علي السلطة وسلاحا بيد الافراد يواجهون به تعسفها وانحرافها فانه قد يتحول أحياناً الي سلاح بيد السلطة تحكم به قبضتها علي الافراد بتفصيل أحكامه علي مقاسها، وتطويعه لخدمة أيديولوجياتها بما يضمن دوام خضوعهم لها[٤].

فالتعسف هو انحراف عن الحدود المقررة في الحق سواء أكان ذلك بقصد الاضرار بالغير، أو لتحقيق مصالح غير مشروعة، أو مصالح لا تتناسب مع مقدار الضرر الذي يصيب الغير بسببها.

مما سبق يمكن تمثيل الانحراف في مجال القضاء الدستوري علي معنين [٥]: الاول: يتمثل في العيب الذي يصيب ركن الغاية من التعديل؛ وهو العيب المستتر في استعمال سلطة التعديل، أو التعسف في استعمال السلطة ويمثل هذا المعني الضيق ، اما المعني الثاني يتمثل في عيوب شكلية وموضوعية تصيب التعديلات الدستورية وتسمى في هذه الحالة بالعيوب الدستورية" والتي تتمثل في مخالفة قواعد الاختصاص الدستوري، أو للإجراءات التي رسمها الدستور لعملية التعديل أو لخروجه علي قواعد موضوعية فرضها الدستور علي سلطة التأسيس او الانحراف عن الغاية التي يجب ان يقصدها من

---

(٣)د. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨،ص١٢٦-١٢٧ .

(١)د. يحيي الجمل, القضاء الدستوري في مصر , دار النهضة العربية, القاهرة, مصر, ٢٠٠٢, ص١٠٧..

(٢)د .ابراهيم محمد الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع, مرجع سابق, ص٢٣٢.

(٣) د. لؤي كريم عبد, معيار الانحراف التشريعي في ميزان القضاء الدستوري والاداري, مجلة الجامعة العراقية, العدد ٤٥, ج٣, ص٣٦٣.

(٤)د. رجب محمد السيد احمد ،الانحراف الدستوري و أثره علي ممارسة الحقوق والحريات العامة : دراسة تطبيقية علي دساتير مصر المتعاقبة دار النهضة العربية, القاهرة, ٢٠٠٦, ص٥

(٥)د. عدنان فاضل ابراهيم ، عيب الانحراف التشريعي وتطبيقاته في العراق, مرجع سابق ، ص٣٥.

ايجاد مجتمع منظم تحكمه مبادئ عليا خاصة بنظام الحكم هي دستور الدولة لا يجوز لاي سلطة تأسيس او تعديل ان تتخطاها[١]

فالانحراف نابع من خروج سلطة التعديل الدستوري عن القواعد المرسومة مسبقا للسلطة في اختصاصاتها مجاوزة أو اعتداء علي السلطة التأسيسية الاصلية وذلك لخدمة أغراض مختلفة للنظام الحاكم او لفئة معينة او انتماء سياسي محدد علي حساب مصالح الامة وحماية الحقوق والحريات [٢].

مما سبق يظهر أن الانحراف الدستوري عيب غائي يصيب الدستور في جوهره وروحه العامة، عندما يستهدف واضعو الدستور تحقيق مصلحة فئوية أو حزئية، غير ما تقتضيه المصلحة العامة، وغير مقصودة لدي المؤسس الاصيل وهو الشعب، وذلك يصير الفقه الدستوري إلي أنه عيب عسير الاثبات لصدوره من جمعية تأسيسية يفترض فيها قرينة المشروعية والسلامة [٣].

بالاضافة الي ان عيب الانحراف الدستوري يمكن ان يكون عيب قصدي غائي وذلك الذي يصيب ركن الغاية , ويمكن ان يكون عيب خفي غير ظاهر كما يمكن ان يكون عيب احتياطي

ويكون العيب قصديا اذ انصرف الي قصد المشرع بارادة واعية ومقصودة تحقيق غايات اخري غير تلك التي كان يجب عليه السعي اليها والتي من اجلها تم منحه السلطة بمقتضي الدستور ، والمتمثلة في تحقيق الصالح العام[٤]، وهذا العنصر يميز هذا العيب عن غيره من العيوب الأخرى التي تمس التشريع، فهذا القصد يجب إقامة عليه الدليل– لأنه غير مفترض او انه عيب مستتر وذلك من خلال وجوب أن يثبت ان المشرع قد تعمد تحقيق هدف أخر غير المفترض ان يصل إليه [٥].

ويترتب علي اعتبار ان عيب الانحراف التشريعي بأنه عيب خفي هو تمتعه بميزة الاحتياط، فهو بذلك يعد عيب من العيوب الاحتياطيه والذي لا يلجأ اليه القاضي الدستوري الا في حالة خلو القانون من بقية العيوب، ويرجع سبب ذلك إلى أمرين هما : يتعلق الأول بأن مخالفة الدستور بشكل مباشر تكون كافية بذاتها لإبطال كل نص تشريعي مخالف له، وأن البحث عن عيب الانحراف التشريعي هو مجرد زيادة صياغة فنية في الحكم, أما الأمر الثاني يتعلق بجهة الرقابة على دستورية القوانين التي عليها عند ممارسة الرقابة توخي الحذر في إثارة عيب الانحراف التشريعي، لان الحكم على تشريع ما

---

(١)د.عصمت عبد الله الشيخ : مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠٩ ، ص ١٦.

(٢)د. رجب محمد السيد احمد ،الانحراف الدستوري و أثره علي ممارسة الحقوق والحريات العامة , مرجع سابق, ص٦.

(٣)د. يحيي الجمل, القضاء الدستوري في مصر, مرجع سابق, ص٢٠٨..

(٤)د. محمد رفعت عبدالوهاب, رقابة دستورية القوانين, مرجع سابق, ص١٥٤.

(٥)د. رومان خليل رسول، اختصاص القضاء الدستوري برقابة الانحراف التشريعي – دراسة مقارنة–، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠١٨ ، ص.٢٦.

بالانحراف التشريعي يعني أن السلطة المختصة بالتشريع غير أمينة على مسؤوليتها بحيادها عن تحقيق المصلحة العامة[١].

الفرع الثاني

مفهوم السلطة التقديرية في القضاء الدستوري

تلتزم السلطة التشريعية كغيرها من السلطات في الدولة بقواعد الدستور واحكامه ، ولا يعني هذا ان السلطة التشريعية تعمل بصورة الية لا مجال فيها للتقدير ، ولكن الواقع انها تتمتع بقدر من الحرية بحيث تكون قادرة على مواجهة التغييرات والتطورات التي تطرأ على المجتمع بصورة يومية ، والذي يفرضه تقدم الحياة البشرية في كل مجالات الحياة.

ومن اجل وضع نوع من التوازن بين مبدأ المشروعية وضرورة احترام السلطة التشريعية للدستور ، وبين ضرورة تمتعها بقدر من الحرية لمواجهة تطورات المجتمع ، وبالتالي ممارسة اختصاصاتها ووظيفتها التشريعية على اكمل وجه ، فقد نشأت فكرة السلطة المشرع التقديرية.

فسلطة المشرع التقديرية سلطه نظمها القانون لا تستخدم إلا في نطاق الدستور ومن ثم فإنها تخضع لرقابة المحكمة الدستورية العليا للنظر في مدي استخدام المشرع للسلطة في نطاق أحكام الدستور ومبادئه, وتمثل حريه المشرع في الاختيار وتحديد ضرورة التشريع وبواعثه وتوقيتات سنه ضمن الاطار الذي رسمه الدستور له .

ومن هذا المنطلق كان لابد من تمتع السلطة التشريعية بسلطة تقديرية في ممارسه اختصاصاتها التشريعية ، وذلك حتى يتمكن اعضائها من ممارسة وظائفهم التشريعية وفقا لأحكام الدستور ونصوصه ، وحتى تحقق وظائفها اهداف المصلحة العامة التي لا يجوز ان تحيد عنها.

ولقد اختلف الفقهاء في تعريفهم للسلطة التقديرية للإدارة، فمنهم من ربط السلطة التقديرية بالملاءمة ويمكن تعريف سلطة المشرع التقديرية بصفة عامة بانها "حرية الإدارة في تقدير الظروف والوقائع التي تبرر تدخلها، بما يمنح لها حرية اختيار وقت التدخل أو حريتها في تحديد الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها, وقد ذهب البعض الآخر من أن تكون السلطة التقديرية للإدارة في الحالة التي يترك فيها القانون للإدارة جانب من حرية التقدير في مباشرة نشاطها دون أن يفرض عليها أسلوبا معيناً، بما يمنح لها إمكانية ان تختار الحل المناسب أو اختيار لمسألة تكون محل التنظيم من قبل الإدارة[٢] .

وقد عرف بعض من الفقه سلطة المشرع في التقدير بانها "حريه المشرع في المفاضلة وفق اسس منطقية بين بدائل تتزاحم جميعا لتقديم حلول مختلفة لموضوع واحد ، تدور جميعها في اطار المصلحة

---

(١) د. لؤي كريم عبد, معيار الانحراف التشريعي في ميزان القضاء الدستوري والاداري, مرجع سابق, ص٣٦٤.

(٤) د. عبد المجيد ابراهيم، السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ٢٠١٠, ص٤١٨.

العامة ليختار من بينها اقلها تقييداً للحقوق التي ينظمها واعمقها اتصالا بالأهداف او الاغراض التي تستهدفها[١].

في حين عرفها الفقيه الفرنسي بوكيل (bockel) بانها حريه الاختيار الممنوحه لسلطه ما في ممارسه اختصاصاتها ، والاصل ان الرقابة على دستورية القوانين رقابه فنية ذات طابع قانوني مجرد ، ويترتب على ذلك ان القضاء الدستوري لا يراقب ضرورة التشريع او عدم ضرورته ولا يراقب ملائمه التشريع وبواعثه كونها من اخص مظاهر السلطة التقديرية للمشرع[٢].

ويمكن تعريف سلطة المشرع التقديرية بصفة عامة بانها ، حرية الاختيار التي تمنح لسلطة ما وذلك لممارسة اختصاصاتها القانونية ، فيكون لها حرية تقدير كيفية تدخلها ووقت التدخل دون التقيد بارادة غيرها من السلطات ، اي تمتعها بقدر من حرية التقدير اثناء ممارسة اختصاصاتها القانونية.

ذلك بأن مفهوم السلطة التقديرية للإدارة قد استقر في بداية الأمر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ عام١٩٠١،الأمر الذي دفع فقه القانون العام إلى القول بأن كل عمل قانوني يحوي بين طياته بعض العناصر التي تخضع لتقدير الإدارة وبعض العناصر التي لا تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية[٣].

وقد ذهب البعض من الفقه إلى القول بأن الأصل هو حرية المشرع و القيد هو الاستثناء، وأن القيود إن وجدت تكون فضفاضة عادة, ويذهب جانب من الفقه الحديث إلى القول بأن المشرع يتمتع بسلطة تقديرية و هو بصدد تنظيم الحقوق والحريات العامة، وذلك لعدم وجود ضابط محدد وضعه المشرع الدستوري على سلطة المشرع العادي عند تنظيمه لهذه الحريات، وعندما يفرض المؤسس الدستوري تلك الضوابط فإنها تتسم بالعمومية على النحو الذي يزيد من سلطة المشرع في التقدير[٤].

وقد راعت المحكمة الاتحادية العليا في العراق في قضائها الدستوري هذا المبدأ عند ممارستها لدورها القضائي احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات الذي نص عليه دستور جمهوريه العراق لسنة ٢٠٠٥ في المادة (٤٧) [٥]، فالأصل ان مجلس النواب يعد صاحب الاختصاص الاصيل بالتشريع استناداً للمادة

---

(١)د. عوض المر, الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية في ملامحها الرئيسية ، مركز رينيه – جان ديوي للقانون والتنمية ، ٢٠٠٣ ، ص١٤٣٩.

(٢) 4 Pelissier Gilles: Le Controle des atteintes au principe d'egalite an hom de L'interet general par le juge de l' exces de Pouvoir, these Paris I, 1995, P.95.

(٣)د. عبد المجيد ابراهيم، السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، مرجع سابق,ص٤٢٠.

(٣) د. عبد الحفيظ الشيمي،القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي،دار النهضة العربية ،مصر،٢٠٠١. ،ص٣٦٠.

(٥) **التي جاء فيها الآتي " تتكون السلطات الاتحادية، من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، تمارس اختصاصاتها ومهماتها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات . راجع في ذلك المادة (٤٧) من الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥..**

(٦١/ اولاً) من الدستور ، مالم ترد قيود على سلطه المشرع في الدستور، فالأصل هو يملك اختصاص التشريع والاستثناء هو تقييد الاختصاص[١] .

ولذلك نجد ان المحكمة الاتحادية العليا تنأى بنفسها عن مراقبه ملائمة وبواعث التشريع التي دفعت المشرع لإصداره , وانما تراقب الغاية منه والتي تتمثل في تحقيق المصلحة العامة او الهدف الذي حدده الدستور, فاذا استهدف المشرع غايات واهداف منبته عن الصالح العام يصم التشريع بعيب الانحراف في استعمال الاختصاص التشريعي ، ولذلك فأن حدود العلاقه بين المشرع وبين المحكمة الاتحادية العليا باعتبارها الهيئة التي تتولى الرقابه على دستوريه القوانين والانظمة النافذه حساسه جداً ، لان مهمة المحكمة الاتحادية العليا هي فرض رقابتها على دستورية القوانين والانظمة وفق ضوابط موضوعية وان تتجنب الولوج الى المنطقه التي تباشر فيها السلطه التشريعية اختصاصها التشريعي ، وان مرد هذه الرقابه هي القيود الدستورية للحقوق والحريات العامة التي كفلها الدستوربأعتبارها محل الرقابه ومناطها[٢].

واذا كانت السلطة التشريعية تتمتع بسلطة تقديرية واسعه في ممارسة اختصاصاتها التشريعية ، الا ان هذه السلطة كغيرها من السلطات ، ليست سلطة مطلقة او سلطة تحكمية لا قيد عليها ، ولكنها سلطة مقيدة ، تخضع للعديد من الضوابط والقيود التي يتعين الالتزام بها في تشريعاتها والا عد عملها عملا باطلاً مخالفاً للدستور متعيناً بطلانه.

وقد استمدت المحكمة الاتحادية العليا رقابتها علي سلطة المشرع التقديرية من خلال الطعون المعروضة عليها والتي تكشف أن المشرع لم يحد بسلطة عن تلك الحدود التي رسمها له القانون كما استمدت تلك الرقابة من فكرة الآمن القانوني وما تستوجبه من ضرورة مراعاة المشرع لمقتضيات تلك الفكرة فيما يصدر عنه من تنظيم تشريعي ويكون سبباً في عدم استقرار مراكز قانونيه مختلفة، كما يجب علي المشرع ان ينظر الي الوضوح واليقين القانوني لكل ما يصدر عنه من تشريعات تخاطب الكافة.

فحماية الدستور للموضوعات التي قررتها نصوصه ، لازمها أن يحيط البرلمان في تنظيمه لها بكافة جوانبها ، فإذا كان تنظيمه لها قاصراً سواء في جوهر مقوماتها أو في بعض أطرافها ، أخل هذا القصور في الحالتين بالحماية الواجبة لها ، كما يؤدي الى الحد من فاعليتها بالصورة التي يجب أن تكون عليها ، فلا يكون هذا القصور سواء أصابها في نواتها أو في بعض جوانبها ، غير إخلال جسيم بها تفقد به تكاملها وتربط أجزائها [٣].

---

(١)د.حيدر طالب الامارة. ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي في العراق – دراسة مقارنة , مجلة كلية الحقوق,جامعة النهرين, العدد (٤) ٢٠١٩, ص٣٨.

(٢)د. راجع في ذلك** القاضي سالم روضان الموسوي, لسلطة التقديرية للمشرع العراقي (مشروع قانون المحكمة الاتحادية العليا إنموذجاً) مقال منشور علي الموقع الالكتروني **https://www.hjc.iq/view.2844/.

(٣)د. عوض المر, الرقابة القضائية على دستورية القوانين مرجع سابق، ص ١٤٧.

المطلب الثاني

الاغفال التشريعي في القضاء الدستوري العراقي

تعد الرقابة على دستورية القوانين واللوائح أكبر ضمانة ناجحة للشرعية الدستورية وإعلاء حكم الدستور، كما أن رقابة الإغفال تحقق مبدأ التوازن بين السلطات لصالح المشروعية الدستورية. فضلا عن تحقيق الموازنة بين إعلاء حكم الدستور وتحقيق مبدأ سموه وبين المحافظة على الاستقرار داخل الدولة., بيد أن رقابة المحكمة الاتحادية العليا لا تقف عند رقابة نشاط المشرع الإيجابي، بل امتدت إلى نشاطه السلبى أيضا، وأن الرقابة القضائية على الإغفال التشريعى تعد أحد أهم أدوات تعديل مسار انحراف المشرع بالسلطة.

ويعد مصطلح الأغفال التشريعي من المصطلحات الحديثة نسبيا التي لم يتسن للفقه بعد التعرض لها بالقدر الكافي للاتفاق على تحديد معناه او مضمونه رغم تعرض القضاء الدستوري له, ويتحقق الإغفال التشريعي اذا اغفل المشرع احد جوانب تنظيمه لموضوع من الموضوعات الواردة في الوثيقة الدستورية بما قد يؤدي الى الحد من فعاليته ومخالفة احد او بعض النصوص الدستورية من ناحية اخري[١] .

ويرى البعض أن تركيز السلطات العامة فى يد فرد واحد أو هيئة من شأنه أن يؤدى إلى الاستبداد وضياع الحقوق والحريات الفردية حتى ولو كانت تلك الهيئة هي مجلس نيابى شعبى, ويجب لضمان هذه الحقوق والحريات الفردية وجود مبدأ الفصل بين السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية على هيئات منفصلة ومتوازية[٢].

ومن هذا المنطلق كان لابد من تمتع السلطة التشريعية بسلطة تقديرية في ممارسه اختصاصاتها التشريعية ، وذلك حتى يتمكن اعضائها من ممارسة وظائفهم التشريعية وفقا لأحكام الدستور ونصوصه ، وحتى تحقق وظائفها اهداف المصلحة العامة التي لا يجوز ان تحيد عنها.

و اذا كانت السلطة التشريعية تتمتع بسلطة تقديرية واسعه في ممارسة اختصاصاتها التشريعية ، الا ان هذه السلطة كغيرها من السلطات ، ليست سلطة مطلقة او سلطة تحكمية لا قيد عليها ، ولكنها سلطة مقيدة ، تخضع للعديد من الضوابط والقيود التي يتعين الالتزام بها في تشريعاتها والا عد عملها عملا باطلا مخالفا للدستور متعينا بطلانه.

وبعد أن بدأت فكرة الإغفال التشريعي تظهر في أحكام القضاء الدستوري، وذلك لتخلي المشرع عن اختصاصه، بدأ الفقه يبحث في تحديد محتوى هذه الحالة، لبيان ذاتيتها ومعرفتها، وذلك للضرورة القصوى في تحديد أثرها بوصفها حالة تثير الدستورية (عدم الدستورية) بما يتطلب التصدي لها لمنع

---

(١)د. حميد حنون خالد – مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام الاساسي في العراق – مكتبة السنهوري – ٢٠١٣–ص١٥٧.

(٢)د. محمد رفعت عبد رقابة دستورية القوانين, مرجع سابق, ص١٥٥–١٥٦.

تحققها، والوصول إلى تحقيق الفرضية المتقدمة، كما يتطلب ذلك الوصول إلى الأساس الذي يمكن للمحكمة أن تستند عليه في إجبار المشرع على تنظيم مسألة يفرض عليه الدستور ضرورة تنظيمها، ألنه ليس من الصالح العام أن يتخلى عن واجباته فيؤدي إلى وجود فراغ تشريعي[١].

فالإغفال هو إهمال ناتج عن خطأ أو عمد لبعض الجوانب العملية أو العلمية لهذا القانون أو ذاك حتى يبدو القانون المشرع قاصراً عن تحقيق الهدف الذي شرع من أجله[٢].

وقد عد جانب من الفقه الفرنسي الإغفال التشريعي صورة من صور عدم الاختصاص السلبي للمشرع أي تخلي المشرع عن اختصاصه[٣] , كما عد جانب من الفقه الإغفال التشريعي بأنه هو عدم الاختصاص السلبي ينطوي في ذاته على تجاوز السلطة التشريعية لسلطاتها[٤].

فالفقه المصري أيد هذا الاتجاه، إذ نص في تعريفه للإغفال التشريعي بأنه "قيام البرلمان بتنظيم مسألة أو مسائل معينة بصورة منقوصة يمكن أن يترتب عليها فراغ تشريعي لا يتماشى مع التزام السلطة التشريعية بضرورة ممارسة اختصاصها التشريعي على الوجه المبين في الدستور[٥]، حيث يتبين من خلال هذا التعريف أن الفقه المصري عد الإغفال التشريعي "أي تنظيم السلطة التشريعية لمسألة أو مسائل معينة بصورة منقوصة صورة من صور عدم الاختصاص السلبي للمشرع إلى جانب تخلي أو تنازل السلطة التشريعية عن اختصاصاتها التشريعية بصدد مسألة أو مسائل معينة لغيرها من السلطات, الا أن الإغفال التشريعي يختلف عن عدم الاختصاص السلبي[٦].

في حين ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى أن المقصود من الإغفال التشريعي هو "إغفال المشرع جانباً من جوانب الموضوع محل التنظيم مما يؤدي إلى الحد من فعالية النص الدستوري وعدم تفعيله أو تكريسه من ناحية أخرى[٧].

حيث يري البعض من الفقه أن الإغفال التشريعي هو الإغفال النسبي للمشرع في معالجة موضوع معين خلافاً للدستور قد يمس الضمانات القانونية التي يجب أن يتمتع بها، فضلا عن الإخلال بمبدأ المساواة، وتنظيم الدستور للحق في التقاضي يفترض ليس فقط حق اللجوء إلى المحاكم، وإنما يتعين كذلك أن تتوافر حلقتان أخريان لا يكتمل من دونهما حق التقاضي، أولاهما أن تؤول المحصلة

---

(١)د. علي مدلول محسن الخفاجي , أساس رقابة القضاء الدستوري على الإغفال التشريعي بحث بكلية القانون, جامعة ال البيت, , ص١١٧.

(٢)د. عبد المجيد ابراهيم، السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، مرجع سابق, ص٤٢٣, د.جواهر عبد االرحمن، الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦ ، ص٢٩.

(٣) Favoreu et Philip, les grandes décisions du conseil constitutionnel, ED.Dalloz, ge ed, 1997, p.68 .

(٤) George Schmitter, L'incompétence negative du le'gislateur et des autorites administrative, A. I. J. - C. Economica, 1989, P. 141

(٥)د. عبد احمد الفضلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، ط٢ ،دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣ ،ص١٥٩.

(٦)د.عبد المنصف عبد الفتاح, ر قابة الملائمة في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠١٦ ، ص٤٠٢

(٧)د. عبد الحفيظ الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في المحكمة الدستورية العليا، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣ ،ص٥.

النهائية للنزاع إلى ترضية قضائية توافق الدستور والقانون وتضع حداً نهائياً للعدوان على حقوق الأفراد وحرياتهم، وثانيتهما أن تقترن الترضية القضائية بالحمل على تنفيذها جبراً واقتضائها بقوة السلطة من الملزمين بها إذا لم يقبلوا بها طواعية واختياراً[١].

كما أنه عزوف المشرع، في حين أن الدستور يلزمه بالمبادرة ليشمل حالة ما يسميه الفقه «الإغفال الكلي» أو «السكوت التشريعي»، الذي يدخل في صميم السلطة التقديرية للمشرع ويختلف عن مفهوم «الإغفال التشريعي» الذي يعتبر عدم الإحاطة بالموضوع مخالفة دستورية على نحو منقوص وهو بحسب الأصل مسلك غير إرادي.

وباستقراء التعريفات السابقة يتضح لنا إن المقصود بالإغفال التشريعي هو تنظيم المشرع الحد الموضوعات تنظيما قاصرا وغير متكامل بان اغفل احد الجوانب المهمة في الموضوع على النحو الذي يؤدي إلى عدم الإحاطة بالموضوع محل التنظيم وعدم تفعيل احد النصوص الدستورية ونجد ان هذا التعريف قد قصر نتيجة الإغفال التشريعي على عدم تفعيل النص الدستوري ولم يشر صراحة إلى نتيجة الإغفال هي مخالفة دستورية سواء ادت إلى عدم تفعيل النص ام لا, وان التنظيم القاصر هو في حد ذاته نقص تشريعي وهو مخالفة دستورية.

ويؤيد هذا الرأي جانب آخر من الفقه والذي يعرف الإغفال التشريعي بأنه "تناول المشرع أحد الموضوعات التي يختص بتنظيمها لكنه يأتي قاصراً عن الاحاطة بكافة جوانبه وبما يؤدي إلى الإخلال بالضمانات الدستورية للموضوع محل التنظيم, ويتم ذلك سواء عن عمد أو إهمال [٢].

والجدير بالذكر نجد ان موقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق قضت بأن "الفصل في الاتهامات الموجهة الي رئيس الجمهورية بموجب اختصاصها المنصوص عليه في المادة (٩٣) الفقرة السادسة من الدستور[٣], يستلزم صدور قانون بذلك ويلزم حتي ينعقد الاختصاص لها بالفصل في هذه

([١])د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط١ ،دار الشروق، ١٩٩٩ ،ص٢٠٢

([٢])د. هالة محمد طريح، حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات العامة والضمانات المقررة لممارستها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١ ،ص ٢٤٩.

([٣])حيث تنص المادة (٩٣) من دستور العراق النافذ علي ان" تختص المحكمة الاتحادية العليا بما ياتي: اولا : الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة. ثانيا : – تفسير نصوص الدستور ثالثا : – الفصل في القضايا التي تنشا عن تطبيق القوانين الاتحادية، والقرارات والانظمة والتعليمات والاجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية، ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء وذوي الشان من الافراد وغيرهم حق الطعن المباشر لدى المحكمة. رابعا : – الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية، وحكومات الاقاليم والمحافظات والبلديات والادارات المحلية خامسا : – الفصل في المنازعات التي تحصل فيما بين حكومات الاقاليم او المحافظات. سادسا : – الفصل في الاتهامات الموجهة الى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء وينظم ذلك بقانون.
سابعا : – المصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب. ثامنا : – ا– الفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي، والهيئات القضائية للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم . ب– الفصل في تنازع الاختصاص فيما بين الهيئات القضائية للأقاليم، او المحافظات غير المنتظمة في اقليم. .

الاتهامات ان يصدر قانونا من مجلس النواب ينظم كيفية الفصل في هذه الاتهامات الموجهة الي رئيس الجمهورية في ضوء احكام المادة (٦١) الفقرة ٦[١] .

وبناء علي ما سبق فإن هذا التعريف إلى جميع عناصر الإغفال التشريعي الا أنه رد سبب وجود الإغفال إلى العمد أو الإهمال على الرغم من أن الإغفال ينشأ نتيجة عيب في الصياغة التشريعية وليس الإهمال أو العمد فقط.

ويري الباحث ان الإغفال التشريعي هو النقص أو الغموض الوارد في التشريع الصادر عن المشرع أدى إلى الإخلال بأحد أركان تنظيم التشريع مما تسبب في قصور النص القانوني وهو وجه من وجوه المخالفة الدستورية تبرر تدخل القضاء الدستوري لغرض الفصل فيه.

وتجدر الاشارة الي ان الاغفال التشريعي يختلف عن القصور التشريعي كون المشرع قام بسلوك إيجابي من خلال وضعه القانون الذي مسألة معينة، ويتحقق القصور في التشريع متى كانت القاعدة التي تعالج المسألة المطروحة على القاضي موجودة ولكنها غير عادلة أو غير منسجمة مع الظروف الاجتماعية والسياسية السائدة[٢].

كما يختلف الاغفال التشريعي عن عدم الاختصاص السلبي للمشرع وذلك من خلال عدم الاختصاص والذي يعني مخالفة مسلك المشرع لقواعد الاختصاص المحددة بالدستور باعتباره تخلى عن مباشرة اختصاصه واسند الموضوع برمته إلى سلطة أخرى غير مختصة دون سند من الدستور بينما الإغفال لا يعني أن المشرع يخالف قواعد الاختصاص الثابتة في الدستور وإنما باشر اختصاصه بنفسه الا أنه قصر في مباشرته بأن أغفل جانباً معيناً من جوانب الموضوع محل التنظيم. وكذلك فإن مسلك المشرع بصدد فكرة عدم الاختصاص السلبي بحسب الأصل بينما مسلك المشرع بصدد الإغفال التشريعي هو بحسب الأصل غير إرادياً يعد مسلكاً إرادي[٣].

ويعد الأساس القانوني للرقابة الدستورية على كل من الإغفال التشريعي وعدم الاختصاص السلبي للمشرع مختلفاً، ففي عدم الاختصاص السلبي نجد أن أساس الرقابة عليه هو مبدأ الانفراد

([١])حيث تنص المادة (٦١) علي ان يختص مجلس النواب بما ياتي: .....٦- ا- مساءلة رئيس الجمهورية بناءً على طلب مسبب، بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء مجلس النواب. ب- اعفاء رئيس الجمهورية، بالاغلبية المطلقة لعدد اعضاء مجلس النواب، بعد ادانته من المحكمة الاتحادية العليا، في احدى الحالات الاتية: ١-الحنث في اليمين الدستورية. , ٢-انتهام الدستور. , ٣-الخيانة العظمى.

([٢])فالقصور لقصور في التشريع، عدم ملائمة النص القانوني للحياة الاجتماعية والسياسية السائدة في المجتمع وقت تطبيقه. بمعنى آخر عدم تضمن النص القانوني لما تقوم الحاجة إليه من أحكام تفصيلية أو جزئية في ظل تغيرات جوهرية شهدها المجتمع. ويعبر تحقق القصور في التشريع عن تطور المجتمع تطورا وعدم قدرة النصوص القانونية التي وضعت في زمن سابق على مواكبة هذا التطور, راجع في ذلك عبد احمد الفضلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق, ص ٤٣

([٣])وهو تخلي السلطة التشريعية عن ممارسة اختصاصاتها لغيرها من السلطات (السلطة التنفيذية, راجع في ذلك د. عبد المجيد ابراهيم، السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار الجامعات الجديدة، القاهرة، ٢٠١٠ ،ص٥٨٠.

التشريعي بمسائل معينة ومن ثم مخالفة القانون لقواعد الاختصاص، بينما يعد أساس الرقابة في الإغفال متمثلاً في مخالفة التشريع لمبدأ اساسي وهو سمو الدستور وعلوه من جانب , ومخالفة الضمانات المهيئة من قبل الدستور لحماية الحقوق والحريات العامة من جانب آخر[١].

وبناء علي ما سبق فإن فإن المشرع يملك سلطة تقديرية في عملية سن ووضع التشريعات، فله التدخل الوضع تشريعات معينة نص عليها الدستور أو عدم التدخل لوضعها أي سكوته كما له أن يحدد مضمون التشريع ومحتواه ودون أن يتقيد بأسلوب معين أو طريقة محددة ولكنه مع ذلك يتقيد بما يفرضه عليه الدستور من قواعد واحكام فإن خالفها اعتبر مخالفا للدستور, كما أن المشرع وهو يملك سلطة تقديرية واسعة في اختيار وقت وضعه للتشريع فإن تأخره في اتمام ذلك مدة طويلة اي سكوته وهو ما يمكن أن ينسب لتصرفه هذا "تقصيرا دستوريا" وليس مخالفة دستورية[٢].

ويذهب البعض إلى أنه بعد أن يعلن القضاء الدستوري بعدم دستورية بعض مواد القانون ولكن البرلمان يمضي قدماً في امتناعه التشريعي، فالحكم القضائي الدستوري يبقى مرعية وعلى السلطة التشريعية إتباع ما ورد فيه عند التصدي الي قانون مماثل ولا يجوز تكرار المخالفة عند إصدار قانون آخر[٣].

كما ان هناك صورتين من صور الاغفال التشريعي:-

١-**الاغفال التشريعي الكلي:-** ويقصد به حالة الغياب الكلي أو عدم الوجود الكلي للتشريع أو لقاعدة قانونية تتعلق بحالة قانونية محددة بالدستور كان على المشرع تنظيمه , كما يقصد به امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي بشأن مسألة معينة أو مجموعة من المسائل مما يترتب عنه فراغ تشريعي[٤].

٢-**الاغفال التشريعي الجزئي:** ويعرف بأنه "قيام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات الواردة في الدستور على نحو منقوص وقاصر لا يحيط به من كافة جوانبه التي لا يكتمل التنظيم الا بها، مما يؤدي إلى عدم الإحاطة بالموضوع محل التنظيم ومخالفة أحد أو بعض نصوص الدستور[٥].

ويتحقق هذا النوع من الإغفال فيما إذا تناول المشرع أحد الموضوعات التي تم تحديدها بموجب نصوص الدستور بشكل ناقص سواء عن قصد أو إهمال، أي يأتي قاصرا عن الإحاطة بكافة جوانبه بما يترتب عليه الإخلال بالضمانات الدستورية لذلك الموضوع محل التنظيم, وعليه أن الإغفال التشريعي

([١])د.عبد احمد الفضلول، المرجع السابق، ص ٣٨.

([٢])د. .حسين حيدر حسين الشوبلي, قرينة الدستورية التشريع , دكتوراه, كلية القانون , جامعة بابل , ٢٠١٤, ص٤٠ وما بعدها.

([٣])القاضي سالم روضان الموسوي، اثر أحكام القضاء الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع في العراق، مقال متاح على العنوان الإلكتروني :www://https : iq.iraqja.

([٤])د. عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ،مرجع سابق، ص ١١٥

([٥])د. عبد العزيز محمد سلمان، مرجع سابق، ص ٨٦.

النسبي يتحقق في الحالة التي يخالف فيها المشرع الالتزامات المفروضة عليه بموجب الدستور، فلا يقوم بتنظيمها بصورة كاملة وواضحة وصريحة كما وردت في نصوص الدستور، ويعتبر بأنه لم يوف بالتزامه بالتشريع انطلاقا من الالتزام الدستوري الذي يقع عليه بموجب النصوص الدستورية ذات الصيغة الآمرة[١].

وعلى الرغم مما سبق يبدو أن المحكمة الاتحادية العليا تتجه في بعض قراراتها إلى الامتناع عن ممارسة الرقابة على الإغفال التشريعي الجزئي[٢].

لقد كان موضوع الإغفال التشريعي نتاجاً لتساءل الفقه بشأن اختصاص الجهة القضائية بالفصل في دستورية النصوص القانونية فهل ينحصر في النصوص التي أوردها المشرع في مجال تنظيمه لموضوع معين أم يتعداه إلى النصوص التي أهملها، والتي لا يكتمل التنظيم القانوني للحق أو الحرية بدونها.

حيث أن هذا الفقه كان يرى في هذه المسألة أهمية من ناحيتين. أولهما– أن كل مخالفة للدستور، سواء تعمدها المشرع أم انزلق إليها بغير قصد، يتعين قمعها, ثانيهما– أن الدستور يكفل لكل حق أو حرية نص عليها، الحماية من جوانبها العلمية وليس من معطياتها النظرية وتتمثل هذه الحماية في الضمانة التي يكفلها الدستور لحقوق المواطنين وحرياتهم .

وهذه الضمانة ذاتها هي التي يفترض للانتفاع بها في الصورة التي تصورها الدستور نطاقاً فاعلا شرطاً أن يستهدفها المشرع وأن يعمل على تحقيق وسائل ها من خلال النصوص القانونية التي ينظم بها هذه الحقوق تنفسها في مجالاته الحيوية وأن يحيط بكل وتلكم الحريات وشرط ذلك بطبيعة الحال أن يكون تنظيمها كافلا أجزائها التي لها شأن في ضمان قيمتها العملية فإذا نظمها المشرع تنظيماً قاصراً وذلك بأن أغفل أو أهمل جانبا من النصوص القانونية التي ال يكتمل هذا التنظيم الا بها، كان ذلك إخالا بضماناتها التي هيأها الدستور ً وفي ذلك مخالفة للدستور.

---

(١)د. جواهر عادل عبدالرحمن، الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦ ،ص ٣٠.

(٢)ففي الدعوى المقامة ضد رئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء وأمين عام مجلس الوزراء إضافة لوظائفهم، بشأن الطعن بالمادة الثامنة من قانون المفصولين السياسيين رقم (٢٤) لسنة ٢٠٠٥ لتضمنها قصوراً تشريعياً تمثل بعدم تحديد جهة الطعن القضائي بقرارات لجنة التحقيق ، واعتبر المدعي أن هذا القصور التشريعي جاء مخالفا لاحكام المادة (١٠٠) من الدستور التي حظرت النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن وكذلك الاحكام المادة (١٩) الفقرة الثالثة التي ضمنت حق التقاضي، وطلب المدعي إلزام المدعى عليه الأول رئيس مجلس النواب إضافة إلى وظيفته بمعالجة هذا القصور، واسند المدعي في دعواه إلى المدعي عليه الثاني (رئيس مجلس الوزراء إضافة لوظيفته) بعدم تقديمه مشروع تعديل المادة الثامنة من القانون المذكور بإحداث جهة للطعن بقرارات لجنة التحقيق, ولكن على الرغم من وجاهة وجه الدعوى، في نظر الباحث، فإن المحكمة الاتحادية العليا اعتبرت هذا القصور لمجلس النواب وفق اختصاصه التشريعي وأن ما طلبه ا تشريعياً التشريعي خيارا لمدعي يخرج عن اختصاصات المحكمة، وقررت برد الدعوى من جهة عدم الاختصاص, راجع في ذلك قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٦ الاتحادي لعام ٢٠١٨ ،وفي نفس الاتجاه انظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٤٠ الاتحادية لعام ٢٠١٧ الخاص بطلب اضافة مادة الى قانون انتخابات مجلس النواب.

المبحث الثاني

الرقابة الدستورية علي الإغفال التشريعي

تمهيد وتقسيم:-

يتحقق الإغفال التشريعي في كل حالة يتدخل فيها المشرع لتنظيم مسألة تشريعية ما, وذلك من خلال ما يتمتع به من سلطة تقديرية في تنظيم الحقوق, إلا إن ذلك التدخل يأتي قاصرا عن الإحاطة الموضوعية بكافة جوانب ذلك الحق, فيغفل حكما من أحكامه أو جانبا من جوانبه–بما يترتب عليه الانتقاص من أحد جوانب ذلك الحق, أو عدم فاعلية ممارسته, أو الانتقاص من الضمانات المقررة لحمايته بالصورة المرجوة له والتي اتجهت إليها إرادة المشرع الدستوري من تقريرها, أو أستهدفها المشرع وسعي إلي بلوغها, بما يترتب عليه وقوع خلل أو مخالفة دستورية تطال الجوانب التي تناولها المشرع بالتنظيم, نتيجة لإغفاله للجانب أو للأحكام التي لم يتناولها, ومن ثم تبقي الجوانب التي تم تنظيمها صحيحة ودستورية في ذاتها, معلقة علي استكمال جوانب النقص التي تم إغفالها, والا أصبح النص أو التنظيم في مجمله معيبا بمخالفة الدستور.

فالتشريع يعد من العلوم الحديثة والمتطورة والذي مر بمراحل عدة حتى اصبح له فنون وآليات يدعى بعلم الصياغة التشريعية، وظهرت نظريات عديدة بهذا الصدد وكلها تهدف إلى إعداد وإنتاج تشريع متكامل يعبر عن فكرة المشرع وفلسفته بصيغ وعبارات وجمل جزلة في اللفظ ودقيقة في ال معنى، إال أن هذا المسعى لم يكن موفقاً على الدوام وإنما تظهر عيوب وهفوات في التشريع عند التطبيق ومنها غموض النص أو تناقض أحكامه.

ولكي يتم تدارك هذا النقص ظهر في القانون الدستوري وتطبيقاته القضائية ما يسمي بالإغفال التشريعي والذي يتضمن ما سهى عنه المشرع، الذي يمكن أن يكون محل رقابة من القضاء الدستوري، وذلك عن طريق القضاء الدستوري الذي يتدارك النقص بإيجاد أحكام قضائية تعالجه في خلق مراكز قانونية لاكتمال ذلك النقص التنظيمي[١].

لقد كان للقضاء الدستوري العراقي دوراً رقابياً مهماً في مراقبة الكثير من القرارات سيتم التطرق إليها لاحقاً

وسوف نوضح ذلك من خلال مطلبين

المطلب الأول : مفهوم الرقابة القضائية في القضاء الدستوري

المطلب الثاني: رأي الفقه والقضاء في الرقابة الدستورية علي الإغفال التشريعي

وذلك على النحو التالي:-

([١]) د. جواهر عادل العبدالرحمن، الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، مرجع سابق ، ص ٦٣.

المطلب الأول

مفهوم الرقابة القضائية في القضاء الدستوري

يكون مبدأ سمو الدستور أمرا نظرياً وعبثاً لا طائل من وراءه في حال عدم وضع احداث فعالة لحمايةً مبدأ سمو الدستور، ويدع الدستور عرضه لانتهاك واعتداء السلطات الأخرى عليه ولا سيما السلطة التشريعية لذلك يتفق الفقه الدستوري على أن الضمانات الرئيسة لحماية مبدأ سمو الدستور هي تنظيم الرقابة على دستورية القوانين[١].

وتعد الولايات المتحدة الأمريكية مهد الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وكانت السباقة في ذلك، الا أن ينص صراحةً دستورها لم على مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين، ولكن تقرر هذا الحق بواسطة القضاء من جانب وتأييد الفقه من جانب آخر[٢].

وتعني الرقابة القضائية وجود هيئة قضائية تتولى الرقابة على دستورية القوانين اي أن يتولى القضاء فحص القوانين ليتحقق من مطابقة أحكامها للدستور, ولما كان موضوع الرقابة الدستورية والمسائل التي تثيرها تؤلف مسألة قانونية، وهي التحقق من مدى تطابق القانون أم عدم تطابقه مع أحكام الدستور، فمن المنطقي أن يعهد بهذه الرقابة إلى هيئة قضائية يكون في التكوين القانوني لأعضائها، وما تقدمه من ضمانات الحياد والموضوعية والاستقلال وحرية التقاضي وعلانية الجلسات وتسبيب الأحكام، لحمايته من محاولة الاعتداء على أحكامه مما يجعل هذه الرقابة ضمانة مؤيدة لاحترام الدستور، وسلاحاً فعالاً من قبل السلطات العامة[٣].

فالرقابة القضائية أفضل وسيلة لحماية الدستور عندما يتسم القضاء بالحياد والنزاهة والموضوعية مستقلاً في أداء المهام المنوطة به بعيداً عن أهواء الهيئات والمؤسسات والأحزاب هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى ما يتوفر لدى القضاة من مؤهلات قانونية تسمح لهم بأن يكلفوا بمهمة فحص القوانين

---

(١)لم تتبَن دساتيِّر العراق مبدأ الرقابة على دستوريّة القوانين وإناطتها إلى هيئة قضائية مركزية حتى عام ٢٠٠٣ ،ما عدا ما ورد في المادة (٨١) من القانون الاساسي العراقي لسنة ٢٠٠٥, التي نصت على تشكيل محكمة عليا لمحاكمة الوزراء وأعضاء مجلس الأمة المتهمين بجرائم سياسية أو بجرائم تتعلق بوظائفهم العامة ومحاكمة حكام محكمة التمييز عن الجرائم الناشبة عن وظائفهم، وكذلك البت بالأمور المتعلقة بتفسير الدستور وموافقة القوانين الأخرى لأحكامه ، وكذلك ما نصت عليه المادة (٨٧) من دستور ١٩٦٨ التي أنشأت محكمة دستورية عليا تقوم بتفسير أحكام الدستور والبت في دستورية القوانين وتفسير القوانين الادارية والمالية والبت في مخالفة الأنظمة للقوانين الصادرة بمقتضاها والتي لم تمارس اختصاصها، لمزيد من التفصيل راجع : د. إحسان حميد المفرجي ود. كطران زعير نعمة ود. رعد ناجي الجدة – النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق – المكتبة القانونية –ط٢ – ٢٠٠٧ – ص٣٢٠ وما بعدها وص٤٠١ وما بعدها.

(٢) د.علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر مع المقارنة بالأنظمة الدستورية الاجنبية, ،دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، ١٩٨٢, ص١٣٤..

(٣)د. ميادة عبد القادر إسماعيل، الرقابة السابقة على دستورية القوانين، ، ٢٠١٥ ،ص٣٠ وما بعدها.

للتحقق من مدى مطابقتها لأحكام الدستور. بالإضافة إلى ذلك ما يضمنه القضاء للأفراد من حرية التقاضي وحق الدفاع والعلانية مما يجعل الرقابة القضائية على دستورية القوانين رقابة حقيقية وفعالة[١].

وقد أخذت الكثير من الدول الحديثة بالرقابة القضائية على دستورية القوانين, خاصة بعد إجماع الفقه على فشل أسلوب الرقابة السياسية على دستورية القوانين لعيوبها والانتقادات الموجهة إليها التي تعرضت لها من قبل الفقه.

الية الرقابة الدستورية علي الاغفال التشريعي:-

تتم الرقابة الدستورية علي الاغفال التشريعي من خلال دعوتين نتناولهم علي النحو الاتي:

اولاً: الرقابة عن طريق الدعوى المباشرة:

تتمثل الرقابة القضائية عن طريق الدعوى المباشرة في مبادرة صاحب الشأن برفع دعوى أمام المحكمة المختصة للمطالبة بإلغاء القانون المخالف للدستور، دون أن ينتظر حتى يطبق عليه، وتتولى المحكمة بحث الأمر، فإذا تحققت من المخالفة حكمت ببطلان هذا القانون وإلغائه، وبذلك ينتهي أمره بالنسبة للجميع وال تثار لخطورة الدور الذي تقوم ب مسألة دستورية مرة أخرى، ونظرا ه المحكمة في هذه الحالة فإنه يعهد بهذا النوعً من الرقابة إلى محكمة واحدة في الدولة وذلك لتجانب تعارض الأحكام إذا ما عهد بهذه المهمة إلى عديد من المحاكم، وغالباً ما تسند هذه الرقابة إلى محكمة دستورية تنشأ خصيصا لهذا الغرض [٢].

و تتم رقابة المحكمة القضائية عن طريق الدعوى المباشرة أو الدعوى الأصلية أو ما يسمى رقابة الإلغاء بطريقتين فقد تكون سابقة على صدور القانون وقد تكون لاحقة عليه.

١-**رقابة الإلغاء السابقة** : هي الرقابة التي تباشر في مرحلة تكوين القانون، أي أنها تتم في مرحلة اقتراح القانون

٢-**رقابة الإلغاء اللاحقة:** وهي رقابة الحقة على إصدار القانون أو هي وسيلة هجومية تسمح لبعض الجهات أو المراجع بالطعن في هذا القانون مباشرة أي بصورة مستقلة عن أي نزاع عن طريق الدعوى الأصلية[٣].

ففي العراق تم تبني هذه الرقابة عن طريق الدعوى المباشرة أو رقابة الإلغاء إذ نص النظام الداخلي للمحكمة على أنه: "إذا طلبت إحدى الجهات الرسمية بمناسبة منازعة قائمة بينها وبين جهة أخرى الفصل في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر فترسل الطلب بدعوى إلى المحكمة

---

(١) د. محمد علي سويلم، الرقابة على دستورية القانون وتطور الأنظمة الدستورية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٣ ،ص٤٥٦.

(٢) د. علي مدلول محسن الخفاجي , أساس رقابة القضاء الدستوري على الإغفال التشريعي مرجع سابق, ص١٢٣.

(٣) د. محمد علي سويلم، رقابة على دستورية القانون وتطور الأنظمة الدستورية، المرجع السابق, ،ص٤٥٧.

الاتحادية العليا معللاً مع أسانيده وذلك بكتاب موقع من الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة[١].

ثانياً: الرقابة عن طريق الدعوى غير المباشرة:

تتم رقابة المحكمة الدستورية عن طريق الدعوى غير المباشرة أو ما يسمى رقابة الامتناع بطريقتين:

١-طريقة الدفع الفرعي:

وهي تفترض وجود دعوى يراد فيها تطبيق قانون معين فيدفع أحد الخصوم بعدم دستورية هذا القانون، وفي هذه الحالة لا تفصل المحكمة في صحة الدفع بل تؤجل النظر في الدعوى وتحيل الطعن في دستورية القانون إلى المحكمة الدستورية التي يكون لحكمها حجية مطلقة تجاه الكافة.

ويتمثل هذا النوع من الرقابة بأنه لا توجد دعوى أصلية بإلغاء قانون من القوانين لعدم دستوريته، وإنما يتعلق الأمر بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه مضمونه يتقدم به أحد أطراف النزاع في قضية معروضه أمام القضاء، أي أن الرقابة في هذه الحالة لا تتخذ شكلاً هجوميا كما هو الحال في الحالة السابقة، وإنما تأخذ شكًلا دفاعياً مقتضاه أن ينتظر صاحب هذا الشأن حتى يراد تطبيق قانون معين عليه في قضية معروضة أمام محكمة من المحاكم، ثم يدفع بعدم دستورية هذا القانون، فتتولى المحكمة بحث الأمر، فإذا قدرت مخالفة القانون للدستور امتنعت عن تطبيقه في الدعوى التي أثير الدفع بصددها، أي أن المحكمة في حالة الدفع بعدم الدستورية لا تقضي بإلغاء القانون وإنما تمتنع فقط عن تطبيقه في القضية التي أثير الدفع بمناسبتها، ويظل هذا القانون قائماً [٢].

في العراق فإن المحكمة الاتحادية العليا تبنت هذه الرقابة عن طريق الدفع الفرعي أو الدعوى غير المباشرة بمعنى أن يدفع أحد الخصوم في دعوى تنظرها إحدى المحاكم بأن النص القانوني أو القرار المراد تطبيقه عليه غير دستوري فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى فتبت هي في قبول الدعوى فإذا قبلتها ترسلها مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت بعدم الشرعية إذ نص النظام الداخلي للمحكمة على أنه: "إذا طلبت إحدى المحاكم الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو تعليمات أو أمر بناً ء على دفع أحد الخصوم بعدم الشرعية فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى، وبعد استيفاء الرسم عنها تبت في قبول الدعوى فإذا قبلتها ترسلها مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت بعدم الشرعية وتتخذ قرارا باستئخار الدعوى الأصلية للنتيجة، أما إذا رفضت الدفع فيكون قرارها بالرفض قابلاً للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا[٣].

٢-طريق المزج بين أسلوبي الدفع الفرعي والدعوى الأصلية:

---

(١) راجع في ذلك المادة الخامسة من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥

(٢) د. علي مدلول محسن الخفاجي , أساس رقابة القضاء الدستوري على الإغفال التشريعي مرجع سابق, ص١٢٤.

(٣)راجع في ذلك المادة (٤) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ .

طبقاً لهذا الأسلوب المختلط في الاختصاص القضائي الدستوري، يجوز الطعن بعدم دستورية قانون ما أثناء نظر دعوى قضائية مرتبطة بتطبيق القانون المتنازع على دستوريته، ويكون ذلك بدفع تثيرها المحكمة من تلقاء ذاتها في مسألة دستورية القانون، وفي هذه الحالة توقف هذه الأخيرة وتحيل الطعن في دستورية التشريع إلى المحكمة المختصة كي للقانون بالنسبة للكافة، وذلك إذا ما تبين للمحكمة بحجية مطلقة، أي أنه يكون ملغياً تصدر فيه حكماً ملزماً عدم دستوريته[١].

وقد نصت المادة (٣)من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق، على أنه: "إذا طلبت إحدى المحاكم من تلقاء نفسها أثناء نظرها دعوى البت في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه ولا يخضع هذا الطلب تعليمات يتعلق بتلك الدعوى فترسل الطلب معلالً إلى الرسم, ومن ذلك يتضح أن النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق يأخذ بأسلوب الدفع الفرعي والدعوى الأصلية معاً[٢].

المطلب الثاني

رأي الفقه والقضاء من الرقابة الدستورية علي الإغفال التشريعي

لا خلاف حول دور المحكمة الاتحادية العليا في العراق في رقابة تنظيم المشرع للحقوق فمن حيث المبدأ تستطيع المحكمة القضاء بعدم دستوريه اى نص تشريعي أصدره المشرع منطويا علي جور أو انتقاص من الحقوق الدستورية المقررة أو ينتقص من مدي فاعليتها، ولكن الخلاف حول أمرين هما، مدي سلطه المحكمة في رقابه ما أغفلة المشرع من أحكام أدت إلي ذلك الانتقاص ومن ناحية ثانية حول اثر تلك الرقابة حال تبينت المحكمة نقصا أو قصورا فيما قرره المشرع من أحكام تشريعيه لمسألة ما،هل تقضي المحكمة بعدم دستوريه كامل النص التشريعي الذي اقره المشرع، أم يمكلها فقط إن تقضي بعدم دستوريه ما أغفله المشرع من أحكام، مع الإبقاء علي النص المطعون عليه في مجمله، والذي يصبح صحيحا دستوريا بمجرد القضاء بعدم دستوريه الجزء الذي يصبه الإغفال[٣].

كما استمدت ايضاً المحكمة رقابتها علي السلطة التقديرية للمشرع من فكرة الخطأ الظاهر في تقدير المشرع من بسط رقابتها علي التحقق من أن المشرع اصدر النصوص التشريعية بالتوافق مع أسباب ظهورها ومدي تطبيقها علي الواقع.

والقضاء الدستوري يحتمل معنيين اما عضوي شكلي او موضوعي، فمن الناحية العضوية او الشكلية فهو القضاء الدستوري المتخصص المتمثل بالمحكمة او المحاكم التي اعطاها الدستور صلاحية نظر الدعاوى الدستورية , اما من الناحية الموضوعية فهو الفصل في المسائل الدستورية كالمسائل التي

---

(١)د. ميادة عبد القادر إسماعيل، الرقابة السابقة على دستورية القوانين، مرجع سابق, ،ص٣٤.

(٢)راجع في ذلك المادة (٣) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ .

(٣)د. خاموش عمر عبد الله : دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات ، بحث منشور في مجلة القانون والسياسة ، جامعة صلاح الدين ، كلية القانون والسياسة ، السنة العاشرة ، العدد ١١ ، حزيران ٢٠١٢ ، ص١٥٢.

تثير فكرة تطابق التشريع مع الدستور وهنا ينصرف الاصطلاح الى القضاء في هذه المسائل سواء اصدر من محكمة دستورية متخصصة ام من محكمة اخرى طالما ان الحكم صدر بمسألة دستورية فالقضاء الدستوري من الناحية الشكلية يقتضي وجود قضاء متخصص اي محاكم دستورية اما من الناحية الموضوعية فهو يهتم بالمسائل الدستورية التي يتم الفصل فيها من قبل اي محكمة سواء أكانت دستورية ام عادية[١].

والسلطة التشريعية تأتى فى مقدمة السلطات التى تتمتع بحرية واسعة فى ممارسة اختصاصاتها، لكنها ليست مطلقة, فالمشرع يتقيد بما ورد بالدستور من قواعد، ويتقيد على الراجح بالمبادئ الطبيعية العامة التي تستمد وجودها من وجود الإنسان وآدميته، والتي اعترف القضاء في مصر وفرنسا بوجودها وبإلزامها للمشرع حتى ولو لم يرد بشأنها نص خاص في دستور الدولة. لكن مهما كانت تلك القيود فإنها تترك للمشرع حرية واسعة، يستطيع بمقتضاها أن يضع من القواعد ما يشاء.

فالأصل هو حرية السلطة التشريعية، والاستثناء هو القيود التي يضعها الدستور، وهي قيود فضفاضة عادة, والسلطة التشريعية – في نطاق الحرية التي يتركها لها الدستور – تختار بمطلق إرادتها، ودون معقب الموضوع محل التنظيم الذي يتفق والصالح العام.

وتأسيساً علي ذلك فإن الاحكام التي تصدرها المحاكم الدستورية متعددة ، ففي العراق مثلا، المحكمة الاتحادية العليا اما ان تصدر احكامها بعدها محكمة اول واخر درجة كالأحكام التي تصدرها عند الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والانظمة والتعليمات والاجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الافراد وغيرهم حق الطعن المباشر لدى المحكمة المادة ٩٣ من دستور ٢٠٠٥ العراقي النافذ[٢].

وقد ذهب البعض من الفقه إلى أن تبدو أهمية الرقابة على الإغفال التشريعي في تصدي جهة الرقابة على الدستورية لكل مخالفة للدستور، سواء تعمد المشرع إتيانها أو أتاها بغير قصد أو عن إهمال أو عدم دراية منه، وهو ما يمثل إعلاءً لمبدأ سمو وعلو الدستور، ولا يعني خلق قاعدة قانونية جديدة، وإنما تقرير حكم الدستور في قاعدة قانونية ضمنية مخالفة لمبادئه[٣], فهناك الكثير من القوانين المنقوصة التي ينظر القضاء لها عبر نصوص ضمنية مخالفة لأحكام الدستور أو القانون.

وسوف نتناول تقسيم هذا المطلب الي فرعين

الفرع الاول: الرقابة علي الاغفال التشريعي بين الرفض والتأييد

الفرع الثاني: اتجاه المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة علي الاغفال التشريعي

---

(١) د. ابراهيم محمد الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق ،ص٢٣٦.

(٢) د. ابراهيم محمد الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق ،ص.٢٣٧.

(٣)د. عوض المر، الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الأساسية، مرجع سابق,ص١٤١.

الفرع الاول

الرقابة علي الاغفال التشريعي بين الرفض والتأييد

لقد شهدت الرقابة على الإغفال لتشريعي تطوراً ملحوظاً، فبعد أن كان القضاء الدستوري متردداً بالأخذ بها معتبراً أن امتناع المشرع عن التشريع يدخل ضمن سلطته التقديرية، ليتطور موقفه فيما بعد من خلال اعتبار لإغفال التشريعي مخالفة للدستور ومن ثم يخضع لرقابته وهذا ما انعكس بدوره على رؤى فقه ا لقانون العام، ليبرز في ذلك اتجاهين مختلفين.

ونبيين في ذلك موقف الفقه من خلال الاتجاه الرافض لرقابة الملاءمة والاتجاه المؤيد لها علي النحو التالي:

اولاً: الفقه الرافض للرقابة في حالة الاغفال التشريعي:-

يستند الفقه الرافض الي كون رقابة الدستورية هي رقابة مشروعية وليست رقابة ملاءمة ,وينبغي الفقه لرافض لرقابة الملاءمة وقوع تلك الرقابة في قضاء المحكمة الدستورية, مقررا وبعبارات حاسمه ان القضاء الدستوري قد استقر علي انه قضاء مشروعية دستورية وليس قضاء ملاءمة ذلك ان رقابة الدستورية لا تمتد الي ملاءمة التشريع وبواعث إصداره، فذلك امر متروك لتقدير المشرع تقديرا لا يخضع لرقابة المحكمة الدستورية ولا اي محكمة اخري[١].

وان وظيفة القاضي الدستوري تنحصر في مجرد التحقق من مطابقة النص التشريعي المطعون فيه للنصوص الدستورية، ومن ثم يمتنع عليه ان يتعرض لبحث ملاءمة التشريع اذ ان يدخل ضمن العناصر التي تستقل السلطة التشريعية بتقديرها, وليس للقضاء أن يراقب التقدير الذي تجريه السلطة التشريعية في هذا الشأن, والا كان ذلك تجاوزا منه لحدود اختصاصاته الدستورية, لما يتضمنه من اعتداء علي اختصاصات السلطة التشريعية.

ومن ثم يمتنع عليه ان يتعرض لبحث ملاءمة التشريع او الخوض في ماهية البواعث التي ادت الي صدور التشريع وضروريته لتحقيق الاهداف التي توخاها المشرع, وليس له ايضاً أن يتعرض لتقدير الحكمة التي ابتغتها السلطة التشريعية , من وراء صنع التشريع او تقدير آثاره الاجتماعية او فحص الاساليب التي يستخدمها او السياسة التي يعبر عنها فكل هذه المسائل تدخل ضمن عناصر الملاءمة التي تستقل السلطة التشريعية بتقديرها وليس للقضاء أن يتناول بالمراجعة التقدير الذي تجريه السلطة التشريعية في هذا الشأن, والا كان متجاوزا منه لحدود اختصاصاته الدستورية , ويمثل في الوقت ذاته اعتداء من جانبه علي اختصاصات السلطة التشريعية[٢].

([١])د. رمزي طه الشاعر–القضاء الدستوري في مملكة البحرين–مرجع سابق–ص٤٩٧وما بعدها,د. يحي الجمل–القضاء الدستوري في مصر –مرجع سابق ص ١٧٤.

([٢])د. ابراهيم محمد الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع, مرجع سابق, ص١٩٦.

ويري احد الفقهاء الرافضين لامتداد الرقابة الدستورية انه يكاد ينعقد الاجماع في الفقه الدستوري علي ان الرقابة التي يمارسها القضاء الدستوري تعتبر رقابة فنية تمتاز بطبيعة قانونية مجردة, تتمثل في اقتصارها علي المسائل الدستورية فقط, دون ان تمتد الي الاختصاص سلطة المشرع التقديرية, ولا الي ما يتعلق بملاءمة التشريع وبواعث اصداره او ضرورته, باعتبار ان هذه الامور تعد من عناصر السياسة التشريعية التي يمتنع علي جهات الرقابة التدخل فيها, وان تدخل القضاء الدستوري بالحكم عليها, يمثل اعتداء علي السلطة التشريعية بما يهدم مبدأ الفصل بين السلطات, ومن ثم يمتنع علي القاضي الدستوري أن يتعرض لبحث ملاءمة التشريع او الخوض في البواعث التي ادت الي صدوره او ضرورته لتحقيق الاهداف التي توخاها المشرع[١].

وقد قدم الفقه المعارض لخضوع امتناع المشرع لرقابة القاضي الدستوري مجموعة من الحجج تتعلق في مجموعها بنوع أو ماهية القاعدة الخاضعة للرقابة في حالة الامتناع , ثم بطبيعة العلاقة القائمة بين القاضي الدستوري من ناحية والمشرع من ناحية أخرى.

فقد ذهب جانب منهم إلى انه من الصعب أن تنصب رقابة القاضي الدستوري على الامتناع عن تنظيم موضوع معين سواء بصورة جزئية أو بصورة كاملة من جانب المشرع , لان ذلك يعني وقوع هذه الرقابة على قواعد غير موجودة بالفعل, هذا إضافة إلى إن غياب القاعدة القانونية , لاسيما في الدول التي تأخذ بالرقابة اللاحقة , تحول دون اللجوء إلى تحريك هذه الرقابة ,لان وجود نص قانوني يعد شرطاً أساسيا وأوليا لقيام هذه الرقابة[٢].

يضاف الى ذلك انها تعد تعدياً على اختصاص السلطة التشريعية بالتعقيب على أعمالها توصلاً الى إهدارها بوصفها اكثر التصاقاً من القضاء بآمال المواطنين وأحق بالتعبير عن احتياجاتهم وأولوياتهم ، بجانب أنها أدق نفاذاً الى الحقائق التي تلهمها تشريعاتها[٣], وأنه لو جاز للقضاء التعقيب على عمل السلطة التشريعية لجاز للسلطة التنفيذية التعقيب على عمل السلطة القضائية بأن تمتنع عن تنفيذ الأحكام التي ترى فيها مجافاة للعدالة أو مخالفة للدستور .

فضلاً عن أن هذه الرقابة ستحل الهيئة القضائية مكانة أعلى من الهيئات الاخرى باعتبارها السلطة الوحيدة ذات الحق البرلماني في إقرار القوانين ، مما يجعلها في مركز أسمى من البرلمان الذي يعتبر في النظام الديمقراطي ممثل الأمة صاحبة السيادة [٤].

كما أن إقرار هذه الرقابة يؤدي إلى قيام القاضي الدستوري بتفسير النص الخاضع لرقابته بصورة توحي لصدوره عن المشرع بصورة غير مكتملة , مسنداً بذلك إلى إرادة المشرع نصاً أو بعض نص لم

([١])د. رمزي طه الشاعر–القضاء الدستوري في مملكة البحرين–مرجع سابق–ص٤٩٧وما بعدها.

([٢]) د.حسين حيدر حسين الشوبلي, قرينة الدستورية التشريع , مرجع سابق,, ص٤٨ .

([٣]) د.هشام فوزي,رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر ، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان ١٩٩٩ ، ص٤٧ .

([٤]) د.ميادة عبد القادر إسماعيل، الرقابة السابقة على دستورية القوانين، مرجع سابق ، ص ٣٦ .

يصدر عنه أصلا , هو أمر لا يخلو من تجاوز على اختصاص المشرع , لأنه يمثل إضافة غير مبررة للنص لم يذهب إليها المشرع الذي لو أراد إقرار حكم معين لأقره صراحة [١] .

وفي هذا الصدد يقول احد الفقهاء " أن كل ما ليس جزءا من النص الخاضع للرقابة , لا يمكن اعتباره قاعدة قانونية موجودة , ولا يمكن بناءً على ذلك نسبته للبرلمان , كما يرى بعض الفقه أن رقابة الامتناع تبدو أمرا غريباً , لأنه من شأنها إدانة ما سكت النص عن قوله وليس ما قاله النص [٢] .

كما تعني الرقابة على حالة الامتناع حلول القاضي محل المشرع في تقدير كثير من الأمور , أولها مدى الحاجة إلى القانون وثانيها مدى ضرورة هذا القانون وثالثهما تقدير الظروف الملائمة لصدور القانون , وهذه الأمور هي من اخص سمات السلطة التشريعية [٣] .

ومن ثم فأن تنظيمها يعد رخصة من حق المشرع أن يستخدمها أو لا يستخدمها وله أن يتخير الوقت المناسب وفقاً للملاءمات القانونية والمواءمات العامة , لذلك فمسألة الاغفال التشريعي تعد سياسية وليست قانونية ولا يسأل عنها المشرع أمام القاضي الدستوري , وإنما يسأل عنها سياسياً في ضوء توجهات الرأي العام الذي يستطيع ممارسة الضغط عليه عندما يرى حاجة المجتمع إلى تشريع ما [٤] .

فالتنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية , لا يخول جهة الرقابة أن تزنَّ بنفسها وبمعاييرها ما إذا كان القانون لازماً وما إذا كان إقراره ملائماً , وان واجبها ينحصر في أن ترد النصوص القانونية التي تم الطعن عليها إلى أحكام الدستور , لا أن تناقش بواعثها أو تخوض في دوافعها , لان ما تقرره في ذلك يفترض أن تكون لهذه النصوص بواعثها أو دوافعها غير المخالفة للدستور [٥] .

وبناءً على ذلك لا يجوز للقاضي الدستوري فرض رقابته على امتناع المشرع عن معالجة وضع معين طبقاً للدستور فرقابته تكون في حدود التحقق من مدى مطابقة نصوص التشريع التي وضعها المشرع للنصوص الدستورية [٦] .

لان الرقابة هنا كما يرى – بيردو – تتطلب أن يتدخل القاضي – بما يعتنقه من أفكار وأراء – لكي يكتشف عن وجود انتهاك للدستور من جانب المشرع , ويعد هذا التدخل – في رأيه – تجاوزاً من القاضي لدوره القضائي إلى ممارسة الدور السياسي , وتجاوز بالرقابة من نطاق وجهها القانوني إلى نطاق الوجه السياسي , فهذه الرقابة – كما يقول بيردو – تنتهي بالقاضي حتماً إلى المجال السياسي لان دوره هنا لا يتمثل فقط في المقارنة بين النصوص , بل يتعدى إلى البحث عن نوايا واضعي الدستور ونوايا المشرع

---

(١) د. عيد احمد الفضلول : فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ، مرجع سابق، ص١١٨ . د. محمد ماهر أبو العينين : مرجع سابق، ص ٧٨ . د. احمد فتحي سرور : مرجع سابق. ص ٢٠١ – ٢٠٢ .

(٢) د. عيد احمد الفضلول : فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ، مرجع سابق، ص ١١٨ .

(٣) د. عبير حسين السيد حسين : مرجع سابق, ص ٣٧٢ – ص ٣٧٤ .

(٤) د. هالة محمد طريح : مرجع سابق, ص ٢٥١ .

(٥) د. عوض المر : مرجع سابق, ص ١٣٤٨ .

(٦) د رمزي طه الشاعر : مرجع سابق، ص ٧٢٤ –٧٢٥ .

ويوازن بينهما , ويستخلص أثار القانون ويتخيل أصداءه . ولتقدير ذلك كله يضَع القاضي نفسه مكان واضعي الدستور , وهو بذلك يتجاوز حدود الوظيفة القضائية ليصل إلى الساحة السياسية , فهو لا يحكم من حيث انه قاضي بل بحسب الحالة الفكرية للمشرع , فالقاضي يستبدل تفكير المشرع بتفكيره هو ، وبجانب ما تقدم فأن الدستور يتضمن توجيهات عامة موجهة للحكام , فليست أحكام الدستور – ما عدا القليل منها – محلا للتطبيق الفوري , ولكنها تبيِّن – بصفة عامة – الخطوط الأساسية للحكم , وعلى ذلك فأن طبيعة الدستور , تحَول دون أمكان صلاحيتها كأساس للرقابة القضائية[١].

ثانياً:الفقه المؤيد للرقابة في حالة الاغفال التشريعي

يرى الفقه الغالب إمكانية مراجعة القاضي الدستوري لامتناع المشرع عن التدخل لتنظيم مسألة معينة يفرض عليه الدستور تنظيمها . تقيُداً بتراتبية النص الدستوري وسموه على باقي اشكال القوانين الذي لا يقف عند رقابة السلوك الايجابي للمشرع من خلال معرفة مدى تطابق القانون مع احكام ومضمون الدستور ، وانما يمتد الى سلوك المشرع مسلكاً سلبياً يتمثل في امتناعه عن سن القوانين مما يترتب عليه فراغاً قانونياً قد تستغله السلطة التنفيذية ، وينتج عن ذلك تداخل في الاختصاص[٢].

ذلك أن الدستور يضع على عاتق المشرع مجموعة من الالتزامات القانونية التي يجب عليه الوفاء بها . بجانب أن النصوص الدستورية تُرسي الأصول العامة والأسس الجوهرية للموضوعات التي تتناولها بالتنظيم ، دون أن تبحث في التفاصيل والجزئيات تاركةً ذلك للبرلمان [٣] بعبارة أخرى أن الدستور يتضمن توجيهات عامة موجهة للهيئات ، فليست أحكام الدستور – ما عدا القليل منها – محلاً للتطبيق الفوري ، ولكنها تبين – بصفة عامة – الخطوط الاساسية للحكم [٤] وبامتناعه هذا يكون قد أخل بهذه الالتزامات التي أسندها له الدستور ، أو لم يقم بالوفاء بها بصورة كاملة وواضحة وصريحة كما ورد النص عليها في الدستور بما يفصل النصوص الدستورية عن أهدافها ووظائفها كما وينحرف عن إشباع مصلحة عامة لها اعتبارها ، وبذلك يكون تحقق المخالفة الدستورية ليس فقط عندما يباشر المشرع وظيفته التشريعية ، وإنما ايضاً إذا امتنع عن ممارسته لهذه الوظيفة بصورة كلية أو جزئية بشكل لا يمكن إجبار القضاء على السير في هذه المخالفة ، ومن ثم يحق له الحكم بعدم دستوريتها[٥].

---

(١) د. علي السيد علي الباز : مرجع سابق, ص ١٢٥-١٢٧ .

(٢) سهام صديق, الاغفال التشريعي وسبل معالجته ، مقال منشور على الموقع الالكتروني :
http://www.droitetentreprise.org/web/?p=1964

(٣) د. عيد أحمد الحسبان : قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، جامعة ال البيت ، المفرق ، المملكة الأردنية الهاشمية ، العدد الثامن والأربعون ، اكتوبر ، ٢٠١١ ، ص ١٧٤ . منشور على الرابط الالكتروني :
http://sljournal.uaeu.ac.ae/issues/48/images/3-%2.Eiad%2.%2.Alwaidia%2..pdf

(٤) د. علي السيد علي الباز : مرجع سابق، ص ١٢٧ – ١٢٨ .

(٥) د. عبد الحفيظ الشيمي : مرجع سابق، ص ١٠٤-١٠٥ .

وانطلاقاً من هذا الرأي يقول (Jose CASTSA) بأن رقابة الامتناع التشريعي يمكن أن تكون وسيلة فعالة في يد المحكمة الدستورية لحماية الحقوق والحريات التي يحتويها الدستور , من خلال وضع النصوص التي تنظمها موضع التنفيذ , وضمان استمرار كفالتها في النظام القانوني [١] حيث ترتب هذه النصوص على البرلمان التزام مزدوج : ايجابي وسلبي في ذات الوقت ؛ فالبرلمان ينبغي عليه التدخل عن طريق ما يصدره من تشريعات لوضع المبادئ الدستورية المنظمة لهذه الحقوق موضع التنفيذ [٢] 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 السلبي , ومن هنا فأن حماية الحقوق وضمان تمتع الأفراد بها تمر حتماً من خلال رقابة الامتناع التشريعي [٣] .

هذا بالإضافة الى أن تدخل المشرع نفاذاً لحكم الدستور – بالتنظيم لحق معين فإن تدخله يجب أن يكون متكامل الجوانب مفعلاً لكافة الضمانات الدستورية لهذا الحق بحيث إذا أغفل جانباً فإن ذلك من شأنه أن يقلل من الحماية الدستورية لهذا الحق بما يخالف الدستور ، فضلاً عن أن كل مخالفة للدستور ، سواء تعمداه المشرع أم انزلق إليها بغير قصد يتعين قمعها وأنه إذا كان القضاء الدستوري يراقب النشاط الإيجابي للبرلمان ويهدر التشريع المخالف للدستور فمن باب أولى يستطيع أن يراقب الإغفال التشريعي أو التنظيم غير المتكامل إذا كان من شأنه أن يتضمن مخالفة دستورية، كما أن فكرة الدولة القانونية تكفل خضوع جميع سلطات الدولة للقانون سواء في تصرفاتها الإيجابية أو السلبية التي تشكل مخالفة دستورية.

فضلاً عما تقدم فإنه وعلى افتراض صحة القول بأن القانون تعبير عن الإرادة العامة ، فإن البرلمان هو أداة صياغة هذا التعبير ، والإغفال التشريعي ما هو إلا تعبير عن الإرادة العامة لم تتم صياغته بمعرفة البرلمان ، ومن ثم تشكل عدم الصياغة مخالفة دستورية [٤] تشكل الرقابة عليها رد السلطة التشريعية الى حدودها الدستورية [٥] وقد التزم أصحاب هذا الاتجاه بتفنيد الحجج التي نادى بها أنصار الاتجاه المنكر لهذا النوع من الرقابة [٦] .

---

(١) د. عيد احمد الغفول : فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ، مرجع سابق ، ص ١٣. .

(٢) عبد المجيد ابراهيم، السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ٢٠١٠: مرجع سابق، ص ٤٢٨ .

٣) د. عيد احمد الغفول : فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ، مرجع سابق ، ص ١٣٠.- ١٣١ .

٤) د. عبد العزيز محمد سالمان : رقابة الاغفال في القضاء الدستوري ، بحث منشور على الموقع الالكتروني : http://www.startimes.com

(٥) سعد غازي طالب, حدود الاختصاص التشريعي للبرلمان، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون ، جامعة بابل ، ص٢١٤.

(٦) د. عيد احمد الغفول : فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ، مرجع سابق ، ص ١٢٢ .د. محمد ماهر ابو العينين : مرجع سابق . ص ٨١ . د. عبير حسين السيد حسين : مرجع سابق, ص ٣٧٣ .

وانطلاقاً من ذلك يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن الرقابة علي الاغفال التشريعي , ليست رقابة على قواعد غير موجودة , لان من الواجب تفسير سكوت المشرع على تسوية مسألة معينة على انه قاعدة سلبية وليس قاعدة غير موجودة , والقاعدة السلبية هي التي يفهم منها اتجاه نية مصدرها إلى وضع بعض القيود على استعمال حق معين من جانب الإفراد أو ترك مسألة معينة أو مجموعة من المسائل دون تنظيم رغم التزامه بالتدخل لتنظيمها من حيث المبدأ , وفي الحالتين يجب على القاضي الدستوري التدخل لمراقبة هذه القاعدة السلبية بالرجوع إلى أحكام الدستور التي توجب ضرورة التدخل لتنظيم هذه المسألة [١] .

وهكذا فإذا كان المشرع يظل مقيدا بأحكام الدستور في المجال الخصب لإعمال سلطته التقديرية ، فلا شك أن درجة تقيده بأحكام ومبادئ الدستور في غير هذا الموضع تكون اشد , خصوصاً بالنسبة للإحكام التي تلقي على عاتق السلطة التشريعية التزامات صريحة لا لبس فيها , لدرجة القول بانعدام سلطته التقديرية فيها , ومن ذلك التزامه بضرورة ممارسة اختصاصه بالتشريع بنفسه وعلى الوجه المبين في الدستور , وإلا كان في تصرفه مساس بالموضوع الذي كفله الدستور ، مما يبرر الطعن بعدم دستوريته[٢].

لان البرلمان ليس مالكاً لاختصاصه التشريعي بل يتلقاه من الدستور بغرض ممارسته فعلياً وعلى الوجه الأكمل تحقيقاً للمصلحة العامة , فليس من المصلحة العامة في شيء أن يمتنع عن ممارسته بصورة جزئية تتمثل في إصدار قوانين قاصرة لا تقوى على تنظيم موضوعاتها بالشكل المطلوب , أو بصورة تامة تتمثل في ترك مسائل بدون تنظيم تشريعي لفترة زمنية طويلة , يترتب على ذلك فراغ تشريعي يضر بالمصلحة العامة , وان البرلمان أن فعل ذلك يكون قد أنكر اختصاصه التشريعي [٣] الأمر الذي يوجب على القاضي الدستوري فرضً رقابته عليه والحكم بمخالفة التصرف الصادر منه لأحكام الدستور.

كما أن ما يساعد القاضي الدستوري على المضي قدماً في إعمال فكرة الرقابة على حالة الاغفال التشريعي , هو أن قواعد توزيع الاختصاصات بين السلطات بصورة عامة , تتعلق بالنظام العام , وبالتالي فأن الدفع بامتناع السلطة التشريعية أو تنازلها عن ممارسة اختصاصاتها التشريعية أو أخلالها بجزء منها , يعد من الدفوع المتعلقة بالنظام العام التي ينبغي على القاضي إثارتها من تلقاء نفسه , حتى وان لم يطلب إليه المتقاضون ذلك لأن القواعد القانونية الأدنى لا يجوز لها أن تخالف نصوص الدستور ، كما لا يجوز لها أن تعدلها ، ومن ثم فأن بطلان القوانين المخالفة لأحكام الدستور نتيجة ترتبط اساساً بتقرير مبدأ سمو الدستور ويصبح النص عليها أو عدمه تحصيل حاصل [٤].

---

(١) د. هالة محمد طريح : مرجع سابق, ص ١٨٤ .

(٢) د. محمد ماهر ابو العينين : مرجع سابق, ص ٨٥-٨٦ .

(٣) د. عيد احمد الفغول : فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ، مرجع سابق، ص ١٢٦ .

(٤) د. جواهر عادل العبد الرحمن، الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي،مرجع سابق، ص١٥٨ .

الا أن تنوع صور الاغفال التشريعي – كما اشرنا – يؤدي إلى اختلاف شكل وطبيعة الحكم الدستوري الصادر بإدانة امتناع البرلمان عن تنازله عن اختصاصه أو الإخلال بجزء منه ، فإذا كان البرلمان قد امتنع أو أحجم عن التدخل لتنظيم مسألة أو مجموعة من المسائل , كان ينبغي عليه التدخل لتنظيمها وفقاً للدستور , أو تدخل بالفعل لتنظيمها ولكن بصورة ناقصة لا تفي بالغرض المطلوب بحيث يترتب على موقفه فراغ تشريعي كامل أو جزئي , فأن الحكم الصادر من القاضي بإدانة هذا المسلك يتخذ شكلاً تفسيرياً , يقوم القاضي من خلاله بإجراء تقييم شامل للموقف منتهياً أما إلى حث البرلمان على التدخل لتنظيم المسألة أو المسائل التي لم يتدخل لتنظيمها , أو إلى تفسير النص الخاضع لرقابته بصورة تسمح له بإكمال النقص الذي يعتريه , والناتج عن تنظيم البرلمان للمسألة موضوع هذا النص بصورة جزئية لا تفَي بالغرض [١] .

ويؤيد الباحث الاتجاه المؤيد للرقابة حيث أن اختصاص جهة الرقابة على حالة الاغفال التشريعي , يجد أساسه في فكرة التصدي في القضاء الدستوري , والتي تتمثل في قيامالقاضي الدستوري من تلقاء نفسه بإثارة مسألة من المسائل أو دفع من الدفوع المتصلة بموضوع معين , ثم يحكم القاضي بشأن هذه المسألة أو هذا الدفع ويطبق الدستور عليها , ليزن بينها وبين محتوى نصوصه وروحها ليقرر فيما إذا كان وجودها يشكل عدوانا على الموضوعات التي ينظمها فيحكم بإنزال حكم الدستور عليها .

وهي ذات الفكرة التي عبر عنها الفقه الفرنسي بالدفع المتعلق بالنظام العام , محددا محتواها بأنه الدفع الذي يثيره القاضي الدستوري مستنداً إلى وجود مخالفة للقانون بمعناه العام والمتعلقة بتنظيم المجتمع وبذلك يلعب دور رئيسي في هذا الخصوص ، حيث ينبغي عليه – من خلال قضاءه – أن يراعي مقتضيات النظام العام بأن يستلهم المصلحة العامة وأن يتقيد بالنظم السائدة في المجتمع ، وأن يضمن لها ما قد يغفل التشريع ضمانة من حماية كافية وبذلك يكون هذا الدفع قد صدر من اجل تحقيق مصلحة المجتمع في مجموعه , والهدف من هذا الدفع في النهاية , هو وضع نهاية لهذه المخالفة لان استمرارها من شأنه أن يضر بالمصلحة العامة للمجتمع[٢].

وبهذا يتضح أن تصدي القاضي – بناءً على الأصول العامة للتقاضي – لإثارة دفع من الدفوع المتعلقة لمخالفة المشرع للقانون بمعناه العام كامتناعه عن تنظيم موضوع معين أو إخلاله بأصول تنظيمه ، يجد أساسه من ناحية في نصوص ذلك القانون , ومن ناحية أخرى في السلطة التقديرية للقاضي التي تخوله اعتبار دفع معين ، كما لا يعد افتئات على السلطة التشريعية – بحسب تعبير كلسن – لان المحكمة حين تقضي بعدم الدستورية للتشريع هنا ، لا تقوم بوظيفة تشريعية إيجابية فهي لا

---

(١) د. عيد احمد الغفول : فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ، مرجع سابق، ص٤٦ .

(٢) د. عيد أحمد الغفول : فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية ، دراسة مقارنة ، ط٢ منقحة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ١٠ – ١١ .

تتعدى على وظيفة السلطة التشريعية بمقاسمتها إياها ، وإنما من الجائز أن يقال إنها تقوم بوظيفة تشريعية سلبية تتمثل في إبطال التشريع ، ولكن الوظيفة التشريعية الأصلية المنشئة للقواعد القانونية تظل بعيدة عن سلطة المحكمة واختصاصاتها [١] .

الفرع الثاني

اتجاه المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة علي الاغفال التشريعي

تبدو مسألة الإغفال التشريعي في العراق ملحوظة الأمر لان القضاء الدستوري في العراق لم يمارس الرقابة بشكل جدي وحتي بعد انشاء المحكمة الاتحادية العليا عام ٢٠٠٥, ومن خلال استقراء الاحكام الصادرة عنها لم نجد ما يشير إلى مباشرة الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة خارج نطاق الدستور أو صدرت أحكام بالغاء قوانين لعدم توافقها مع مبادئ, عليا الامر الذي يستلزم بالضرورة إيجاد آلية للرقابة على الإغفال التشريعي بما يضمن الحد منه، ويوجد في العراق وهذه الرقابة تكون من خلال المحكمة الاتحادية العليا[٢].

وفيما يتعلق برقابة الملاءمة في المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، فهي من الموضوعات الهامة والصعبة في نفس الوقت ، حيث ظل الفقه الدستوري السائد يردد بان الرقابة القضائية منذ نشأتها الاولى ، وعبر مراحلها وتطورها التاريخي ، رقابة مشروعية وليست رقابة ملاءمة ، والتطورات المتلاحقة والعميقة التي اصابت قضاء الدستورية في مصر او فرنسا تدفعنا الى معاودة النظر فيما استقر عليه الفقه التقليدي من تحديد حدود الرقابة على دستورية القوانين بمشروعيتها دون ملاءمتها ، وتدعونا الى الاعتراف بان الرقابة على الملاءمة قد اصبحت في الوقت الحاضر حقيقة واقعية في قضاء الدستورية لا سبيل الى انكارها.[٣]

ان رقابة الملاءمة أمام المجلس الدستورى الفرنسى فإنها تمكن المجلس من وزن وتقدير الطابع المناسب للوسائل والخيارات التى يقرها المشرع لتحقيق أهدافه مع خطورة التوصل لنتيجة مختلفة عما ارتآه المشرع، الأمر الذى يعد أحد المآخذ على تلك الرقابة، وخاصة أن ممثلى الشعب من أعضاء البرلمان – يحوزون فى التحليل الديمقراطى لشرعية أكثر من أعضاء المجلس الدستورى باعتبارهم منتخبون من الشعب مباشرة، ومن ثم فهم أقدر من القضاة على تقدير الوسائل المناسبة لتحقيق اشباع الأهداف المبتغاة، ففكرة الملاءمة تمثل نوع من الحوار بين المجلس الدستورى والبرلمان، للبحث عن الوسائل الأكثر احتراماً للحقوق والحريات الدستورية بما يسمح بتحقيق الاهداف التى يسعى المشرع لتحقيقها[٤].

---

(١)د. يحيى الجمل : الرقابة على دستورية القوانين في المملكة الليبية ، مرجع سابق، ص ٢٣٦ .

(٢) د. ابراهيم محمد الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق ،ص.٢٣٩.

(٣) د. عبد المنصف عبد الفتاح, ر قابة الملائمة في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة, مرجع سابق, ص٤١٨.

(٤)د.عبد المنصف عبد الفتاح، رقابة الملائمة في القضاء الدستوري دراسة مقارنة, ،دار النهضة العربية، ، ٢٠١٦, ص٤٤٧.

وفى الحقيقة نجد أن المجلس الدستورى الفرنسى دائماً يذكر بأنه لا يملك سلطة عامة فى التقدير والتقرير مشابهة لتلك التى يحوزها المشرع، وأن تقدير المصلحة العامة يكون من اختصاص المشرع إذا كانت الرقابة المقيدة تعد استحسان لتحاشى القول بأن المجلس الدستورى يحل تقديره محل تقدير المشرع، إلا أنها تظل دون حقيقة الرقابة التى يمارسها المجلس الدستورى من خلال تقنية أو وسيلة الخطأ البيّن فى التقدير التى لا تقتصر على حالة غموض نص الإحالة الذى يستند إليه المجلس فى ممارسة رقابته، وإنما تمتد لتغطى كافة مجالات المنازعة الدستورية، وأياً كان المبدأ الدستورى محل النزاع بما فى ذلك الطابع الضرورى لنص تشريعى[١].

اما بالنسبة لرقابة الملاءمة فى القضاء الدستوري العراقي , فلم يكن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالتفسير والرقابة تتضمن تفسير النصوص الدستورية بموجب القانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥, الا ان الدستور الدائم اضاف اليها هذا الاختصاص في المادة (٩٣) منه.

حيث تنص المادة (٩٣) الفبرة الثانية من دستور العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥, علي ان " ...."٢-لفصل في القضايا التي تنشا عن تطبيق القوانين الاتحادية، والقرارات والانظمة والتعليمات والاجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية، ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الافراد وغيرهم حق الطعن المباشر لدى المحكمة[٢].

كما نصت المادة (٩٤) من الدستور الدائم لسنة ٢٠٠٥ على أنه " قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة[٣], يتضح لنا مما تقدم أن قرار التفسير الذي تصدره المحكمة الاتحادية العليا بات وملزم للسلطات كافة.

وتأسيساً علي ذلك اذا كانت رقابة الإغفال التشريعي قد اعتمدت في وجودها على جهود الفقه وتفسير القضاء الدستوري لدوره في الرقابة على دستورية القوانين، فإنه بالنظر إلى الدساتير المقارنة نلاحظ أن الأساس الذي تستند عليه المحكمة في ممارستها لهذا النوع من الرقابة قد تباينت في المنهج الذي اتبعته، حيث تبنت بعض الوثائق الدستورية صراحة الرقابة على الإغفال التشريعي، بينما اعترف القضاء الدستوري في دول أخرى بحقه في رقابة الإغفال التشريعي رغم غياب النص الصريح عليها.

ومن تطبيقات رقابة المحكمة الاتحادية في حالة الاغفال التشريعي, نجد ان المحكمة الاتحادية العليا في العراق وفي مجال تطبيقها لنظرية الإغفال التشريعي اصدرت قرارا بإلغاء الجلسة المفتوحة لمجلس النواب حينما تضمن إجراء تنظيمياً يتعلق بكيفية انتهاء جلسة مجلس النواب عندما لم يحصل التوافق لعدم وجود نص في التشريعات النافذة فكان القرار بمثابة إنشاء نص تشريعي سعياً من المحكمة

---

(١)د.- عبد العزيز محمد سلمان، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، مرج سابق، ص٦٩.

(٢)راجع في ذلك المادة (٩٣) الفقرة الثانية من دستور العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥.

(٣)راجع في ذلك المادة (٩٤) من دستور العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥.

الاتحادية العليا لتدارك النقص بما يتفق والهدف الذي توخاه كاتب الدستور عند جعل التشريع في مجلس النواب بوصفه سلطة تشريعية[١].

كما اصدرت قراراً حدد نسبة الكوتا النسائية في مجالس المحافظات عندما لم يشرع لها نص في القوانين التي تنظم عملية انتخابات مجالس المحافظات إذ تلمس روح الدستور وغاية النصوص الدستورية تجاه المرأة فأوجد حكماً يعد بمثابة تشريع مكمل للقوانين النافذة التي تتعلق بالانتخابات[٢].

كما مارست المحكمة الاتحادية مهامها على وفق رقابة الإغفال التشريعي باتباع صورة أخرى من صور هذه الرقابة والتي تسمى الرقابة الإيعازية والتي لا يقتصر دور القاضي الدستوري فيها على مجرد الكشف عن وجود إغفال تشريعي وإنما يخاطب المشرع لسد هذا العجز أو الإغفال، عن طريق توجيه طلب مباشر أو توصية أو نصائح وقد تتضمن تأنيباً ويمكن أن يلجأ القاضي الدستوري إلى صيغة آمرة بأن يوجه ما يشبه الأمر لكن في النهاية ليس هناك إلزام على السلطة التشريعية بأن تستجيب لهذا الأمر أو حتى النداء أو التوجيه[٣], وكان للمحكمة الاتحادية العليا في العراق أثراً واضحاً في تطبيق هذه الصورة من النظرية في العديد من قراراتها وأحكامها[٤].

ويري الباحث أن رقابة الإغفال التشريعي باتت راسخه مستقره في قضاء المحكمة الدستورية العليا,بوصفها أداة من ادوات رقابة المحكمة علي سلطة المشرع التقديرية في مجال تنظيم الحقوق علي الصورة الاوفي لها,دون اخلال بضماناتهااو فصور ينتقص فاعليته.انطلاقا من إن قصور المشرع عن الاحاطة بكافة مناحي المسألة التشريعية وعدم تكامل احكامها,يعد مخالفة تصم النص بمخالفة الدستور ومن ثم سبباً للحكم بعدم دستوريته.

وأن امتداد رقابة القضاء الدستوري لحالة تخلي المشرع عن واجباته أو تفريطه في مسؤولياته يعد منهجاً قضائياً متطوراً , إذ مؤداه إخضاع المشرع كسلطة عامة لمبدأ سيادة القانون , بوصفها أفضل وسيلة لتفادي أن يصبح القانون أداة تعسف ، وهذا ضمان أكيد للأفراد لأنه يعني حماية حقوقهم من التحكم , كما يمنع الإخلال بضماناتها التي كفلها الدستور ، كما يعد في الوقت ذاته بمثابة وضع نهاية لمخالفة من شأن استمرارها أن يضر بالمصلحة العامة للمجتمع ككل ، يضاف الى أنها لا تتماشى مع التزامه بضرورة ممارسة اختصاصه التشريعي وفقاً لما جاء في نصوص الدستور .

([١])راجع في ذلك القرار رقم ٥٦ اتحادية ٢٠١٠ , والصادر في ٢٠١٠/١٠/٢٤.

([٢])راجع في ذلك القرار رقم ١٣ لسنة ٢٠١٣ والصادر بجلسة ٢٠٠٧/٧/٣١..

([٣])سالم روضان الموسوي، دو القضاء الدستوري في معالجة النقص التشريعي, مرجع سابق.

([٤])ومن هذه القرارات القرار رقم (١٠) اتحادية لسنة ٢٠٠٩ والصادر في ٢٠٠٩/٥/٢٦ ،الذي أوعز إلى لجنة التعديلات الدستورية بتدارك حكم أغفله كاتب الدستور يتضمن كيفية انتخاب رئيس مجلس النواب أو أحد نائبيه في حالة شغور المنصب, القرار رقم (٦) اتحادية ٢٠١٠ والصادر في ٢٠١٠/٣/٣ ،الذي تضمن حكما بالإيعاز إلى مجلس النواب لإصدار تشريع ينظم كوتا الأقليات من مكونات الشعب العراقي. , و القرار رقم (٥٩) اتحادية لسنة ٢٠١١ والصادر في ٢٠١١/١١/٢١ ،الذي أوعز للسلطة التشريعية باعتماد الآراء الفقهية لكافة المذاهب الإسلامية عند إصدار تشريع ينظم الأحوال الشخصية..

وبناء علي ما سبق فإن رقابة الإغفال التشريعي هي رقابة مستقرة في قضاء المحكمة الاتحادية العليا, سواء في فرنسا او مصر او العراق وبصرف النظر عن النتيجة التي تتوصل إليها المحكمة من خلال إخضاعها لرقابة الإغفال, سواء قضت برفض الطعن علي دستوريه ما اغفل المشرع تنظيمه أم قضت بعدم دستوريته,إذ ان ما يهم هو أن المحكمة تعتد بالإغفال التشريعي بوصفه عيبا يصم النص بمخالفة الدستور, وقيدا علي سلطة المشرع في تنظيم الحقوق بما يضمن تكامل أحكامها.

وبناءً على ما تقدم يمكن القول أن الفقه بآرائه التي طرحها في تقييم عدم قبول الرقابة على امتناع المشرع أو إباحتها بشكل مطلق كان يعمل بين حدَّين متطرفين :

الأول : يطلق يد المشرع إطلاقا يؤدي إلى إهدار فكرة الرقابة القضائية ذاتها , ويجنح بالمشرع نحو التحكم ؛ **الثاني** : يغُل يد المشرع إلى حد يكاد يشُل عمل السلطة التشريعية نفسها , فيقيم بدلاً من تحكم المشرع تحكم القضاء , وتبلغ رقابته في هذا الشأن حد امتهان المشرع وإخضاعه لسلطان القضاء ، وما يؤكده الفقه هو أن سيادة القانون لا يمكن أن تتحقق بالتراخي أو المغالاة في الرقابة القضائية , كما وان انعدام الرقابة القضائية أصلا يؤدي إلى انهيار الشرعية لأن الواجب الطبيعي للقاضي هو أن يطبق القانون الأعلى عند تعارضه مع القانون الأدنى, وهي قاعدة عامة لا تستطيع شيئاً دون الإسناد القوي من جهة الرقابة ، كما أن القانون لا شيء إذا لم توجد سلطة تطبقه محافظة على الحدود الدستورية للسلطات بما يحقق استقرار الحقوق والواجبات [١]

الخاتمة

انتهينا من خلال هذا البحث إلى أن "سمو الدستور يفرض على المشرع التزامات إيجابية بالتشريع لحماية موضوعات دستورية، وذلك بأن يكون تنظيمه لها تنظيماً كاملاً غير منقوص أو قاصر عن أن يحيط بها من كافة جوانبها مما يؤدي إلى الإخلال بالضمانات الدستورية لها."

ولاشك أن رقابة الاغفال التشريعي أحد فروع الرقابة على دستورية القوانين إلاّ أن هذا النوع من الرقابة يمتاز بكونه ينصب على ما أغفله المشرع في النص القانوني محل الطعن بعدم الدستورية، فعدم دستورية النص لا تتأتى من مخالفة صريحة للقواعد الشكلية والموضوعية للدستور، وإنما تتأتى عن إغفال المشرع أو قصور في تنظيم الحق أو الحرية أو المساءلة 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.

([١]) د. عصمت عبد الله الشيخ : مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريع مرجع سابق ، ص ٩٦ .

وعلى الرغم من تبني القضاء الدستوري الرقابة على الإغفال التشريعي في النظام الدستوري العراقي , **نرى إن المشرع وان كان يملك السلطة التقديرية عند التشريع إلا انه يبقى مقيد بإطار الدستور لأنها ليست سلطة غير محدودة ، ويبقى القضاء الدستوري الرقيب الذي يبين مدى هذه حدود هذه السلطة التقديرية عبر الأحكام التي يصدرها.**

وان أهم النتائج التي توصل اليها البحث هي الآتي :

١- تبنت بعض النظم صراحة الرقابة على الإغفال التشريعي المجرد، كما اعترف القضاء الدستوري بحقه في رقابة الإغفال التشريعي رغم غياب النص الصريح عليها.

٢- تعتبر مشكلة كيفية معالجة الإغفال التشريعي في رقابة الإغفال لأنها تطرح بصورة مباشرة طبيعة العلاقة بين جهة الرقابة والسلطة التشريعية وحدود الرقابة وهل يحل القاضي الدستوري محل المشرع عند قيامه برقابة الإغفال خاصة في حالة الإغفال الكلي أو السكوت وما هي الوسائل الفنية التي يستطيع عن طريقها أن يراقب قاضي الدستورية مسألة الإغفال التشريعي دون أن يتجاوز حدود وظيفته.

٣- تفسير القاضي الدستوري للنص يمكن أن يأخذ أحد ثلاث صور: الأولى: التفسير الإنشائي أو البناء الذي يكون الغرض منه ملء الفراغ التشريعي. الثانية: التفسير المحايد: الذي لا يتضمن أي إضافة إلى النص التشريعي، ويقتصر على مجرد التفسير. وأخيراً التفسير التوجيهي الذي لا يكون الغرض منه إلا توجيه القائمين على تطبيق القانون باتباع منهج معين أو اتباع الضوابط والتحفظات التي انتهى إليها القاضي الدستوري من خلال تفسيره للنص محل الرقابة.

٤- إن الأغفال التشريعي من شأنه إضعاف ضمانات اقتضاء الحقوق والتمتع بالحريات الأساسية التي كفلها الدستور، فالقانون هو الأداة التي تنقل المبادئ والإطار النظري للحقوق والحريات إلى الواقع العملي وأن أي خلل أو قصور في أداة نقلها إلى الواقع بطريقة لا تنسجم مع هذا الواقع من شأنه أن يضعف فاعليتها فحسب، وبالتالي فإن دور المشرع لا يقتصر على ضمان جودة التشريع وفاعليته، وإنما يمتد إلى إلغاء التشريعات التي من شأنها أن تقلل فاعلية هذه الضمانات أو تنتقص منها.

٥- أن إخضاع امتناع المشرع لرقابة القضاء يعد منهجاً قضائياً متطوراً , إذ مؤداه إخضاع المشرع كسلطة عامة لمبدأ سيادة القانون , وهذا كسب ضخم للإفراد لأنه يعني حماية حقوقهم من التحكم , كما يعد في ذات الوقت بمثابة وضع نهاية لمخالفة من شأن استمرارها أن يضر بالمصلحة العامة للمجتمع ككل .

لما تقدم ندعو المشرع العراقي الي:

١- المحكمة الاتحادية العليا الى وضع منهاج واضح عند فحص دستورية النصوص محل الطعن وان لاتتردد في الغاء المخالف منها للدستور لتجنب اقتحام المجال التقديري للمشرع طالما ان المشرع قد اغفل القواعد الشكلية او الموضوعية للدستور وتجاوز في ممارسة اختصاصه التشريعي القيود الواردة فيه.

٢- تفعيل دور رقابة الإغفال التشريعي، وتطوير وسائلها، وعدم الاكتفاء بتنبيه المشرع إلى حالات الإغفال التشريعي التي من شأنها إحداث خلل في التوازن المفترض بين السلطة والحرية التي تعد أساس السكينة الاجتماعية، وإنما يجب أن يتطور دور القضاء الدستوري في مجال رقابة الاغفال التشريعي إلى إصدار الأحكام الإيعازية والأحكام المكملة لتفادي إلغاء النصوص القانونية المشوبة بالإغفال لعدم الدستورية قدر الإمكان إذ بالإمكان أن يساهم القضاء الدستوري عبر رقابة الاغفال التشريعي إلى ضمان التوازن بين السلطة والحرية.

الفهرس

	٧
عنوان البحث **مدي شرعية السلطة التقديرية للرقابة الدستورية في حالة الاغفال التشريعي**	١٧
مقدمة البحث:	٢
المبحث الاول: **حدود السلطة التقديرية للمشرع وأسس الرقابة**	٣
المطلب الأول الانحراف التشريعي الدستوري في نطاق سلطة المشرع التقديرية	٤
الفرع الأول مفهوم الانحراف التشريعي والرقابة الدستورية عليه	٤
الفرع الثاني: مفهوم السلطة التقديرية في القضاء الدستوري	٧
المطلب الثاني: الاغفال التشريعي في القضاء الدستوري	٩
المبحث الثاني: **الرقابة الدستورية علي الإغفال التشريعي**	١٦
المطلب الاول: مفهوم الرقابة القضائية في القضاء الدستوري	١٧
المطلب الثاني: رأي الفقه والقضاء في الرقابة الدستورية علي الإغفال التشريعي	٢٠
الفرع الاول: الرقابة علي الاغفال التشريعي بين الرفض والتأييد.	٢٢
الفرع الثاني : اتجاه المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة علي الاغفال التشريعي .	٢٩
الخاتمة	٣٣
النتائج	٣٤
المراجع	٣٦
الفهرس	٣٩