



كلية القانون
College of Law

Tikrit University Journal for Rights

Journal Homepage : <http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t>

Due to the Federal Supreme Court in monitoring legislative negligence in Iraq

Assistant Professor .Dr .Dhafer Ahmed Mandil

College of Arts, Tikrit University, Salahuddin, Iraq

daferahmed@tu.edu.iq

Article info.

Article history:

- Received 3 December 2023
- Accepted 31 December 2023
- Available online 1 March 2024

Keywords:

- Federal Supreme Court
- Legislative omission

Abstract: The term legislative omission is considered one of the relatively recent terms that jurisprudence has not yet been able to address to a sufficient extent to agree on defining its meaning or content despite the constitutional judiciary's confrontation with it. Legislative omission occurs if the legislator neglects, on the occasion of his regulation, one of the topics mentioned in the constitution, which may lead to limiting the effectiveness of the topic in question. Regulation on the one hand, and violating one or some of the constitutional texts on the other hand, and the details of that are that if the legislator intervenes, in implementation of the Constitution's ruling, by regulating a particular subject of its subjects, then his intervention must be integrated in all aspects, activating all the constitutional guarantees for this subject, as if the legislator neglects

one of its aspects that does not Regulation is complete without it, as this would reduce the constitutional guarantees for this subject and would be in violation of the Constitution.

© 2023 TUJR, College of Law, Tikrit University

دور المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على الاغفال التشريعي في العراق

أ.م.د. ظافر احمد منديل

كلية الآداب ، جامعة تكريت، صلاح الدين، العراق

daferahmed@tu.edu.iq

معلومات البحث :

تواريخ البحث:

- الاستلام : ٣ / كانون الاول / ٢٠٢٣
- القبول : ٣١ / كانون الاول / ٢٠٢٣
- النشر المباشر : ١ / اذار / ٢٠٢٤

الكلمات المفتاحية :

- المحكمة الاتحادية العليا
- الاغفال التشريعي

الخلاصة: يعد مصطلح الاغفال التشريعي من المصطلحات الحديثة نسبياً التي لم يتسن بعد للفقهاء التعرض له بالقدر الكافي للاتفاق على تحديد معناه أو مضامينه رغم مواجهة القضاء الدستوري له، فالإغفال يتحقق إذا أغفلت السلطة التشريعية بمناسبة تشريعها قانون معين من القوانين الواردة بالدستور إذ قد يؤدي ذلك الاغفال إلى الحد من فعالية التشريع المراد تنظيمه ، أو مخالفة أحد أو بعض نصوص الدستور، وتفصيل ذلك أنه إذا تدخل المشرع ونفاذاً لحكم الدستور بتنظيم مسألة معينة فإن تدخله يجب أن يكون بشكل كامل ومفعلاً لكافة الضمانات الواردة في الدستور التي تخص ذلك الموضوع ، وإذا أغفل المشرع جانب من تلك الجوانب الذي لا يكتمل التشريع إلا به فإن ذلك من شأنه أن يقلل من الضمانات الدستورية لهذا الموضوع ويكون مخالفاً للدستور .

© ٢٠٢٣ , كلية القانون، جامعة تكريت

المقدمة : يعد الدستور هو القانون الاسمي في الدولة والذي يحتل قمة الهرم القانوني فيها وينظم عمل السلطات فيها وفق مبدأ الفصل بين السلطات ، وكذلك ينظم الحقوق والحريات العامة ووفق مبدأ سمو الدستور ، ولكون دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ قد مضى على دخوله حيز النفاذ مدة طويلة ، لذا نجد أن الكثير من القوانين التي تم النص عليها في الدستور بانها تنظم بقانون، لم يتم تشريعها، إذ لم تقم السلطة المختصة بواجباتها وتشريع تلك القوانين وخاصة تلك التي تتعلق بالحقوق والحريات العامة ، وهو ما يطلق عليه الاغفال التشريعي، الذي يعد من المفاهيم الحديثة نسبياً والتي تبناها الفقهاء القانوني، وفي المقابل نجد أن القضاء الدستوري في بعض الدول قد مارس الرقابة على الاغفال التشريعي، على الرغم

من أنها لم تكن مؤكدة في نص الدستور ، وإنما مارسها وفقاً لمبدأ سمو الدستور ، ولحماية الحقوق والحريات ثانياً ، أما بالنسبة للمحكمة الاتحادية العليا في العراق فلم تتبنى بصورة واضحة المعالم هذا النوع من الرقابة لحد الآن، مع العلم أن الدستور يفرض على السلطة التشريعية في العراق التزامات بتشريع القوانين، ومن بين تلك القوانين تلك التي تتعلق بحقوق المواطنين وحرياتهم ، ويقع على المشرع في العراق أيضاً التزام أن تكون تلك التشريعات منتظمة ومتكاملة من كافة الجوانب وأن لا يغفل أي جانب من تلك الجوانب والذي لا يكتمل التشريع إلا به .

أولاً- سبب اختيار الموضوع:

يعد موضوع الإغفال التشريعي من المواضيع الحديثة نسبياً والتي برزت في معرض تصدي القضاء الدستوري لدستورية القوانين التي تم إقرارها من قبل السلطة التشريعية على اعتبار أن القضاء الدستوري هو المسؤول عن ضمان احترام القواعد الموضوعية للدستور التي تنظم الحقوق والحريات العامة وأن أي مساس من المشرع بهذه القواعد الموضوعية من شأنه الأخلال بالضمانات الدستورية المقررة بموجبها أو تحديد فاعليتها يعد الفة للدستور يقتضي تدخل القضاء الدستوري لمعالجته، فضلاً عن ذلك نجد أن فكرة الرقابة على الإغفال التشريعي تتفق مع فكرة خضوع جميع السلطات العامة للقانون، فقبل تبني النظم القانونية والقضائية لهذه الرقابة، كان الإغفال التشريعي أو السكوت التشريعي وحده هو الذي يتمتع بالحصانة ضد رقابة القضاء، في حين أن القانون كفل التصدي للإغفال أو السكوت المتعلق بكل من السلطتين التشريعية والقضائية.

ثانياً - أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث من خلال أن فكرة الرقابة على الإغفال التشريعي تتفق مع مبدأ خضوع جميع السلطات العامة للقانون، فقبل تبني النظم القانونية والقضائية لهذه الرقابة كان الإغفال أو السكوت التشريعي وحده هو الذي يتمتع بالحصانة ضد رقابة القضاء في حين أن القانون كفل التصدي للإغفال أو السكوت المتعلق بكل من السلطتين التنفيذية والقضائية، كذلك توضيح دور المحكمة الاتحادية العليا في معالجة الإغفال التشريعي على الرغم من عدم النص على ذلك الاختصاص صراحة في الدستور العراقي النافذ وكذلك في قانون المحكمة، وذلك بغية تحقيق الإصلاح القانوني .

ثالثاً - نطاق الدراسة:

سيقتصر نطاق بحثنا على بيان مفهوم الإغفال وصوره والدور الذي يمكن أن تمارسه المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقابتها على الإغفال التشريعي مع الإشارة إلى القضاء الدستوري لبعض الدول.

رابعاً - إشكالية البحث :

تتمحور الإشكالية الأولى للبحث حول معرفة ما هو الأساس الذي يستند إليه القضاء الدستوري في ممارسة رقابته على الإغفال التشريعي، أما الإشكالية الثانية فتكمن في عدم قيام السلطات المختصة في العراق بتشريع العديد من القوانين التي كان يجب على تلك السلطات تشريعها، وعدم قيامها بواجباتها

التي فرضها عليها الدستور على الرغم من مرور مدة طويلة على نفاذ دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ وخاصة تلك القوانين التي تتعلق بالحقوق والحريات العامة مما أدى الى وجود قصور تشريعي وقانوني .

خامسا- منهجية البحث :

سنعتمد في هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي الذي يركز على تشخيص الفكرة موضوع البحث وبيان طبيعتها ومعرفة اسبابها .

سادسا- هيكلية البحث :

سنقسم بحثنا الموسوم دور المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على الاغفال التشريعي ودوره في العراق الى مبحثين سنتطرق في المبحث الاول الى مفهوم الاغفال التشريعي وانواعه أما في الثاني فسنبين ضوابط الرقابة على الاغفال التشريعي و دور المحكمة في معالجة الاغفال التشريعي .

المبحث الاول

مفهوم الاغفال التشريعي وانواعه

يعد مفهوم الاغفال التشريعي من المصطلحات الحديثة في القانون المقارن، لذا اثار هذا المفهوم جدلاً فقهيّاً حول مجاله ومضمونه ، اذ لم يتم التوافق على تحديد معنى دقيق له ولغرض بيان هذا المفهوم وانواعه سنقسم هذا المبحث الى مطلبين سنبيين في اولها مفهوم الاغفال التشريعي ، أما في الثاني فسنبيين انواعه .

المطلب الاول

مفهوم الاغفال التشريعي

لبيان هذا المفهوم يتطلب منا تقسيمه الى فرعين سنتطرق في الفرع الاول الى التعريف الفقهي وفي الفرع الثاني سنتطرق الى التعريف القضائي.

الفرع الاول

التعريف الفقهي

لم يتطرق المشرع العراقي وغيره في القانون المقارن الى تعريف مصطلح الاغفال التشريعي ، لذا ترك ذلك المجال للفقه والذي بدوره لم يتفق على تعريف مصطلح محدد ومتفق عليه للأغفال التشريعي، فقد عرف البعض الاغفال التشريعي بأنه "امتناع المشرع بتنظيم الموضوعات التي تدخل ضمن اختصاصه اما عمدا او اهمالا مما قد يؤدي الى الاخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم"^(١). كما عرفه البعض بأنه " امتناع المشرع أو تسلبه من اختصاصه بإصدار قانون أو تنظيم احد الحقوق أو الحريات التي خصه بها الدستور سواء كان هذا الامتناع أو التسليب عن عمد أو بغير عمد مما يترتب عليه الاخلال بأحد الضمانات الدستورية محل تنظيم الحقوق والحريات"^(٢). وعرفه جانب من الفقه بأنه " اغفال المشرع جانبا من جوانب الموضوع محل التنظيم مما يؤدي الى الحد من فعاليته وبالتالي الحيلولة دون تفعيل أو تكريس النص القانوني من ناحية اخرى"^(٣). في حين عرفه الفقه المصري المقارن بأنه " قيام البرلمان بتنظيم مسألة أو مسائل محددة بصورة منقوصة يترتب عليها فراغ تشريعي لا يتناسب مع ما قرره الدستور من التزامات تقع على عاتق البرلمان والتي تتمثل في تشريع القوانين"^(٤).

(١) د. مهند صالح الطراونة : العلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية في النظام البرلماني ، ط١، دار الوراق ، الاردن ، ٢٠٠٩ ، ص١٢٠.

(٢) د. عبد العزيز محمد سالماني : رقابة الاغفال التشريعي في القضاء الدستوري ، بحث منشور في المجلة الدستورية ، المحكمة الدستورية العليا مصر، ١٥٤، السنة السابعة، ٢٠٠٩ ، ص٨ .

(٣) عبد الحفيظ علي الشيمي : رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٣ ، ص٢٠٩ .

(٤) احمد فتحي سرور : الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، دار الشروق ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص ٢٠٢.

يتضح لنا ان الاغفال التشريعي يعد اخلافاً بالتزام سياسي وقانوني يقع على عاتق السلطة التشريعية سواء كان ذلك يقع ضمن اختصاصها المطلق أو النسبي أو في دورة عادية أو استثنائية أو من اقتراح مجلس النواب أو السلطة التنفيذية ، ويرجع ذلك لوجوب أن يكون التنظيم التشريعي للحقوق والحريات المقررة دستورياً فعالاً وببطل كل تنظيم قانوني يحد من ذلك .

وعليه يمكن من جانبنا أن نعرف الاغفال التشريعي بأنه "عدم قيام المشرع بدوره في تشريع القوانين أو تماهله في ذلك لمدة طويلة، أو أن يقوم المشرع بتشريع بعض القوانين والتي يعتريها النقص مما يتسبب في قصور النص القانوني وخاصة تلك القوانين التي تتعلق بالحقوق والحريات المقررة في الدستور".

الفرع الثاني

التعريف القضائي

لم يتطرق القضاء الدستوري العراقي ولا في الانظمة المقارنة لتعريف مصطلح الاغفال التشريعي ، الا أننا نجد في العديد من الاحكام التي صدرت عن القضاء الدستوري المقارن بينت أن التنظيم التشريعي القاصر بحد ذاته يشكل مخالفة دستورية ، سواء كان ذلك في قصور نظمه المشرع اصلاً لكنه لم يستوفي جميع جوانبه^(١) أو عدم تنظيم المشرع لحكم كان من المفروض أن ينظمه^(٢)، وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في توضيحه لفكرة الاغفال التشريعي من خلال قراراته بل أنه يتوسع فيها ولقد اوضح مجلس الدولة الفرنسي ان مفهوم الاغفال التشريعي لا يقتصر على حالة ما اذا كان النص مخالفاً لنص دستوري بل تمتد لحالات منها هو عدم تضمينه لجانب محدد من جوانب الموضوع وبما يخالف الدستور ،وان تنظيم السلطة التشريعية لقانون معين أما أن يكون كاملاً شاملاً أو غير كاف ، بحيث يقرر عدم الدستورية لاي تنظيم للتشريع غير كافي^(٣)، ومن قرارات مجلس الدولة الفرنسي القرار الذي انتهى فيه الى عدم تحديد المشرع للجريمة بصورة كافية فيما يتعلق بجرائم الارهاب والجرائم الصحفية وقراره الصادر بشأن حرية الصحافة إذ نظم المشرع بعض الجرائم الصحفية بصورة غير محددة مما يؤدي الى عدم تحديد مرتكبي الجرائم وبالتالي الاخلال بمبدأ المساواة في الدستور^(٤)، ويتضح لنا أن مجلس الدولة الفرنسي لم يبين معنى الاغفال التشريعي بشكل واضح بل أنه استعمل عبارات تدل على ذلك منها التنظيم غير الكافي والذي يعده مخالفاً للدستور .

(١) د. سمير داود سلمان : الاغفال التشريعي وامكانية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق ، بحث منشور في مجلة جامعة النهريين ، كلية الحقوق ، مج ٢١ ، ع ٤ ، ٢٠١٩ ، ص ٩١ .

(٢) د. سمير داود سلمان : مصدر سابق ، ص ٩١ .

(٣) د. عوض المر : الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الاساسية ، مركز رينيه ، جان دبوي للقانون والتنمية ، ٢٠٠٣ ، ص ١٤١ .

(٤) د. عبد الحفيظ الشيمي : مصدر سابق ، ص ٢٠٤ .

ونجد على صعيد القضاء الدستوري العربي المقارن أن المحكمة الدستورية العليا في مصر تبنت في العديد من احكامها مسألة الاغفال التشريعي ، إذ استخدمت المحكمة مصطلح الاغفال في مرات محدودة ، بينما استخدمت في اغلب الاحيان عبارات مثل (عدم تضمين النص التشريعي المطعون فيه لحكم كان يتعين ان يضمه) أو عبارة (تضمن النص المطعون فيه لحكم قاصر) وقد قضت المحكمة الدستورية في موضوع يتعلق بالحقوق والحريات مضمونه "مخالفة نص الفقرة (١) من المادة (١١٢) من لائحة نظام العاملين بالهيئة القومية لسكك حديد مصر الصادر بقرار من وزير النقل والمواصلات رقم (١٨) لسنة ١٩٨٢ للدستور المصري وذلك لعدم تضمينها وجوب انذار العامل كتابة قبل انتهاء خدماته لانقطاعه عن العمل بغير اذن لمدة اكثر من ٣٠ يوم متتالية"^(١)، وقد جاء في حيثيات الحكم (لقد أغفل المشرع في النص المطعون فيه اشتراط انذار العمل كتابة قبل انتهاء خدماته للانقطاع ، وبذلك فإنه قد أخل بضمانة دستورية جوهرية وهي مبدأ المساواة ومبدأ سيادة القانون التي كفلها الدستور المصري) ، ولذلك نلاحظ أن القضاء المصري لم يتطرق لتعريف الاغفال التشريعي وعلى غرار مجلس الدولة الفرنس لكنه اكتفى بالإشارة اليه باعتباره قصوراً أو نقصاً تشريعياً يترتب عليه مخالفة الدستور سواء كان هذا القصور أو النقص عن عمد أم عن غير عمد فهو يمثل مخالفة تستوجب التصدي لها .

المطلب الثاني

انواع الاغفال التشريعي

ان السلوك السلبي من المشرع قد يتخذ عدة انواع، حاول الفقه صياغتها من خلال الرجوع الى احكام القضاء الدستوري وحددها بالحالات التي يمكن القول بها ان المشرع قد وقع في احد انواع الاغفال التشريعي، ويكن اما بصورة الاغفال الملتوي (الفرع الاول)، او الاغفال الجزئي (الفرع الثاني)، والاغفال الكلي (الفرع الثالث) وهذا ما سنبينه تباعاً:

الفرع الاول

الاغفال التشريعي الملتوي

يظهر هذا النوع من الاغفال عندما يقوم المشرع بممارسة اختصاصها ظاهرياً ولكن في حقيقة الامر هو تنازل عن ممارسة اختصاصه لغيره من السلطات في الدولة وبالأخص السلطة التنفيذية ، ويحصل ذلك بالإفراط في المسائل العمومية وحتى في الامور ذات القواعد التفصيلية مما يؤدي الى أن يكون عديم الفائدة في تطبيقه ، وأن الاكثار في الاحالة الى السلطة التنفيذية وذلك عن طريق التعليمات التي تصدرها تلك السلطة ، وهذا السلوك يعد مخالفا لقواعد الاختصاص للسلطات التي ينص عليها الدستور ، أو أن يكون تفويض الاختصاص بشكل ضمني من خلال إقرار قواعد عامة وترك تفاصيل الاحكام

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم (١٧٧) لسنة (٢٦) قضائية دستورية جلسة ١٤ / ١ / ٢٠٠٧ هـ.

للسلطة الموجه إليها^(١)، مما يؤدي الى قيام السلطة التنفيذية ببعض الدور المخول دستوريا للسلطة التشريعية

الفرع الثاني

الاغفال التشريعي النسبي أو الجزئي

ويتمثل هذا النوع بوجود قانون صادر عن المشرع ، والذي لا يتضمن تنظيمًا كاملاً ووافياً للموضوع محل التنظيم^(٢)، مما يخلق حالة مخالفة للدستور ، كون ذلك يسبب عدم المساواة في المراكز القانونية المتماثلة للسلطات والتي نص عليها الدستور . اي بمعنى قيام المشرع بتنظيم مسألة او مسائل معينة بصورة منقوصة يمكن ان يترتب عليها فراغ تشريعي لا يتلائم مع التزامه بممارسة اختصاصه الذي تم النص عليه في الدستور .

الفرع الثالث

الاغفال التشريعي الكلي

يقصد به احجام المشرع عن اصدار قانون معين لتنظيم احد الحقوق أو احدى الحريات التي كفلها الدستور وهو صورة الغياب الكلي أو عدم الوجود الكلي للتشريع او القانون المتعلق بحالة قانونية محددة بالدستور^(٣)، ويقصد به امتناع السلطة التشريعية عن ممارسة اختصاص تشريعي بشأن مسألة ما أو مجموعة مسائل مما قد يترتب عليه فراغ تشريعي^(٤)، وهنا تثار مسألة الرقابة إذ تمثل مشكلة في الدول التي تأخذ بالرقابة اللاحقة كونها تشترط وجود نص قانوني مكتوب لممارسة الرقابة فيما تضمنه صراحة أو ضمناً من مخالفة الدستور والاغفال الكلي يخرج عن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في العراق التي بينها دستور جمهورية العراق والذي يأخذ بالرقابة اللاحقة^(٥).

في حين نرى أن بعض الفقهاء من يربط بين تشريع أي حق من حقوق المواطنين وحرياتهم واختصاص المشرع فان اغفال تنظيم ذلك الحق أو الحريات من قبل المشرع مما يؤدي الى الاخلال به وتركه لاهواء

(١) عبد الرحمن عزوي : الرقابة على السلوك السلبي للمشرع (الاغفال التشريعي نموذجاً) بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، ٢٠١٠ ، ص ٩٠.

(٢) ابراهيم عيد ابراهيم جبريل : الاغفال التشريعي وسلطة القاضي الدستوري ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة القدس ، فلسطين ، ٢٠٢٢ ، ص ١٧.

(٣) د. عبدالرحمن عزوي : المصدر السابق ، ص ٩٠.

(٤) نصر الدين بن طيفور: مدى كفاية رقابة المجالس الدستورية المغاربية لضمان سيادة القاعدة الدستورية، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، مجلة دورية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان-، نشر ابن خلدون، الجزائر، ع ١٠، ٢٠١٠، ص ٧٧.

(٥) المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

السلطة التنفيذية ويعد ذلك مخالفة وخرقا للدستور^(١). وهذا ما نؤيده كون الكثير من القوانين التي نص دستور جمهورية العراق على تنظيمها من قبل المشرع لم ترى النور لحد الان على الرغم من مرور مدة طويلة على نفاذ دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

مما تقدم يتضح لنا أن مفهوم الاغفال التشريعي يمكن تمييزه عن بعض المصطلحات المشابهة له وهي: التسليب من الاختصاص، والقصور التشريعي ، فالتسليب من الاختصاص يعني أن الدستور قد اناط بالمشرع امر تنظيم حق من الحقوق أو حرية من الحريات أو موضوع معين ، الا أنه يفرط في اختصاصاته لصالح السلطة التنفيذية ، في حين أن الاغفال التشريعي عبارة عن موقف المشرع السلبي من ممارسة اختصاصه ، أما القصور التشريعي فيقصد به عدم كفاية التنظيم الذي اجراه المشرع بشأن تنظيم موضوع معين سواء تعلق القصور بالموضوعية أو بالصياغة الفنية ، ويختلف عن الاغفال التشريعي كون المشرع هنا قام بسلوك ايجابي بخصوص الموضوع محل التنظيم الا أنه اغفل تنظيم بعض جوانبه^(٢) .

(١) نصر الدين بن طيفور ، مصدر ذاته اعلاه ، ص ٧٧ .

(٢) د. الحسين عبدالدايم صابر محمد : رقابة الاغفال التشريعي ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة المنصورة ، ع ٧٩ ، ٢٠٢٢ ، ص ٧٨٨ .

المبحث الثاني

ضوابط الرقابة على الاغفال التشريعي

أن رقابة الاغفال التشريعي احد فروع الرقابة على دستورية القوانين لذا تمارس المحكمة الاتحادية العليا في العراق مجموعة من الاختصاصات التي حددها دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ وكذلك قانون المحكمة فالوظيفة القضائية للمحكمة الاتحادية العليا يتسع مداها ليشمل الرقابة على دستورية القوانين فهذا النوع من الرقابة يمتاز بكونه ينصب على ما اغفله المشرع في النص القانوني محل الطعن بعدم الدستورية فهنا عدم دستورية النص لا تأتي من مخالفة صريحة للقواعد الشكلية أو الموضوعية للدستور وانما تأتي عن اغفال المشرع أو قصور في تنظيم الحقوق أو الحريات العامة أو المسائلة محل التنظيم ، فما اغفلته السلطة التشريعية هو الذي جعل النص مشوب بعدم الدستورية ، وحيث أن الاصل في الرقابة على دستورية القوانين هي رقابة قانونية وليست رقابة ملائمة ، فنلاحظ أن المحكمة الاتحادية العليا وهي تمارس اختصاصها في الرقابة على التشريعات فتقوم بإلغاء ما يخالف الدستور أو تلك التي يعثرها النقص أو القصور لكن لا يمتد اختصاصها الى معالجة ماسكت عنه المشرع ولم يرقم لحد الان بتشريعه وخاصة التي تتعلق بالحقوق والحريات العامة مثلما تبنته بعض المحاكم العليا والدستورية في بعض الدول والتي توسعت في هذا المجال ومنها بعض الدول المقارنة مثل فرنسا مصر ولغرض الالمام بهذا الموضوع سنقسمه الى مطلبين ، سنبين في المطلب الاول ضوابط الرقابة على الاغفال التشريعي في المطلب الثاني سنوضح اثر رقابة الاغفال الكلي على الاصلاح القانوني .

المطلب الاول

الرقابة على الاغفال التشريعي في حدود الدستور

يعد مبدأ سمو الدستور والذي يقع في قمه الهرم القانوني للدولة هو الاساس في فرض الرقابة على الاغفال التشريعي ، إذ يعد سمو الشكلي والموضوعي هو احد مظاهر الدولة القانونية ، وقد نصت على هذا سمو بعض الدساتير ومنها دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥^(١) ، لذا يعد ذلك من أهم مبررات الرقابة على دستورية القوانين وفي ظل دولة القانون تنشط الرقابة الدستورية فموضوع الرقابة على دستورية القوانين عهد به في بعض الدول الى هيئات قضائية مثل الولايات المتحدة الامريكية ومصر والعراق وهي في العادة تمارس رقابة لاحقة على صدور القانون ، لذا تكون الرقابة هنا في نطاق الدستور لا خارجه وهو ضابط مسلم به للرقابة على دستورية القوانين بصفة عامة وفي الرقابة على الاغفال التشريعي لذا يجب أن تنصب رقابة الاغفال التشريعي على مراقبة اغفال المشرع أو قصوره في تنظيم مسألة

(١) المادة (١٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

أو موضوع خلافا لما ورد في الدستور إذ أن هذا الاغفال أو القصور من شأنه الانتقاص من الضمانات التي قررها الدستور أو يشكل هذا الاغفال قصور في التنظيم ويكون قيذا يحول دون ممارسته بالشكل الذي كفله الدستور مما يجعل هذا التشريع غير دستوري بنصوصه كافة أو ببعضها مما يتطلب تدخل القضاء الدستوري لتشخيص هذا الخلل أو القصور أو الحكم بعدم دستوريته أو تنبيه السلطة التشريعية لتجاوز هذا الاغفال خلال مدة محددة وإلا كان جزاء ذلك عدم دستورية التشريع ، لذا أن تكون الرقابة داخل اطار الدستور لا خارجه ، إذ ينحصر دور القاضي في المطابقة بين القانون المطعون فيه وبين الدستور فقط^(١).

ولغرض الالمام بهذا المطلب سنقسمه الى فرعين سنبيين في الفرع الاول الاخلال بالتزام تشريعي يؤدي الى الاغفال التشريعي وفي الثاني سنوضح الاغفال الذي يتضمن انشاء قاعدة قانونية ضمنية تخالف الدستور .

الفرع الاول

الالتزام التشريعي المؤدي الى حالة الاغفال التشريعي

يرى اصحاب هذا الاتجاه أن المشرع الذي يقوم بتشريع قاعدة قانونية مخالفة لنصوص الدستور لأنه بهذا الاغفال قد أخل بالالتزام الذي فرضه عليه الدستور بالتشريع في الموضوعات التي اسندها له الدستور، إذ لم يقم بالإيفاء بالتزامه بشكل كامل وبصورة جلية واضحة كما ورد في نص الدستور^(٢).

وتأكيداً لذلك فأن دور السلطة التشريعية ليس شأنه شأن السلطة التنفيذية عندما تقوم بتنفيذ القانون بواسطة اصدار الانظمة والتعليمات لان دور المشرع تجاه الدستور اكثر من ذلك إذ يقع على عاتقه تطوير وتنمية النصوص الدستورية كون تلك النصوص وضعت لتنظيم مسائل قانونية وسياسية لمدة اطول وهنا فأن المشرع لديه بون واسع من الحرية ورغم هذه الحرية الا أن هناك التزام دستوري يقع عليه وهو أن يبادر الى الحفاظ على النصوص الدستورية ومثال ذلك ما نص عليه دستور مصر الملغي لسنة ١٩٧١ وذلك في نص المادة (٤٥) منه^(٣). وكذلك من النصوص الدستورية الذي نصت عليه المادة (١٥) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥^(٤)، لذا نرى أن اغلب نصوص الدستور والمتعلقة بالحقوق والحریات تلزم المشرع بإصدار

(١) د. حيدر طالب الامارة : ضوابط الرقابة على الاغفال التشريعي ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة جامعة البیان، المجلد ٢١ ، العدد ٤ ، سنة ٢٠١٩ ، ص ٣٨ .

(٢) د. عبد الوهاب محمد رفعت : الرقابة الدستورية المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ ، ص ١٥٢ .

(٣) (تنظر المادة (٤٥) من دستور جمهورية مصر لسنة ١٩٧١ الملغي .

(٤) (تنظر المادة (١٥) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

تشريع بشكل سليم ومتكامل مع النص الدستوري وأن أي اغفال أو نقص يعتريه يعرض النص التشريعي لخطر أن يكون خاضع لرقابة المحكمة الاتحادية العليا وبالتالي تقوم المحكمة بإلغاء التشريع كاملاً أو أن تقوم بإلغاء بعض النصوص المخالفة من ذلك التشريع ، ومن قرارات المحكمة الاتحادية في العراق التي قضت بعدم دستورية النصوص التشريعية لمخالفتها مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ المساواة وتكافؤ الفرص والحق في المعاملة العادلة في الاجراءات القضائية والادارية وذلك في حكمها الصادر في ٢٠١٣/٣/١٢ الذي قضت بموجبه " بعدم دستورية نص المادة (١٦) من قانون الاستثمار المعدني رقم (٩١) لسنة ١٩٨٨ لمخالفتها الدستور لأنها سمحت للموظفين الاداريين بممارسة سلطات قضائية خلافاً لنص المادة (٤٧) من الدستور التي حددت السلطات الاتحادية (التشريعية والتنفيذية والقضائية) والتي تمارس اختصاصها وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات ومخالفتها لنص المادة (٨٧) من الدستور التي نصت على عدم جواز توقيف احد أو التحقيق معه الا بموجب قرار قضائي ، والمادة (١٩) من الدستور التي نصت على أن المتهم بريء حتى تثبت ادانته ولكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الاجراءات القضائية والادارية"^(١)، ومن تطبيقات المحاكم العليا في القانون المقارن نجد هناك العديد من الاحكام التي اصدرتها المحكمة الدستورية العليا في مصر ومنها قرارها الصادر سنة ٢٠٠٧ إذ جاء بحكمها " بعدم دستورية الفقرة رقم (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 كتابة قبل انهاء خدماته لانقطاعه عن العمل بغير اذن اكثر من ثلاثين يوماً متتالية"^(٢).

الفرع الثاني

رقابة الاغفال التشريعي لقاعدة ضمنية مخالفة للدستور

يرى هذا الاتجاه الى أن الاغفال التشريعي هنا يتمثل في وجود قاعدة قانونية ضمنية مخالفة لنص من نصوص الدستور لذلك يذهب هذا الاتجاه أن الاغفال التشريعي ليس هو محل الرقابة إنما النتيجة الناشئة عنه وهي القاعدة القانونية التي ظهرت وهي مخالفة لإحكام الدستور^(٣)، الى أن هذه الفكرة تعرضت للنقد من اصحاب الاتجاه الاول لذلك قالوا أن الرقابة على

(١) تنظر المواد (١٩ و٤٧ و٨٧) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٢) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر الصادر بجلسة ٦/ ٤/ ٢٠١٤ المنشور بالجريدة الرسمية ع ١٦ مكرر (ب) السنة الرابعة والخمسون بتاريخ ٢٠١٤/٤/١٢.

(٣) د. عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين وملامحها الرئيسية ، مركز رينيه -جان ديوي للقانون والتنمية ٢٠٠٣ ، ص ١٤١ وما بعدها .

دستورية القوانين لا تمتد في أي حال من الاحوال على ما يتضمنه النص التشريعي أي أن الرقابة على الدستورية يجب أن تشمل النصوص التشريعية الصريحة فقط.

على أن هذا الرأي رد من قبل انصار الاغفال التشريعي كونه ينشئ قاعدة قانونية مخالفة للدستور بالقول أن الرقابة على مشروعية القرارات الادارية ومنهجية الرقابة على دستورية القوانين لا تمارس التطابق الصريح فقط وإنما تمتد الى ما وراء ذلك النص فالملائمة والمشروعية هي عنصران غير صريحان ومع ذلك تطالهم الرقابة^(١).

لذلك نرى أن كلا الاتجاهين على صواب وذلك لأنه بمجرد اخلال المشرع بالالتزام المفروض عليه دستوريا بالتشريع يكون قد خالف ارادة المشرع الدستوري وهنا نتجت عنه هذه القاعدة الضمنية المخالفة للدستور وهي عدم مراعاته النصوص الدستورية وعدم احترام الاعباء الدستورية الملقة على عاتق السلطة التشريعية .

ومن قرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق القرار رقم (٩/ اتحادية /٢٠٠٨) والخاص (بتنظيم كوتا الاقليات) والذي جاء فيه " أنه ادعى عضو مجلس النواب (ي.ك) بصفته ممثلاً عن الاقليات (الكلدان والاشور) وهما من مكونات الشعب العراقي، إذ طلب في دعواه الحكم بعدم شرعية الاجراء الذي اتخذه مجلس النواب في ٢٨/٤/٢٠٠٧ بتشكيل مجلس المفوضية العليا للانتخابات ، لأنه لم يحقق التوازن بين المكونات ، وقد وجدت المحكمة أن المادة (١٢٥) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ قد نصت على (يضمن الدستور الحقوق الادارية والسياسية والثقافية والتعليمية للقوميات المختلفة كالتركمان ، والكلدان ، والاشوريين ، وسائر المكونات وينظم ذلك بقانون) كما نصت المادة (٩/عاشرا) من قانون المفوضية العليا المستقلة للانتخابات رقم (١١ لسنة ٢٠٠٧) على انه (يراعى في تشكيل المفوضية العليا يحقق التوازن بين مكونات الشعب العراقي وفقا للأنظمة والتعليمات) لذا كان مقتضى مراعاة ذلك عند انتخاب مجلس المفوضية لاسيما المسيحيين الذين تقدموا بأكثر من مرشح ولم يثبت ان كل هؤلاء قد تخلفت فيهم الشروط القانونية في عضو مجلس المفوضية ، وعليه تجد المحكمة واستنادا الى نص المادة (٩٣/ ثالثا) (ان تشكيل مجلس المفوضية الحالي اكتسب الشكل المنصوص عليه في القانون ومارس مهامه " ، وتجد المحكمة أنه يجب على مجلس النواب مراعاة التمثيل مستقبلا) وبذلك ألزمت المحكمة ومن خلال قرارها المتقدم مجلس النواب على وجوب مراعاة تمثيل مكونات الشعب العراقي ، دون أن نخوض في هل أن المحكمة ضيقت على الاقليات حق التمثيل في الدورة الاولى لعدم وجود من يمثلهم ، وهل ان ممارسة مجلس المفوضين لمهامه لا يوجب الطعن في تشكيله وفق لقانون المفوضية ، إذ أن المحكمة لم تراعي ذلك ، ومن قرارات القانون المقارن نجد أن هناك العديد من الاحكام التي

(١) د. عادل عمر شريف : القضاء الدستوري في مصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦ ، ص ١٥١

اصدرتها المحكمة الدستورية العليا في مصر منها قرارها المتضمن "عدم دستورية المادة (الاولى) من قرار مجلس الوزراء رقم (٤٥٠) لسنة ١٩٨٦ ، بأنشاء محميات طبيعية بمنطقة جبل علبة على البحر الاحمر ، وذلك فيما تضمنته من عدم تعيين الحدود التي تبين النطاق المكاني لتلك المحميات ، إذ قضت المحكمة بأن قرار رئيس مجلس الوزراء المطعون فيه قد أحال في شأن تعيين المحميات الطبيعية الى التي عينها على خريطة تبين مواقعها ، الا أنها لم تنتشر ، وبذلك ظل خافيا النطاق المكاني الذي تمتد اليه تلك المحميات على صعيد المياه البحرية ، والتي كان اتيان تلك الافعال اثمها قانون المحميات الطبيعية في هذا النطاق شرطا لتجريمها وعلى ماسلف البيان فأن القرار المطعون فيه ، إذ جهل بحدود المحميات الطبيعية التي يسري عليها والتي يعتبر تعيينها مفترضا أوليا لأعمال النصوص العقابية التي تضمنها القانون المنظم لتلك المحميات من خلال ترسيم الدائرة التي تعمل فيها يكون مفتقرا الى خاصية اليقين التي تهيمن على التجريم ، ويخل كذلك بالحرية الشخصية من خلال القيود التي لا يجوز أن تتال من جوهرها ، ويغدو هذا القرار مخالفا للمادتين (٤١-٦٦) من الدستور ، لذلك حكمت المحمة بعدم دستورية المادة الاولى من قرار مجلس الوزراء رقم (٤٥٠) لسنة ١٩٨٦ ، ومن خلال الحكم اعلاه أن المحكمة اقرت برقابة الاغفال التشريعي كونه عيبا دستوريا استوجب القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه فيما تضمنه من حكم مخالفا لنص دستوري سابق .

المطلب الثاني

دور المحكمة الاتحادية العليا في رقابة الاغفال التشريعي

أن الهدف من الرقابة على الاغفال التشريعي من قبل المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، ويتحقق ذلك من خلال الموازنة بين النص القانوني والهدف من وضعه ومدى اتقاؤه مع الدستور تحقيقا لمبدأ سمو الدستور ، ويتحقق الاصلاح القانوني من خلال امتداد رقابة الاغفال على القصور التشريعي وهو من السهل اخضاعه لرقابة المحكمة الاتحادية العليا أو في المحاكم العليا والدستورية في الدول المقارنة كون التشريع خرج الى الوجود ، وأن الرقابة على التصرف السلبي للمشرع في حالة لم يقم بما يتوجب عليه من اصدار التشريعات التي نص عليه الدستور ولمدة طويلة وخاصة تلك التشريعات التي تتعلق بحقوق وحرقات الافراد كون الرقابة هنا من الصعوبة تصورها كون التشريع لم يخرج الى حيز الوجود وهنا يمكن أن نقسم هذا التصرف الى نوعين هما السكوت أو الصمت التشريعي أما النوع الثاني فهو الامتناع التشريعي ولغرض الالمام بهذا المطلب سنقسمه على فرعين نتناول في الفرع الاول اراء الفقهاء من الرقابة على الامتناع التشريعي اما الفرع الثاني فسنبين فيه دور المحكمة الاتحادية العليا على الرقابة على الاغفال التشريعي.

الفرع الاول

اراء الفقهاء من الرقابة على الامتناع التشريعي

انقسم الفقه الدستوري بشأن امكانية فرض الرقابة على الاغفال التشريعي فهناك رأي معارض لتلك الرقابة ورأي مؤيد لفرض الرقابة وسنبين ذلك وكما يأتي:

اولا-الرأي المعارض للرقابة :

قدم الفقهاء ذرائع حول امتناع المشرع عن القيام بواجبه للرقابة القضائية من قبل المحاكم العليا والدستورية تتعلق بمجموعها بالقاعدة القانونية التي تخضع للرقابة في حالة الامتناع ، ثم طبيعة العلاقة القائمة بين المشرع والقضاء ، فقد ذهب جانب من الفقه الى انه من الصعب ان تنصب الرقابة عن امتناع المشرع عن تنظيم موضوع معين بصورة جزئية او كلية كونها تعني وقوع الرقابة على موضوعات غير موجودة هذا في حالة غياب القاعدة القانونية ولاسيما في الدول التي تأخذ بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين ، لان وجود النص القانوني يعد شرطاً أساسياً لقيامها ^(١) ، وكون ذلك يعد تعدياً على اختصاص المشرع بالتعقيب على اعمالها ، كون تلك السلطة تكون اكثر التصاقاً من القضاء بالمواطنين واحق بالتعبير عن احتياجاتهم ، وانه لو جاز للقضاء التعقيب على سلطة المشرع لجاز للسلطة التنفيذية التعقيب على اعمال سلطة القضاء بأن تمتنع عن تنفيذ الاحكام الصادرة منها وتراها انها تجافي العدالة وتخالف الدستور كما تفهمه هي ^(٢) ، اضافة أن هذا النوع من الرقابة ستمنح السلطة القضائية مكانة اعلى من كل السلطات ومنها السلطة التشريعية بعدها الجهة المختصة ذات الحق في التشريع مما يجعلها في مركز اسمى منها والذي يعد في النظام الديمقراطي ممثلاً للامة ^(٣).

وأن اقرار تلك الرقابة يؤدي الى قيام القضاء بتفسير القانون الخاضع لرقابته بصورة توجي بصدوره من السلطة التشريعية بصورة غير كاملة مستندا بذلك الى ارادة تلك السلطة بنص أو بعضه وهو لم يصدر منها اصلاً ، وهو امر يعد تجاوزاً على اختصاص السلطة التشريعية لأنه يمثل اضافة للنص الذي لم تذهب تلك السلطة اليه والذي لو ارادت اقراره لنصت على اقراره بصورة صريحة ^(٤).

(١) د. عبد الحفيظ الشيمي : مصدر سابق ، ص ١٢٣.

(٢) د. هشام محمد فوزي : رقابة دستورية القوانين ، دراسة مقارنة بين امريكا ومصر ، مركز القاهرة لدراسة حقوق الانسان ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص ٤٧.

(٣) د. عزيز الشريف : دراسة في الرقابة على دستورية التشريع ، المركز الاسلامي الثقافي ، الكويت ، ١٩٨٥ ، ص ٥٥.

(٤) د. محمد ماهر ابوالعينين : الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته ، ج ١ ، دار ابو المجد ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٧٨.

كما ان الرقابة على حالة الامتناع يعني حلول القضاء محل السلطة التشريعية في تبني كثير من الامور اولها مدى الحاجة للتشريع، وثانيها ضرورة هذا التشريع، وثالثها تقدير الظروف الملائمة لصدور التشريع، وتلك الامور من أهم وظائف السلطة التشريعية (١)، إذ يعد تنظيمها رخصة من حق السلطة التشريعية استخدامها أو لا ولها أن تختار التوقيت المناسب وفقا للمواءمات العامة ، لذا فمسألة الامتناع تعد مسألة سياسية ولا تسأل عنها السلطة التشريعية امام القضاء وانما يمكن مسائلتها عنها سياسيا من خلال توجهات الرأي العام في الدولة والذي بدوره يستطيع ممارسة الضغط عليها عندما يرى أن هناك حاجة للمجتمع لتشريع ما (٢)

مما تقدم نرى أن القانون المقارن للرقابة على دستورية القوانين لا يعطي صلاحية للمحاكم العليا أو المحاكم الدستورية أن تتدخل فيما اذا كان التشريع لازما وما اذا كان اقراره ملائما وعليه فأن واجبها ينحصر في أن ترد النصوص التشريعية المطعون بها المخالفة للدستور لا أن تناقش بواعثها أو دوافعها لان ما تقرره في ذلك يفترض أن تكون لهذه التشريعات بواعث ودوافع وان تكون غير مخالفة للوثيقة الدستورية (٣).

لذا ووفقا لما ذكر اعلاه لا يمكن للقضاء فرض رقابته على امتناع السلطة التشريعية عن علاج موضوع معين طبقا للدستور ، اذ أن وظيفة القضاء هي فقط مطابقة النصوص التشريعية التي اقرتها السلطة التشريعية مع الدستور (٤).

ثانيا- الرأي المؤيد للرقابة على حالة الامتناع التشريعي:

يرى ان غالبية الفقه على قيام القضاء الدستوري بمراجعة امتناع المشرع التدخل لتنظيم مسألة معينة يفرض الدستور تنظيمها وخاصة التي تتعلق بالحقوق والحريات العامة ، كون الدستور يسمو على باقي القواعد القانونية والذي لا يقف عند رقابة سلوك المشرع الايجابي من خلال معرفة تطابق التشريع مع مضمون الدستور ، بل يجب أن يمتد الى سلوك المشرع السلبي المتمثل بعدم تشريع القوانين وسنها ولمدة طويلة مما يترك فراغا يمكن ان يستغل من السلطة التنفيذية بما ينتج من تداخل الاختصاصات (٥)، كون الدستور يضع على عاتق السلطة المختصة بالتشريع التزامات يجب أن تقوم بالوفاء بها بجانب أن

(١) د. عبير حسين السيد : دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٧٢-٣٧٤.

(٢) د. هالة محمد طريح : حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات والضمانات المقررة لممارستها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١١ ، ص ٢٥١.

(٣) د. عوض المر : مصدر سابق، ص ١٣٤.

(٤) د. رمزي طه الشاعر : الرقابة على دستورية القوانين ، دراسة مقارنة وتحليلية للقضاء الدستوري ، دار التيسير ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٧٢٤-٧٢٥.

(٥) د. محمد وحيد ابو يونس : حدود الرقابة الدستورية على الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا مجلة الحقوق للبحوث القانونية والسياسية، جامعة الإسكندرية، مجلد ١، العدد ٢٠٢٠، ص ٣٤٧.

احكام الدستور ترسي الأصول العامة والاسس للموضوعات التي تقوم بتنظيمها دون أن تبحث في تفاصيلها تاركة ذلك للسلطة التشريعية^(١)، وبعبارة أخرى ان الدستور يضع توجيهات عامة للسلطات والهيئات ، فليس كل ما يرد فيه يكون محلاً للتطبيق الفوري عدا القلة منها ، لكن الدستور يبين خطوط الحكم الاساسية^(٢) ، وبامتناع السلطة التشريعية عن ذلك تكون قد أخلت بتلك الالتزامات التي اسندت اليها ، او لم تقوم بالوفاء بها شكل متكامل وجلي كما ورد في الدستور خاصة في حالة مرور مدة طويلة على نفاذ الدستور .

الفرع الثاني

دور المحكمة الاتحادية العليا في معالجة الاغفال التشريعي

لقد قامت المحكمة الاتحادية العليا في العراق بإصدار قرارات نوعية تميزت عما سبقها من قرارات والتي كانت متأثرة بالقضاء العادي والقضاء الاداري، ومنها قراره المرقم (١٦١/ اتحادية / ٢٠٢١) في (٢٠٢١/٢/١)، حيث تضمن قرارها اشارة الى حالة الاغفال التشريعي أو النقص التشريعي من خلال التدقيق والمداولة يتضح للمحكمة " أن الاغفال او النقص التشريعي يرتبط ارتباطاً مباشراً بالسلطة التشريعية لان مخالفة السلطة التشريعية للدستور يمكن ان يحدث من خلال تشريع القوانين المخالفة لأحكام الدستور أو من خلال امتناع المشرع عن ممارسة الاختصاص وقد يكون هذا الاخلال متعمداً من جانب المشرع لغايات وبواعث محددة ، أو يكون بسبب عدم امكانية التنبؤ بالمستقبل فيأتي النص قاصراً عن تلبية مستجدات الحياة وترى المحكمة أن الاغفال التشريعي الذي يكون محلاً لرقابتها هو ما ترتب عليه المساس بحق وضمانة يقررها الدستور كحق الحياة والامن والحرية والتقاضي وضمان المساواة وتكافؤ الفرص وغيرها من الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور وكفلها (...)"^(٣).

كما اصدرت المحكمة الاتحادية العليا قرارها المرقم (٤١ / اتحادية / ٢٠١٧) في ٢٠١٧/٦/١٣ الكاشف عن حالة " امتناع المشرع عن تشريع قانون ينظم مساءلة رئيس السلطة واعضاء السلطة التنفيذية ، وقرارها الايعازي المرقم (١٠ / اتحادية / ٢٠٠٩) في ٢٠٠٩/٥/٢٥ المتضمن الايعاز الى لجنة التعديلات الدستورية بتدارك غفلة كاتب الدستور فيما يتعلق بانتخاب رئيس مجلس النواب أو أحد نائبيه في حالة شغل المنصب ، اضافة الى الكثير من الاحكام وهي اكثرها كاشفة وبعضها ذو طبيعة إيعازيه للسلطة التنفيذية لتلافي مواطن

(١) د. عيد احمد الحسبان : قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، جامعة ال البيت ، المملكة اردنية الهاشمية ، ٤٨٤ ، ٢٠١١ ، ص ١٧٤ .

(٢) د. علي السيد علي الباز : الرقابة على دستورية القوانين في مصر مع المقارنة مع الانظمة الدستورية الاجنبية ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، ١٩٧٨ ، ص ١٢٧-١٢٨ .

(٣) تم نشر القرارات على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق على الرابط التالي: <https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php> . تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٨/١ .

الاغفال" ، لكن نلاحظ أن المحكمة الاتحادية العليا خلطت بين بعض المصطلحات، وهنا يجب أن يتم الإشارة إليها لأن كل مصطلح يشير الى معنى محدد فسبق أن اوضحنا من خلال البحث أن الاغفال قد يكون كلياً أو أن يكون نسبياً أو جزئياً وفي هذه الحالة من السهولة اخضاعه لرقابة المحكمة الاتحادية العليا أما الاغفال الكلي وهو سكوت المشرع عن تنظيم حالة معينة نص عليها الدستور ولفترة طويلة كما في حالة دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، وبذلك نرى أنه تحققت المخالفة الدستورية ليس فقط عند مباشرة السلطة التشريعية وظيفتها وإنما ايضا عند امتنعت تلك السلطة عن ممارسة وظيفتها بصورة كلية، وبشكل لا يمكن اجبار القضاء على السير بتلك المخالفة ويحق له الحكم بعدم دستورتها^(١)، وبناء على ذلك نرى أن رقابة الامتناع يمكن أن تكون سلاح فعال بيد المحكمة الاتحادية العليا في العراق لحماية حقوق المواطنين وحرياتهم التي تضمنها الدستور وذلك من خلال تشريع القوانين التي تضمنها ووضعها موضع التنفيذ وضمان استمرار كفالتها ، لذا فإن عدم تمتع الافراد بالحقوق والحريات وضمان ممارستها كما جاءت في النصوص الدستورية من خلال الالتزام السلبي للمشرع يجب أن تمر من خلال مراقبة الامتناع التشريعي ، لذا يرى اصحاب هذا الرأي أن رقابة الامتناع ليست رقابة على قواعد غير محددة لأن واجب تفسير صمت المشرع على تسوية قاعدة معينة على انه قاعدة سلبية وليس انها غير موجودة ولهذا فاذا كانت المحكمة الاتحادية العليا تراقب السلوك الايجابي للمشرع ويهدر ما يخالف الدستور فمن باب اولى ان تستطيع مراقبة الاغفال التشريعي الكلي على الرغم من عدم النص على ذلك في اختصاص المحكمة الاتحادية العليا سواء كان في الدستور أو قانون المحكمة ، ومما ذكرنا سابقا يجب على القضاء الدستوري التدخل لمراقبة السلوك السلبي للمشرع بالرجوع الى احكام الدستور التي توجب ضرورة التدخل لتنظيم هذه المسألة^(٢)، وعليه فليس من المصلحة العامة أن يمتنع البرلمان عن ممارسة اختصاصه بصورة كاملة تتمثل في ترك قوانين دون تشريعها لمدة زمنية طويلة مما يتسبب في فراغ تشريعي يضر بحقوق وحريات المواطنين وان مجلس النواب ان فعل ذلك يكون قد انكر اختصاصه^(٣) فهذا يجب أن يتدخل القضاء المتمثل بالمحكمة الاتحادية العليا لفرض رقابته والحكم بمخالفة التصرف الصادر بمخالفة احكام الدستور لأننا لو تمنعنا في نصوص الدستور العراقي النافذ لوجدنا أن هناك الكثير من القوانين توجب على المشرع

(١) د. هشام محمد فوزي : مصدر سابق، ص ٤٧.

(٢) د. محمد ماهر ابو العينين : مصدر سابق ، ص ٨٦

(٣) د. عيد احمد الغفول : فكرة الاختصاص السلبي للمشرع ، دراسة مقارنة ، ط ٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ١٢٦.

سناها وتنظيمها وخصوصا تلك التي تتعلق بالحقوق والحريات العامة الواردة فيها الا أن السلطة التشريعية امتنعت عن سنها رغم مرور أكثر من (١٨) سنة على نفاذ الدستور ، إذ نرى انها مدة كافية لتحريك رقابة الامتناع من قبل المحكمة الاتحادية العليا .

الخاتمة :

بعد الانتهاء من بحثنا الموسوم (دور المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على الاغفال التشريعي ودوره في الاصلاح القانوني دراسة مقارنة) توصلنا الى عدد من الاستنتاجات والتوصيات وهي على النحو الاتي:

اولا- الاستنتاجات:

١. يتضح لنا أن الرقابة على الاغفال التشريعي من الامور الحديثة في الفقه الدستوري وأن هناك صور عديدة للأغفال التشريعي منها الاغفال الجزئي والاغفال الملتوي والاغفال التشريعي الكلي ونرى أن هناك بعض الاختلاف بين مفهوم الاغفال التشريعي وبعض المصطلحات المتشابهة معه.

٢. يتبين لنا أن هناك ضوابط لمراقبة الاغفال التشريعي من قبل القضاء الدستوري وتختلف هذه الضوابط ونوع الرقابة على نوع الاغفال المتحقق.

٣. أن المحكمة الاتحادية العليا في العراق وحسب اختصاصها المثبت في الدستور وقانون المحكمة انها تستطيع فرض رقابتها على الاغفال التشريعي بعد صدور القانون سواء كان الاغفال التشريعي جزئيا أو أن هناك قصور في القانون الصادر من مجلس النواب .

ثانيا- التوصيات :

١- نوصي قيام المحكمة الاتحادية العليا باستخدام حقها في الحكم بعدم دستورية أي نص يكون فيه تقصير تشريعي والذي يخل بضمانة دستورية في حالة عدم استجابة السلطة التشريعية لتبنيها أو توجيهها .

٢- على المحكمة الاتحادية العليا أن تقوم باستعمال وسائل متنوعة لمواجهة الاغفال التشريعي الذي يمثل انتهاك لسمو الدستور من خلال اصدار احكام بعدم دستورية النصوص المشوبة بالأغفال الجزئي في حالة عدم استجابة المشرع لإيعاز المحكمة، أو من خلال الاحكام التفسيرية أو الاحكام القضائية المضيئة أو المكملة ، اضافة الى استعمال حق المحكمة في الحكم بعدم دستورية أي نص سببه التقصير التشريعي الذي يخل بضمانة دستورية في حالة استمرار المشرع بعدم الاستجابة لها .

٣- ندعو المحكمة الى الاخذ بفكرة الفترة المعقولة كما جرت عليه العادة في القضاء الدستوري لبعض الدول ، وذلك لتفادي حالة الاغفال التشريعي الكلي أو الصمت التشريعي من قبل المشرع إذ نجد أن الكثير من التشريعات التي نص عليها الدستور لم يقوم المشرع بواجبه لتشريعها ولمدة طويلة وخاصة تلك التي تتعلق بالحقوق والحريات وذلك بغية تحقيق الاصلاح القانوني في العراق.

٤- نلتمس من مجلس النواب العراقي أن يقوم بدوره في الاسراع بتشريع القوانين التي نص عليها الدستور حتى نتغلب على حالة الاغفال الكلي.

المصادر

أولاً- الكتب:

١. احمد فتحي سرور : الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، دار الشروق ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص ٢٠٢.
٢. رمزي طه الشاعر : الرقابة على دستورية القوانين ، دراسة مقارنة وتحليلية للقضاء الدستوري ، دار التيسير ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .
٣. عادل عمر شريف : القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٨٦.
٤. عبد الحفيظ الشيمي : رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ .
٥. عبد الوهاب محمد رفعت : الرقابة الدستورية المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ .
٦. عبير حسين السيد : دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .
٧. عزيز الشريف : دراسة في الرقابة على دستورية التشريع ، المركز الاسلامي الثقافي ، الكويت ، ١٩٨٥.
٨. عوض المر : الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الاساسية ،مركز رينيه ، جان دبوي للقانون والتنمية ، ٢٠٠٣ .
٩. عيد احمد الغفول : فكرة الاختصاص السلبي للمشرع ، دراسة مقارنة ، ط٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣.
١٠. محمد ماهر ابوالعينين : الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته ، ج١، دار ابو المجد ، القاهرة ، ٢٠٠٦.
١١. مهند صالح الطراونة : العلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية في النظام البرلماني ، ط١، دار الوراق ، الاردن ، ٢٠٠٩ .
١٢. هالة محمد طريح : حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات والضمانات المقررة لممارستها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١١ .
١٣. هشام محمد فوزي : رقابة دستورية القوانين ، دراسة مقارنة بين امريكا ومصر، مركز القاهرة لدراسة حقوق الانسان ، القاهرة ، ١٩٩٩ .

ثانياً- الرسائل والاطاريح الجامعية:

١. ابراهيم عيد ابراهيم جبريل : الاغفال التشريعي وسلطة القاضي الدستوري ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة القدس ، فلسطين ، ٢٠٢٢ .

٢. علي السيد علي الباز : الرقابة على دستورية القوانين في مصر مع المقارنة مع الانظمة الدستورية الاجنبية ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، ١٩٧٨ .

ثالثا - البحوث والمقالات:

١. الحسين عبدالدايم صابر محمد : رقابة الاغفال التشريعي ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة المنصورة ، ع ٧٩ ، ٢٠٢٢ .

٢. حيدر طالب الامارة : ضوابط الرقابة على الاغفال التشريعي ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة جامعة البيان، المجلد ٢١ ، العدد ٤ ، سنة ٢٠١٩ .

٣. سمير داود سلمان : الاغفال التشريعي وامكانية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق ، بحث منشور في مجلة جامعة النهرين ، كلية الحقوق ، مج ٢١ ، ع ٤ ، ٢٠١٩ .

٤. عبد الرحمن عزوي : الرقابة على السلوك السلبي للمشرع (الاغفال التشريعي نموذجاً) بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والادارية والسياسية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، ٢٠١٠ .

٥. عبد العزيز محمد سلمان : رقابة الاغفال التشريعي في القضاء الدستوري ، بحث منشور في المجلة الدستورية ، المحكمة الدستورية العليا مصر، ع ١٥ ، السنة السابعة ٢٠٠٩ .

٦. عيد احمد الحسبان : قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، جامعة ال البيت ، المملكة الاردنية الهاشمية ، ع ٤٨ ، ٢٠١١ .

٧. محمد وحيد ابو يونس : حدود الرقابة الدستورية على الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا مجلة الحقوق للبحوث القانونية والسياسية، جامعة الإسكندرية، مجلد ١، العدد ٢٠٢٠، ٢٠٢٠ .

٨. نصر الدين بن طيفور: مدى كفاية رقابة المجالس الدستورية المغاربية لضمان سيادة القاعدة الدستورية، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، مجلة دورية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد ١٠ ، جامعة أبوبكر بلقايد - تلمسان-، نشر ابن خلدون ، الجزائر ، ٢٠١٠ .

رابعا - التشريعات الوطنية:

١. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

٢. دستور جمهورية مصر لسنة ١٩٧١ الملغي .

خامسا - احكام المحاكم:

١. حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر الصادر بجلسة ٦ / ٤ / ٢٠١٤ المنشور بالجريدة الرسمية ع ١٦ مكرر (ب) السنة الرابعة والخمسون بتاريخ ١٢ / ٤ / ٢٠١٤ .

٢. حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم (١٧٧) لسنة (٢٦) قضائية دستورية جلسة ١٤ / ١ / ٢٠٠٧ .

سادسا - مواقع الأنترنت:

١. الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق على الرابط الاتي:
<https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php> . تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٨/١.

Sources

First – Books:

1. Ahmed Fathi Sorour: Constitutional Protection of Rights and Freedoms, Dar Al-Shorouk, Cairo, 1999, p. 202.
2. Ramzi Taha Al-Shaer: Oversight of the Constitutionality of Laws, a comparative and analytical study of the constitutional judiciary, Dar Al-Tayseer, Cairo, 2004.
3. Adel Omar Sharif: The Constitutional Judiciary in Egypt, Dar Al Nahda Al Arabiya, Cairo, 1986.
4. Abdel Hafeez Al-Shimi: Monitoring legislative oversight in the judiciary of the Supreme Constitutional Court, a comparative study, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 2003.
5. Abdel Wahab Muhammad Refaat: Constitutional Oversight, Theoretical Principles and Fundamental Applications, New University Publishing House, Alexandria, 2008.
6. Abeer Hussein Al-Sayyid: The role of the constitutional judge in monitoring the discretionary power of the legislator, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 2009.
7. Aziz Al-Sharif: A study on oversight of the constitutionality of legislation, Islamic Cultural Center, Kuwait, 1985.
8. Awad Al-Murr: Oversight of the Constitutionality of Laws in their Basic Features, René Center, Jean Dubouy for Law and Development, 2003.
9. Eid Ahmed Al-Ghafoul: The idea of the negative jurisdiction of the legislator, a comparative study, 2nd edition, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 2003.
10. Muhammad Maher Abu Al-Enein: Legislative deviation and oversight of its constitutionality, Part 1, Dar Abu Al-Majd, Cairo, 2006.

11. Muhannad Saleh Tarawneh: The relationship between the executive and legislative powers in the parliamentary system, 1st edition, Dar Al-Warraq, Jordan, 2009.

12. Hala Muhammad Tareh: The limits of the Egyptian legislator's authority to regulate rights and freedoms and the guarantees established for their exercise, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 2011.

13. Hisham Mohamed Fawzi: Oversight of the Constitutionality of Laws, a comparative study between America and Egypt, Cairo Center for the Study of Human Rights, Cairo, 1999.

Second – University theses and dissertations:

1. Ibrahim Eid Ibrahim Jibril: Legislative omission and the authority of the constitutional judge, Master's thesis submitted to Al-Quds University, Palestine, 2022.

2. Ali Al-Sayyid Ali Al-Baz: Oversight of the constitutionality of laws in Egypt with comparison with foreign constitutional systems, doctoral thesis, Faculty of Law, Alexandria University, 1978.

Third: Research and articles:

1. Al-Hussein Abdel-Dayem Saber Muhammad: Monitoring legislative omission, research published in the Journal of Legal and Economic Research, Mansoura University, No. 79, 2022.

2. Haider Talib Al-Emirate: Controls over legislative oversight, a comparative study, research published in Al-Bayan University Journal, Volume 21, Issue 4, 2019.

3. Samir Daoud Salman: Legislative oversight and the possibility of imposing judicial oversight on it in Iraq, research published in Al-Nahrain University Journal, Faculty of Law, Volume 21, No. 4, 2019.

4. Abdel Rahman Azzawi: Monitoring the negative behavior of the legislator (legislative negligence as an example), research published in the Journal of Legal, Administrative and Political Sciences, Faculty of Law and Political Sciences, Abu Bakr Belkaid University, Tlemcen, Algeria, 2010.

5. Abdel Aziz Muhammad Salman: Monitoring legislative oversight in the constitutional judiciary, research published in the Constitutional Journal, Supreme Constitutional Court Egypt, No. 15, seventh year 2009.
6. Eid Ahmed Al-Hassan: The presumption of constitutionality as a basis for a judge's work, research published in the Journal of Sharia and Law, Al-Bayt University, The Hashemite Kingdom of Jordan, No. 48, 2011.
7. Muhammad Wahid Abu Younis: The limits of constitutional oversight of legislative oversight in the judiciary of the Supreme Constitutional Court, Law Journal for Legal and Political Research, Alexandria University, Volume 1, Issue 2, 2020.
8. Nasr al-Din Ben Tayfour: The adequacy of the oversight of the Maghreb constitutional councils to ensure the supremacy of the constitutional rule, Journal of Legal, Administrative and Political Sciences, periodical magazine, Faculty of Law and Political Sciences, Issue 10, Abu Bakr Belkaid University – Tlemcen –, Ibn Khaldoun Publishing, Algeria, 2010.

Fourth – National legislation:

1. The Constitution of the Republic of Iraq of 2005.
2. The abrogated Constitution of the Republic of Egypt of 1971.

Fifth – Court rulings:

1. The ruling of the Supreme Constitutional Court in Egypt issued in the session of 4/6/2014, published in the Official Gazette, No. 16 bis (b), the fifty-fourth year, on 4/12/2014.
2. The ruling of the Supreme Constitutional Court in Egypt in Case No. (177) of the Constitutional Judicial Year (26), session 1/14/2007.

Sixth: Internet sites:

1. The official website of the Federal Supreme Court in Iraq at the following link: <https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php>. Date of visit: 1/8/2023.