

## 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](mailto: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.

## 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](mailto:daferahmed@tu.edu.iq)

### معلومات البحث :

#### تواتر 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 يتتسن بعد للفقه التعرض له بالقدر الكافي للاتفاق على تحديد معناه أو مضامينه رغم مواجهة القضاء الدستوري له، فالأغفال يتحقق إذا أغفلت السلطة التشريعية بمناسبة تشريعها قانون معين من القوانين الواردة بالدستور إذ قد يؤدي ذلك الأغفال إلى الحد من فعالية التشريع المراد تنظيمه ، أو مخالفة أحد أو بعض نصوص الدستور، وقصيل ذلك أنه إذا تدخل المشرع ونفذًا لحكم الدستور بتتنظيم مسألة معينة فإن تدخله يجب أن يكون بشكل كامل وفعلاً لكافحة الضمانات الواردة في الدستور التي تخص ذلك الموضوع ، وإذا ألغى المشرع جانب من تلك الجوانب الذي لا يكتمل التشريع إلا به فإن ذلك من شأنه أن يقلل من الضمانات الدستورية لهذا الموضوع ويكون مخالفًا للدستور .

**المقدمة :** يعد الدستور هو القانون الاسمى 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 الفقه 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 تتبني بصورة واضحة المعالم هذا النوع من الرقابة لحد الان، 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 أيضا التزام أن تكون تلك التشريعات منتظمة ومتكلمة من كافة الجوانب وأن لا يغفل أي جانب من تلك الجوانب والذي لا يكتمل التشريع الا به .

#### **اولا- سبب اختيار الموضوع:**

يعد موضوع الاغفال التشريعي من المواضيع الحديثة نسبياً والتي برزت في معرض تصدي القضاء الدستوري لدستورية القوانين التي تم اقرارها من قبل السلطة التشريعية على اعتبار ان 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 الأخل بالضمادات الدستورية المقررة بموجبها أو تحديد فاعليتها يعد الفة للدستور يقتضي تدخل القضاء الدستوري لمعالجته، فضلا عن ذلك نجد أن فكرة الرقابة على الإغفال التشريعي تتفق مع فكرة خضوع جميع السلطات العامة لقانون، فقبل تبني النظم القانونية والقضائية لهذه الرقابة، كان الإغفال التشريعي أو السكوت التشريعي وحده هو الذي يتمتع بالحسانة ضد رقابة القضاء، في حين أن القانون كفل التصدي للإغفال أو السكوت المتعلق بكل من السلطات التشريعية والقضائية.

#### **ثانيا- أهمية البحث:**

تكمن أهمية البحث من خلال أن فكرة الرقابة على الإغفال التشريعي تتفق مع مبدأ خضوع جميع السلطات العامة لقانون، فقبل تبني النظم القانونية والقضائية لهذه الرقابة كان الإغفال أو السكوت التشريعي وحده هو الذي يتمتع بالحسانة ضد رقابة القضاء في حين أن القانون كفل التصدي للإغفال أو السكوت المتعلق بكل من السلطات 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 الاصلاح القانوني .

#### **ثالثا- نطاق الدراسة:**

سيقتصر نطاق بحثنا على بيان مفهوم الاغفال وصوره والدور الذي يمكن ان تمارسه المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقابتها على الاغفال التشريعي مع الاشارة الى القضاء الدستوري لبعض الدول.

#### **رابعا- اشكالية البحث :**

تتمحور الاشكالية الاولى للبحث حول معرفة ما هو الأساس الذي يستند اليه القضاء الدستوري في ممارسة رقابته على الاغفال التشريعي، اما الاشكالية 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 إلى وجود قصور تشريعي وقانوني .

#### خامساً - منهجية البحث :

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

#### سادساً - 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 ودور المحكمة في معالجة الاغفال التشريعي .

## المبحث الأول

### مفهوم الاغفال التشريعي وانواعه

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

## المطلب الأول

### 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 اهاما مما قد يؤدي الى الاخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم" <sup>(١)</sup>.

كما عرفه البعض بأنه "امتناع المشرع او تسلبه من اختصاصه بإصدار قانون أو تنظيم احد الحقوق أو الحريات التي خصه بها الدستور سواء كان هذا الامتناع أو التسلیب عن عمد أو بغير عمد مما يترتب عليه الاخلال بأحد الضمانات الدستورية محل تنظيم الحقوق والحریات" <sup>(٢)</sup>.

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" <sup>(٣)</sup>.

في حين عرفه الفقه المصري المقارن بأنه " قيام البرلمان بتنظيم مسألة أو مسائل محددة بصورة منقوصة يترتب عليها فراغ تشريعي لا يتناسب مع ما فرره الدستور من التزامات تقع على عاتق البرلمان والتي تتمثل في تشريع القوانين" <sup>(٤)</sup>.

<sup>(١)</sup> د. مهند صالح الطراونة : العلاقة بين السلطات التنفيذية والتشريعية في النظام البرلماني ، ط١، دار الوراق ، الاردن ، ٢٠٠٩ ، ص ١٢٠.

<sup>(٢)</sup> د. عبد العزيز محمد سالمان : رقابة الاغفال التشريعي في القضاء الدستوري ، بحث منشور في المجلة الدستورية ، المحكمة الدستورية العليا مصر، ع١٥، ٢٠٠٩، السنة السابعة ، ص ٨.

<sup>(٣)</sup> عبد الحفيظ علي الشيمي : رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٣ ، ص ٢٠٩.

<sup>(٤)</sup> احمد فتحي سرور : الحماية الدستورية للحقوق والحریات ، دار الشروق ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص ٢٠٢.

يتضح لنا ان الاغفال التشريعي يعد اخلالاً بالتزام سياسي وقانوني يقع على عاتق السلطة التشريعية سواء كان ذلك يقع ضمن اختصاصها المطلق أو النسبي أو في دورة عادية او استثنائية أو من اقتراح مجلس النواب أو السلطة التنفيذية ، ويرجع ذلك لوجوب أن يكون التنظيم التشريعي للحقوق والحريات المقررة دستوريا فعلاً ويبطل 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 اصلا لكنه لم يستوفي جميع جوانبه<sup>(١)</sup> أو عدم تنظيم المشرع لحكم كان من المفروض أن ينظمه<sup>(٢)</sup>، وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في توضيحه لفكرة الاغفال التشريعي من خلال قراراته بل أنه يتسع فيها ولقد اوضح مجلس الدولة الفرنسي ان مفهوم الاغفال التشريعي لا يقتصر على حالة ما اذا كان النص مخالفا لنص دستوري بل تمتد الحالات منها هو عدم تضمينه لجانب محدد من جوانب الموضوع وبما يخالف الدستور ،وان تنظيم السلطة التشريعية لقانون معين أما أن يكون كاملا شاملا أو غير كاف ، بحيث يقرر عدم الدستورية لاي تنظيم للتشريع غير كافي<sup>(٣)</sup>، ومن قرارات مجلس الدولة الفرنسي القرار "قراره 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 مركبي الجرائم وبالتالي الاخال بمبدأ المساواة في الدستو<sup>(٤)</sup>، ويتبين 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 مخالفًا للدستور" .

(١) د. 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 ، ص ٩١ .

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

(٣) د. عوض المر : الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الاساسية ، مركز زينيه ، جان دبوى لقانون 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 يضمته) أو عبارة ( تضمن النص المطعون فيه لحكم قاصر) وقد قضت المحكمة الدستورية في موضوع يتعلق بالحقوق والحرفيات مضمونه "مخالفة نص الفقرة (١) من المادة (١١٢) من لائحة نظام العاملين بالهيئة القومية لسكك حديد مصر الصادر بقرار من وزير النقل والموصلات رقم (١٨) لسنة ١٩٨٢ للدستور المصري وذلك لعدم تضمينها وجوب اندار العامل كتابة قبل انهاء خدماته لانقطاعه عن العمل بغير اذن لمرة اكبر من ٣٠ يوم متتالية<sup>(١)</sup>، وقد جاء في حيثيات الحكم ( لقد ألغى المشرع في النصر المطعون فيه اشتراط اندار العمل كتابة قبل انهاء خدماته لانقطاع ، وبذلك فإنه قد أخل بضمانة دستورية جوهرية وهي مبدأ المساواة ومبادئ سيادة القانون التي كفلتها الدستور المصري ) ، ولذلك نلحظ أن القضاء المصري لم يتطرق لتعريف الاغفال التشريعي وعلى غرار مجلس الدولة الفرنسي لكنه اكتفى بالإشارة اليه باعتباره قصوراً أو نقصاً تشريعياً يترتب عليه مخالفة الدستور سواء كان هذا القصور أو النقص عن عدم فهو يمثل مخالفة تستوجب التصدي لها .

### **المطلب الثاني**

#### **أنواع 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 الملتوى (الفرع الاول)، او الاغفال الجزئي (الفرع الثاني) والاغفال الكلي (الفرع الثالث) وهذا ما سنبينه تباعاً:

#### **الفرع الاول**

##### **الاغفال التشريعي الملتوى**

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 وبالاخص السلطة التنفيذية ، ويحصل ذلك بالإفراط في المسائل العمومية وحتى في الامور ذات القواعد التفصيلية مما يؤدي الى أن يكون عديم الفائدة في تطبيقه ، وأن الاكثر في الاحالة الى السلطة التنفيذية وذلك عن طريق التعليمات التي تصدرها تلك السلطة ، وهذا السلوك يعد مخالف لقواعد الاختصاص للسلطات التي ينص عليها الدستور ، أو أن يكون تقويض الاختصاص بشكل ضمني من خلال إقرار قواعد عامة وترك تفاصيل الاحكام

---

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

للسلطات الموجه اليها<sup>(١)</sup>، مما يؤدي الى قيام السلطة التنفيذية ببعض الدور المخول دستورياً للسلطة التشريعية .

### الفرع الثاني

#### الاغفال التشريعي النسبي أو الجزئي

ويتمثل هذا النوع بوجود قانون صادر عن المشرع ، والذي لا يتضمن تنظيمًا كاملاً ووافيًا للموضوع محل التنظيم<sup>(٢)</sup>، 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 او احدى الحريات التي كفلها الدستور وهو صورة الغياب الكلي أو عدم الوجود الكلي للتشريع او القانون المتعلق بحالة قانونية محددة بالدستور<sup>(٣)</sup>، ويقصد به امتياز السلطة التشريعية عن ممارسة اختصاص تشريعي بشأن مسألة ما أو مجموعة مسائل مما قد يترتب عليه فراغ تشريعي<sup>(٤)</sup>، وهنا تثار مسألة الرقابة إذ تمثل مشكلة في الدول التي تأخذ بالرقابة اللاحقة كونها تشرط 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<sup>(٥)</sup>.

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

<sup>(١)</sup> عبد الرحمن عزوبي : 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 .

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

<sup>(٣)</sup> د. عبد الرحمن عزوبي : المصدر السابق ، ص ٩٠ .

<sup>(٤)</sup> 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 ١٠٠، ٢٠١٠، ص ٧٧.

<sup>(٥)</sup> المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

السلطة التنفيذية و يعد ذلك مخالفة و خرقاً للدستور<sup>(١)</sup> . 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 .

ما تقدم يتضح لنا أن مفهوم الاغفال التشريعي يمكن تمييزه عن بعض المصطلحات المشابهة له وهي: التسلیب من الاختصاص، والقصور التشريعي ، فالتسليب من الاختصاص يعني أن الدستور قد انماط بالمشروع 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 السلي من ممارسة اختصاصه ، أما القصور التشريعي فيقصد به عدم كفاية التنظيم الذي اجرأه 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<sup>(٢)</sup> .

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

(٢) د. الحسين عبدالاييم 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 أحد 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 وإنما 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 وليس رقابة ملائمة ، فنلاحظ أن المحكمة الاتحادية العليا وهي تمارس اختصاصها في الرقابة على التشريعات تقوم بإلغاء ما يخالف الدستور أو تلك التي يعتريها النقص أو القصور لكن لا يمتد اختصاصها إلى معالجة ماسكت عنه المشرع ولم يقم لحد الان بتشريعه وخاصة التي تتعلق بالحقوق والحراء العامة مثلما تبنته بعض المحاكم العليا والدستورية في بعض الدول والتي توسيع في هذا المجال ومنها بعض الدول المقارنة مثل فرنسا مصر ولغرض الالامام بهذا الموضوع سنقسمه إلى مطلبين ، سننبين 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 السمو الشكلي والموضوعي هو احد مظاهر الدولة القانونية ، وقد نصت على هذا السمو بعض الدساتير ومنها دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥<sup>(١)</sup> ، 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 إلى 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

---

<sup>(١)</sup> المادة (١٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

أو موضوع خلافاً 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 قيادياً يحول دون ممارسته بالشكل الذي كفله الدستور مما يجعل هذا التشريع غير دستوري بنصوصه كافة أو بعضها مما يتطلب تدخل القضاء الدستوري لتشخيص هذا الخلل أو القصور أو الحكم بعدم دستوريته أو تبييه السلطة التشريعية لتجاوز هذا الاغفال خلال مدة محددة وإلا كان جزءاً ذلك عدم دستورية التشريع ، لذا أن تكون الرقابة داخل إطار الدستور لا خارجه ، إذ ينحصر دور القاضي في المطابقة بين القانون المطعون فيه وبين الدستور فقط<sup>(١)</sup>.

ولغرض الالامام بهذا المطلب سنقسمه إلى فرعين سنتين في الفرع الاول الاحلال بالتزام تشريعي يؤدي إلى الاغفال التشريعي وفي الثاني سنوضح الاغفال الذي يتضمن انشاء قاعدة قانونية ضمنية تخالف الدستور .

### الفرع الاول

#### الالتزام التشريعي المؤدي إلى حالة الاغفال التشريعي

يرى أصحاب 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 اسندتها له الدستور، إذ لم يقم بالإيفاء بالتزامه بشكل كامل وبصورة جلية واضحة كما ورد في نص الدستور<sup>(٢)</sup>.

وتؤكدًا لذلك فإن دور السلطة التشريعية ليس شأنه شأن السلطة التنفيذية عندما تقوم بتتنفيذ القانون بواسطة اصدار الانظمة والتعليمات لأن دور المشرع تجاه الدستور اكثراً من ذلك إذ يقع على عاتقه تطوير وتنمية النصوص الدستورية كون تلك النصوص وضعت لتتنظيم مسائل قانونية وسياسية لمدة اطول وهنا فإن المشرع لديه بون واسع من الحرية ورغم هذه الحرية إلا أن هناك التزام دستوري يقع عليه وهو أن يبادر إلى الحفاظ على النصوص الدستورية ومثال ذلك ما نص عليه دستور مصر الملغى لسنة ١٩٧١ وذلك في نص المادة (٤٥) منه<sup>(٣)</sup>. وكذلك من النصوص الدستورية الذي نصت عليه المادة (١٥) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥<sup>(٤)</sup>، لذا نرى أن اغلب نصوص الدستور المتعلقة بالحقوق والحريات تلزم المشرع بإصدار

(١) د. حيدر طالب الامارة : ضوابط الرقابة على الاغفال التشريعي ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة جامعة البيان ، 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 الملغى .

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

تشريع بشكل سليم ومتكملاً 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 المعdeni رقم (٩١) لسنة ١٩٨٨ لمخالفتها الدستور لأنها سمحت للموظفين الاداريين بممارسة سلطات قضائية خلافاً لنص المادة (٤٧) من الدستور التي حددت السلطات الاتحادية (التشريعية والتفيذية والقضائية والتي تمارس اختصاصها وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات ومخالفتها لنص المادة (٨٧) من الدستور التي نصت على عدم جواز توقيف أحد أو التحقيق معه الا بموجب قرار قضائي ، والمادة (١٩) من الدستور التي نصت على أن المتهم بريء حتى ثبت ادانته وكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الاجراءات القضائية والادارية"<sup>(١)</sup>، 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 اكثـر من ثلاثين يوماً متالية"<sup>(٢)</sup>.

## 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 أنها النتيجة الناشئة عنه وهي القاعدة القانونية التي ظهرت وهي مخالفة لاحكام الدستور<sup>(٣)</sup>، إلى أن هذه الفكرة تعرضت للنقد من اصحاب الاتجاه الاول لذلك قالوا أن الرقابة على

<sup>(١)</sup> تنظر المواد (١٩ و٤٧ و٨٧) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

<sup>(٢)</sup> ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر الصادر بجلسة ٦/٤/٢٠١٤ المنشور بالجريدة الرسمية ع ٦١٢٤/٤/١٢ .

<sup>(٣)</sup> د. عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين وملامحها الرئيسية ، مركز رينيه -جان ديوبي 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 إلى ما وراء ذلك النص فالملازمة والمشروعية هي عنصران غير صريحان ومع ذلك تطالهم الرقابة<sup>(١)</sup>.

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 (٩/٢٠٠٨) اتحادية (٢٠٠٨) والخاص (بتقطيم كوتا الأقليات) والذي جاء فيه "أنه ادعى عضو مجلس النواب (ي.ك) بصفته ممثلا عن الأقليات (الكلدان والاشور) وهما من مكونات الشعب العراقي، إذ طلب في دعوه الحكم بعدم شرعية الاجراء الذي اتخذه مجلس النواب في ٢٠٠٧/٤/٢٨ 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 (يضم الدستور الحقوق الادارية والسياسية والثقافية والتعليمية للقوميات المختلفة كالتركمان ، والكلدان ، والاشوريين ، وسائر المكونات وينظم ذلك بقانون ) كما نصت المادة (٩/١٩) من قانون المفوضية العليا المستقلة للانتخابات رقم (١١) لسنة ٢٠٠٧ على انه (يراعى في تشكيل المفوضية العليا بما يحقق التوازن بين مكونات الشعب العراقي وفقا للأنظمة والتعليمات ) لذا كان المقتضى مراعاة ذلك عند انتخاب مجلس المفوضية لاسباباً 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 الزمت المحكمة ومن خلال قرارها المتقدم مجلس النواب على وجوب مراعاة تمثيل مكونات الشعب العراقي ، دون أن تخوض في هل أن المحكمة ضيعت على الأقليات حق التمثيل في الدورة الأولى لعدم وجود من يمثلهم ، وهل ان ممارسة مجلس المفوضيين لمهامه لا يوجب الطعن في تشكيله وفق لقانون المفوضية ، إذ أن المحكمة لم تراعي ذلك ، ومن قرارات القانون المقارن نجد أن هناك العديد من الأحكام 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 ، بإنشاء محميات طبيعية بمنطقة جبل علبة على البحر الاحمر ، وذلك فيما تضمنته من عدم تعين الحدود التي تبين النطاق المكاني لتلك المحميات ، إذ قضت المحكمة بأن قرار رئيس مجلس الوزراء المطعون فيه قد أحال في شأن تعين المحميات الطبيعية الى التي عينها على خريطة تبين موقعها ، الا أنها لم تنشر ، وبذلك ظل خافيا النطاق المكاني الذي تمتد اليه تلك المحميات على صعيد المياه البحرية ، والتي كان اتيان تلك الافعال اثمهما قانون المحميات الطبيعية في هذا النطاق شرطا لتجريمها وعلى ماسلف البيان فإن القرار المطعون فيه ، إذ جهل بحدود المحميات الطبيعية التي يسري عليها والتي يعتبر تعينها مفترضا أوليا لأعمال النصوص العقابية التي تضمنها القانون المنظم لتلك المحميات من خلال ترسيم الدائرة التي تعمل فيها يكون مفتقرة الى خاصية اليقين التي تهيمن على التجريم ، ويخل كذلك بالحرية الشخصية من خلال القيود التي لا يجوز أن تطال من جوهرها ، ويغدو هذا القرار مخالف للمادتين (٤١-٦٦) من الدستور ، لذلك حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة الاولى من قرار مجلس الوزراء رقم (٤٥٠) لسنة ١٩٨٦" ، ومن خلال الحكم اعلاه أن المحكمة اقرت برقةة الاغفال التشريعي كونه عيبا دستوريا استوجب القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه فيما تضمنه من حكم مخالف 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 اتفاقه 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 وحريات 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 فسنتبين فيه دور المحكمة الاتحادية العليا على الرقابة على الاغفال التشريعي .

## الفرع الاول

### اراء الفقهاء من الرقابة على الامتناع التشريعي

انقسم الفقه الدستوري ي شأن 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 كليّة كونها تعني وقوع الرقابة على موضوعات غير موجودة هذا في حالة غياب القاعدة القانونية ولاسيما في الدول التي تأخذ بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين ، لأن وجود النص القانوني يعد شرطا اساسي لقيامها <sup>(١)</sup> ، وكون ذلك يعد تعديا على اختصاص المشرع بالتعليق على اعمالها، كون تلك السلطة تكون اكثر التصاقا من القضاء بالمواطنين واحق بالتعبير عن احتياجاتهم ، وانه لو جاز للقضاء التعقيب على سلطة المشرع لجاز للسلطة التنفيذية التعقيب على اعمال سلطة القضاء بأن تتمتع عن تنفيذ الاحكام الصادرة منها وتراها انها تجافي العدالة وتخالف الدستور كما تفهمه هي <sup>(٢)</sup> ، 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 مثلا لlama <sup>(٣)</sup>.

وأن اقرار تلك الرقابة يؤدي الى قيام القضاء بتفسير القانون الخاضع لرقابته بصورة توحى بصدوره من السلطة التشريعية بصورة غير كاملة مستندا بذلك الى ارادة تلك السلطة بنص أو بعضه وهو لم يصدر منها اصلا ، وهو امر يعد تجاوزا على اختصاص السلطة التشريعية لأنه يمثل اضافة للنص الذي لم تذهب تلك السلطة اليه والذي لو ارادت اقراره لنصنت على اقراره بصورة صريحة<sup>(٤)</sup>.

(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، وثالثهما تقدير الظروف الملائمة لصدور التشريع، وتلك الامور من أهم وظائف السلطة التشريعية<sup>(١)</sup>، أذ يعد تنظيمها رخصة من حق السلطة التشريعية استخدامها أو لا ولها أن تختار التوقيت المناسب وفقاً للمواعيد العامة ، لذا فمسألة الامتناع تعد مسألة سياسية ولا تسأل عنها السلطة التشريعية امام القضاء وانما يمكن مسائلتها عنها سياسياً من خلال توجهات الرأي العام في الدولة والذي بدوره يستطيع ممارسة الضغط عليها عندما يرى أن هناك حاجة للمجتمع لتشريع ما<sup>(٢)</sup>

اما تقدم نرى أن القانون المقارن للرقابة على دستورية القوانين لا يعطي صلاحية المحاكم العليا أو المحاكم الدستورية أن تتدخل فيما اذا كان التشريع لازماً وما اذا كان اقراره ملائماً وعليه فأن واجبها ينحصر في أن ترد النصوص التشريعية المطعون بها المخالفة للدستور لا أن تناقض بواعنها أو دوافعها لأن ما تقرره في ذلك يفترض أن تكون لهذه التشريعات بواعث ودوافع وإن تكون غير مخالفة للوثيقة الدستورية<sup>(٣)</sup>.

لذا وفقاً لما ذكر اعلاه لا يمكن للقضاء فرض رقابته على امتياز السلطة التشريعية عن علاج موضوع معين طبقاً للدستور ، اذ أن وظيفة القضاء هي فقط مطابقة النصوص التشريعية التي اقرتها السلطة التشريعية مع الدستور<sup>(٤)</sup>.

### **ثانياً- الرأي المؤيد للرقابة على حالة الامتناع التشريعي:**

يرى ان غالبية الفقه على قيام القضاء الدستوري بمراجعة امتياز المشرع التدخل لتنظيم مسألة معينة يفرض الدستور تنظيمها وخاصة التي تتعلق بالحقوق والحريات العامة ، كون الدستور يسمى على باقي القواعد القانونية والذي لا يقف عند رقابة سلوك المشرع الايجابي من خلال معرفة تطابق التشريع مع مضمون الدستور ، بل يجب أن يمتد إلى سلوك المشرع السلبي المتمثل بعدم تشريع القوانين وسنها ولمدة طويلة مما يترك فراغاً يمكن أن يستغل من السلطة التنفيذية بما ينتج من تداخل الاختصاصات<sup>(٥)</sup>، 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.

أحكام الدستور ترسي الأصول العامة والأسس للموضوعات التي تقوم بتنظيمها دون أن تبحث في تفاصيلها تاركة ذلك للسلطة التشريعية <sup>(١)</sup>، وبعبارة أخرى إن الدستور يضع توجيهات عامة للسلطات والهيئات ، فليس كل ما يرد فيه يكون ملائماً للتطبيق الفوري عدا القلة منها ، لكن الدستور يبين خطوط الحكم الأساسية <sup>(٢)</sup> ، وبامتناع السلطة التشريعية عن ذلك تكون قد أخلت بذلك الالتزامات التي أسندة إليها ، أو لم تقوم بالوفاء بها بشكل منكامل وجلـي 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 بما سبقها من قرارات والتي كانت متأثرة بالقضاء العادي والقضاء الإداري، ومنها قراره المرقم (١٦١/٢٠٢١) في (٢٠٢١/٢/١)، حيث تضمن قرارها إشارة إلى حالة الاغفال التشريعي أو النقص التشريعي من خلال التدقيق والمداولـة يتضح للمحكمة "أن الاغفال أو النقص التشريعي يرتبط ارتباطاً مباشرـاً بالسلطة التشريعية لأن مخالفـة السلطة التشريعية للدستور يمكن أن يحدث من خلال شـريعـةـ القوانـينـ المـخـالـفةـ لأـحـكـامـ الدـسـتوـرـ أوـ منـ خـالـلـ اـمـتـاعـ المـشـرـعـ عنـ مـارـاسـةـ الـاخـصـاصـ وـقـدـ يـكـونـ هـذـاـ الـاخـلـالـ مـتـعـمـداـ مـنـ جـانـبـ المـشـرـعـ لـغـايـاتـ وـبـوـاعـثـ مـحدـدةـ،ـأـوـ يـكـونـ بـسـبـبـ عـدـمـ اـمـكـانـيـةـ التـبـؤـ بـالـمـسـتـقـبـلـ فـيـأـتـيـ النـصـ قـاـصـراـ عـنـ تـبـيـةـ مـسـتجـدـاتـ الـحـيـاةـ،ـوـتـرـىـ الـمـحـكـمـةـ أـنـ الـاغـفـالـ التـشـريـعـيـ الـذـيـ يـكـونـ مـحـلـ لـرـقـابـتـهـ هوـ ماـ تـرـتـبـ عـلـيـهـ الـمـاسـسـ بـحـقـ وـضـمـانـ يـقـرـرـهـاـ الـدـسـتوـرـ كـحـقـ الـحـيـاةـ وـالـآـمـنـ وـالـحـرـيـةـ وـالـقـاضـيـ وـضـمـانـ الـمـساـواـةـ وـتـكـافـؤـ الـفـرـصـ وـغـيرـهـاـ مـنـ الـحـقـوقـ وـالـحـرـيـاتـ الـتـيـ نـصـ عـلـيـهـاـ الـدـسـتوـرـ وـكـفـلـهـاـ...ـ"ـ<sup>(٣)</sup>ـ).

كما أصدرت المحكمة الاتحادية العليا قرارها المرقم (٤١/٢٠١٧) في (٢٠١٧/٦/١٣) الكاشف عن حالة " امتياز المشرع عن تشـريعـ قـانـونـ يـنظـمـ مـسـائلـ رـئـيسـ السـلـطـةـ وـاعـضـاءـ السـلـطـةـ التـفـيـذـيـةـ ،ـ وـقـارـهـاـ الـإـعـازـيـ المـرـقـمـ (١٠/٢٠٠٩)ـ فيـ (٢٠٠٩/٥/٢٥)ـ المتضـمنـ الـإـعـازـ الـىـ لـجـنةـ التـعـديـلاتـ الـدـسـتوـرـيةـ بـتـدـارـكـ غـفـلـةـ كـاتـبـ الـدـسـتوـرـ فـيـماـ يـتـعلـقـ بـاـنـتـخـابـ رـئـيسـ مـجـلسـ النـوـابـ أوـ أـحـدـ نـائـبـهـ فـيـ حـالـةـ شـغـولـ الـمـنـصـبـ ،ـ اـضـافـةـ الـىـ الـكـثـيرـ مـنـ الـاحـكـامـ وـهـيـ اـكـثـرـهـاـ كـاـشـفـةـ وـبعـضـهـاـ ذـوـ طـبـيـعـةـ إـعـازـيـهـ لـلـسـلـطـةـ التـفـيـذـيـةـ لـتـلـافـيـ مواـطنـ

<sup>(١)</sup> د. عيد احمد الحسـيانـ :ـ قـرـيـنةـ الـدـسـتوـرـيةـ كـأـسـاسـ لـعـلـمـ الـقـاضـيـ ،ـ بـحـثـ منـشـورـ فـيـ مـجـلـةـ الشـرـيعـةـ وـالـقـانـونـ ،ـ جـامـعـةـ الـبـيـتـ ،ـ الـمـملـكـةـ اـرـدـنـيـةـ الـهـاشـمـيـةـ ،ـ عـ ٤٨١ـ ،ـ ٢٠١١ـ ،ـ صـ ١٧٤ـ .ـ

<sup>(٢)</sup> د. علي السيد علي الباز :ـ الرـقـابةـ عـلـىـ دـسـتوـرـيـةـ الـقـوـانـينـ فـيـ مـصـرـ مـعـ الـمـقـارـنـةـ مـعـ الـانـظـمـةـ الـدـسـتوـرـيـةـ الـاجـنبـيـةـ ،ـ اـطـرـوـحةـ دـكـتـورـاهـ ،ـ كـلـيـةـ الـحـقـوقـ ،ـ جـامـعـةـ الـاسـكـنـدـرـيـةـ ،ـ ١٩٧٨ـ ،ـ صـ ١٢٧ـ - ١٢٨ـ .ـ

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

الاغفال" ، لكن نلحظ أن المحكمة الاتحادية العليا خلطت بين بعض المصطلحات، وهنا يجب أن يتم الاشارة اليها 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 وفترة 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 كافية، وبشكل لا يمكن اجبار القضاء على السير بتلك المخالفة ويحق له الحكم بعدم دستوريتها<sup>(١)</sup>، وبناء على ذلك نرى أن رقابة الامتياز 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 تمنع الافراد بالحقوق والحريات وضمان ممارستها كما جاءت في النصوص الدستورية من خلال الالتزام السلي للشرع يجب أن تمر من خلال مراقبة الامتياز التشريعي ، لذا يرى اصحاب هذا الرأي أن رقابة الامتياز ليست رقابة على قواعد غير محددة لأن واجب تقسيم 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<sup>(٢)</sup>، وعليه فليس من المصلحة العامة أن يتمتع البرلمان عن ممارسة اختصاصه بصورة كاملة تمثل في ترك قوانين دون تشريعها لمدة زمنية طويلة مما يتسبب في فراغ شريعي يضر بحقوق وحريات المواطنين وان مجلس النواب ان فعل ذلك يكون قد انكر اختصاصه<sup>(٣)</sup> فهنا يجب أن يتدخل القضاء المتمثل بالمحكمة الاتحادية العليا لفرض رقابته والحكم بمخالفة التصرف الصادر بمخالفة احكام الدستور لأننا لو تمعنا 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 السلي للمشرع ، دراسة مقارنة ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ١٢٦ .

سنها 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 لتحرك رقابة الامتناع من قبل المحكمة الاتحادية العليا .

**الخاتمة :**

بعد الانتهاء من بحثاً الموسوم (دور المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على الأغفال التشريعي ودوره في الاصلاح القانوني دراسة مقارنة) توصلنا إلى عدد من الاستنتاجات والتوصيات وهي على النحو الآتي:

**اولا- الاستنتاجات:**

١. يتضح لنا أن الرقابة على الأغفال التشريعي من الأمور الحديثة في الفقه الدستوري وأن هناك صور عديدة للأغفال التشريعي منها الأغفال الجزئي والأغفال الملتوى والأغفال التشريعي الكلي ونرى أن هناك بعض الاختلاف بين مفهوم الأغفال التشريعي وبعض المصطلحات المتشابهة معه.

٢. يتبيّن لنا أن هناك ضوابط لمراقبة الأغفال التشريعي من قبل القضاء الدستوري وتحتّل هذه الضوابط ونوع الرقابة على نوع الأغفال المتحقق.

٣. أن المحكمة الاتحادية العليا في العراق وحسب اختصاصها المثبت في الدستور وقانون المحكمة أنها تستطيع فرض رقابتها على الأغفال التشريعي بعد صدور القانون سواء كان الأغفال التشريعي جزئياً 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 متعددة لمواجهة الأغفال التشريعي الذي يمثل انتهاك لسمو الدستور من خلال اصدار احكام بعدم دستورية النصوص المشوبة بالأغفال الجزئي في حالة عدم استجابة المشرع لإيعاز المحكمة، أؤمن خلال الاحكام القسرية أو الاحكم القضائية المضيفة 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 إلى الأخذ بفكرة الفترة المعقولة كما جرت عليه العادة في القضاء الدستوري لبعض الدول ، وذلك لقادري حالة الأغفال 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 تتغلب على حالة الاغفال الكلي.

المصادر

اولا- الكتب:

١. احمد فتحي سرور : الحماية الدستورية للحقوق والحریات ، 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 دبوى 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 ، ج ١ ، 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 والحریات 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 .

ثانيا- الرسائل والاطاریح الجامعیة:

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

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

### **ثالثاً - البحوث والمقالات:**



#### **رابعا - التشريعات الوطنية:**

١. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
  ٢. دستور جمهورية مصر لسنة ١٩٧١ الملغى.

خامساً - أحكام المحاكم:

١. حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر الصادر بجلسة ٦ / ٤ / ٢٠١٤ المنشور بالجريدة الرسمية ع٦١٥ (ب) السنة الرابعة والخمسون بتاريخ ٢٠١٤/٤/١٢.
  ٢. حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم (١٧٧) لسنة (٢٦) قضائية دستورية جلسة ١ / ١٤ / ٢٠٠٧.

سادساً - موقع الأنترنت:

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

## 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-Ghafoor: 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. Muhammud 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-Emirat: 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.