AL-NAHRAIN JOURNAL OF LEGAL SCIENCE Vol.27 2025, pp. 15-32

AL-NAHRAIN UNIVERSITY
COLLEGE OF LAW

ISSN:3006- 0605 DOI:10.58255

مجلة النهرين للعلوم القانونية المجلد: ٢٧ تموز ٢٠٢٥ عدد: مؤتمر (الفراهيدي)

Received:1/3/2025 Accepted: 7/4/2025 Published: 1/6/2025

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)

The Role of Virtual Oversight in Constitutional Judiciary - A Comparative Study

Assistant Professor Sabih Wahhouh Hussein Al-Atwani

Summary:
The virtual supervision by the "constitutional judge" is modern and different from other means of supervision of the constitutionality of laws. The basic principle is that the disputes presented to the constitutional judiciary are many and varied،and often there is no clear and definitive text to resolve them. This requires the judge،while performing his profession،to search for the legal rules and interpret them in preparation for applying them to the dispute presented before him.
This is the "general principle"،but the practical considerations leading to the technique of virtual oversight within the framework of "constitutional justice" acquire great importance،because they interfere with the basic content of the text of the law and add what the text needs،to address the deficiency contained in the legal text،so that the text becomes in conformity with the law after the directive issued by the constitutional judge has been added to it in a way that is compatible with the interest and stability of the community.

Keywords:

Virtual control،constitutional judiciary،Constitutional Council،constitutional texts،legislative omissions.

دور الرقابة الافتراضية في القضاء الدستوري -دراسة مقارنة-

أ.م.د صبيح وحوح حسين العطواني

المستخلص :
تعد الرقابة الافتراضية من قبل " القضاء الدستوري " حديثة ومختلفة عن غيرها من وسائل الرقابة على دستورية القوانين.
والأصل أن المنازعات التي تعرض على القضاء الدستوري كثيرة ومتنوعة ،فكثيراً ما لا يجد النص القاطع والواضح لحسمها ،مما يتوجب عليه على القاظي وهو بصدد أدائه لمهمته البحث عن القواعد القانونية وتفسيرها تمهيداً لتطبيقها على النزاع المعروض أمامه .
ذلك " المبدأ العام " غير أن الاعتبارات العملية المؤدية إلى تقنية الرقابة الافتراضية في إطار "القضاء الدستوري " تكتسب أهمية كبيرة لأنها تتدخل في المضمون القاعدي لنص القانون وإضافة ما يحتاج إليه النص ،لأعمال النقص الذي أنطوى عليه النص حتى يصبح النص مطابقاً للقانون بعد أن أضيف إليه التوجيه الصادر من " القاضي الدستوري " بما يتلائم مع صالح الجماعة واستقرارها .

الكلمات المفتاحية :
الرقابة الافتراضية ،القضاء الدستوري ،المجلس الدستوري ،نصوص الدستور ،الأغفال التشريعي .

أولاً : مقدمة البحث :

إن تصدي القضاء الدستوري للنصوص التشريعية المطعون في دستوريتها لا يعني أن القضاء الدستوري يتدخل في سلطة المشرع التقديرية و يحل محلها ،" ومن ثم فإن القاضي الدستوري من خلال تفسيره لنصوص الدستور والقانون ومطابقتها " فإنه يوفق بين سلطته في ابتداع الحلول ولمعالجة ما لحق النص من قصور في أحد جوانبه ،وبين اختصاص البرلمان في استقلاله " بالعملية التشريعية " ،ولذلك فإن " دور القاضي الدستوري لا حق على قيام البرلمان باختصاصه " دون المساس بهذا الدور .

والاصل أن المشرع لا ينظم موضوعاً معيناً تنظيماً مجرداً أو نظرياً بل يتغيأ بلوغ أهدافاً بعينها بإطار مصلحة عامة لها اعتبارها .

والأصل أيضاً " أن كل مخالفة لأحكام الدستور " يجب تقويمها ،فالدستور يكفل لكل حق أو حرية نص عليها الحماية القانونية ،فإذا نظمها المشرع تنظيماً قاصراً بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها ،كان ذلك إخلالاً بضماناتها ،مما يعد مخالفة دستورية .

تأسيساً على ما تقدم يمكن لتقنية الرقابة الافتراضية " للقاضي الدستوري التي صاغها البروفيسور " دومينك روسو " في شكل نظرية أن تكون الإمكانية المتاحة أمام القضاء الدستوري لتسجل لا دستورية قانون ما جزئياً أو كلياً والامتناع لأسباب تتعلق بمصلحة عامة ذات قيمة دستورية عن إعلان لا دستورية " ، بعد التأكد من أن المشرع سيتخذ سريعاً ما يلزم لجعله نظامياً على أن ذلك لا يعني الاندفاع بالرقابة الافتراضية إلى أفاق تجاوز مقتضياتها " دون قيود تتوازن لها " بل يتعين أن تكون هذه الرقابة محددة طرائقها ،وأن تمارس في إطار مجموعة الضوابط التي لا تفرضها مصلحة أعلى " تحد من حركتها " فلا يكون التدخل بها مؤذناً بانفلاتها من كوابحها ولا يخرج عن حقيقة مراميها ،كأداة تكفل سيادة الدستور .

ثانياً : مشكلة البحث وأهميته :

تأتي أهمية هذا الموضوع لتسليط الضوء على آلية الرقابة الافتراضية في القضاء الدستوري بما يكفل تحقيق الصالح العام ،وتكمن مشكلة البحث في صدور تشريعات عديدة من المشرع ذات قيمة دستورية ،لكنها غير معيارية يعتريها النقص والقصور ،يكون الضرر في عدم مطابقتها للدستور أبلغ من أجازتها من قبل القضاء الدستوري ،وبالتالي فإن إلغاء أو عدم مطابقة أو تأخير قانون ما وثيق الصلة بمصالح بعض فئات المجتمع يؤدي إلى الأضرار بالمصلحة العامة بشكل جلي. ولكن المشكلة الحقيقية تكمن بأن المشرع قد لا يتلافى هذا الخلل الذي أشار إليه القاضي الدستوري مما يستوجب أن تكون السلطة التشريعية والكتلة الدستورية بشكل عام على مستوى من الحيادية والكفاءة بما يحقق الغرض من هذه الرقابة الاستثنائية .

ثالثاً : منهجية البحث :

سوف نتبع في عرضنا لهذا البحث المنهج المقارن حيث تعرض لأحكام المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية الإيطالية والألمانية والأسبانية والمحكمة الاتحادية العليا في العراق وسنقوم من خلال المنهج التحليلي للتحليل الموضوعي لهذه الأحكام لمعرفة الدور الذي يبذله القاضي الدستوري لتفسير النصوص التشريعية لكي يمارس رقابته الافتراضية عليها ، يضاف إلى ذلك المنهج الاستقرائي للكشف عن مضامين القواعد الدستورية وما يعتريها من نقص أو قصور.

رابعاً : خطة البحث :

نرى أنه من المناسب للإحاطة بالبحث أن نتعرض لتعريف الرقابة الافتراضية وتمييزها عن الإغفال التشريعي وتطبيقاتها في العراق والدول المقارنة على النحو الآتي :

المبحث الأول : مفهوم الرقابة الافتراضية .

المطلب الأول : التعريف بالرقابة الافتراضية .

المطلب الثاني : تمييز الرقابة الافتراضية عن الإغفال التشريعي .

المبحث الثاني : تطبيقات الرقابة الافتراضية .

المطلب الأول : تطبيقات الرقابة الافتراضية في فرنسا .

المطلب الثاني : تطبيقات الرقابة الافتراضية في الدول المقارنة .

الخاتمة .

النتائج .

الاقتراحات .

المبحث الأول
مفهوم الرقابة الافتراضية

غالباً ما يرتبط الحديث عن " القضاء الدستوري " لدولة ما أو مجموعة من الدول بالعديد من المصطلحات القانونية التي كثيراً ما يلتبس فهمها بتعارض ظاهر بين بعض المصطلحات مثل " المحاكم الاتحادية " " المحاكم الدستورية " " الاختصاص الدستوري " وفي مجال الحديث عن موضوع البحث وهو الرقابة الافتراضية ، ويتخذ " الدستور شكل النظام القانوني الذي يجمع بين دفتيه المبادئ والقواعد القانونية التي تحكم الحياة السياسية للشعب ويكفل حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ويحدد سلطات الدولة وينظم ممارستها[١].

إن وجود الدستور لا يدل دلالة قاطعة على النظام السائد ديمقراطي ،والدليل على ذلك أن جميع الديمقراطيات الشعبية وأغلب دول العالم الثالث لديها دساتيرها ،مع أنها لا تجعل للإرادة الشعبية وزناً ولا تعرف للديمقراطية منفذاً [٢] .

ومهمة الحفاظ على صيانة الدستور تفرض على " القاضي الدستوري " أداء مهمته في الرقابة الدستورية بحرص واتزان فهو : " حامي المشروعية الدستورية دون اسراف أو ممارسة تدخل شديد يعرقل العملية التشريعية يؤدي إلى إهدار نصوص الدستور ومبادئه العليا" [٣]

والرقابة الافتراضية للقضاء الدستوري وهو مصطلح جديد يشير إلى التدخل غير المباشر أو الضمني للقاضي الدستوري في مراقبته القوانين ولا سيما عند تقييم مدى التزامها بالقواعد الدستورية دون تجاوز سلطاته وهي تفرض بدائل تشريعية على البرلمان القيام بها خلال فترة محدودة .

وستكون دراستنا لهذا المبحث من خلال المطلبين الآتيين :
المطلب الأول : التعريف بالرقابة الافتراضية للقضاء الدستوري .
المطلب الثاني : التمييز بين الرقابة الافتراضية والإغفال التشريعي .

---

[١] ينظر في تعريف القانون الدستوري :

Prelot: précis de droit constitutional ،1950،p. 12 ets .
S.Dicey : An introduction to the study of the law of the constition،1952،p23.
Barthelemy et Duez: Traite de droit constitution ،1933،p. 148 ets.

وفي الفقه العربي ينظر :
أ. د. ثروت بدوي : القانون الدستوري ،دار النهضة العربية ـ القاهرة ،١٩٨٢ ،ص ٢٢ وما بعدها .
د. محمد حسنين عبد العال : القانون الدستوري ،دار المعارف ـ الاسكندرية ،١٩٨٢ ،ص ١٣ وما بعدها .

[٢] carre de malberg: constitution a theorie generale de letat ،1920,tom. p. 1 ets

[٣] مورو كابيليني : سلطة القضاة ،المنشور في عام ١٩٩٠ ،ص ٢١٥ ،ويضم هذا الكتاب مجموعة مقالات وأبحاث للأستاذ Mauro cappelltti قام بترجمتها الأستاذ رافد من اللغتين الانجليزية والإيطالية إلى اللغة الفرنسية .

المطلب الأول
التعريف بالرقابة الافتراضية للقضاء الدستوري

ستكون دراستنا لهذا المطلب من خلال الفرعين الآتيين :

الفرع الأول : المدلول اللغوي للرقابة الافتراضية .

الفرع الثاني : المدلول الاصطلاحي للرقابة الافتراضية .

الفرع الأول
المدلول اللغوي

أولاً : رَقَبَ : رَقَبَهُ رقَبَةً ورَقباً ورَقوباً ورَقابة ورَقبة : انتظرهُ ،والشيءَ : حَرسهُ وحفظهُ ولاحظهُ ،وخافهُ وحذرهُ .

والنجمَ : رصدهُ وفلاناً رقباً : جَعَلَ الحبل في رقبتهِ وأَصابَ رَقَبتهُ .

رُقبي : الرُقبي في الاصطلاح الشرعي أن يتواعد اثنان على امتلاك أرض الآخر في حال وفاة أحدهما ،فإذا مات الأول قبل الآخر ،يمتلك الثاني إذا بقي حياً أرضه ،فكل واحد يترقب موت الثاني ليرث ما تواعدا عليه .

الرقابة في الاصطلاح اللغوي القديم : الحارس الذي يبقى يراقب منازل القوم حين غيابهم ليمنع عنها أيدي اللصوص [١] .

الرقابة في لغة الإدارة : " هي الرقابة التي يمارسها المسؤولين على موظفيهم وأعمالهم الإدارية ،كما تعني أيضاً : السلطة الإدارية المنوط بها مراقبة سلطة ادارية اخرى تقع تحت رقابتها ، كالرقابة التي يمارسها " مجلس الخدمة المدنية " او " ديوان المحاسبة ، او التفتيش المركزي ...الخ "[٢]

ثانياً – افترض : معنى قائماً او مسلماً به ، افترض : (فعل) يفترض ، افتراضاً ، فهو مُفترض والمفعول به مُفترض .

افترض امراً : "اعتبره قائماً او مُسلماً به " ، اخذ به في البرهنة على قضية او حل مسألة .

افترض ان الاستاذ لن يحْضر: قدر، افترض الشيء : فرضهُ [٣]

افترض فلاناً : اعطاه فريضة : مفروض : اسم المفعول من فَرَضَ

إفتراض (اسم) ، مصدر افترض ، افتراضاً : اعلى نحو افتراضي ، على نحو ظني ، او احتمالي . [٤]

ثالثاً - القضاء : قضي : قَضَى يَقْضِي قضياً وقضاءً وقضيةً ،ويقال : قضي بين الخصمين وقضى بكذا،استقضاهُ السلطان استقضاءً :(صيره قاضياً) ،فلان الدَيْن طلب منهُ أن يقضيهُ ،وفلان فلاناً : طلب حكمُهُ وقضاءهُ وطلبه للقضاء [٥] .

القاضي : المُحْكم للأمور القاطع لها اسم فاعل ،والحاكم الشرعي لأنه يفصل في الدعاوى بين الخصوم.

---

(١) جماعة من المختصين : إشراف أ.د احمد أبو حاقة : معجم النفائس الوسيط ،دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع ،بيروت ،لبنان ،ط١ ،٢٠٠٧ ،ص ٤٧٤ .

[٢] جرجس ، د . جرجس : معجم المصطلحات الفقهية و القانونية ، الشركة العالمية للكتاب ، بيروت – لبنان ، ط١ ، ١٩٩١ ،ص١٨٥

[٣] عصام حداد – الدكتور حسان جعفر : المنبع الموسع ، قاموس عربي – عربي – عربي ، مراجعة نواف كريم – منير حمودة ، دار صبح ، بيروت – لبنان ، ط ١ ، ٢٠١١ ، ص ١٦١

[٤] ابي عبد الرحمن الخليل ابن احمد الفراهيدي : كتاب العين ، تحقيق الدكتور مهدي المخزمي ، الدكتور ابراهيم السامرائي ، ج ٥ ، منشورات مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، بيروت – لبنان ، ١٩٨٨ ، ص ٢٢٧

(٥) مجلة المجمع العلمي العراقي ،المجلد الثلاثون ،مطبعة المجمع العلمي العراقي ،بغداد ،١٩٧٩ ،ص ٣٣٩ .

أو قاضي القضاة : رئيسهم وهو المتصرف في القضاء ،قال الجوهري : أصله قضائي لأنه من : قَضيْتُ [1] .

الفرع الثاني
المدلول الاصطلاحي للرقابة الافتراضية

يرى بعض الفقه " ان مصطلح الرقابة الافتراضية يشير الى التدخل غير المباشر للقاضي الدستوري في مراقبة القوانين الصادرة عن البرلمان ، لاسيما عند تقييم توافقها مع الدستور ، فهو لا يمارس رقابة مطلقة انما مقيدة بضوابط معيارية اهمها عدم التعدي على السلطة التقديرية للمشرع ، مع وجوب ان تتغيأ هذا الرقابة الصالح العام ، وعدم مخالفة اي نص دستوري "[1]

ويلاحظ ان القظاء الدستوري قد تطور من ناحية الابتكار الاجرائي بتنويعه لنماذج القرارات التي يصدرها ([2]

ومن جهة أخرى فعلى سبيل المثال يصدر المجلس الدستوري الفرنسي قرارات مثل إعلان المطابقة إعلان المطابقة بتحفظ ، إعلان المطابقة الكلية ، إعلان عدم المطابقة الجزئية ،وهكذا يمكن تلخيص التصنيف التقليدي لقرارات المجلس الدستوري ، لكن هذا الوصف لا يعبر عن حقيقة التنازع القضائي إلا بشكل جزئي على الرغم من أن له الفضل في إرضاء بعض الفقه والطلاب [3] ، فمنذ العديد من السنوات يبدي القاضي الدستوري من خلال الرقابة الافتراضية للتشريعات شيئاً من الابتكار الإجرائي بتنويعه " لنماذج " القرارات التي يصدرها ويتمثل البرهان على ذلك في غطاء الدستورية (la couvertured de constitutionnalite)وهي تقنية رفض المجلس بموجبها إعلان المادة ٣٠ مخالفة للدستور على الرغم من اعترافه بأن مكانها لا ينبغي أن يكون في قانون تمويل الضمان الاجتماعي [4] .

والملاحظ ان المحاكم الدستورية الأوربية في أسبانيا والنمسا وإيطاليا وألمانيا تمارس رقابة افتراضية فيما تصدره من قرارات ولها القدرة أيضاً على تأويل القوانين داخل المحاكم العادية، ففي ألمانياً تلعب مبادئ مثل حماية الكرامة الإنسانية دوراً رئيسياً في الرقابة غير المباشرة [5] .

وتهدف " الرقابة الافتراضية على تطور الاجتهاد القضائي الدستوري من خلال تعزيز دور القضاء في حماية الحقوق والحريات الأساسية، وتطويع التشريعات بما يتماشى مع المبادئ الدستورية دون الحاجة إلى تعديلات تشريعية مباشرة والحد من النزاعات الدستورية عبر إيجاد حلول تفسيرية للقوانين المشكوك في دستوريتها"[6] .

([1]) السيد الشريف علي بن محمد الجرجاني : كتاب العين ،دار إحياء التراث العربي ،بيروت ،لبنان ،ط١ ،٢٠١٠ ،ص ١٤٤ .

[2] B. faur : "les objectifs de valeur constitutionnelle ،une nouvelle categorie juridiquell ،RFDC ،1955 ،p.47 ets.

([3])D. Rousseau: Droit du contentieux constitutionnel ،paris،monthretien،2006 ،p. 157 ،158 .

([4]) لأن الأثر الذي ينتج عن إعلان عدم مطابقتها للدستور الإبقاء على خطأ مادي يقود إلى تفاوت مخالف لمبدأ المساواة في التشريع النافذ .

décision 2001 ،453 DC du 18 décembre 2001 ،loi de financement dela sécurité sociale pour 2002.Rec.cc.p.164

([5])Grimm,D : constitutional adjudcation in germany،oxford university press،2002،p. 294 ets .

([6])pissaloux،j.l،le counseil constitutionnel et les finances sociales ،la revue du trésor mars،avril 2006 p. 112 ets

ويلاحظ ان اللجوء إلى الرقابة الافتراضية يعد تعبيراً عن مبدأ النسبية الذي يتمسك القاضي الدستوري باحترامه في مراقبته الخطأ الساطع في التقدير في القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية[1].

" وتسمح هذه الرقابة للقاضي الدستوري بالتساؤل حول الطابع المعقول لرقابة عدم دستورية القوانين ،من خلال استعمال تعليل قريب من كشف حساب الكلفة والميزة المقابلة لها المعروف جداً من قبل القاضي الإداري" [2]

وتوجد بعض القوانين الذي يعلن المجلس الدستوري والقضاء الدستوري عموماً بعدم اختصاصه في النظر فيها مثل القوانين المصوت عليها بالاستفتاء أو تقرير مشروعية مرسوم حل الجمعية الوطنية والمراسيم التي ترد على تنظيم استفتاء [3] .

ومن جانبنا أوردنا هذا التعريف للرقابة الافتراضية للقضاء الدستوري وهو: "قيام القاضي الدستوري بفحص وتفسير النص التشريعي تفسيراً مضيقاً لسد ما اعتراه من نقص حفاظاً على مصلحة عامة ذات قيمة دستورية ،ومن ثم توجيه أمرٍ إلى المشرع لتلافي هذا النقص في فترة زمنية محددة".

المطلب الثاني

التمييز بين الرقابة الافتراضية والإغفال التشريعي

يرجع أصل كلمة إغفال إلى الفعل غَفَلَ يغفلُ غفلاً وغفيلةً ،وأغفله عنه غيره [4] ،وأغفلهُ : تركه وسها عنه [5] .

غفلَ عن الشيء من باب دخل وغفلهُ أيضاً وأغفلهُ : عنه غيره وتغافلَ عنهُ وتغفلهُ غفلته والاسم : الغفلة والغفل والغفلان بالضم والغفلة اسم أيضاً مصدر والغفل محركة والغفلان بالضم فإنه يكون مصدراً لغفلان [6] .

وفي الاصطلاح : فقد بين الفقه الفرنسي الحالة التي يكون فيها تنظيم القانون لا يستوي مع القواعد والمعايير العامة للقانون ،والذي يتمثل في ثغرات تخل في التعامل النظام القانوني وآلياته [7] .

ويرى جانب من الفقه الدستوري الفرنسي إلى وصف الأغفال التشريعي بالعيب الجوهري الناجم عن عدم امتثال المشرع لمبدأ الشرعية الدستورية بسبب عدم التقيد في الحكم الوارد في الوثيقة الدستورية[8]

ويذهب اتجاه اخر من ذلك الفقه أن الإغفال التشريعي ينطبق على مصطلح عدم الاختصاص السلبي ،إذ ينطوي في ذاته على تجاوز السلطة التشريعية لسلطتها [9] .

([1])D. Philippe: le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative francaises،paris،economica،presses unlverstaires d'Aix marselli،1990 ،p. 20 ،21 .

([2])G. Txier: "le role du reasonnbleness dans la jurisprudence anglo americine cette revue،1956،p. 216

([3])CC. 30 ،12 ،1996 Rec.p. 154: l'effet de la saisine constitutionnelle est de mettre en oeuvre ،avant la cloture de la procedure legislative la verificationnel de toutes les dispositions de la loi différée ….

([4]) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي : مختار الصحاح ،دار الكتاب العربي ،بيروت ،بلا سنة نشر ،ص ٤٧٦.

([5]) العلامة اللغوي : مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي : القاموس المحيط ،ص ٩٥٧ .

([6]) جماعة من المختصين : معجم النفائس ،دار النفائس ،بيروت ،١٩٩٤،ص ٥٧٤ .

([7])problems l'omission *législative* dans la jurisprudence constitutionnle questionnaire،pourle xive conqres de la conférence des course constitutionnelle eut européennes،p.1 ets

([8])micheel Melchior l'omission dans la jurisprudence 4 december 2007 p. 5،51

([9])favoureu et Philip: les grandes decisions

وفي نفس الاتجاه جانب من الفقه المصري أن الإغفال التشريعي يتمثل في قيام السلطة التشريعية بتنظيم مسألة معينة بصورة منقوصة يمكن أن يترتب عليها فراغ تشريعي لا يتماشى مع التزام البرلمان بضرورة ممارسة اختصاصه التشريعي على الوجه المبين في الدستور [1].

في حين يرى اخرون ان الإغفال التشريعي مخالفة موضوعية لأحكام الدستور قد ينتهك الضمانات القانونية للأفراد التي يجب التمتع بها ،فضلاً عن الإخلال بمبدأ المساواة [2].

وفي ألمانيا لم يتعرض القانون الأساسي الصادر سنة ١٩٤٩ إلى موضوع الإغفال التشريعي غير أن المحكمة الدستورية الألمانية التي ذهبت في بعض أحكامها على استخدام التفسير التوجيهي المدعم لوضع قواعد قانونية معينة خصوصاً في مجال الحقوق والحريات الأساسية الواردة في صلب الوثيقة الدستورية ،وهذا التفسير التوجيهي الموجه إلى المشرع يكاد يتماثل مع الرقابة الافتراضية للقضاء الدستوري [3].

وتأسيساً على ما تقدم تبدو الصلة وثيقة بين الاغفال التشريعي والرقابة الأفتراضية حيث إن الدستور يكفل لكل حق أو حرية الحماية من جوانبها العملية لا النظرية فقط ،وتتمثل هذه الحماية في الضمانة التي يقررها الدستور لحقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية التي يعد نفاذها شرطاً للانتفاع بها ،وهذه الضمانة ذاتها هي التي يفترض بالمشرع أن يستهدفها وأن يعمل على تحقيق وسائلها من خلال ما يصدره من قواعد قانونية تنظم هذه الحقوق والحريات [4].

والذي يهمنا في هذا المجال هو حالة القصور التشريعي الكلي أو التام حينئذ لا يستطيع القاضي الدستوري من ان يتدخل ويحلّ محلّ إرادة المشرع بإصدار تفسيرات في هذا الشأن حتى لا نكون أمام اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات .

أما الصورة الثانية فتتمثل في صدور أحكام ندائية إلى السلطة التشريعية لمعالجة الإغفال التشريعي بصورة سريعة لأن المتطلبات الدستورية تقتضي ضرورة التدخل لتنظيم مسألة معينة أو موضوع معين وهذه الأحكام تصدر في صورة أساليب متعددة ، تتضمن توجيه طلبات للمشرع أو توجيهات أو نصائح أو تأنيباً أو نداءً للسلطة التشريعية وهذه الصيغ تجمع تحت مسمى الأحكام الندائية أو الأحكام المنبهه أو المرشدة ،وهذا ما عرفته المحاكم الدستورية في أسبانيا وفرنسا وإيطاليا.

أما الامر الثاني فيتمثل في المعالجة الثنائية للإغفال التشريعي. وهذه الصورة تحقق بإحدى طريقتين : إما أن يقتصر دور القاضي الدستوري على مجرد الكشف عن وجود إغفال تشريعي ويخطر السلطة التشريعية بوجود هذا الإغفال وتسمى الأحكام الصادرة في هذه الصورة بالأحكام الكاشفة ،أو يقتصر دور القاضي فيها على وجود الإغفال التشريعي من دون أن يحكم بعدم دستورية السكوت التشريعي ،هذا هو المعمول به. في ألمانيا منذ ١٩٧١ ،كما قضت المحكمة الدستورية بأسبانيا بهذا الاتجاه [5].

والملاحظ أن المحكمة الدستورية الاتحادية الألمانية تمارس سلطة أعلى وأسمى من السلطة التأسيسية من خلال المشروعية فوق الدستورية ، وقد مارست الرقابة الافتراضية في العديد من أحكامها وبصفة خاصة في مجال فحص مدى دستورية القانون الصادر بشأن منع الحمل مثبتة لنفسها الحق في توجيه الأمر للسلطة التشريعية و أن تقرر ما يتعين عليها القيام به أو الاحجام عنه ، بإصدار

---

(1) المستشار د. محمد ماهر أبو العينين : الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته دراسة تطبيقية ،المركز القومي للاصدارات القانونية ،القاهرة ،ط١ ،٢٠١٣،ص ١٨٥ .

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

(3)dr. andereas vobkuhle: introduction to german constitutional and the doctrine of basic law 60 years german basic law،p. 22 ets

(4) د. عادل الطباطبائي : الحدود الدستورية بين السلطة التشريعية والقضائية ،مجلس النشر العملي ولجنة التأليف والترجمة ،جامعة الكويت ،ط١ ،٢٠٠٠ ،ص ٤٤٥ .

(5)ribe (D.) : existe -T- ،IL Un droit la norme contrôlée de constitutionnlite et omission legislative،1999. 3 p. 263 ets

التوصيات فيما يخص القواعد القانونية التي لا يتعين عليها إصدارها أو القواعد الواجب عليها اتخاذها[1].

وفي إيطاليا "فإن المحكمة الدستورية الإيطالية لجأت إلى تقنية فنية افتراضية مؤداها عدم إمكان فرض تفسير من شأنه جعل القانون متعارضاً مع الدستور ،وإنما إصدار تصريح أو إعلان بعدم الدستورية يسمى بعدم المشروعية الجزئية ،بحيث يقتصر مضمونه في إطار العديد من التفسيرات المتاحة للقانون ،وقد استكملت المحكمة تلك الأنماط بإصدار تفسيرات في ظل شروط محددة لتطبيقها ذات صفة إنشائية أحيانا" [2] ،فالمحكمة الدستورية الإيطالية تقوم بالقضاء بعدم دستورية نص القانون في الجزء الذي ينص أو يتناول قاعدة معينة لا تتفق مع الدستور ،ومن خلال الرقابة الافتراضية تسعى إلى إحلال معنى آخر محله يتفق معه ،فهدف القاضي الدستوري هو الوصول إلى جوهر النص دون أن يؤدي في أحيان كثيرة إلى المساس بألفاظ النص ذاتها [3].

المبحث الثاني
تطبيقات القضاء الدستوري لقضية الرقابة الافتراضية

يلجأ القضاء الدستوري للتفسير في مقام استخلاص القواعد القانونية لكي يبسط رقابته على مدى اتفاق القواعد القانونية مع القواعد الدستورية ،فما النصوص إلا أغلفة مادية تحوي قواعد قانونية هي وحدها محل الاعتبار [4] ، حيث يمارس القاضي الدستوري رقابته الافتراضية بواسطة التفسير الدستوري، فإذا كان النص التشريعي خالياً عن أيٍّ مضمون قاعدي فيبدو أشبه بقوقعه فارغة فيصبح النص في ضوء هذا التفسير بمنزلة سراب قانوني يبدو من حيث الظاهر قابلاً للتطبيق ،ولكنه في الحقيقة عديم الفاعلية ،ويؤدي هذا التفسير إلى أن يصبح الحكم الذي انتهى إليه بمنزلة حكم بإبطال النص [5].

وقد لاحظ البعض : أن هذا المنهج أقل قسوة من الحكم بإبطال النص غير الدستوري ،لأن جعل النص خالياً من المضمون القاعدي ينطوي على نقد أخف من اعتبار التشريع مخالفاً للدستور [6].

ويلاحظ إن" تقنية الرقابة الافتراضية لا زالت في بدايات تصدي القضاء الدستوري للنصوص التشريعية التي لم يكتمل مضمونها القاعدي فلم تستحضر بصورة واضحة في القضاء الدستوري" ،لأن التسليم بها بشكل واسع يمثل انتقاصاً من دور البرلمان واتهاماً له باستخدام اختصاصاته التشريعية لتحقيق أهداف بعيدة عن الصالح العام .

وستكون دراستنا لهذا المبحث من خلال مطلبين :

المطلب الأول : تطبيقات الرقابة الافتراضية في فرنسا .

المطلب الثاني : تطبيقات الرقابة الافتراضية في الدول المقارنة .

---

(1) د. محمد عبد العال : القضاء الدستوري المقارن ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،٢٠١٧ ،ص ١٠٠ وما بعدها.

(2) thierry di manno: le juge constitutionnel et la technique décisions interprétatives france et italie،economica،199،p. 259

(3) hierry di manno: op،cit،p. 261

(4) الرقابة الدستورية لا تنصب إلا على الوقائع لا أغلفتها المادية ،ومن هنا فإن المناهج الفنية للتفسير تنصب على استخلاص القاعدة القانونية من النص الذي يعبر عنها ،فالنصوص هي محل التفسير ،والقواعد القانونية المستخلصة منها هي الهدف من التفسير . د. احمد فتحي سرور : الحماية الدستورية للحقوق والحريات ،دار الشروق ،القاهرة ،ط٢ ،٢٠٠٠ ،ص ٢٣٨ وما بعدها .

(5) والواقع أنه رغم أن بعض النص التشريعي لم يلحقه مساس في الحكم ،إلا أن تفسيره بهذا المنهج يجعله عديم الجوهر بلا مضمون قاعدي ،وبذلك ينفى ،مع الحكم بالبطلان في أمر واحد هو عدم إمكان تطبيق هذا النص إلا أنه لا يعد إبطالاً بالمعنى القانوني ؛ لأن الإبطال لا يرد إلا على نص يتضمن قاعدة قانونية باعتبار أن هذه القاعدة هي التي يرد عليها عدم الدستورية .

T.Di manno : lajuge constitationnel etlatechnique economica،1997،p. 39 .

(6) Thierry Di manno : op. cit. p. 132 .

المطلب الأول
تطبيقات الرقابة الافتراضية في فرنسا

يطلق على الهيئة المكلفة بفرض " الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا تسميه المجلس الدستوري وهو سيكون من طائفتين من الأعضاء أحدهما تضم الاعضاء المعينين والأخرى الأعضاء فيه بحكم القانون"(١).

وقد أخذ المجلس الدستوري الفرنسي في موضوع الرقابة الافتراضية بفكرة الأحكام التفسيرية المضيفة لتلافي حالات القصور التشريعي محتذياً حذو المحكمة الدستورية الإيطالية لإثراء الجوهر القاعدي لنص القانون محل البحث في سبيل تجنب تقرير عدم دستوريته من خلال إدخال قاعدة جديدة توفق في طبيعتها بين نص القانون محل الطعن بالدستورية ،فيتم إدخال القاعدة الجديدة في النص ذاته ويجب أن يؤخذ في الاعتبار أن النص الجديد هو الذي يتيح هذا التفسير الذي يعد شرطاً ضرورياً لصحته (٢).

هذه القاعدة الجديدة لا تعد إنشاءً خالصاً لقاعدة منفصلة عن النص ولكن مجرد إدخال القاعدة في النص (٣)،واتخذ المجلس الدستوري الفرنسي قرارات فيما يخص الضمان الاجتماعي لعام ٢٠٠٦ والقانون المالي لعام ٢٠٠٦ اعتمادا على تقنية جديدة من تقنيات التنازع القضائي كانت غير موجودة في التصنيف التقليدي (٤)،ففي الحالة الأولى كانت المادتان ٥ ، ٦٤ ،من قانون التمويل (٥)،تنصان على مساهمة مالية للضمان الصحي من صندوق المساعدة ،الذي تنفذ الدولة من خلال سياستها في مجال حماية السكان من المخاطر الصحية (٦).وقد اعترف القاضي الدستوري أثناء بته في أمر لم يكن معروضاً عليه بأن هذا الاقتطاع كان من حيث طابعه الإلزامي مخالفاً للمادة ١٧ ــ ١١ من القانون الأساسي المتعلق بالقوانين المالية الذي دخل حيز التنفيذ في الأول من كانون الثاني ٢٠٠٥ ،هذه المادة تنص على أن أموال المساعدة تكون من أموال ذات طابع غير ضريبي يدفعها اشخاص معنويون أو طبيعيون من أجل المساعدة في نفقات ذات منفعة عامة (٧)،وإن استعمال الأموال يجب أن يكون مطابقاً لنية الطرف الدافع لهذا لم يرفض القاضي هذين النصين نظراً لأن الاقتطاع موضوع البحث بدا له ضرورياً (٨)ولحماية الصحة العامة بوصفها هدفاً ذا قيمة دستورية (٩)،لأن المشرع دعي إلى العمل على أن يكون تمويل هذه الأعمال مطابقاً للدستور بدءاً من سنة ٢٠٠٧ ،وصاغ القاضي توصية في

---

(١) للمزيد من التفاصيل في تشكيل المجلس الدستوري ينظر المادة ٥٦ من الدستور الفرنسي .

(2)modugno validita dirritto constituzionale in enc dirvol ،xl vi،milan،giuffre،1993،p. 79،cite par di manno،op ،cit p. 258 .

(3)guastni(R) : dalle fonti alle norme،2 éd،turin،giappichelli،1992،p. 233.

(٤) فارنسوا بارك : المجلس الدستوري وتقنية الرقابة الافتراضية ،مجلة القانون العام وعلم السياسة ،٢٠٠٧ ،ص ١٤٤٣ وما بعدها .

(٥) بحسب المادة ٥ من القانون المحال إليه حددت مساهمة الضمان الصحي في أموال المساعدة المشار إليها في المادة ٥١ من قانون التمويل لعام ٢٠٠٤ الصادر في ١٨ كانون الأول ٢٠٠٣ لعام ٢٠٠٥ بـ ١٧٠ مليون يورو أما المادة ٦٤ مخزن المساهمة ١٧٥ مليون لعام ٢٠٠٦ .

(٦) كانت الحكومة قد قررت في عام ٢٠٠١ القيام بمثل هذا الاقتطاع وبحسب المادة ٤٢ من قانون تمويل الضمان الاجتماعي لعام ٢٠٠٢ الصادر في ٢١ كانون الأول ٢٠٠١ ،فإن الأموال الوطنية المخصصة للصندوق الوطني للضمان الصحي للعمال المأجورين تشارك بطريقة استثنائية في عام ٢٠٠١ بمبلغ يصل إلى ١٠٣ مليار فرنك في أموال المساعدة المخصصة لقيام الدولة بشراء وتخزين وتسليم المواد اللازمة لمعالجة الأمراض الناتجة عن أعمال إرهابية ،ومع ذلك فإن الحكومة رغم تأكيدها بأن الأمر لا يتعلق إلا بمساهمة استثنائية فقد جددت ممارستها لهذا الأمر في أعوام ٢٠٠٣ ،٢٠٠٤ ،٢٠٠٥ ،٢٠٠٦ ،ينظر على سبيل المثال المادة ٥١ من قانون التمويل لعام ٢٠٠٤ الصادر في ١٨ كانون الأول ٢٠٠٣ والمادة ٣٧ من قانون التمويل لعام ٢٠٠٥ في ٢٠ كانون الأول ٢٠٠٤ .

(7)considérant 23،décision 2005،528 dc du 15 décembre 2005،loi de financement de la securite soeiale pour 2006 20 decembre،2005 ,p. 19563

(8)considérant 24،décision 2005،528 dc du decembre 2005،lio de financement 20 decembre 2005

(9)s. juan: lobjectifa valeur constittuionnelle du droita la santé: droit individual ou collectif ،cette revue 2006،p. 40

القرار المتعلق بالقانون المالي لعام ٢٠٠٧ ،وتوصية أخرى مشابهة في القرار المتعلق بالقانون المالي لعام ٢٠٠٦ بعد أن رفض منع وجود حسابات خاصة ومهام ذات برنامج واحد على الرغم من إعلان مخالفتها للمادة ٢٠ الفقرة ١ من القانون الأساسي [١].

قرار آخر للمجلس الدستوري في الاتجاه ذاته ذكره دومينيك روسو [٢] ،يقول : بحسب القانون الأساسي المتعلق بالقوانين المالية الصادر في الأول من آب ٢٠٠١ تعرف النهمة بأنها مجموعة برامج تساهم في سياسة عامة محددة إلا أن حساب التخصيص الخاص الوارد في القانون المالي لعام ٢٠٠٦ تحت عنوان مساهمات الدولة المالية والذي يشكل مهمة لم يكن يحتوي إلا برنامجاً واحداً وكانت الحكومة تبرر هذا الوضع في آن واحد معاً بالطابع الخاص لهذا الحساب الذي يغطي سياسة عامة محددة بدقة ،وبالطابع الاستثنائي للمخالفة إلا أن المجلس لم يتبعها وحكم بشكل منطقي في قراره الصادر في ٢٩ كانون الأول ٢٠٠٥ [٣]،بأنه ينبغي على الحسابات الخاصة بموجب الوضع الراهن للتشريع أن لا تحتوي برنامجاً واحداً لكنه لم يخلص للتطبيق بعدم دستورية هذا النص ،وتذرع لذلك بحجة الوقت وقد اعتبر بالفعل أن من المناسب للمشرع الذي كان عليه مدونة مصطلحات جديدة للميزانية ،أن يترك للسلطات المختصة الوقت لإجراء التكييفات الضرورية والتغلب على الصعوبات الملازمة لتطبيق مثل هذا الإصلاح ،وقد منح للمشرع مهلة سنة من أجل تحقيق التطابق بين المهام ذات البرنامج الواحد والقواعد الأساسية الجديدة التي تصبح ،كما اعترف بذلك ابتداءً من العام ٢٠٠٧ [٤].

المطلب الثاني
تطبيقات الرقابة الافتراضية في الدول المقارنة

إن فكرة وجود قانون طبيعي عالمي أو وجود قانون أخلاقي وشيك الظهور حيث توجد مبادئ قانونية يجب أن تؤثر على القوانين الوضعية وهكذا سيكون الرضا إقراراً بالشرعية وأساساً لكل قرار، فالوضع الطبيعي الذي يعتمد على فكرة التقدم القانوني ،التي تتجه انطلاقاً من الانقسامات إلى توحيد المجتمعات باسم حقوق الإنسان [٥].

وقد برر بعض الفقه تقنية الرقابة الافتراضية في القضاء الدستوري بقوله : إلى أنه وإن كانت الرقابة على دستورية القوانين تهدف أساساً للدفاع عن الدستور على الرغم من موضوعية النزاع الدستوري لا يجوز تصوير هذا القضاء وكأنه منفصل عن العالم ،وقد ذهب الأستاذ esarras في إيطاليا إلى أن الرقابة التي يمارسها القاضي الدستوري تواجهها مشكلة خطيرة هي كيفية المحافظة على الأمن القانوني ،وأنه من أجل التغلب على هذه المشكلة يجب أن يحدد الآثار التي يجب أن تبقى

([1])decision 2005

([2]) دومينيك روسو : وقائع الاجتهاد الدستوري ٢٠٠٦ ــ ٢٠٠٧ ،مجلة القانون العام وعلم السياسة الفرنسية ،العدد الرابع ٢٠٠٧ ،ص ١٠٨٢ .

([3]) p. 168،rec،29 decembre 2005،530 dc،2005،const،cons

([4]) إن هذا الموقف المتفهم لا يمكن أن يؤخذ على المجلس بشرط أن لا يصبح وسيلة منظمة لتجنب معاقبة عدم دستورية معترف به ،وهكذا حكم المجلس في هذا القرار نفسه ،أنه بناء على المادة ٧٢ / ٢ ينتج عنها بالضرورة مساس بالطابع الحاسم لحصة فئة من فئات الجماعات الإقليمية من الموارد الخاصة وحيث أن تحديد السقف الأعلى للضريبة المهنية ٣٫٥ % لن يؤدي بحد ذاته إلى نتائج واسعة لدرجة أن تصبح درجة الاستقلالية المالية لفئة من فئات الجماعات الإقليمية موضوعة مجدداً قيد الخلاف فقد صادق على هذا الترتيب لنظام الضريبة المهنية لكن المجلس مدد تحليله بحجة يبدو أنها جعلته يشك بدستورية النص موضوع النزاع ... الخ . Dominique rousseau: op. cit. p. 1082.

([5]) ويكفي الاعتراف بأن القواعد القانونية للدستور تكمن في حق كل كائن إنساني بالكرامة والمساواة والحقوق الأساسية خمسون عاماً من نشاط المحكمة الدستورية الإيطالية . محاضرة ألقاها بمناسبة مرور خمسون عاماً على تأسيس هذه المحكمة ،مجلة القانون العام وعلم السياسة الفرنسية ،العدد الأول ،٢٠٠٧ ،ص ١٤٠ ــ ١٤١ .

من القانون المقضي بعدم دستوريته وتلك التي يجب الغاؤها واضعا في اعتباره كل حالة على حدة ومقتضيات اليقين القانوني [1].

وقد قيل في هذا السياق أن القاضي الدستوري مكلف بأن يحمي القيم الدستورية في جميع فروع القانون ،وأن يتجنب في ذات الوقت بقدر الإمكان أن يتسبب في ثقوب سوداء في النظام القانوني [2]،وقد ساد هذا الاعتقاد في المحكمة الدستورية الإيطالية وقد عبر عن ذلك ueziogrisafulli بأن المحكمة التجأت إلى بعض وسائل التفسير تحت تأثير مقتضيات عملية غير نظرية من أجل تجنب أن يترتب على أحكام المحكمة حدوث أيّ فراغ في النظام القانوني [3]،وقد اتجهت المحكمة الدستورية الإيطالية الى "تقنية الرقابة الافتراضية لمعالجة نقص النطاق القاعدي للنص التشريعي عما يجب أن يكون عليه حتى يتفق مع أحكام الدستور ،واستخدمت المحكمة في سبل الرقابة على قصور المشرع أسلوب التفسير المكمل أو المضيق تحت شكلين غير متكافئين من حيث الأهمية فهناك أحكام مكملة بالإضافة وأخرى أحكام تفسير بالرفض ،ولكن لها ذات القيمة المكملة أو المضيقة والتي تصدر برفض الطعن بعدم الدستورية" ،والذي يهمنا في مجال دراستنا هي الأحكام التفسيرية بالإضافة والتي تحمل في طياتها توجيها إلى المشرع بوجوب إكمال الفراغ القاعدي للنص التشريعي ليتوافق مع أحكام الدستور .

غير أن تلك الأحكام لا تكتفي بمواجهة قصور المشرع ولكنها تستخدم كذلك من أجل إصلاح ما يترتب على ذلك من حذر وهي ذات وجهين [4] :

وجه يتعلق بالجزاء المقرر لقصور المشرع، ووجه بنيوي يمتد إلى إدخال الجزء القاعدي القاصر على نحو ايجابي في سبيل جعل نص القانون دستورياً ،ومن أمثلة ذلك في قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية : كالقرار رقم ١٩٠ الصادر في ١٩٧٠ والخاص باستبعاد محام حضور استجواب المتهم خلال مرحلة التحقيق الابتدائي والذي أحدث خلافاً في القضاء الإيطالي ،وصدرت عن المحكمة الدستورية الإيطالية أحكام حديثة في تسعينات القرن الماضي نذكر منها الحكم رقم ٣ الصادر في عام ١٩٩٤ عندما طعن أمامها بالدستورية على الفقرة الأولى من المادة ١٣٢ من مرسوم رئيس الجمهورية رقم ٣ في العاشر من كانون الثاني ١٩٥٧ ،إذ جاء في الأمر الصادر من المحكمة أنه من الممكن إعادة الموظف المستقيل إلى وظيفته عقب أخذ رأي مجلس الإدارة [5] ،من خلال أحكام المحكمة الدستورية الإيطالية تبين أنها استطاعت أن تصدر العديد من الأحكام اعتماداً على تقنية الرقابة الافتراضية لتختار آلية الحكم المكمل بالإضافة بالنظر إلى الآثار المترتبة عليه حيث يشكل الوسيلة الأكثر فعالية لضمان الأمان القانوني .

أخيراً يقول الأستاذ غوستافو زاغروبلسكي أننا مرة أخرى من أنصار التغيير في القضاء والسياسة ،ولأن السلطة السياسية تنادي اليوم بالديمقراطية، فجوهر القانون ذو قوة متغيرة ومن الضروري أن يشعر القضاة الدستوريون يومياً في عملهم كم هو صعب في توازن السلطات أنهم

---

(1) وقد استخدم في إيطاليا اصطلاح horrorvacui للإشارة إلى القلق الذي ينتاب القاضي الدستوري من الفراغ القانوني الذي قد يترتب على حكمه مما يدفعه إلى ممارسة الفن القضائي لوضع حكم أكثر ملائمة من مجرد الرفض أو البطلان وذلك حتى لا يؤدي هذا الحكم إلى إحداث اضطراب غير معتد في النظام القانوني أو إلى المساس بالاستقرار الضروري للمراكز القانونية . Thierry di manno: op. cit ،p. 76

(2)E. malfatti s. panizza. R. romboli. Giusitizia constitutionale،2003،p. 136

(3) ينظر سيستيانو دونري : التفسير الإبداعي للقانون وفقاً لتجربة المحكمة الدستورية الإيطالية ،منشور على الانترنيت في ٢٠٠٨ .

(4) G. branca: lillegittimita parziale nelle sentenze della constituzionale in maranini csous la dir . de،Florence،1966،p. 63

(5) ينظر تفاصيل هذه الأحكام التي أشار إليها تيري دي مانو في أطروحته السالف الإشارة إليها ،ص ٢٣٩ ــ ٢٤٤ .

يعلمون جيداً أن اتهامهم بالخرق بوصفهم مشرعين أي السياسيين أكثر مما هم قضاة هو الأخطر الذي يمكن أن يقدم ضدهم [1].

وفي ألمانيا "فان المحكمة الدستورية الألمانية قد سبقت المجلس الدستوري الفرنسي في الأخذ بتقنية الرقابة الافتراضية فقد أصدرت في ١٠ شباط ٢٠٠٤ بأمر يترتب على عاتق المشرع الأمر الذي يشكل حلاً لا سابق له بحسب البروفيسور جوانمان" [2].

وفي النمسا فإن المحكمة الدستورية النمساوية على سبيل المثال تمكنت من الاعتراف للمشرع بالحق في قصر تطبيق تشريع تنظيمي غير دستوري على فئة خاصة من الأشخاص [3].

وقد واجهت المحكمة الدستورية الألمانية مشكلة الفراغ القاعدي لبعض النصوص التشريعية فعملت على تفادي ما أسمته بحدوث فراغ تشريعي يصل بالبلاد إلى مرحلة الفوضى التي تهدد الحقوق والحريات وتزعزع الاستقرار في البلاد وتهز أمنه القانوني ،وعلى الرغم من أن القانون الألماني لا يخول هذه المحكمة سوى سلطة إبطال التشريع غير الدستوري [4]،وقد جرت العديد من أحكام المحكمة الدستورية الألمانية على إرجاء الأثر المباشر لرقابتها الافتراضية [5] ،ذات الأثر المنشأ خلال مهملة معينة مع دعوة المشرع لأحداث التعديل التشريعي الذي يجعل النص المطعون عليه متفقاً مع أحكام الدستور خلال هذه المهلة [6] ،ونلاحظ كذلك أن المحكمة الدستورية الألمانية قد عنيت في هذه الأحوال بالعمل على تحقيق ما أسمته بالاستقرار القانوني المترتب على القانون الباطل بسبب من الفئة للدستور [7].

وقد عملت المحكمة الدستورية الأسبانية هي كذلك على إضفاء طابع شرعي على هذه التقنية القضائية ويوجد مثال واضح بشكل خاص لهذا الوضع في قرار المحكمة الدستورية الأسبانية الصادر في موضوع القانون رقم ٦ / ١٩٩٢ الذي صنف سانتونيا أي توجا بوصفها محمية طبيعية وثبت حدودها وبرغم أن المحكمة اعترفت في البداية بأن لا دستورية القانون واضحة للعيان باعتبار أن النشاط الإداري المحدد الأراضي المحمية الطبيعية يقع على عاتق جماعة كونتا بري المستقلة ذاتيا ،فإنها لم تقم بإبطاله لوعيها للنتائج التي يمكن بجره ذلك على الفضاء الطبيعي المعني بالأمر ،وقد أوضحت هذه النتائج بقولها : من المناسب لأقصى حدٍ تجنب الأضرار المحتملة التي يمكن الإعلان اللادستورية أن يسببه لإدارة الأموال والمصالح والحقوق التي أضر بها المشرع ومواد النزاع في هذه الحالة حماية وحفظ وترميم وتحسين القضاء الطبيعي لسانتونيا ،ففي المنظور الدستوري تعد الآثار السلبية التي لا يمكن أن يجر إليها القرار الخاص بالمنطقة المحمية حقيقية جداً. إن بطلان القانون رقم ٦ / ١٩٩٢ يمكن أن يضعف حماية قد مارست الرقابة الافتراضية في العديد من أحكامها .

---

(1) غوستافو زاغروبلسكي : خمسون عاماً من نشاط المحكمة الدستورية الإيطالية ،المرجع السابق للإشارة إليه ،ص ١٤٥ .

(2)junjane : lamotulationdes effets des decision des jaridictions constitutlonnelleet administrative en droit allemande،rfda،juillet aout 2004،p،683

(3)decislon 223 ،88 dub decembre 1990،aljc،1990،chronique،p. 475

(4) إلا أن المحكمة استحدثت نوعاً ثانياً من الأحكام تقضي بإعلان عدم دستورية التشريع دون القضاء ببطلانه ،وقد مارست المحكمة هذا التقليد القضائي دون سند تشريعي مما دفع المشرع إلى تقنيته سنة ١٩٧٠ بتعديل قانون المحكمة الدستورية الألمانية المادة ٣١ / ٢ و ٣ والمادة ٧٩ دون أن يحدد هذا التعديل الأحوال التي تقتصر فيها حكم المحكمة على الحكم بإعلان عدم دستورية التشريع دون إبطاله ودون تحديد آثار هذا الحكم ،إلا أن المحكمة الدستورية ميزت بين آثار الحكم بالبطلان والحكم بعدم الدستورية فجعلت الحكم الأول كاشفاً لعدم صحة التشريع منذ ولادته وجعلت الحكم الثاني منشأ لإلغاء النص غير الدستوري منذ يوم صدور هذا الحكم . د. احمد فتحي سرور ،مرجه سابق ،ص ٣٢٦ وما بعدها .

(5)klaus schaich: procedures et techniques de protection des droit fondamentaux ،tribural constitutionnel federal allemad،p. 141 ،142

(6)w. 2 eidler : cour constitutionnelle federal allemande : p.51 ets

(7)Klaus schaich: op،cit،p. 141

وفي العراق يبرز الدور الانشائي للمحكمة الاتحادية العليا من خلال بسط رقابتها الافتراضية على السلطة التقديرية للمشرع من خلال التفسير المضيف او البناء للقواعد الدستورية ،إذ أصدرت المحكمة الاتحادية العليا العديد من الأحكام المضيفة راعت فيها تطبيق نظرية الاغفال التشريعي[١] "ومنها قرار المحكمة الاتحادية العليا الذي حدد فيه نسبة الكوتا النسائية[٢]

الخاتمة :

بعد الانتهاء من دراستنا الموسومة بـ (دور الرقابة الافتراضية في القضاء الدستوري) علينا أن نسجل في هذا المقام أهم الاستنتاجات والمقترحات التي خلصت إليها هذه الدراسة :

أولا-الأستنتاجات :

١- إن الإطار العام الذي يحكم الرقابة الافتراضية هو الدستور الذي يجب احترام نصوصه من قبل المشرع والقاضي الدستوري .

٢- في إطار مفهوم الرقابة الافتراضية تعرضت إلى تعريفها وبيان مدلولها اللغوي والاصطلاحي ومن هنا فقد أوردنا هذا التعريف للرقابة الافتراضية وهي : هي بيان الفراغ القاعدي الذي يعتري النصوص القانونية وإصدار القاضي الدستوري أوامر توجيهية إلى المشرع لكي يتلافى هذا القصور التشريعي في فترة محددة ،حفاظاً على مصلحة اجتماعية ذات قيمة دستورية .

٣-قد بينت الدراسة ان الرقابة الافتراضية تهدف الى حماية مصلحة عامة ذات قيمة دستورية بالابقاء على النص القانوني المطعون فيه والحرص على إعطاء مهلة للمشرع والسلطة التنفيذية بوجوب تنفيذ تلك السلطات لاوامر القاضي الدستوري خلال فترة زمنية محددة.

٤-أوردت الدراسة أوجه التشابه بين الرقابة الافتراضية والاغفال التشريعي كذلك أورد البحث لتطبيقات الرقابة الافتراضية في القضاء الدستوري للدول المقارنة كاسبانيا والنمسا وفرنسا وإيطاليا وألمانيا والعراق.

٥- إن رقابة القضاء الدستوري للنصوص التشريعية تتم بطبيعة الحال وفقاً لمجموعة من الضوابط إجرائية وموضوعية التي ابتدعها القضاء الدستوري المقارن يجب التقيد بها حفاظاً على الصالح العام.

ثانيا -الاقتراحات :

١- نقترح على القضاء الدستوري المقارن أن يتوسع في ممارسة تقنية الرقابة الافتراضية ولا يتردد في القيام بها حفاظاً على مصالح بعض فئات المجتمع ،لأن إلغاء النصوص التشريعية بحجة عدم مطابقتها للدستور يضر كثيراً بمصالح هذه الفئات .

٢- نقترح تطوير قضاء المحكمة الاتحادية العليا فيما يخص الرقابة الافتراضية، ولاسيّما أن نصوص الدستور تحتمل التأويل كثيراً كذلك صدور الكثير من النصوص التشريعية التي تطوي على فراغ قاعدي .

٣-نقترح على الكتلة الدستورية في العراق أن لا تنتقص من دور المحكمة الاتحادية العليا باعتبارها أعلى سلطة قضائية في الدولة وبكونها حامية للدستور ،فإن التشكيك بقراراتها يسيء إساءة بالغة للمصلحة العامة .

---

١) قرار المحكمة الاتحادية العليا : المرقم (١٣) / اتحادية /٢٠٠٧ في ٣١ / ٧ / ٢٠٠٧ حيث قالت ان القواعد التي تتبع في تفسير أي مادة من الدستور او تشريع ما يقتضي وجوب دراسة مواد ذلك التشريع للوصول الى هدف وفلسفة التشريع الذي أراده المشرع

٢) للمزيد من للتفاصيل حول قرارات المحكمة الاتحادية العليا في هذا المجال ينظر قرارها المرقم ٩ اتحادية في ٢٥ / ٢ / ٢٠٠٩ ،وقرارها المرقم ٢٧) ،اتحادية في ١١ / ٨ / ٢٠٠٩ وقرارها المرقم (٥٦) اتحادية ٢٠٠٧ في ٢٤ / ١٠ / ٢٠١٠ وقرارات أخرى حديثة مارست فيها الرقابة الافتراضية على الاغفال التشريعي في قوانين الانتخابات مجلس النواب

٤- ينبغي على المحكمة الاتحادية العليا أن تمارس التفسير المضيف والمنشئ والتوجيهي بما يسهم بسد الثغرات التي اعترت بعض نصوص الدستور .

قائمة المصادر :

١. ابي عبد الرحمن الخليل ابن احمد الفراهيدي : كتاب العين ، تحقيق الدكتور مهدي المخزومي ، الدكتور ابراهيم السامرائي ، ج ٥ ، منشورات مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، بيروت – لبنان ، ١٩٨٨
٢. احمد أبو حاقة : معجم النفائس الوسيط ،دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع ،بيروت ،لبنان ،ط١ ،٢٠٠٧ ،
٣. احمد فتحي سرور : الحماية الدستورية للحقوق والحريات ،دار الشروق ،القاهرة ،١٩٩٩
٤. احمد فتحي سرور : الحماية الدستورية للحقوق والحريات ،دار الشروق ،القاهرة ،ط٢ ،٢٠٠٠ ،
٥. ثروت بدوي : القانون الدستوري ،دار النهضة العربية ـ القاهرة ،١٩٨٢
٦. جرجس : معجم المصطلحات الفقهية و القانونية ، الشركة العالمية للكتاب ، بيروت – لبنان ، ط١ ، ١٩٩١ ،
٧. جماعة من المختصين : معجم النفائس ،دار النفائس ،بيروت ،١٩٩٤،
٨. دومينيك روسو : وقائع الاجتهاد الدستوري ٢٠٠٦ ــ ٢٠٠٧ ،مجلة القانون العام وعلم السياسة الفرنسية ،العدد الرابع ٢٠٠٧
٩. السيد الشريف علي بن محمد الجرجاني : كتاب العين ،دار إحياء التراث العربي ،بيروت ،لبنان ،ط١ ،٢٠١٠ ،.
١٠. سيستيانو دونري : التفسير الإبداعي للقانون وفقاً لتجربة المحكمة الدستورية الإيطالية ،منشور على الانترنيت في ٢٠٠٨ .
١١. عادل الطباطبائي : الحدود الدستورية بين السلطة التشريعية والقضائية ،مجلس النشر العملي ولجنة التأليف والترجمة ،جامعة الكويت ،ط١ ،٢٠٠٠ ،
١٢. عصام حداد – الدكتور حسان جعفر : المنبع الموسع ، قاموس عربي – عربي – عربي ، مراجعة نواف كريم – منير حمودة ، دار صبح ، بيروت – لبنان ، ط ١ ، ٢٠١١
١٣. غوستافو زاغروبلسكي : خمسون عاماً من نشاط المحكمة الدستورية الإيطالية
١٤. فارنسوا بارك : المجلس الدستوري وتقنية الرقابة الافتراضية ،مجلة القانون العام وعلم السياسة ،٢٠٠٧
١٥. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي : القاموس المحيط
١٦. مجلة المجمع العلمي العراقي ،المجلد الثلاثون ،مطبعة المجمع العلمي العراقي ،بغداد ،١٩٧٩.
١٧. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي : مختار الصحاح ،دار الكتاب العربي ،بيروت ،بلا سنة نشر
١٨. محمد حسنين عبد العال : القانون الدستوري ،دار المعارف ـ الاسكندرية ،١٩٨٢ ،
١٩. محمد عبد العال : القضاء الدستوري المقارن ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،٢٠١٧ ،

٢٠.محمد ماهر أبو العينين : الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته دراسة تطبيقية ،المركز القومي للاصدارات القانونية ،القاهرة ،ط١ ،٢٠١٣
٢١.مورو كابيليني : سلطة القضاة ،المنشور في عام ١٩٩٠ ،

المصادر باللغة الاجنبية

1933،Barthelemy et Duez: Traite de droit constitution
p. 1 ets .،1920,tom ،carre de malberg: constitution a theorie generale de letat
1996 rec.p. 154: leffet de la saisine constitutionnelle est de mettre en oeuvre ،12 ،cc. 30 avant la cloture de la procedure legislative la verificationnel de toutes les dispositions ، de la loi deferee ….
p. 168،rec،29 decembre 2005،530 dc،2005،const،cons
loi de financement de la ،528 dc du 15 decernber 2005،decision 2005،considerant 23 2005 ,p. 19563،securite soeiale pour 2006 20 decembre
lio de financement 20 ،528 dc du decembre 2005،decision 2005،considerant 24 decembre 2005
D. Philippe: le controle de proportionnalite dans les urisprudences constitutionnelle et
p. ،1990 ،presses unlverstaires d aix marselli،economica،paris،administrative francaises 21 .،20
158 ،p. 157 ،2006 ،monthrelien،paris،D. Rousseau: Droit du contentieux constitutionnel decision 2005
p. 475،chronique،1990،aljc،88 dub decembre 1990،decislon 223
Dominique rousseaw: op. cit. p. 1082.
dr. andereas vobkuhle: introoluctio to german constit utional and the poctrine of basicla
p. 22 ets،60 years german basic law
p. 136،2003،E. malfatti s. panizza. R. romboli. Giusitizia constitutionale
favoureu et Philip: les grandes decisions
G. branca: lillegittimita parziale nelle sentenze della constituzionale in maranini csous la
p. 63،1966،Florence،dir . de
G. Txier: lerole dureasonnbleness dans la jurisprudence anglo americine cette
p. 216،1956،revue
p. 29 ets،2002،oxford university press،: constitutional adju: catio in gemany،Grimm
p. 233. ،1992،giappichell،turin،2ed،dale fonti all norme،guastni r
hierry di mannio: le juge constitutionnel et la technique decisions interpretaives france et
p. 259،199،economica،italie
p. 261،cit،hierry di manno: op
junjane : lamotulationdes effets des decision des jaridictions constitutlonnelleet 683،p،juillet aout 2004،rfda،administrative en droit allemande
p. 141 ،cit،Klaus schaich: op
tribural ،klaus schaich: procedures et techniques de protection des droit fondamentaux 142 ،p. 141 ،constitutionnel federal allemad
51 ،micheel Melchior: lomission dans la jurisprudence 4 december 2007 p. 5
p. ،1993،giuffre،milan،xl vi،modugno validita dirritto constituzionale in enc dirvol
cit p. 258 .،op ،cite par di manno،79
la revue du ،le counseiel constitutionnel et les finances socials ،j.l،pissaloux
avril 2006 p. 112 ets،mars،tresor

p. 12 ets .،1950،Prelot: précis dedroit constitutional
problems lomisson le gislative dans la jurisprudence constitutionnle
pourle xive conqres de la conference des course constitutionnelle eut ،questionnaire
p.1 ets،opeenes
la norme controlede constitutionnlite et omission 1999. 3 p. 263 ets،existe ،ribes
s. juan : lobjectifa valeur constittuionnelle du droita la santé : droit individual ou
p. 40،cette revue 2006،collectif
p23.،1952،s.Dicey : Anintroduction to the study of the law of the constition
loide meemdnt dela securite sociale ،453 DC du 18 decemeber 2001 ،Socision 2001
pour 2002.
p. 39.،1997،T.Di manno : lajuge constitationnel etlatechnique economica
Thierry Di manno : op. cit. p. 132.
p. 76 ،Thierry dim anno: op. cit
w. 2 eidler : cour constitutionnelle federal allemande : p.51 ets

الدساتير

١- الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ المعدل في سنة ٢٠٠٨
٢- الدستور الإيطالي لسنة ١٩٤٧ المعدل في سنة ٢٠١٢
٣- الدستور الألماني لسنة ١٩٤٩ المعدل في سنة ٢٠١٢
٤- الدستور الأسباني لسنة ١٩٧٨ المعدل في سنة ٢٠١١
٥- الدستور النمساوي لسنة ١٩٢٠ المعدل في ٢٠١٣
٦- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥