دور المحكمة الاتحادية العليا
في العراق من الرقابة على الإغفال التشريعي
The role of the Federal Supreme Court in Iraq in monitoring legislative oversight

د. أحمد أمين عارف
جامعة الكتاب/ كلية قانون / قسم القانون

الملخص:
يتناول المشرع تنظيم الموضوعات المختلفة، ولكن قد يأتي هذا التنظيم منقوصاً وقاصرة لا قد لا يعالج المشرع كافة أحكام الموضوع الذي تناوله، وهذا ما يعرف بالأغفال التشريعي، والحقيقة في مصطلح الإغفال التشريعي من المصطلحات الحديثة على المستوى المحلي والمقارن، وهو مصطلح لم يهتم به الفقه على قدر كافي لتوضيح مدلولاته ومضمونه رغم تطرق القضاء الدستوري له في العديد من أحكامه، فإذا نظم المشرع حق من الحقوق أو حرية من الحريات تنظيماً قاصراً أو منقوصاً بأن أغفل أو أهمل جانب من النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها، كان ذلك إخلالاً بالضمانات التي هيأها الدستور، وفي ذلك مخالفة دستورية يتعين معالجتها عن طريق الرقابة القضائية الدستورية على القوانين، ويمكن القول بأن المشرع قد وقع في الإغفال التشريعي في الحالة التي يتدخل فيها لتنظيم مسألة ما أو موضوع معين، إلا أنه لم ينظمه بشكل كامل وبكافة جوانيه؛ فيغفل بعض الأحكام المهمة والتفصيلية.
الكلمات المفتاحية: (المحكمة الاتحادية العليا، الرقابة، الإغفال التشريعي)

Abstracts :
The legislator deals with the regulation of the various subjects, but this regulation may be incomplete and deficient, as the legislator may not address all the provisions of the subject he has dealt with, and this is what is known as legislative omission. In fact, the term legislative omission is one of the modern terms at the local and comparative level, and it is a term that jurisprudence did not care enough about to clarify its implications and content, despite the constitutional judiciary addressing it

in many of its rulings. If the legislator regulates one of the rights or freedoms in a deficient or incomplete way by ignoring or neglecting an aspect of the legal texts without which this regulation is not complete, then this is a violation of the guarantees provided by the constitution, and in that is a constitutional violation that.

المقدمة: The introduction

أولاً: أهمية البحث

يتناول المشرع تنظيم الموضوعات المختلفة ولكن قد يأتي هذا التنظيم منقوصاً وقاصراً إذ قد لا يعالج المشرع كافة أحكام الموضوع الذي تناوله، وهذا ما يعرف بالإغفال التشريعي. والحقيقة أن مصطلح الإغفال التشريعي من المصطلحات الحديثة على المستوى المحلي والمقارن، وهو مصطلح لم يهتم به الفقه على قدر كافي لتوضيح مدلولاته ومضمونه رغم تطرق القضاء الدستوري له في العديد من أحكامه. فإذا نظم المشرع حق من الحقوق أو حرية من الحريات تنظيماً قاصراً أو منقوصاً بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها، كان ذلك إخلالاً بالضمانات التي هيأها الدستور، وفى ذلك مخالفة دستورية يتعين معالجتها عن طريق الرقابة القضائية الدستورية على القوانين. ويمكن القول بأن المشرع قد وقع في الإغفال التشريعي في الحالة التي يتدخل فيها لتنظيم مسألة ما أو موضوع معين، إلا أنه لم ينظمه بشكل كامل وبكافة جوانبه؛ فيغفل بعض الأحكام المهمة والتفصيلية.

ثانيا:- إشكالية البحث :- ان البحث في هذا الموضوع يثير العديد من الإشكاليات في الحياة العملية، ويؤدي إلى الحد من فعالية الموضوع محل التنظيم، ويقلل من الضمانات الدستورية ويُشكل مدخلاً لأزمات قانونية وربما الى ضياع الحقوق الفردية منها والعامة.

ويشترط لتحقق الإغفال التشريعي أن يكون المشرع قد تدخل بشكل فعلي لتنظيم أحد المواضيع القانونية، وفي حال تجاهل المشرع موضوع ما ولم يقم بتنظيمه من حيث الإطلاق فلا يتحقق في هذه الحالة الإغفال التشريعي ونكون أمام حالة يطلق عليها السكوت التشريعي؛ كون أن سكوت المشرع عن تنظيم موضوع ما يدخل ضمن السلطة التقديرية له، فالسلطة التشريعية هي من تقرر مدى الحاجة لوجود التشريع من عدمه وفقاً للظروف التي تقدرها. إلا أن هناك من يرى بأن حالة السكوت التشريعي هذه تقع ضمن نطاق ما يعرف فقهياً "بالإغفال التشريعي الكلي" ويطرح بأن هذه الحالة أيضاً يجب أن تخضع لرقابة المحكمة "

ثالثاً: خطة البحث: سوف نقسم هذا البحث إلى ثلاثة مطالب وكما يأتي:

١- **المطلب الأول:** ماهية الإغفال التشريعي.

٢- **المطلب الثاني:** الاتجاهات الفقهية من مسألة الرقابة على الإغفال التشريعي.

٣- **المطلب الثالث:** موقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق من الرقابة على الإغفال التشريعي.

المطلب الأول: ماهية الإغفال التشريعي

The first requirement: The nature of the legislative omission

ترجع كلمة إغفال في اللغة (اسم) إلى كلمة أَغْفَلَ، أَغْفَلَ: (فعل)، أغفل واجباته: غفل عنها، أهملها وتركها من غير نسيان – أغفل بعض التفاصيل، أغفل صفحات من الكتاب: تركها دون تنقيط، مبهمة، أغفل صاحبهُ، اعتدَّه غَافِلاً، أغفلهُ عن هدفِهِ: جعله يغفلُ عنهُ: ختم على قلبه وجعله غافلاً عن الحقائق، أغفلَ المديرَ عن تأخره عن العمل: جعله يغفل عنه أو ينساه. ﭐ ﭑ ﭒ ﭓ ﭔ ﭕ ﭖ ﭗ ﭘ ﭙ ﭚ ختم الله على قلبه وجعله غافلاً عن الحقائق[١].

أما كلمة تشريع: (اسم) ترجع إلى كلمة شَرَّعَ، تشريعيّ: (اسم) اسم منسوب إلى تشريع متعلق بسن القوانين، السلطة التشريعية، مجلس النواب، البرلمان، الهيئة الخاصة المكونة من مجموعة الأشخاص المنتخبين رسمياً، مهمتهم وضع القوانين، أو تعديلها لدولة أو ولاية الانتخابات التشريعية، الدورة التشريعية: مدّة انعقاد المجلس النيابي خلال السَّنة وتكون عادية أو استثنائية.

وفي الاصطلاح القانوني آثار اصطلاح الإغفال التشريعي[٢] جدلاً فقهياً كونه من المصطلحات الحديثة التي لم يتم الاتفاق على تحديد معناها أو مضمونها.

فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن المقصود من الإغفال التشريعي هو إغفال المشرع جانباً من جوانب الموضوع محل التنظيم مما يؤدي إلى الحد من فعالية الموضوع محل التنظيم من ناحية وعدم تفعيل أو تكريس النص الدستوري من ناحية أخرى[٣].

وبناء على هذا التعريف، فإن المقصود من الإغفال التشريعي هو تنظيم المشرع لأحد الموضوعات تنظيماً قاصراً وغير متكامل بأن اغفل أحد جوانب الموضوع على النحو الذي يؤدي إلى عدم الإحاطة بالموضوع محل التنظيم وعدم تفعيل أحد النصوص الدستورية، ونجد أن هذا التعريف قد قصر نتيجة الإغفال التشريعي على عدم تفعيل

---

(١) معجم اللغة العربية المعاصر - الموقع الإلكتروني المعاني http: www.almaany.com/ar/dict/ar-ar.

استخدمنا في هذه الدراسة مصطلح التشريع، باعتبار أن القانون بالمعني الواسع متعدد المصادر والصور، وتتنوع هذه المصادر بين مصادر وصور غير مكتوبة، ومن أمثلتها العرف وقواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي، وأخرى مكتوبة يطلق عليها التشريع، ويقصد بالتشريع مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة المختصة بالدولة (السلطة التشريعية)، والتشريع بهذا المعنى لا يستغرق المفهوم الكلي للقانون، بحسبان القانون مجموعة من القواعد العامة المجردة التي تحكم العلاقات الاجتماعية في الدولة وانه لا يقتصر على المكتوب من هذه القواعد، بل يشمل العديد من القواعد غير المكتوبة، ومن ثم فإن التشريع ليس مرادفا للقانون وإن شاع استخدامها كمترادفين، وإن أمكن القول بأن التشريع هو أهم مظاهر القانون، وأنه يحتل في الأغلب الأعم من الأنظمة القانونية مكانا بارزا كمصدر رئيس من مصادره، ومن ثم يمكن القول بأن كل تشريع يعد قانونا وليس كل قانون يعد تشريعا. د. سري محمود صيام – صناعة التشريع - الكتاب الأول: المعايير الحاكمة للتشريع وقواعد الصياغة التشريعية والمواءمة الوطنية مع المعايير الدولية للقانون الدولي الإنساني ومكافحة الفساد والإتجار بالبشر وحماية البيئة – دار النهضة العربية ، ٢٠١٥، ص٢٠ وما بعدها.

(٢) تعددت المصطلحات التي أخذ بها الفقه الدستوري كترجمة للمصطلح الفرنسي "Legisletire omission" بينما يستخدم البعض مصطلح" اغفال المشرع" ويستخدم البعض الآخر مصطلح " الامتناع التشريعي الجزئي" فإن معظم الفقهاء يستخدمون اصطلاح " الأغفال التشريعي" وهو ما أخذنا به للدلالة على قيام المشرع بتناول الموضوع محل التنظيم على نحو منقوص وقاصر من جوانبه كافة بالمخالفة للدستور.

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

النص الدستوري ولم يشر صراحة إلى أن نتيجة الإغفال مخالفة للدستور باعتبار أنّ الإغفال يؤدي إلى مخالفة دستورية سواء أدت إلى عدم تفعيل النص أم لا وأن التنظيم القاصر في حد ذاته مخالفاً للدستور، كما أنّ التعريف بدأ بكلمة (إغفال) وكان ينبغي أن يكون موضحاً ومحدداً معنى الكلمة أو العبارة المعروفة وليس تكرارها.

ويؤيد هذا الرأي جانب آخر من الفقه، والذي يُعرف الإغفال التشريعي بأنه: تناول المشرع أحد الموضوعات التي يختص بها بالتنظيم، لكنه يأتي – سواء عن عمد أم إهمال- غير مكتمل أي تنظيمياً قاصراً على أن يحيط بجوانبه كافة وبما يؤدي بالإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم(١).

ونجد أن هذا التعريف قد أشار إلى جميع عناصر الإغفال التشريعي إلّا أنَّه ردّ سبب وجود الإغفال إلى العمد أو الإهمال على الرغم من أن الإغفال قد ينشأ نتيجة عيب الصياغة في التشريعية وهو ما سنتناوله لاحقاً في هذه الدراسة.

وذهب جانب من الفقه إلى تعريفه له بقوله: " إن المشرع تناول الموضوع محل التنظيم على نحو منقوص لا يحيط به من كافة جوانبه"، ويزيد هذا الرأي بأن المشرع أوجد القاعدة القانونية، ولكنه أوجدها منقوصة وغير متكاملة بأن أقل مراعاة لأحد جوانب الموضوع الذي استهدفت القاعدة القانونية تنظيمية على نحو من شأنه الإخلال أو عدم الإحاطة بالموضوع محل التنظيم من ناحية ومخالفة أحد نتيجة هذا الإغفال هي نصوص الدستور أو بعضها من ناحية أخرى(٢)، ونلاحظ أن هذا التعريف لم يشر صراحة إلى أن مخالفة الدستور إلّا أنَّه تدارك ذلك حينما أوضح فكرة الإغفال التشريعي.

كما تم تعريف الإغفال التشريعي على أنه:" عزوف المشرع في حين أن الدستور يلزمه بالمبادرة(٣).

ونرى بأن هذا التعريف قد توسع في مفهوم الإغفال التشريعي ليشمل حالة عدم تدخل المشرع لتناول أحد الموضوعات بالتنظيم على الرغم من التزامه دستورياً بذلك وهو ما يسميه الفقه بالإغفال الكلي أو السكوت التشريعي والذي يدخل في صميم السلطة التنفيذية للمشرع، ويختلف عن معنى الإغفال التشريعي محل الدراسة وسنأتي لاحقاً ببيان فكرة الإغفال الكلي.

---

(١) د. عبد العزيز محمد سالمان، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري ، مجلة (الدستوري) التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا، العدد ١٥ ، السنة الثامنة ، الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا، وتمت الإشارة إلى التعريف ذاته عند د. هالة محمد طريح، حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات العامة والضمانات المقررة لممارستها، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، دار النهضة العربية، ٢٠١١، ص٢٤٩، ورقة عمل بعنوان (إطلالة على الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ضوء مبدأ الفصل بين السلطات) مقدمة من وفد جمهورية مصر العربية إلى المؤتمر العالمي الثاني حول العدالة الدستورية، ري دي جانيرو - البرازيل، ١٦ – ١٨ يناير ، ٢٠١١ منشور بالموقع الإلكتروني.
www.renice.coe.int/wccj/Rio/papers/EGY,supreme,court,ARA.pdf.

(٢) د. جابر محمد حجي ، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا- دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة، ط١، دار النهضة لعربية، ٢٠١٢، ص٣٩٦ – ٣٩٨ .

(٣) قرارات المحاكم الدستورية وما عادلها من هيئات وتنفيذها في دول الاتحاد الأوربي، مجلة الرقابة الدستورية التي يصدرها اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، السنة الثالثة، العدد الثالث، ٢٠١٠، ص٢٢٧ .

ويتضح لنا من التعريفات السابقة أنها جميعها وإن اختلفت في الصياغة إلّا أنَّها اجتمعت على عدّ التنظيم القاصر أو القصور في التنظيم إغفالاً تشريعياً مخالفاً للدستور.

لذلك لابد أن يكون تنظيم المشرع محدداً بصورة واضحة للجوانب المتعلقة بالموضوع محل التنظيم كافة، لأن إغفال جانب من جوانب الموضوع يحول دون مباشرته بصورة كاملة ومن ثم مخالفة الضمانات التي أوردها الدستور للموضوع محل التنظيم. كما أن تنظيم المشرع لأحد الحقوق والحريات لابد أن يكون مكتمل الجوانب مما يجعل هذا التنظيم في الصورة التي تكفل فعالية مباشرة هذا الحق أو الحرية محل التنظيم، كون أن إغفال جانب من جوانب هذا الحق أو الحرية بعد مخالفة للدستور الذي يكفل الحقوق والحريات ويقيد المشرع في عدم المساس بأصلها أو جوهرها أو الانتقاص منها[١].

واستناداً إلى ما تقدم، فإننا يمكن أن نعرف الإغفال التشريعي بأنه: " قيام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات الواردة بالدستور على نحو منقوض وقاصر لا يحيط به من جوانبه كافة التي لا يكتمل التنظيم إلا بها مما يؤدي إلى عدم الإحاطة بالموضوع محل التنظيم ومخالفة أحد أو بعض نصوص الدستور".

وقد جمعنا في هذا التعريف، عناصر فكرة الإغفال التشريعي، والتي تتلخص من وجهة نظرنا في أمرين رئيسين: هما أولاً: التنظيم القاصر من قبل المشرع لموضوع من الموضوعات الواردة بالدستور ، كما تجنبنا ما أبديناه من ملاحظات بشأن التعريفات السابقة، بأن لم نبدأ في تعريفنا للإغفال التشريعي بكلمة (إغفال)، ولم نربط موضوعه بالحقوق والحريات وإنما كل الموضوعات الواردة بالدستور بما فيها الحقوق والحريات وقمنا بإخراج فكرة الإغفال الكلي أو السكوت التشريعي من فكرة الإغفال الكلي أو السكوت التشريعي من فكرة الإغفال التشريعي محل الدراسة.

المطلب الثاني: موقف الفقه الدستوري من الرقابة على الاغفال التشريعي

The second requirement: the position of constitutional jurisprudence on oversight of legislative omissions

أنقسم الفقه الدستوري بشأن الرقابة على الإغفال التشريعي إلى اتجاهين، يرى الأول أنه لا يمكن أن ينسب للمشرع قواعد قانونية بينها صراحة ومن ثم رفض رقابة الإغفال التشريعي باعتبار أن الرقابة يجب أن ترد على قواعد قانونية صريحة.

ويذهب الاتجاه الثاني إلى إخضاع الإغفال التشريعي لرقابة القضاء الدستوري على سند من أن القاعدة القانونية التي تخضع للرقابة لا يشترط أن تكون قاعدة صريحة بل قد تكون قاعدة ضمنية.

وعليه، سنتناول في هذا المطلب موقف الفقه من الرقابة على الإغفال التشريعي على النحو الآتي:

الفرع الأول: الاتجاه المعارض لفكرة الرقابة على الإغفال التشريعي.

---

(١) ينظر: د. عوض المر، المصدر السابق، ص٣٩٦.

الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد لفكرة الرقابة على الإغفال التشريعي.

الفرع الأول: الاتجاه المعارض لفكرة الرقابة على الإغفال التشريعي

The first section: The trend opposing the idea of monitoring legislative oversight

يذهب هذا الاتجاه إلى إنكار الرقابة على الإغفال التشريعي ويستند هذا الجانب إلى عدة حجج تتعلق بماهية القاعدة الخاضعة للرقابة من ناحية، وطبيعة العلاقة بين القضاء الدستوري والسلطة التشريعية من ناحية أخرى.

فالرقابة لا يمكن أن ترد على قانونية غير موجودة ((Normes inexstantes)) إذ لا يمكن أن ينسب إلى إدارة المشرع قاعدة لم يسنها صراحة، أي أن الرقابة على الدستورية يجب أن تقتصر على النصوص التشريعية الصريحة لهذه الرقابة[١].

فيرى هذا الاتجاه أن قيام القاضي الدستوري بتفسير النص الخاضع لرقابة بشكل يوحي بصدوره عن السلطة التشريعية بصورة ناقصة لرقابة بشكل يوصي بصدوره عن السلطة التشريعية بصورة ناقصة أو غير مكتملة ناسياً بذلك إلى إدارة السلطة التشريعية نصاً أو جزء منه لم تذهب أصلاً، هو أمر لا يخلو من تجاوز، لأنه يمثل إضافة غير مبررة للنص لم تذهب إليها السلطة التي لو أرادت إقرار حكم معين لأقرته صراحة[٢].

ويخلص أحد الفقهاء في هذا الشأن إلى القول بأن الاتجاه الفقهي المعارض يكون الإغفال التشريعي عيباً دستورياً بالربط بين النص الصادر عن المشرع وبين تحرك جهات الرقابة الدستورية، فإذا لم يوجد النص فلا معنى للرقابة، لأنها سوف تؤدي إلى إلغاء قاعدة لا وجود لها ومن ثم لا جدوى من الرقابة[٣].

ومن مبررات رفض الرقابة على الإغفال التشريعي أنها تعد انتهاكاً للسلطة التقديرية للمشرع التي تعتبر بمنأى عن الرقابة الدستورية، فضلاً عن أن شمول الإغفال التشريعي برقابة الدستورية يعني حلول جهة الرقابة محل المشرع وممارساتها لوظيفة التشريع[٤].

ونخلص من الاتجاه السابق، إلى أن حجج هذا الاتجاه لرفضه هذا النوع من الرقابة تتمثل في أن الرقابة لا يمكن أن ترد على قواعد قانونية لا وجود لها، إذ لا يمكن أن ينسب إلى إرادة المشرع قاعدة لم يسنها صراحة، كما أن رقابة الإغفال تعد انتهاكاً للسلطة التقديرية للمشرع التي تعتبر بمنأى عن الرقابة الدستورية، إلى جانب أن شمول

---

(١) آراء فقهية معارضة مشار إليها لدى: د. احمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات – المرجع السابق - ص٢٠٢، ود. عيد احمد الغفلول – فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع – المرجع السابق - ص١١٧، د. محمد ماهر أبو العنين- المرجع السابق - ص٧٨ وما بعدها ، و د. عبد المجيد إبراهيم سليم السلطة التقديرية للمشرع - دارسة مقارنة – دار الجامعات الجديدة - ٢٠١٠، ص٥٨٥ وما بعدها.

(٢) رأي فقهي معارض مشار إليه لدى . د. عيد احمد الغفلول. فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع – المرجع السابق - ص١١٨.

(٣) د. عبد المجيد إبراهيم سليم ، السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص٥٨٥.

(٤) د. جابر محمد حجي – المرجع السابق - ص٣٩٩.

الإغفال التشريعي بالرقابة الدستورية يعني حلول جهة الرقابة عمل المشرع وممارستها لوظيفته التشريع، وهو ما يمثل بمفهوم أخر انتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات.

إن الآراء المعارضة والمنكرة للرقابة على الإغفال التشريعي غير مترابطة، إلّا أنَّ الإقرار بسلطة القضاء في الرقابة على الدستورية والحكم بعدم دستورية أي نص تشريعي إذا كان مخالفاً لنصوص الدستور سواء أتاه المشرع صراحة أو بشكل ضمني (الإغفال التشريعي) يمثل أعلاه لمبدأ سمو الدستور وعلو قواعده على ما دونها من القواعد القانونية سواء أكانت صريحة أم ضمنية.

الفرع الثاني : الاتجاه المؤيد لفكرة الرقابة على الإغفال التشريعي

The second section: The trend supporting the idea of monitoring legislative oversight

يخلص اتجاه آخر من الفقه إلى جواز بل ضرورة أن ترد الرقابة على الإغفال التشريعي، وقد استند أصحاب الاتجاه بتفنيد الحجج التي نادى بها أنصار الاتجاه المنكر لهذا الرقابة. ويستند هذا الاتجاه المؤيد للرقابة على الإغفال التشريعي إلى أن الرقابة على الإغفال التشريعي تحول دون تحكم السلطة التشريعية لاسيما إذا كان هذا الإغفال دافعاً يقلل من الحماية الدستورية للحقوق والحريات العامة، ولعل الالتزام بحماية الحقوق والحريات كان دافعاً لتبنى الأنظمة القانونية محل الدراسة هذه الرقابة[١].

يستند هذا الاتجاه المؤيد للرقابة على الإغفال التشريعي إلى أن القاعدة القانونية لا يشترط أن تكون صريحة ولكن يمكن استخلاصها وتحديد معناها عن طريق تفسير أحد النصوص التشريعية، كما أن إغفال المشرع لا يعني عدم وجود قاعدة قانونية، وإنما يعني وجود قاعدة قانونية ذات مدلول سلبي تفيد معنى محدداً هو حظر أداء واجب أو النهي عن إتيان الرخصة[٢].

ويذهب هذا الاتجاه إلى القول بأن استناد الاتجاه المعارض لفكرة الرقابة على الإغفال التشريعي إلى أن الرقابة على الدستور يجب أن تقتصر على النصوص التشريعية الصريحة الخاضعة لهذه الرقابة ولا يمكن أن تمتد الرقابة إلى ما لم يتضمنه النص التشريعي، قد تناسى أمر في غاية الأهمية وهو منهجية الرقابة على الدستورية، فإنها لا تقتصر فقط على مقارنة النص الخاضع للرقابة على دستورية القوانين بنص دستوري معين غيره، بل إن القاضي الدستوري يستدعي جميع النصوص الدستورية التي لها صلة بالنص الخاضع للرقابة، ومن ثم فإن العلاقة بين النصوص الدستورية والنص الخاضع للرقابة قد ينتج عنهما عدم وجود تطابق في المعنى والمضمون من حيث صورها المختلفة[٣].

---

(١) د. عبد الحفيظ علي الشيمي - رقابة الأغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا - المرجع السابق ، ص٥.

(٢) المرجع نفسه ، ص١٤١٦، د. عبد الحفيظ علي الشيمي - رقابة الأغفال التشريعي في قضاء الدستور العليا، المرجع السابق ، ص٧٣، د. عبد العزيز محمد سالمان - رقابة الأغفال القضاء الدستوري – مجلة دستورية ، المرجع السابق ، ص٢٠٢

(٣) جابر محمد حجي- المرجع السابق - ص٤٠٠ ،د. هالة محمد طريح - المرجع السابق- ص٢٥١.

وبحسب هذا الاتجاه لا تعدّ الرقابة على الإغفال التشريعي انتهاكاً للسلطة التقديرية للمشرع التي تعتبر بمنأى عن الرقابة الدستورية، ذلك أن المستقر عليه أن السلطة التقديرية للمشرع يجب ألا تكون سلطة مطلقة أو تحكمية وإنما هي سلطة قانونية يمارسها المشرع في إطار من الشرعية الدستورية[١].

إذا كان الأصل في سلطة المشرع، أنها سلطة تقديرية يتمثل جوهرها في المفاضلة بين بدائل تتزاحم جميعها على تقديم الحلول المختلفة لاختيار ما يقدر أنها الأنسب لمصلحة الجماعة وأكثرها ملائمة للفقهاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي نتناوله بالتنظيم[٢].

إلّا أنَّ ذلك لا يعني إطلاق يد المشرع في عملية التشريع، لأن السلطة التقديرية الممنوحة له ليست حرية مطلقة، لكنها حرية في إطار الأغراض التي يتوخاها الدستور، وألا تحولت إلى نوع من التحكم الذي يخضع للرقابة[٣].

ومن ثم إذا ما خرجت السلطة التشريعية عن الحدود الدستورية، في مجال تنظيمها لموضوع معين، بأن اتخذت من تنظيمه ذريعة للانتقاص منه أو التقييد من أثاره، فإن هذا العمل الصادر منها أنما يكون معيباً بالمخالفة المباشرة لأحكام الدستور، وذلك لأن إغفال المشرع تقييده لمحتوى الموضوع الذي يحميه الدستور من خلال سلطته في تنظيمه وهو في حقيقة الأمر عدوان على ذات الدستور، وإهدار لحكم من أحكامه.

ومع ذلك من يحاول أن يقدم تحليلاً للسلطة التقديرية للمشرع ينبغي عليه أن يفرق تماماً بين المجال الحقيقي للسلطة التقديرية للمشرع التي تجد مجالات تطبيقها في حالات خلو الدستور من نصوص تملي على السلطة التشريعية ضرورة التدخل بصورة معينة، والحالات التي ينبغي فيها على السلطة التشريعية التدخل نظراً لوجود نصوص ومبادئ دستورية تلزمه بشكل مباشر أو غير مباشر بضرورة التدخل لتنظيم مسائل معينة بصورة تحقق الهدف من هذا التدخل، أن السلطة التقديرية للمشرع لا تحول دون إخضاع الإغفال التشريعي لرقابة القاضي الدستوري، ويمكننا أن نتوصل إلى ذلك من خلال قراءة سليمة لمفهوم السلطة التقديرية للمشرع[٤].

ومن جانبنا، اتفق والاتجاه الفقهي المؤيد لفكرة الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، وذلك لما ساقه من حجج وأسانيد، وذلك لاعتبارين، الأول، إذا كان القاضي الدستوري يفرض رقابته على دستورية القوانين التي أوردها المشرع في مجال تنظيمه لموضوع معين على أساس مبدأ سمو وعلو الدستور، فإن سلطة القاضي الدستوري تمتد إلى رقابة النصوص التي أغفلها المشرع والتي لا يكتمل التنظيم القانوني للموضوعات الدستورية إلا بها، استناداً إلى ذات الأساس الذي تقوم عليه الرقابة الدستورية باعتبار أن

---

(١) د. عبد الحفيظ على الشيمي - رقابة الأطفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العلياء المرجع السابق – ص ١١٥ – ١١٦.

(٢) د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات - المرجع السابق ، ص٢٠٣

(٣) د. عبير حسين السيد حسين - دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة بني سويف - دار النهضة العربية ٢٠٠٩ ، ص ٣٧٤.

(٤) ثروت عبد العال احمد – حدود رقابة المشروعية والملائمة في قضاء الدستوري ، المرجع السابق، ص٣٦.

سمو وعلو الدستور يفرض على المشرع التزاما إيجابياً بالتشريع الحماية الموضوعات الدستورية وعلى الأخص موضوع الحقوق والحريات. والثاني، عدم وجود القاعدة القانونية الصريحة لا يحول دون اللجوء إلى تحريك رقابة الإغفال التشريعي باعتبار أن رقابة القاضي الدستوري تقوم عند كل مخالفة للدستور سواء على ما أورده المشرع من نص تشريعي صريح ضمني ينتج عن إغفال المشرع لجانب أصبح بعض جوانب الموضوع الذي لا يكتمل التنظيم. وبعبارة أخرى، إن المخالفة الدستورية تتحقق ليس فقط عندما يباشر المشرع وظيفته التشريعية ويضع نصوصاً صريحة وإنما أيضاً النصوص الضمنية التي أغفلها عند ممارسته لهذه الوظيفة التشريعية.

المطلب الثالث: موقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق من الرقابة على الإغفال التشريعي

The third requirement: The position of the Federal Supreme Court in Iraq regarding oversight of legislative omissions

إذا كانت المحكمة الاتحادية العليا المؤسسة بموجب القانون رقم(٣٠) لسنة ٢٠٠٥ قد باشرت الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة سواء بشأن الطعون الدستورية التي تقوم على مخالفات مشكليه للأوضاع والإجراءات المقررة في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ وذلك بشأن اقتراح التشريع وإقراره وإصداره أم تلك التي تنصب على مخالفته أحكام الدستور الموضوعية، إلّا أنَّ التساؤل الذي يطرح في هذا المقام هو: هل اعتبرت المحكمة الاتحادية العليا مسألة الإغفال التشريعي عيباً من العيوب التي تصيب التشريع أم لا ؟ وللإجابة عن هذا التساؤل نشير بداية إلى أنه إزاء غياب النص التشريعي في قانون إنشاء المحكمة رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ وعدم صدور القانون الجديد المزمع إصداره طبقاً للأوضاع التي نصت عليها م/٩٢ من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ فإن أحكام المحكمة الاتحادية العليا تؤكد مناقشة عيب الإغفال التشريعي رغم عدم الإفصاح عنه صراحة فقد قضت في البعض من أحكامها لاسيما في الموضوعات المتعلقة بالحقوق والحريات بعدم دستورية النص أو التشريع تأسيساً على الإغفال التشريعي وان لم تستخدم المحكمة هذا الاصطلاح صراحة، كما فعلت المحكمة الدستورية العليا المصرية إلّا أنَّه لا ريب في أنها أعملت مضمون الفكرة الحقيقي، وذلك لأن التنظيم القاصر في حد ذاته يشكل مخالفة للدستور ولعل أول الأحكام التي واجهت فيها المحكمة الاتحادية العليا مسألة الإغفال التشريعي كانت في مجال عدم دستورية المادة(١٥/ثانياً) من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة (٢٠٠٥) لتعارضها مع إحكام المادة (٤٩/ثانياً) من الدستور وكانت من المفروض إن تقوم السلطة التشريعية بتشريع نص جديد يكون موافقاً لأحكام المادة(٤٩/ أولا) من الدستور وذلك في قرارها المرقم ١٥/ت/٢٠٠٦ في ٢٠٠٧/٤/٢٦ والذي جاء فيه القرار: لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد أن وكلاء الجهة المدعية طلبوا بعد إقامة الدعوى وفي جلسة المرافعة المؤرخة (٢٠٠٦/١٢/١٣) وفي لوائحهم لحكم بعدم دستورية نص المادة (١٥/ثانياً) من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ لمخالفة المادة (٣١/أ) من قانون

إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية والتي نصت على أنه تتألف الجمعية الوطنية من (٢٧٥) مقعداً أو تقوم بسن القانون الذي يعالج الاستبدال أعضاؤها في حالة استقالة أو الوفاة بعد أن طلبوا في عريضة دعواهم الحكم بعدم دستورية المادة (١٥/ثانياً) من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ لمخالفتها للمادة (٤٩) من الدستور، ولدى التمعن في الدعوى وفي طلبات وكلاء المدعية تبين أن الانتخابات التي جرت في العراق لانتخاب أعضاء مجلس النواب قد جرت في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية وأن الفقرة ثانياً من المادة (١٥) من قانون الانتخابات رقم(١٦) لسنة ٢٠٠٥ نصت بأن تكون كل محافظة وفقاً للحدود الإدارية الرسمية دائرة الانتخابية تختص بعدد من المقاعد يتناسب مع عدد الناخبين المسجلين في المحافظة حسب انتخابات (٣٠/كانون الثاني/٢٠٠٥) (المعتمد على نظام البطاقة التموينية) يتضح مما تقدم أنفاً أن المادة (٣١/أ) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لم تعتمد معيار عدد نفوس العراق عند توزيع مقاعد مجلس النواب ولم تتطرق إلى ذلك وإنما سكتت عنها وأن المادة (١٥/ثانياً) من قانون الانتخابات المشار إليه أعلاه اعتمدت معيار عدد الناخبين المسجلين في كل محافظة حسب انتخابات (٣٠/كانون الثاني/٢٠٠٥) المعتمد على نظام البطاقة التموينية لذا فليس هناك ثمة تعارض بين نص المادة (١٥/ثانياً) من قانون الانتخابات (١٦) لسنة ٢٠٠٥ وبين نص المادة (٣١/أ) من قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية، بل إنها جاءت متفقة مع حكم المادة (٣١/أ) من قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لذا يكون طلب وكلاء المدعية بالحكم بعدم دستورية المادة (١٥/ثانياً) من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ لا يستند على أساس قانوني سليم مما يقتضي رده لذا قرر رده أما بخصوص طلبهم الوارد في عريضة الدعوى المتضمنة طلب الحكم بعدم دستورية المادة (١٥/ثانيا) من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥لمخالفتها للمادة (٤٩) من الدستور النافذ فقد وجد أن المادة (٤٩/أولاً) من الدستور نصت (بأنه يتكون مجلس النواب من عدد من الأعضاء بنسبة مقعد واحد لكل مائة ألف نسمة من نفوس العراق يمثلون الشعب العراقي بأكمله يتم انتخابهم بطريق الاقتراع العام السري المباشر ويراعي تمثيل سائر مكونات الشعب فيه)، وحيث أن المادة (٤٩/ أولاً) من الدستور اعتمدت معيار عدد نفوس العراق في الانتخابات بنسبة واحد لكل مائة ألف نسمة من سكان العراق بخلاف المعيار المعتمد في المادة (١٥/ثانياً) من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ حيث اعتمدت معيار عدد الناخبين المسجلين في سجلات في كل محافظة وفقاً لما ذكر أنفاً لذا فإن نص المادة (١٥/ثانياً) من قانون الانتخابات أصبح متعارضاً مع نص المادة (٤٩/أولا) من الدستور وحيث أن المادة (١٣/ثانياً) من الدستور نصت أنه (لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ويعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه) وان الفقرة (أولا) من المادة نفسها نصت بأنه (يعد هذا الدستور القانوني الأسمى والأعلى في العراق ويكون ملزماً في انتمائه كافة وبدون استثناء) لذا ولما تقدم أعلاه قررت المحكمة الحكم بعدم دستورية المادة (١٥/ثانياً) من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ لتعارضها مع أحكام

المادة (٤٩/ثانياً) من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ لتعارضها مع أحكام المادة (٤٩/أولا) من الدستور وللسلطة التشريعية تشريع نص جديد يكون موافقاً لأحكام المادة (٤٩/أولا) من الدستور على أن لا يمس الإجراءات التي جرت بموجبها انتخابات المجلس النيابي الحالي في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية وحيث إن كل طرف في الدعوى كسب جزء من الدعوى وخسر جزء منها لذا قررت المحكمة تحميل كل طرف المصاريف التي تكبدها وأتعاب المحاماة لوكيله. وصدر الحكم باتاً وملزماً لسلطات استناداً لأحكام المادة (١٣و٤٩/ أولاً و٩٣/لولا) و(٩٤) من الدستور والمادة (٤/ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥، وأفهم علناً في ٩/ ربيع الثاني/ ١٤٢٨ هجرية الموافق ٢٠٠٧/٤/٢٦.

ومن الأحكام المحكمة والصريحة في رقابة المحكمة الاتحادية العليا على الإغفال التشريعي حكمها في القضية رقم ٩/ اتحادية /٢٠٠ المحكمة والصريحة في رقابة المحكمة الاتحادية العليا على الإغفال التشريعي حكمها في القضية رقم ٩/ اتحادية /٢٠٠٨ بتاريخ ٢٤/١١/٢٠٠٨ والتي تتمثل في وجوب أن يراعي مجلس النواب مسألة التمثيل العادل لمكونات الشعب العراقي في مسألة تشكيل مجلس المفوضية العليا المستقلة للانتخابات وجاء في قرارها ((لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد أن المدعي بصفته عضوا في مجلس النواب ويمثل كتلة الرافدين التي تمثل (الكلدان والأشوريين) وهما مكونان من مكونات الشعب العراقي طلب في عريضة دعواه الحكم بعدم شرعية الإجراء الذي اتخذه مجلس النواب في ٢٠٠٨/٢٨/٤ بتشكيل مجلس المفوضية في مفوضية العليا المستقلة للانتخابات لأن هذا الإجراء لم يحقق التوازن بين مكونات الشعب العراقي ومنهم الكلدان والأشوريين حيث لم يشرك أي منهم في المجلس . وبعد تبادل اطراف الدعوي اللوائح، طلبت المحكمة قوائم المرشحين لعضوية مجلس المفوضية بعدما دفع وكيل الشخص الثالث - المفوضية العليا للانتخابات أنه لم يكن هناك إلا مرشح واحد من المسيحيين وقد رفض انتخابه لأنه مشمول بإجراءات اجتثاث البعث، وقد ظهر للمحكمة من تدقيق تلك القوائم إن هناك أكثر من مرشح من المسيحيين وليس مرشحاً واحداً، وقد دفع وكيل المدعي عليه والشخص الثالث - المفوضية العليا للانتخابات إن لجنة خاصة في مجلس النواب هي التي دققت سير المرشحين والشروط المطلوبة في كل منهم واختارت عدداً منهم وعرضت أسمائهم على مجلس النواب الذي اختار تسعة منهم لعضوية مجلس المفوضية، وتجد المحكمة الاتحادية العليا إن المادة (١٢٥) من الدستور نصت على((يضمن هذا الدستور الحقوق الإدارية والسياسية والثقافية والتعليمية للقوميات المختلفة كالتركمان والكلدان والأشوريين وسائر المكونات الأخرى وينظم ذلك بقانون)) كما نصت المادة (٩/ عاشراً) من قانون المفوضية العليا المستقلة للانتخابات رقم (١١) لسنة ٢٠٠٧ على ((يراعى في تشكيل المفوضية العليا للانتخابات بما يحقق التوازن في تمثيل مكونات الشعب العراقي وفق للأنظمة والتعليمات)).

لذا كان من المفترض مراعاة ذلك عند انتخاب مجلس المفوضية لاسيما أن المسيحيين قد تقدموا بأكثر من مرشح ولم يثبت أن كل هؤلاء قد تخلفت فيهم الشروط القانونية المطلوبة في عضو مجلس المفوضية .

عليه ولما تقدم تجد المحكمة الاتحادية العليا واستناداً إلى أحكام المادة (٩٣/ ثالثاً) من الدستور التي خولتها الفصل في القرارات والإجراءات المتخذة من السلطة الاتحادية المتكونة المادة (٤٧) من الدستور من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، أن تشكيل مجلس بموجب المفوضية الحالي رغم ما تقدم اكتسب الشكلية المنصوص عليها في القانون ومارس مهامه منذ انتخابه ولا يجوز أبطال إجراءات انتخابه بمجرد السبب الذي أورده المدعي ذلك أن تمثيل كل مكونات الشعب العراقي في مجلس المفوضية البالغ نصابه تسعة أعضاء أمر في غاية الدقة وان كان كل من النصين المتقدم ذكرهما يقتضيان بمراعاة التمثيل وفق ما ورد فيها مما يوجب على مجلس النواب مراعاة ذلك مستقبلاً وهذا ما تقتضي به المحكمة الاتحادية العليا في حكمها هذا . مراعاة ذلك مستقبلاً وهذا ما تقتضي به المحكمة الاتحادية العليا في حكمها هذا . ومن حيث مصاريف الدعوى فإن كل طرف فيها قد كسب جزء منها وخسر الجزء الأخر فيتحمل المصاريف التي أنفقها وأتعاب محاماة وكيله وصدر القرار بالاتفاق في ٢٤/ذي القعدة/١٤٢٩هـ الموافق ٢٤/١١/٢٠٠٨م.

ولعل من الأمثلة التي يمكن أن نختتم بها في هذا المجال والتي شكلت انعطافه مهمة لعموم موظفي الدولة والقطاع العام في العراق يمثل انتصاراً لمبدأ أساسي من مبادئ الدولة القانونية ألا وهو كفالة حق التقاضي حينما قضت بعدم دستورية النص الوارد في (مادة/١١) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل رغم أنها أسست قضائها على أساس مخالفته لنص المادة (١٠٠) من الدستور النافذ إلّا أنَّ المتمعن لروح وفحوى القرار الذي أسست عليه المحكمة قضائها في هذا المجال هو إغفال المشرع في قانون انضباط موظفي الدولة عن توفير الضمانة الكافية للموظف إزاء الطعن ببعض العقوبات دون الأخرى وهو ما يشكل إغفالاً تشريعياً يؤدي بالنص إلى جعله غير متوافق مع ما نص عليه الدستور من كفالة حق التقاضي وعدم جواز تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن أمام القضاء حيث جاء حكمها المرقم ٤/١/اتحادية /٢٠٠٧ والمؤرخ في ٢٠٠٧/٧/٢ ما يلي:

لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد أن المدعي لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد أن المدعي يطلب في دعواه الحكم بإلغاء نص الفقرة (رابعاً) من المادة (١١) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ لمخالفتها لأحكام المادة (١٠٠) من الدستور والتي تنص على (رابعاً –تكون العقوبات التي يفرضها رئيس الدائرة أو الموظف المخول باتة، باستثناء العقوبات الآتية(أ- التوبيخ. ب- إنقاص الراتب. جـ- تنزيل الدرجة. د – الفصل. هـ- العزل) وحيث إن قرار فرض العقوبة الانضباطية هو من القرارات الإدارية وفقاً لما استقر عليه الفقه الإداري وحيث أن المادة (١٠٠) من دستور جمهورية العراق نصت على (يحظر

النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار أداري من الطعن) لذا فإن استثناء الفقرة (رابعاً) من المادة (١١) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي عقوبتين لفت النظر والإنذار المنصوص عليهما في المادة (٨) من القانون المذكور من الطعن يخالف أحكام المادة (١٠٠) من دستور جمهورية العراق ولما تقدم قررت المحكمة الاتحادية العليا الحكم بعدم دستورية نص الفقرة (رابعاً) من المادة(١١) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ وبقدر تعلق الأمر بعدم إخضاع عقوبتين لفت النظر والإنذار إلى الطعن مما يقتضي الغاء هذه الفقرة من السلطة التشريعية حسب الاختصاص وإحلال فقرة جديدة محلها تخضع جميع العقوبات الانضباطية إلى الطعن تطبيقاً لأحكام المادة (١٠٠) من الدستور جمهورية العراق وتحميل المدعي عليه إضافة لوظيفته مصاريف الدعوى وأتعاب محاماة وكيل المدعي المحامي السيد (ع) البالغة خمسة وعشرين ألف دينار وصدر الحكم باتاً استناداً للفقرة الثانية من المادة (٥) من قانون المحكمة الاتحادية لعليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ وافهم علناً في ١٧/ جمادى الأخرى/١٤٢٨هـ الموافق ٢/٧/٢٠٠٧م .

ومن مجموع ما تقدم من أحكام المحكمة الاتحادية العليا نخلص إلى أنها قد تعرضت للإغفال التشريعي وباشرت رقابتها على الرغم من عدم الإفصاح عن هذا العيب بصراحة في أحكامها وانها لم تستخدم اصطلاح الإغفال التشريعي صراحة، إلّا أنَّها استخدمت عدة عبارات تقودنا إلى القول بإعمال رقابتها عليه، ومنها فيما لم يتضمنه النص من حكم أو خلا النص من الحكم كان يتعين أن يتضمنه أو النص لم يحدده أو يبينه أو نظم هذا الحق على النحو يؤدي إلى انتقاصة، مؤكدة أن الإغفال التشريعي أي التنظيم القاصر في حد ذاته يشكل مخالفة للدستور سواء تمثل في عدم تضمين النص التشريعي المطعون فيه لحكم كان يتعين أن يتضمنه تو انتقاصه لحقوق وحريات الأفراد أو إخلاله بمبدأ المساواة والمبادئ الدستورية الأخرى.

الخاتمة: Conclusion

لقد سلطنا الضوء في هذا البحث الموسوم بـ (دور المحكمة الاتحادية العليا في العراق من الرقابة على الاغفال التشريعي). وذلك من خلال إمعان النظر في واقع حال تلك الرقابة وما تقوم عليه من أسس ومقومات مع الوقوف على أهم الأحكام القضائية التي يمكن تمثل تطوراً واتجاهاً نوعياً حديثاً ولقد تمخضت هذه الدراسة عن جملة من الاستنتاجات والتوصيات نجد من الضرورة هنا بيانها وكالاتي:

أولاً : الاستنتاجات.

١- إن أوجه الرقابة على دستورية القوانين في الدول محل المقارنة (فرنسا، مصر) لا تعد جميعها من النظام العام بمعنى إن الجهة الرقابية المختصة لا يمكنها أن تحكم بأكثر مما يطلبه المتداعون إلا في إطار الأوجه الخارجية أو الشكلية لعدم الدستورية لكون هذه الأوجه تتعلق بوجود القانون وانعدام وجوده أما الأوجه الأخرى ذات الطابع الموضوعي فإنها لا تتعلق بهذا الوجود بقدر ما تتعلق بصحة القانون أو بطلانه ومن ثم فإنه لا يمكن للهيئة الرقابية أن تثيرها بشكل متجاوز على ما تتضمنه عريضة الدعوى وإن كنا نرى

من جانبنا بأن هذا الاتجاه غير سليم ذلك أن المنازعات الدستورية ينبغي أن يتغلب فيها الطابع الموضوعي على الطابع الشخصي لأنها تتعلق بالدستور الذي ترتبط بنصوصه وأحكامه جميعها بمصلحة المجتمع فضلاً عن ذلك ينبغي ملاحظة أن الأنظمة الرقابية المقارنة لم تسمح للطاعنين أن يرفعوا الدعوى المباشرة ضد حالات الانحراف التشريعي أو الإغفال التشريعي أو في حالة عدم دستورية التعديلات الدستورية الأمر الذي أدى إلى أن تركت هذه المسائل للهيئات الرقابية الدستورية المختصة لتثيرها من تلقاء نفسها أثناء نظر المنازعات وهذا ما قد يساعد على تهرب المشرع من أداء واجباته الدستورية التي قد تفرض عليه القيام بعمل معين.

٢- إذا كان اختصاص القضاء الدستوري في الأصل هو النظر في دستورية النصوص التشريعية الصريحة وبيان مدى توافقها مع قواعد الدستور من عدمه إلّا أنَّ المشرع قد يضع النصوص التشريعية بصورة منقوصة وقاصرة عن أن تحيط بالموضوع من كافة جوانبه مما قد يؤدي إلى الحد من فاعلية الموضوع محل التنظيم التشريعي من ناحية ومخالفة أحد أو بعض النصوص الدستورية من ناحية أخرى وهو ما درج الفقه الدستوري على تسميته بالأغفال التشريعي وهو اتجاه حديث تبنته الأنظمة الرقابية في الدول محل المقارنة (فرنسا، مصر) على الرغم من عدم وجود نص تشريعي صريح يأخذ بهذه الرقابة وقد أتجه الفقه في غالبه على رد أساس الرقابة القضائية على مسألة الإغفال التشريعي إلى ذات الأساس الذي تقوم عليه فكرة رقابة دستورية القوانين ألا وهي فكرة سمو الدستور والتي بمقتضاها تسمو قواعد الدستور وأحكامه على ما عداها من قواعد داخل الدولة وهي قواعد أمرة وملزمة وتفرض على المشرع التزامات إيجابية بالتشريع لحماية موضوعات دستورية كموضوع الحقوق والحريات إلّا أنَّ هذه الأنظمة قد وضعت بعض الضوابط الدستورية التي يتعين على القاضي الدستوري مراعاتها بمناسبة الرقابة على الإغفال التشريعي ومع ذلك فإن القضاء الدستوري لم ينتهج كما رأينا من قبل سياسة واحدة بمناسبة معالجته للأغفال التشريعي.

ثانياً: التوصيات:

١- ضرورة النص في قانون المحكمة المزمع إصداره وبشكل صريح للأوجه المختلفة لعدم الدستورية بما فيها عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية كي يسهل على أطراف الدعوى الدستورية معرفة أوجه الطعن أو عدم الدستورية التي تكتنف النصوص المطعون فيها.

٢- نظراً لما تمثله الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة من أهمية كبيرة نرى أنه من الضروري بمكان توسيع نطاق الرقابة الدستورية لتشمل رقابة الإغفال التشريعي على وجه أكثر صراحة وأكثر تطبيقاً الموضوعات الواردة في الوثيقة الدستورية لاسيما موضوع الحقوق والحريات العامة وذلك نظراً لمرونة النصوص الدستورية وأتساع سلطة المشرع مما يستلزم توسيع سلطات المحكمة الاتحادية العليا في العراق لرقابتها على التشريعات سواء فيما تضمنته بنصوص صريحة أو ضمنية مستخدمة مصطلح

الاغفال التشريعي صراحة باعتباره عيباً من العيوب التي توصم التشريعات بعدم الدستورية.

٣- نقترح على المشرع (مجلس النواب) عند تنظيمه للحقوق والحريات أن ينظمها على النحو الذي يدعم من فاعلية هذه الحقوق والحريات وكذلك الأمر عند تعديل المشرع للتشريعات المنظمة لها وعدم مخالفتها لأحكام الدستور والقيود والضوابط الدستورية بشأن تنظيم الحقوق والحريات وأهمها القيد المتعارف عليه في الدساتير كافة وهو أن لا يمس التنظيم بأصل أو جوهر الحق أو ينتقص منه بالشكل الذي يؤدي أن يكون الهدف من هذا التعديل هو منح الحق او الحرية مزيداً من الضمانات لممارستها.

المصادر: Sources

أولا: الكتب

١- د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، ط١، دار الشروق، ١٩٩٩. ٢-د. ثروت عبد العال احمد ، حدود رقابة المشروعية والملائمة في قضاء الدستورية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

٣- د. سامي جمال الدين ، القانون الدستوري والشرعية الدستورية ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ،٢٠٠٥.

٤- د. سري محمود صيام – صناعة التشريع – الكتاب الأول: المعايير الحاكمة للتشريع وقواعد الصياغة التشريعية والمواءمة الوطنية مع المعايير الدولية للقانون الدولي الإنساني ومكافحة الفساد والإتجار بالبشر وحماية البيئة - دار النهضة العربية ، ٢٠١٥.

٥ - د. عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في المحكمة الدستورية العليا – دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣

٦-د. عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين – دراسة مقارنة- الطبعة الثانية ، مزيدة ومنقحة ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠١٤،

٧- د. عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع – دارسة مقارنة ، دار الجامعات الجديدة ،٢٠١٠.

٨- د. عزيزة الشريف ، القضاء الدستوري المصري ، النهضة العربية، ١٩٩٠.

٩- د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه، جان دبوي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣

١٠- د. عيد أحمد الغفلول ، فكرة عدم الاختصاص السلبي – دراسة مقارنة ، ط٢، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.

ثانياً: الرسائل الجامعية

١- جابر محمد حجي ، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠١٢

٢ - حنفي علي الجبالي ، المسؤولية عن القوانين ، أطروحة دكتوراه ، جامعة عين شمس ١٩٨٨.

٣- عبد المنعم إبراهيم شرف ، المعالجة القضائية والسياسية الانحراف التشريعي ، أطروحة دكتوراه ، جامعة المنوفية ،٢٠٠١.

٤ - د. عبير حسين السيد حسين، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة بني سويف ، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.

٥- هالة محمد طريح، حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات العامة والضمانات المقررة لممارستها، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، دار النهضة العربية.

ثالثا: المجلات والبحوث
١- د. عبد العزيز محمد سالمان، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري ، مجلة (الدستوري) التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا، العدد ١٥ ، السنة الثامنة ، الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.
٢ - د. محمد عماد النجار، في القضاء بعدم دستورية الإغفال التشريعي قضاء عدم الدستورية الشرطي " مجلة الدستورية" التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد ١٧ السنة الثامنة، ابريل ٢٠١٠ ، الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.
٣ - الرقابة السابقة في الدستور الجديد - مجلة ((الدستورية)) التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا المصرية - العدد (٢٣) – الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا.