ISSN: 1999-5601 (Print) 2663-5836 (online)

Lark Journal

Available online at: https://lark.uowasit.edu.iq

*Corresponding author:

Dr.Abd al-Salam Safah Kamoon

University: Wasit University

College: College of Law

Keywords:

legislative omission, Federal Supreme Court, legislative power.

A R T I C L E I N F O

Article history:

Received	17 Jun 2023
Accepted	30 Jun 2023
Available online	1 Jul 2023

The limits of the constitutional judge's authority to supervise what the legislator has omitted to regulate

A B S T R U C T

The constitutional judiciary is one of the most important cornerstones of the legal state and its most important one, and it is the bulwark in which rights and freedoms seek refuge. Legislative omission from our point of view may destroy constitutional rights and freedoms, as it represents the deficiency that affects the law legislated on purpose or negligence from the legislative authority.

The importance of the research is represented in an attempt to clarify the constitutional foundations on which the constitutional judiciary approach is based in addressing legislative omission in order to know the limits of constitutional oversight.

The Iraqi constitutional system adopts observation over legislative omission, despite the absence of an explicit legislative text that gave such observation.

© 2023 LARK, College of Art, Wasit University

DOI: 10.31185

حدود سلطة القاضي الدستوري في الرقابة على ما أغفل المشرع تنظيمه

الدكتور عبد السلام سفاح كمون /جامعة واسط / كلية القانون

الخلاصة:

القضاء الدستوري أحد أهم مرتكزات الدولة القانونية وأهم دعائمها، وهو الحصن الحصين الذي تلوذ به الحقوق والحريات وان الإغفال التشريعي من وجهة نظرنا أحد أهم المعاول التي قد تهدم الحقوق والحريات الدستورية، فهي تمثل النقص الذي يصيب القانون المشرع عن عمد أو اهمال من السلطة التشريعية.

تتمثل اهمية البحث في محاولة بيان الأسس الدستورية التي يقوم عليها منهج القضاء الدستوري في معالجة الإغفال التشريعي وصولاً الى معرفة حدود الرقابة الدستورية.

ان النظام الدستوري العراقي تبنى الرقابة على الإغفال التشريعي على الرغم من عدم وجود نص تشريعي صريح يأخذ بهذه الرقابة.

الكلمات المفتاحية: الإغفال التشريعي، المحكمة الاتحادية العليا، السلطة التشريعية

1. مقدمة

يعد الدستور القانون الأساسي الأعلى الذي يرسي القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم، ويحدد السلطات العامة، ويرسم لها وظائفها ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها، ويقرر الحريات والحقوق العامة، وينظم الضمانات الأساسية لحمايتها.

ومن أهم هذه الضمانات وجود قضاء دستوري يحفظ علو الدستور وسموه، ويلزم كل سلطة حدودها الدستورية التي حددها الدستور لها. وإذا كان الدستور يحدد وظيفة كل سلطة من السلطات وما يدخل في ولايتها، فإنه يضع كل ذلك في صيغة مرنة تسمح بقدر من الحرية في التصرف يختلف ضيقاً واتساعاً بحسب الأحوال، وبحسب طبيعة كل سلطة ، ومرجعية تكوينها، ودور الشعب في هذا التكوين والسلطة التشريعية تأتي في مقدمة السلطات التي تتمتع بحرية واسعة في ممارسة اختصاصاتها، لكنها ليست مطلقة.

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

أن القضاء الدستوري أحد أهم مرتكزات الدولة القانونية، وأهم دعائمها من خلال ما يمارس من صلاحيات واختصاصات ذات أهمية بالغة تصل إلى الحد من غول السلطة التشريعية وحيف السلطة التنفيذية، فالقضاء الدستوري هو الحصن الحصين الذي تلوذ به الحقوق والحريات حتى يدرأ عنها كل افتئات أو جور أو ظلم من السلطات الاخرى.

ولما كان الأمر كذلك فإننا نرى أن الإغفال التشريعي أحد أهم المعاول التي قد تهدم الحقوق والحريات الدستورية، فهي تمثل النقص الذي يصيب القانون المشرع عن عمد أو اهمال من السلطة التشريعية في أحد الجوانب محل التنظيم التي قد تتسبب في هدم كل الضمانات الدستورية.

2. أهمية البحث:

تتمثل أهمية البحث في محاولة بيان الأسس الدستورية التي يقوم عليها منهج القضاء الدستوري في معالجة الإغفال التشريعي، وصولاً إلى معرفة حدود الرقابة الدستورية على ما أغفله المشرع من تنظيم، دون المساس بالسلطة التقديرية للسلطة التشريعية ودون قصور القاضي الدستوري عن ممارسة دوره الإيجابي في الرقابة على دستورية القوانين.

3. مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في ان النظام الدستوري العراقي تبنى الرقابة على الإغفال التشريعي على الرغم من عدم وجود نص تشريعي صريح يأخذ بهذه الرقابة، وهو ما أثار جدلاً كبيراً بشأن مفهوم الإغفال التشريعي ومدى

جواز الرقابة عليه الأمر الذي يتطلب بحث أساس الرقابة على الإغفال التشريعي وموقف الفقه منه، والوقوف على حلول المحكمة الإتحادية العليا بشأن معالجة الإغفال التشريعي التي تحدد بصورة مباشرة طبيعة العلاقة بين المحكمة الإتحادية العليا والسلطة التشريعية وحدود هذه الرقابة من خلال استعراض موقف المحكمة من الرقابة على الإغفال التشريعي.

4. منهج البحث:

لغرض الوقوف على مفهوم الإغفال التشريعي والاحاطة بجوانبه كافة، وتحديد دور القضاء الدستوري في الكشف عن الفراغ والقصور التشريعي، ولغرض الوصول الى اجابات مقنعة تتفق مع المنطق القانوني السليم لمعالجة الإشكالية، كان لزاما علينا أن نعتمد المنهج الإستنتاجي والتحليلي وبيان رأي الفقه، ثم ايراد تطبيقات القضاء الدستوري في العراق، مما اقتضى تقسيم هذا البحث الى ثلاثة مباحث وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية الإغفال التشريعي

المبحث الثاني : موقف الفقه من الرقابة على الإغفال التشريعي.

المبحث الثالث : موقف القضاء الدستوري في العراق من رقابة الإغفال التشريعي.

5. المبحث الأول: ماهية الإغفال التشريعي

تعتمد فاعلية التشريعات على مدى استجابتها للواقع السياسي والاقتصادي والاجتماعي، ومدى واقعية هذه التشريعات وامكانية قبولها وتطبيقها من قبل المخاطبين بها؛ لذلك فإن أي نقص او قصور في تلك التشريعات من شأنه أن يجعلها منفصلة وبعيدة عن الواقع ويدخلها في دائرة الفراغ التشريعي، مما يضعف الضمانات الدستورية المقررة لمباشرة الحقوق والتمتع بالحريات، ويؤدي إلى الإخلال بالمراكز القانونية في المجتمع وعدم استقرارها.

واذا كان القانون تعبير عن الإرادة العامة ، فإن البرلمان هو أداة صياغة هذا التعبير، والإغفال التشريعي ما هو إلا تعبير عن الإرادة العامة لم تتم صياغته بمعرفة البرلمان، ومن ثم تشكل عدم الصياغة مخالفة دستورية (سالمان، 2009: 210-211). ويتمتع المشرع بسلطة تقديرية كبيرة عند ممارسته للوظيفة التشريعية، وجوهر هذه السلطة هو حرية المفاضلة التي يقوم بها بين الخيارات والبدائل المختلفة لاختيار ما يراه مناسباً بشأن تنظيم موضوع ما، إلا أن المشرع قد يتناول الموضوع محل التنظيم لكن على نحو منقوص أو قاصر عن الإحاطة بأحكام المسألة التشريعية من الناحية الموضوعية.

ولتحديد ماهية الإغفال التشريعي فإن الأمر يحتم علينا تقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الاول مفهوم الإغفال التشريعي ونخصص المطلب الثاني لأنواع الإغفال التشريعي اما المطلب الثالث فسيكون للأساس القانوني للرقابة على الإغفال التشريعي وعلى النحو الآتي:

1. 5. المطلب الأول: مفهوم الإغفال التشريعي

الإغفال التشريعي بوجه عام هو الحالة التي لا يتضمن فيها التشريع تنظيما قانونياً أو قاعدة قانونية ضرورية لحل موقف او حالة معينة مما يتطلب الدستور تنظيمها بواسطة القانون، أو تلك التي توجد فيها القاعدة القانونية ولكنها تحتاج الى اللجوء للتفسير الواسع للتشريع دون الخروج على حدود هذا التفسير.

ويعد مصطلح الإغفال التشريعي في نطاق الدراسات القانونية من المصطلحات الحديثة نسبياً، والتي لم يتسن بعد للفقه والقضاء التعرض لها وتحديد مضمونها بالقدر الكافي؛ لهذا فقد تعددت الآراء الفقهية بشأن تحديد مفهوم هذا المصطلح، ويمكن تعريف الإغفال التشريعي من خلال جملة من المعطيات، نظراً لعدم وجود تعريف دقيق له، بأنه تناول المشرع أحد الموضوعات التي يختص بها بالتنظيم لكنه يأتي - سواء عن عمد أو إهمال - غير مكتمل أي تنظيماً قاصراً عن أن يحيط بكافة جوانبه وبما يؤدي بالإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم(طريح، 2011: 249).

كما عرفه جانب آخر من الفقه بالقول إن إغفال المشرع تنظيم الجوانب الكاملة لحقوق المواطنين وحرياتهم يكون إذا قام المشرع بتنظيم أحد الحقوق والحريات التي كفلها الدستور تنظيماً قاصراً ، وذلك بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل التنظيم إلا بها، ويعد ذلك إخلالاً بضماناتها التي هيأها الدستور لها وفي ذلك مخالفة للدستور(المر، 2003: 1573).

بينما عرفه جانب آخر من الفقه ان الإغفال التشريعي هو مخالفة موضوعية لأحكام الدستور، ويعد إغفال نسبي للمشرع في معالجة موضوع معين خلافاً للدستور، قد يمس الضمانات القانونية التي يجب التمتع بها فضلاً عن الإخلال بمبدأ المساواة(أبو العينين، 2013: 185).

في حين ذهب اتجاه آخر من الفقه الى تعريف الإغفال التشريعي بأنه اتخاذ المشرع موقفاً سلبياً من اختصاصه الدستوري فلا يمارسه كلياً أو جزئياً في حالات معينة أو لأسباب معينة (عزاوي، 2010: 87).

إن الإغفال التشريعي يتحقق في كل حالة يتدخل فيها المشرع لتنظيم مسألة تشريعية ما، ووفق ما يتمتع به من سلطة تقديرية في تنظيم الحقوق، إلا أن ذلك التدخل يأتي قاصراً عن الإحاطة الموضوعية بكافة جوانب ذلك الحق، فيغفل حكماً من أحكامه أو جانباً من جوانبه - عمداً كان أو سهواً - بما يترتب عليه الإنتقاص من أحد جوانب ذلك الحق، أو عدم فاعلية ممارسته، أو الإنتقاص من الضمانات المقررة لحمايته بالصورة المرجوة له والتي اتجهت إليها إرادة المشرع الدستوري من تقريرها، أو استهدفها المشرع وسعى إلى بلوغها، بما يترتب

عليه وقوع خلل أو مخالفة دستورية تطال الجوانب التي تناولها المشرع بالتنظيم نتيجة لإغفاله للجانب أو للأحكام التي لم يتناولها، ومن ثم تبقى الجوانب التي تم تنظيمها صحيحة دستورية في ذاتها، إلا انها معيبة دستورياً بسبب غيرها مما تم إغفاله، لذا تبقى صحة تطبيق هذا التنظيم ودستوريته معلقة على استكمال جوانب النقص التي تم إغفالها، وإلا أصبح النص أو التنظيم في مجمله معيباً بمخالفة الدستور (عبدالفتاح، 2016: 447-448).

5. 2. المطلب الثاني: أنواع الإغفال التشريعي

يتخذ الإغفال التشريعي صورتين أو نوعين وهذه الصورتين تتمثل في الإغفال التشريعي من حيث المضمون والإغفال التشريعي من حيث النطاق وسنقوم بتقسيم هذا المطلب على فرعين وعلى النحو الآتي:

5. 2. 1. الفرع الأول: الإغفال التشريعي من حيث المضمون

يعتبر هذا النوع صورة من صور الإغفال التشريعي المخالف للدستور ويكون على صورتين الأولى هو الإغفال التشريعي المخالف لمبدأ المساواة الثابت في الدستور(*)، وان عدم تضمين النص التشريعي لجانب معين من جوانب الموضوع يخالف مبدأ أو نص في الدستور، وهي كفالة مبدأ المساواة بين الأفراد لا سيما اذا كانوا يتمتعون بنفس المركز القانوني، أما الصورة الثانية من صور الإغفال التشريعي من حيث مضمون المخالفة الدستورية فهو الإغفال التشريعي الذي ينطوي على نقص في التشريع الصادر عن السلطة التشريعية، وتتضمن هذه الصورة من صور الإغفال التشريعي عدم تحديد الجرائم والعقوبات بصورة كافية ومحددة مما يهدد حقوق الافراد وحرياتهم الأساسية.

5. 2. 2. الفرع الثاني : الإغفال التشريعي من حيث النطاق

ويكون هذا النوع من الإغفال على ثلاثة صور وهي الصورة الاولى: الصمت أو السكوت عن التنظيم "الإغفال الكلي".

يقصد بالإغفال الكلي حالة الغياب الكلي أو عدم الوجود الكلي للتشريع أو لقاعدة قانونية تتعلق بحالة قانونية محددة بالدستور، ولا شك أن رقابة القاضي الدستوري للإغفال التشريعي الكلي شديدة الحساسية؛ نظراً لأنها يمكن ان تؤدي الى الصدام بين السلطة التشريعية والسلطة القضائية، خاصة في النظم التي تأخذ بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، ويرى جانب من الفقه، أن الرقابة على الإغفال التشريعي المطلق تمثل رقابة على قواعد لا وجود لها ولا يمكن ان تنشئ قاعدة ليس لها وجود الى ارادة المشرع فهو لم يصدرها(سرور، 2000: 202)، كما أن رقابة القاضي الدستوري على السكوت التشريعي غالباً ما يؤدي الى الإخلال

(*) حيث نصت المادة (14) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ على أن "العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي".

بضمانات وحقوق الأفراد المنصوص عليها في الدستور اذا كان القانون الخاضع للرقابة يتعلق بأحد الحقوق الأساسية للأفراد(الصباح، 2017: 240).

الصورة الثانية: القصور في التنظيم (الإغفال الجزئي) تتحقق هذه الصورة من الإغفال في حالة تشريع قانون من السلطة التشريعية لا يتضمن تنظيماً كاملاً ووافيا للموضوع محل التنظيم، ويعتبر ذلك مخالفاً للدستور؛ كونه يسبب حالة من عدم المساواة بين المراكز القانونية المتماثلة كحالة صدور قانون ينظم بعض الحالات القانونية التي تفيد بعض الافراد دون البعض الآخر رغم وحدة العلة من النص ودون سند من الدستور أو القانون.

الصورة الثالثة: الإغفال بالطريق الملتوي: يتجسد هذا النوع من الإغفال من خلال ممارسة المشرع اختصاصه ظاهرياً لكنه يتبع منهجية في سن القانون تجعله يتنازل بشكل بين وواضح عن اختصاصه لغيره من السلطات وبالخصوص للسلطة التنفيذية؛ ويتحقق ذلك من خلال الافراط في العمومية حتى في المسائل ذات القواعد التفصيلية؛ مما يجعل القانون عديم الفائدة في الواقع، أو يتحقق من خلال الاكثار في الإحالة إلى السلطة التنفيذية؛ وذلك عن طريق اللائحة أو التنظيم وهو ما يعد خرقاً لقواعد توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية.(كامل، 2016: 255-256)

5. 3. المطلب الثالث: الأساس القانوني للرقابة على الإغفال التشريعي.

ان سلطة القاضي الدستوري في رقابة تنظيم المشرع للحقوق بما لا يؤدي إلى الإنتقاص منها أو الجور عليها، أمر مسلم به ولا خلاف حوله من حيث المبدأ، إذ تستطيع المحكمة القضاء بعدم دستورية أي نص تشريعي أصدره المشرع منطوياً على جور أو انتقاص من الحقوق الدستورية المقررة أو ينتقص من مدى فاعليتها.

ولما كان المشرع في حالة الإغفال التشريعي يقوم بتنظيم المسألة التشريعية إلا أنه يهمل أو يغفل حكماً ينتقص من ضمانات ممارسة الحق محل التنظيم، أو يؤثر على تكامل الإستفادة منه بما يتناقض والغاية من تقريره أو ممارسته على الصورة المبتغاة، كما أن التنظيم القانوني في غالبية الدول لم يتضمن نصاً يبيح للقاضي الدستوري سلطة القضاء بعدم دستورية النصوص القانونية استناداً الى فكرة الإغفال التشريعي، هذه الفكرة التي تعد من المصطلحات الحديثة نسبياً في مجال الدراسات الدستورية، فما هو الأساس القانوني للرقابة على الإغفال التشريعي.

يرى جانب كبير من الفقه أن القاضي الدستوري يستند في رقابته على الإغفال التشريعي الى فكرة سمو الدستور؛ لأن الدستور يتميز بطبيعة خاصة تضفي عليه السيادة والسمو بحسبانه كفيل الحريات وموئلها وعماد الحياة الدستورية وأساس نظامها، فحق لقواعده ان تستوي على القمة من البنيان القانوني للدولة، وأن

تتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام، اعتباراً بأن أحكام الدستور هي أسمى القواعد الآمرة التي تلتزم الدولة بالخضوع لها في تشريعاتها وقضائها(كامل، 2016: 254). فلا يمكن أن تكون النصوص الدستورية مجرد نصوص تصدر لقيم مثالية ترنو الأجيال اليها، وإنما قواعد ملزمة لا يجوز تهميشها أو تجريدها من آثارها أو إيهانها من خلال تحوير مقاصدها او الإخلال بمقتضياتها أو الإعراض عن متطلباتها، فيجب دوماً أن يعلو الدستور ولا يعلى عليه وأن يسمو ولا يسمى عليه.

ان رقابة القاضي الدستوري للنصوص غير الدستورية المطعون عليها إنما تتغيا ردها الى أحكام الدستور تغليبا لها على ما دونها وتوكيداً لسموها على ما عداها لتظل الكلمة العليا للدستور يعدّه القانون الأساسي الأعلى الذي يرسي القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم.

ان كل مخالفة للدستور سواء تعمدها المشرع أم انزلق اليها بغير قصد يتعين قمعها، وأنه إذا كان القضاء الدستوري يراقب النشاط الإيجابي للبرلمان، ويهدر التشريع المخالف للدستور، فمن باب أولى يستطيع أن يراقب الإغفال التشريعي أو التنظيم غير المتكامل إذا كان من شأنه أن يتضمن مخالفة دستورية ، كما أن فكرة الدولة القانونية تكفل خضوع جميع سلطات الدولة للقانون سواء في تصرفاتها الإيجابية أو السلبية التي تشكل مخالفة دستورية (عفيفي، 2002: 575-576).

بينما يذهب جانب آخر من الفقه وبحق الى أن الأساس القانوني لرقابة القاضي الدستوري على الإغفال التشريعي يتمثل في حماية الحقوق والحريات، فقد كفل الدستور للحقوق والحريات العامة الحماية وأوجب على المشرع بأن ينظمها تنظيماً كاملا يكفل لها الحماية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية، فإذا نظمها المشرع تنظيماً قاصراً، وذلك بأن أغفل جانباً من جوانب النصوص التشريعية التي لا يكتمل التنظيم إلا بها ، كان ذلك إخلالاً بضماناتها التي هيأها لها الدستور، وفي ذلك مخالفة للدستور، كما أن الرقابة القضائية على الإغفال التشريعي تحمل المشرع على أن يكون تنظيمه لحقوق المواطنين وحرياتهم في الصورة الأوفى لها، فلا تقعد عاجزة عن تحقيق رسالتها ولا يصيبها وهن من جراء تنظيم غير متكامل لا يطوق كل أقطارها(عبدالبديع، 2018: 290-291).

إن المشرع وإن كان يتمتع بسلطة تقديرية واسعة - بوصفها الأصل في ممارسته لإختصاصاته التشريعية - في اقرار التنظيم التشريعي على النهج الذي يراه مناسبا ومحققاً للغايات والأهداف الدستورية والتشريعية على السواء، إلا أن ذلك التقدير مشروط - ضمن شروط وضوابط أخرى - بأن يأتي ذلك التنظيم متكامل الجوانب والأركان، غير مؤثر سلباً على ممارسة الحق أو منتقصاً من ضمانات ممارسته على الوجه الذي تحقق به المنفعة المرجوة من تقديره دون انتقاص أو افتئات، ذلك ان الحقوق تُقرّر لتُمارَس، لا لتعطل كلها أو لتعطل بعض جوانبها، يتساوى في ذلك أن يكون هذا التعطيل عن عمد أو عن غير عمد، ومن ثم فإن نظم المشرع

حقاً من الحقوق مغفلاً ضمانات إعماله بما يتناقض والغاية الدستورية أو التشريعية من تقريره، كان ذلك محلاً لرقابة القاضي الدستوري (العبدالرحمن، 2016: 158-159).

فإكتمال التنظيم التشريعي لحق الاقتراع مثلاً، يفترض أن يشتمل على كافة النصوص التي تمنع تحوير إرادة الناخبين، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر، فإذا خلا هذا التنظيم من تلك النصوص، كان قاصراً فيما لم يشتمل عليه منه، وتعين اعتبار هذا القصور إغفالاً تشريعياً مخالفاً للدستور، شأن هذا الإغفال في ذلك شأن كل خروج على الدستور، سواء كان مقصوداً من المشرع ، أم كان مرده الى سوء فهمه لأحكامه(الكناني، 2021: 233-234) .

6. المبحث الثاني: نوقف الفقه من الرقابة على الإغفال التشريعي

يتحقق الإغفال التشريعي في كل حالة يتدخل فيها المشرع لتنظيم مسألة تشريعية ما، ووفق ما يتمتع به من سلطة تقديرية في تنظيم الحقوق، إلا أن ذلك التدخل يأتي قاصراً عن الإحاطة الموضوعية بكافة جوانب ذلك الحق، فيغفل حكماً من أحكامة أو جانباً من جوانبه - عمداً كان أو سهواً - بما يترتب عليه الإنتقاص من أحد جوانب ذلك الحق أو عدم فاعلية ممارسته، أو الإنتقاص من الضمانات المقررة لحمايته بالصورة المرجوة له والتي اتجهت اليها إرادة المشرع الدستوري من تقريرها، أو استهدفها المشرع وسعى إلى بلوغها، بما يترتب عليه وقوع خلل أو مخالفة دستورية تطال الجوانب التي تناولها المشرع بالتنظيم، نتيجة لإغفاله للجانب أو للأحكام التي لم يتناولها، ومن ثم تبقى الجوانب التي تم تنظيمها صحيحة دستورية في ذاتها، إلا انها معيبة دستورياً بسبب غيرها مما تم إغفاله، لذا تبقى صحة تطبيق هذا التنظيم ودستوريته، معلقة على استكمال جوانب النقص التي تم إغفالها، وإلا أصبح النص أو التنظيم في مجمله معيباً بمخالفة الدستور (عزاوي، 2010: 10-11).

لقد أبد بعض الفقه رقابة القاضي الدستوري للإغفال التشريعي فيما رفضها البعض الآخر وسنقوم بتقسيم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الاول عدم قبول الرقابة على الاغفال التشريعي ونخصص المطلب الثاني لقبول الرقابة على حالة الإغفال التشريعي وعلى النحو الاتي:-

6. 1 المطلب الأول: عدم قبول الرقابة على الإغفال التشريعي.

ذهب أنصار الإتجاه المعارض للرقابة على الإغفال التشريعي إلى ان امتداد رقابة القاضي الدستوري الى ما أغفله المشرع من أحكام وتقديره عدم دستوريته يعد تخطياً منه لنطاق وظيفته، وتدخلاً منه في العملية التشريعية؛ لكونه يضيف حكماً جديداً للنص الأصلي سكت عنه المشرع ولم تتجه اليه إرادته، وأن سلطة القاضي الدستوري يجب ان تقف عند حد رقابة السلوك الإيجابي للمشرع، والمتمثل في الرقابة على الإحكام

التي تناولها بالتنظيم دون أن تتخطى ذلك الى رقابة السلوك السلبي له، والمتمثل فيما أغفل تنظيمه من أحكام لم يتناولها، ولم تتجه اليها ارادته(عبدالفتاح، 2016: 449-450).

كما ان البعض الاخر من الفقه(حسين، 2009: 372)، يرى أن رقابة الإغفال تعد بمثابة تفسير للنص الخاضع للرقابة بصورة توحي صدور التفسير عن المشرع، ناسبا ذلك الى ارادة المشرع نصاً او بعض نص لم يصدر عنه اصلا"، فهو بمثابة إضافة غير مبررة لم يذهب اليها المشرع الذي لو أراد إقرار حكم معين لأقره صراحة. ويؤيد جانب آخر من الفقه(النجار، 2010: 26). هذه الوجهة من النظر في أن سلطة القاضي الدستوري في الحكم برفض دعوى عدم الدستورية او في قبولها، والقضاء بعدم الدستورية، هي سلطة لا تقوم - بحسب الأصل - إلا في مواجهة نص قانوني وضعي، سواء أكان في قانون أو لائحة، ومن ثم فإن وافق النص الدستور، كان حكم الرفض مطهراً للنص الوضعي من توهم مخالفته، وإن خالف أحكامه كان القضاء بعدم الدستورية بمثابة إعدام لهذا النص، بحيث يقرأ التشريع بحسبان عدم وجود النص المقضي بعدم دستوريته.

فالقاضي الدستوري حين يباشر الرقابة على دستورية القوانين فإن مهمته تنحصر في أحد أمرين، إما الحكم بدستورية القانون المطعون فيه إذا تبين له بعد فحصه أنه لا يخالف الدستور، وإما الحكم بعدم دستوريته إذا تبين أنه يخالف نصا في الدستور، دون أن يكون له في الحالتين سلطة تصحيحه أو تعديله على النحو الذي يجعله متوافقاً مع الدستور(سالمان، 2009: 57).

كما يذهب جانب آخر من الفقه المعارض للرقابة على الإغفال التشريعي الى ان رقابة القاضي الدستوري على الإغفال التشريعي تعد بمثابة القيام بعمل تشريعي، ذلك أن الحكم المغفل يبدو وكأنه جزء متمم للنص الأصلي، أو ربما مصحح له، وبناء عليه قد يبدو حكم القاضي الدستوري وكأنه عمل من أعمال التشريع، بإعتبار أنه يضيف حكماً من لدن القضاء الدستوري الى النص المطعون عليه لم تتجه اليه إرادة المشرع – بحسب الظاهر - أو سكت عنه.

فالرقابة على الإغفال التشريعي وحسب وجهة نظر أنصار هذا الرأي تؤدي الى نتيجة شاذة تتمثل بحلول القضاء الدستوري محل المشرع (مجلس النواب) وإصدار تعليمات له وهذا من شأنه ان يؤدي إلى انهيار مبدأ الفصل بين السلطات(أحمد، 2013: 202-203). هذا المبدأ الدستوري المهم الذي نصت عليه غالبية الدساتير بما فيها دستور العراق لعام ٢٠٠٥[*] .

[*]) اذ نصت المادة (٤٧) من الدستور على ان "تتكون السلطات الإتحادية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية تمارس اختصاصاتها ومهماتها على اساس مبدأ الفصل بين السلطات".

كما ان إصدار التشريع يخضع لإعتبارات السياسة التشريعية، وبالطبع بالإضافة الى ضرورة مراعاة الإعتبارات الإجتماعية والمالية حتى يمكن أن يكون القانون قابلاً للتطبيق، وكل ذلك تستقل به السلطة التشريعية(حمدي، 2013: 220-221).

6. 2. المطلب الثاني: قبول الرقابة على حالة الإغفال التشريعي.

يرى أنصار الاتجاه المؤيد لرقابة الإغفال التشريعي(كامل، 2016: 260-261)، ان هذه الرقابة ضرورية؛ لأن الدستور يفرض على المشرع ضرورة التدخل لتنظيم مسائل وموضوعات معينة، ومن ثم لا يجوز أن يغفل تنظيم هذه الموضوعات، وإن رقابة الإغفال التشريعي ليست رقابة على قواعد لا وجود لها؛ وذلك لأن سكوت المشرع على تسوية مسألة معينة يعد قاعدة سلبية تؤدي الى المساس أو اهدار حقوق وحريات الأفراد التي نص الدستور على حمايتها، ومن ثم يحق للقاضي الدستوري ممارسة الرقابة على هذه القاعدة السلبية لمعالجة ما نجم عنها من إغفال تشريعي غير دستوري، أو يترتب على هذه الرقابة - في هذه الحالة - إجبار المشرع على احترام القواعد الدستورية، والإلتزام بممارسة اختصاصاته التشريعية التي نص عليها الدستور بل وإلزامه بالقيام بها.

كما يذهب جانب آخر من الفقه الدستوري المؤيد لرقابة الإغفال التشريعي(سليم، 2010: 634-635). الى ان ذلك الحكم المغفل الذي قضت المحكمة بعدم دستوريته، قد اتجهت إليه إرادة المشرع يوم أن قام بتنظيم أصل الحق واتجاه إرادته الى تمتع المواطنين به على الوجه الأكمل دون انتقاص، ومن ثم يصبح حكم المحكمة بعدم دستورية ما أغفله المشرع بمثابة تعبير عن إرادة المشرع في الأستفادة من الحق وحماية له، وليس اعتداء عليه أو فرضاً لأحكام لم تتجه إليها إرادته، وبناء عليه يكون قضاء الإغفال بما يتضمنه من استمرارية تطبيق النص معلقاً على شرط مراعاة حكم المحكمة فيما أغفله المشرع من أحكام، هو في الواقع حماية للحق وممارسيه ونئياً به عن التعطيل من جهة، كما أنه إنفاذ لإرادة المشرع بمفهوم المخالفة من جهة اخرى، إذ ان ارادة المشرع كانت متجهة بالأساس الى إعمال الحق ووضعه موضع التطبيق لا التعطيل من حيث المبدأ، ومن هنا يصبح حكم المحكمة وكأنه كاشف عن إرادة المشرع لا منشئاً لها.

وبناء على ما تقدم فإن رقابة المحكمة على الإغفال التشريعي تظل في وظيفة الرقابة دون أن تتعداها إلى وظيفة التشريع، إذ ان رقابتها هنا تنصب على قاعدة قانونية ضمنية مخالفة للدستور، أنشأها سكوت المشرع بما أغفله من أحكام؛ ذلك أن المشرع الدستوري في حالة الإغفال، قد تدخل لممارسة اختصاصه الدستوري بنفسه، ولكن بدلا من أن يثمر تدخله هذا عن معالجة الموضوع محل التنظيم بصورة متكاملة تحيط بجوانبه كافة، وتضمن تحقيق اهداف الدستور ومقاصده، أسفر تدخله - وكنتيجة لقصور المعالجة التشريعية وإغفال تنظيم بعض جوانب الموضوع - عن تشويه النص الدستوري، وعدم تحقيق إرادته بصورة كاملة، بحيث

يترتب على ذلك مخالفة ضمنية للدستور، ومن ثم تنصب الرقابة القضائية على الإغفال التشريعي المنشئ لقاعدة قانونية ضمنية مخالفة للدستور.

7. المبحث الثالث: موقف القضاء الدستوري في العراق من الرقابة على الإغفال التشريعي

إن أداء القاضي الدستوري لعمله في الرقابة على دستورية القوانين تلزمه بالمحافظة على الدستور، وضمان التزام السلطة التشريعية بأحكامه، لكن دون إسراف أو تدخل شديد يعرقل العملية التشريعية، وكذلك دون تهاون يؤدي الى إهدار نصوص الدستور ومبادئه العليا، فإذا تجاوز القاضي الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين استناداً إلى غموض بعض النصوص الدستورية بهدف فرض آرائه ومعتقداته الشخصية التي تهدف الى خدمة توجه معين على المشرع، فإنه يكون بذلك قد خالف مبدأ الفصل بين السلطات، لأنه بذلك تدخل في عمل السلطة التشريعية المنتخبة من الشعب، وبخلافه فإنه اذا قصر في ممارسة عمله وتردد في إلزام السلطة التشريعية بإحترام الدستور، فإنه يكون كذلك قد خالف أحكام الدستور، ولم يقم بواجبه في إرساء دعائم المشروعية الدستورية، فيجب عليه ان يوازن بين النصوص الدستورية والواقع العملي سواء كان سياسياً أو اقتصادياً أو اجتماعياً خدمة للصالح العام(العطار، 1999: 46).

على الرغم من أن دستور العراق لعام 2005 وكذلك قانون المحكمة الإتحادية العليا (الأمر) رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ وكذلك النظام الداخلي للمحكمة الإتحادية العليا رقم (1) لسنة ٢٠٠٥ قد نصت صراحة على الأخذ بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، إلا أنها خلت من اي نص يتعلق بمباشرة رقابة الإغفال التشريعي أو الرقابة على امتناع المشرع من اتخاذ التدابير التشريعية لحماية الحقوق والحريات العامة(الشاوي، 2020: 422).

كما أنه جاء خاليا من الإشارة إلى طبيعة الرقابة على دستورية القوانين والانظمة التي تباشرها المحكمة؛ وذلك إن رقابة الإلغاء يجب أن تستند إلى نص دستوري صريح ومن ثم لا يجوز للقضاء مهما علت مرتبته أن يلغي قانوناً إلا بوجود نص دستوري يبيح ذلك(مهدي، 2008: 66).

ان المحكمة الإتحادية العليا قامت بدور كبير ومهم في حماية نصوص الدستور ومبادئه وتأكيد احترامها من السلطات الأخرى، إذ أصدرت أحكاماً أوقفت فيها السلطة التشريعية من المساس بهذه المبادئ، فألغت الكثير من التشريعات المخالفة لأحكام الدستور ومارست اختصاصها التفسيري بشكل يوفق بين احترام الدستور وبين عدم المساس بالإختصاص التشريعي من خلال تفسير نصوص الدستور تفسيراً يحول دون استبعاد النص المطعون فيه من نطاق الدستورية، ومن استقراء الأحكام القضائية التي صدرت عن المحكمة الإتحادية العليا نلاحظ أنها لم تتردد في بسط رقابتها على الإغفال التشريعي، بالرغم من عدم وجود نص صريح في

الدستور؛ لأن في الإغفال التشريعي مساساً مباشراً بالضمانات الدستورية التي يجب التمتع بها؛ فضلاً عن كونه إخلالاً بمبدأ المساواة؛ ذلك لأن أي نقصان بالنص القانوني سواء أكان عن عمد أو اهمال ينطوي في حد ذاته على تجاوز البرلمان لسلطته التقديرية(سلمان، 2019: 37).

لكن يمكن القول ان المحكمة الإتحادية العليا في العراق بذلت جهوداً كبيرة لبلورة منهج خاص في رقابة الإغفال التشريعي، إلا أن ما يؤخذ على قضائها هو أسلوب المعالجة القضائية لظاهرة الإغفال التشريعي وحالاته المختلفة، فتارة تكتفي بالكشف عن ظاهرة الإغفال التشريعي دون توجيه ايعاز الى السلطة التشريعية، وتارة أخرى تكشف عن حالة الإغفال التشريعي مع إلزام المشرع بإصدار تشريع جديد يحل محل التشريع الملغي، وأحياناً تكتفي بالحكم بعدم دستورية التشريع لما شابه من إغفال مخالف للمبادئ الدستورية دون الايعاز الى السلطة التشريعية لتلافي آثار عدم التشريع، وأحياناً أخرى مارست المحكمة اختصاصها التفسيري لتجنب استبعاد التشريع من نطاق عدم الدستورية، في حين تلجأ بمناسبة اخرى لإكمال النقص أو القصور أو غياب القاعدة القانونية. كما نجد المحكمة الإتحادية العليا قد اعتبرت في بعض أحكامها النقص أو القصور في نصوص بعض التشريعات التي اعتبرها الطاعن مخلة أو تمس مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص، مجرد خيار تشريعي يلجأ إليه المشرع لا يتعارض أو يخالف الدستور.

وسنقوم بتحليل واستقراء بعضهم من الأحكام القضائية التي أصدرتها المحكمة الإتحادية العليا في العراق في نطاق رقابتها على ما أغفل المشرع تنظيمه.

قرار المحكمة الإتحادية العليا[*]. بخصوص إغفال المشرع تشريع قانون لإدارة الأوقاف يأخذ بنظر الاعتبار آراء كافة المدارس الاسلامية في شؤون الوقف، حيث تم الطعن بعدم دستورية المادة (٤) من قانون إدارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ المعدل بداعي مخالفتها المواد (٤٣،١٣،٢) من دستور العراق لعام 2005، وقد ردت المحكمة الإتحادية العليا الطعن بسبب عدم صدور تشريع ينظم شؤون الأوقاف ومؤسساتها الدينية استناداً الى المادة (٤٣ / أولاً / ب) من الدستور، وقد جاء في حيثيات القرار (..... وتجد المحكمة الإتحادية العليا بأن المادة (٤٣) والتي نصت في (أولا) منها على: أتباع كل دين أو مذهب أحرار في: أ- ممارسة الشعائر الدينية بما فيها الشعائر الحسينية، ب. إدارة الأوقاف وشؤونها ومؤسساتها الدينية وينظم ذلك بقانون، وحيث أن الدستور في المادة (٤٣/ أولا/ ب) منه قد علق كيفية ادارة الأوقاف وشؤونها ومؤسساتها الدينية على تشريع قانون يأخذ بنظر الإعتبار آراء كافة المدارس الإسلامية في شؤون الوقف، وأن القانون المذكور لم يشرع لحد الآن فتكون الدعوى بالطعن قد أقيمت قبل أوانها ولم تكن مؤسسة على قانون .....).

[*]) قرار المحكمة الإتحادية العليا في القضية المرقمة (20/ اتحادية / ٢٠١٢) في 2012/5/12 منشور في أحكام وقرارات المحكمة الإتحادية العليا لعام ٢٠١٢.

ومن تحليل قرار الحكم أعلاه نجد أن دور القاضي الدستوري اقتصر على مجرد الكشف عن وجود حالة الإغفال التشريعي في التشريع محل الطعن ما يشكل مخالفة دستورية، إلا أنه ترك مبادرة المعالجة الى السلطة التشريعية ودون ان يحكم بعدم دستورية النص أو التشريع محل الطعن، وهذا الإخلال يمثل انتهاكاً للدستور، وأن هذه المعالجة القضائية محدودة وغير فعالة من الناحية العملية من وجهة نظرنا؛ لأن المحكمة اكتفت بالكشف عن حالة الإغفال التشريعي دون ان يتضمن قرارها ايعازاً للسلطة التشريعية بسن القانون أو إدانة امتناع المشرع عن تشريعه على الرغم من وجود تكليف دستوري بالتشريع.

قرار المحكمة الإتحادية العليا[**]. بخصوص الطعن بعدم دستورية الشطر الأخير من المادة (٣٤ / ثانياً) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ النافذ التي تنص على أن "لا يعتد بالوكالة في إجراءات البحث الإجتماعي والتحكيم في إيقاع الطلاق"، والمطالبة بإلغاء الشق الأخير منها (وفي إيقاع الطلاق) على أساس أن بعض المدارس الإسلامية تجيز ايقاع الطلاق بالوكالة، ومن ثم فإن الشطر الأخير من هذه المادة التي تمنع ايقاع الطلاق بالوكالة يعد مخالف لنص المادة (٤١) من دستور العراق لعام 2005. إذ جاء في حيثيات القرار (..... وتجد المحكمة الإتحادية العليا أن الطلب في موضوع الدعوى يقتضي دراسة مستفيضة ومتخصصة في آراء المدارس الإسلامية كافة عند الصيرورة لتشريع قانون الأحوال الشخصية وفقاً للمادة (٤١) من دستور العراق لعام ٢٠٠5، بحيث يكون هناك نص للعراقيين كافة على اختلاف انتماءاتهم الإسلامية حتى لا يتجاوز أو يتعارض إلغاء النص المطلوب إلغاءه مع ما استقرت عليه هذه الآراء أو يوفق بينها، ومن كل ما تقدم تكون دعوى المدعية بطلبها إلغاء نص الشطر الأخير من المادة (٣٤/ ثانياً) من قانون الأحوال الشخصية يلزم أن يكون وفق الآلية المتقدم ذكرها واشعار السلطة التشريعية بذلك، عليه قرر الحكم برد دعوى المدعية .....) ويلاحظ على القرار أعلاه أن المحكمة الإتحادية لم تكتف بالكشف عن إغفال المشرع للمبدأ الدستوري الوارد في المادة (٤١) من دستور العراق لعام ٢٠٠5، وإنما أوعزت إلى المشرع لكي يتلافاه، إذ أن الإغفال ورد في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل الذي يعد نافذاً طبقا لنص المادة (١30) من دستور العراق لعام ٢٠٠5[*]. وإن ذلك يقتضي مواءمة التشريعات الصادرة قبل نفاذ الدستور مع أحكامه وإزالة أي إغفال تشريعي مخالف لمبادئه وسموه.

[**]) قرار المحكمة الإتحادية العليا في القضية المرقمة (٨٤ / اتحادية / اعلام / ٢٠١٥) في 2016/6/22 منشور في احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام 2015.

[*]) تنص المادة (130) من دستور العراق لعام 2005 على أن "تبقى التشريعات النافذة معمولاً بها ما لم تلغ أو تعدل وفقاً لأحكام هذا الدستور".

قرار المحكمة الإتحادية العليا الصادر بعدم دستورية النص المشوب بالإغفال التشريعي[**]. القاضي بعدم دستورية المادتين (١١/ أولاً) و (12/ رابعاً) من تعليمات كشف الذمة المالية رقم (2) لسنة ٢٠١٧ التي أصدرها رئيس مجلس الوزراء لتسهيل تنفيذ قانون هيئة النزاهة رقم (٣٠) لسنة 2011 استناداً الى صلاحياته المنصوص عليها في المادة (80 / ثالثاً) من دستور العراق لعام 2005، وقد نصت المادة (١١/ أولاً) من هذه التعليمات بوقف صرف راتب الموظف ومخصصاته في حال عدم تقديمه كشف الذمة المالية، كما نصت المادة (12/ رابعاً) من التعليمات نفسها على إلزام هيئة النزاهة بتحريك الدعوى الجزائية ضد المكلف بالكشف عن الذمة المالية عند تحقق حالة تضارب للمصالح المالية له ولمن ذكروا من أفراد عائلته في المادة المشار اليها. وقد قررت المحكمة الإتحادية العليا الحكم بعدم دستورية النصين في أعلاه؛ لأنها تشكل خرقاً للمادة (٤٧) من الدستور التي تنص على مبدأ الفصل بين السلطات، كما تجد المحكمة أيضا أن إيراد النصين موضوع الطعن في تعليمات صدرت لتسهيل تنفيذ قانون هيئة النزاهة رقم ٣٠ لسنة ٢٠١١ قد تجاوز حدود ومرامي صدور التعليمات؛ لأن قانون النزاهة لم يرد فيه نص يخول هيئة النزاهة بوقف صرف راتب الموظف ومخصصاته في حالة عدم تقديمه استمارة كشف الذمة المالية في المدة المحددة، وهذا يعد صورة من صور حجز الراتب، الذي عدته المحكمة يتعارض مع المبدأ الدستوري (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) استناداً للمادة (19 / ثانياً) من الدستور، وبناء على ذلك فإن ايراد النصين موضوع الطعن في التعليمات يشكل اضافة لقانون النزاهة وهذه الإضافة يجب أن يقوم بها مجلس النواب وليس رئيس الوزراء، كما ان ايراد هذين النصين في التعليمات يخرجها عن دورها المرسوم في المادة (٨٠ / ثالثاً) من الدستور؛ ذلك لأن مهمة التعليمات كاشفة ومفسرة لكيفية تطبيق القانون وليس منشئة لنصوص مضافة إلى القانون موضوعها.

ان هذا القرار يعد من وجهة نظرنا من القرارات المميزة التي تصدت فيها المحكمة الإتحادية العليا لحالة الإغفال التشريعي على مستوى القانون والتعليمات وإن لم يشر القرار صراحةً على الإغفال التشريعي.

قرار المحكمة الإتحادية العليا[*]، في مجال الأحكام المضيفة أو المكملة المعالجة للإغفال التشريعي الناجم عن إغفال المشرع تنظيم مسألة إنهاء جلسة مجلس النواب (المفتوحة) في حال عدم وجود توافق بين الكتل السياسية، إذ قررت المحكمة إلغاء قرار مجلس النواب في جلسته الأولى لسنة ٢٠١٠ بجعل هذه الجلسة (مفتوحة) خلافاً للدستور، بسبب فشل مجلس النواب في انتخاب رئيس له ونائبين وفشل انتخاب رئيس

[**] قرار المحكمة الإتحادية العليا في القضية المرقمة (55/ إتحادية / أعلام / ٢٠١٧) في 2017/6/20، منشور في أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا 2017.

[*] قرار المحكمة الإتحادية العليا في الدعوى المرقمة (٥٦ / إتحادية / ٢٠١٠) المؤرخ في 2010/10/24، أحكام وقرارات المحكمة الإتحادية العليا العام ٢٠١٠، المجلد الثالث ، ٢٠١١ ، ص ٨٩.

الجمهورية الذي يتولى بدوره تكليف مرشح الكتلة النيابية الأكثر عدداً لتشكيل مجلس الوزراء. وقد جاء في حيثيات القرار (.... وتجد المحكمة الإتحادية العليا أن غياب ما تقدم ذكره عن التطبيق وفي المدد المحددة دستورياً وبسبب من القرار الذي اتخذ بجعل الجلسة الأولى لمجلس النواب (مفتوحة) والى زمن غير محدد ودون سند من الدستور فقد شكل خرقاً لأحكامه، وصادر مفهوم الجلسة الأولى ومراميها التي قصدتها المادة (55) منه، وبناء عليه ولعدم دستورية القرار المتخذ يجعل الجلسة الأولى لمجلس النواب في دورته الأولى لسنة ٢٠١٠ (مفتوحة) قررت المحكمة الإتحادية العليا إلغاء هذا القرار ....)

من كل ما تقدم يتبين لنا الدور الكبير للمحكمة الإتحادية العليا في ممارستها للرقابة على ما أغفل المشرع تنظيمه، لدفع المشرع لكي لا يتخلى عن اختصاصه الأساسي في تشريع القوانين وتجنب حصول فراغ قانوني يؤدي إلى الفوضى، فضلاً عن مخالفة قواعد توزيع الإختصاص الدستوري بين السلطات، إذ تسعى المحكمة الإتحادية العليا جاهدة للتوفيق بين السلطة التقديرية للمشرع والحفاظ على سمو الدستور من خلال الرقابة على الإغفال التشريعي.

8. الخاتمة:

في نهاية بحثنا في حدود رقابة القضاء الدستوري على ما أغفل المشرع تنظيمه، وبيان ماهية الإغفال التشريعي وموقف الفقه منه وموقف المحكمة الإتحادية في العراق منه، ومن خلال البحث الموضوعي والتحليل والإستنتاج العلمي توصلنا الى خلاصة لموضوع البحث تتمثل بجملة من الإستنتاجات والتوصيات ندرجها وكما يأتي :

9. الإستنتاجات:

1. يفرض مبدء سمو الدستور على المشرع التزامات ايجابية بالتشريع لحماية موضوعات دستورية ، وذلك بان يكون تنظيمه لها تنظيما كاملا غير منقوص او قاصر عن ان يحيط بها من كافة جوانبها مما يؤدي الى الاخلال بالضمانات الدستورية لها.
2. ان الإغفال التشريعي يتمثل في إخلال المشرع القانوني بقواعد التشريع، مما يظهر معه قاعدة ضمنية مفادها عدم احترام النصوص الدستورية، وهذه القاعدة تمثل مخالفة صارخة لأحكام الدستور، ولا بد أن تثار معها الرقابة على دستورية القوانين.

3. تبنى القضاء الدستوري في العراق المتمثل بالمحكمة الإتحادية العليا الرقابة على الإغفال التشريعي التي لم تكن مؤكدة بنصوص دستورية او قانونية، من خلال استخدام عبارات تدل على أن التنظيم غير الكافي أو القاصر يعد إغفالاً تشريعياً خاضعاً للرقابة الدستورية.

4. إن المحكمة الإتحادية العليا سائرة نحو بلورة نظرية مستقلة لرقابة الإغفال التشريعي، وهذا مستنتج من وسائل المعالجة القضائية لحالات الإغفال التشريعي من خلال القرارات التي أصدرتها، والتي كان لها التأثير الكبير في معالجة مشاكل سياسية هامة، والحفاظ على النظام الديمقراطي.

10. التوصيات :

1. نظراً لمرونة النصوص الدستورية واتساع السلطة التقديرية للمشرع، مما يستلزم معه توسيع المحكمة الإتحادية العليا لسلطتها الرقابية، لتشمل رقابة الإغفال التشريعي على نحو أكثر صرامة، وأكثر تطبيقاً في الموضوعات الواردة في الدستور، وبالخصوص موضوع الحقوق والحريات.

2. ندعو المحكمة الإتحادية العليا الى مباشرة اختصاصها في الرقابة على دستورية القوانين في كل مجالات الرقابة، وان تشخص الخرق وإن كان ناجماً عن إغفال لقواعد شكلية أو موضوعية واردة في الدستور، مع الإشارة الصريحة لمواطن الخلل والقصور في الصياغة التشريعية وفي تنظيم الحقوق والحريات محل الطعن.

3. ندعو المحكمة الإتحادية العليا في رقابتها على ما أغفل المشرع تنظيمه إلى رسم ملامح واضحة ومنهاج ثابت من خلال وضع ضوابط خاصة بتلك الرقابة تعتمد بصورة تدريجية، حتى تستقر بوصفها دليل عمل ومنهاج للمحكمة الإتحادية العليا، وذلك يحتاج إلى تدعيم العمل بموجب تلك الضوابط وترسيخها بموجب أحكام قضائية.

4. نهيب بالمحكمة الاتحادية العليا التي اعملت رقابتها على الإغفال التشريعي للحكم بعدم دستورية بعض النصوص التشريعية وذلك اعلاء لمبدء سمو الدستور وحماية للحقوق والحريات العامة، وان تستخدم مصطلح الإغفال التشريعي صراحتنا باعتباره عيبا من العيوب الدستورية التي توصم التشريعات بعدم الدستورية.

12. المصادر والمراجع

1. د. عبد العزيز محمد سالمان ، الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2021 .

2. د. سمير داود سلمان، الإغفال التشريعي والرقابة عليه في العراق. مكتبة القانون المقارن، الطبعة الأولى، ٢٠١٩.

3. د. عبد العزيز محمد سالمان، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، بحث منشور في مجلة الدستورية في العدد ١٥، السنة السابعة ، ابريل، 2009، ص210، وما بعدها.

4. د. هالة محمد طريح ، حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات العامة والضمانات المقررة لممارستها، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة، ٢٠١١.

5. د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية – مركز رينيه – جان دبري للقانون والتنمية، 2003.

6. د. محمد ماهر أبو العينين ، الإنحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية، ط1 ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٣.

7. د. عبد الرحمن عزاوي، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع ، الإغفال التشريعي نموذجا، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية ، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، نشر أبن خلدون ، العدد ١٠، الجزائر، 2010.

8. د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح، رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ، ٢٠١٦.

9. حيث نصت المادة (14) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ على أن "العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي".

10. د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الثانية ، دار الشروق، ٢٠٠٠ .

11. د. صبيح وجوح حسين الصباح، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في تفسير نصوص الدستور، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه، جامعة بابل ، ٢٠١٧ .

12. د. ايناس كمال كامل، حدود وضوابط السلطة التقديرية للمشرع وأسس الرقابة عليها، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2016.

13. د. ايناس كمال كامل، حدود وضوابط السلطة التقديرية للمشرع وأسس الرقابة عليها، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2016.

14. د. عفيفي كامل عفيفي، الانتخابات النيابية وضماناتها الدستورية والقانونية، دراسة مقارنة، دار الجامعيين، مصر، 2002.

15. د. شادي محمد صلاح عبد البديع ، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، 2018.

16. د. جواهر عادل العبد الرحمن، الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.

17. د. عمار رحيم الكناني، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في بناء دولة المؤسسات، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، 2021.

18. د. عبد الرحمن عزاوي، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع، الإغفال التشريعي نموذجاً، مصدر سابق، ص 10 وما بعدها.

19. د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح، رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع، مصدر سابق، ص449 وما بعدها .

20. د. عبير حسين السيد حسين، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.

21. د. محمد عماد النجار، في القضاء بعدم دستورية الإغفال التشريعي - قضاء عدم الدستورية الشرطي، مجلة الدستورية، العدد ١٧، لسنة ٨ ، ابريل، ٢٠١٠ .

22. د. عبد العزيز محمد سالمان، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، مجلة الدستورية، العدد ١٥ لسنة ٧ ، ابريل، 2009.

23. د. عصام سعيد عبد أحمد، الرقابة على دستورية القوانين، الطبعة الاولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠١٣، ص202 وما بعدها.

24. اذ نصت المادة (٤٧) من الدستور على ان "تتكون السلطات الإتحادية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية تمارس اختصاصاتها ومهماتها على اساس مبدأ الفصل بين السلطات".

25. د. أحمد جمال الدين حمدي، آفاق الرقابة السابقة على دستورية القوانين في مصر، رسالة دكتوراه، جامعة بنها، ٢٠١٣، ص220 وما بعدها.

26. د. أيناس كمال كامل ، حدود وضوابط السلطة التقديرية للمشرع واسس الرقابة عليها، مصدر سابق.

27. د. عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع - دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2010 .

28. د. يسري محمد العطار، دور الإعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

29. د. سرى حارث عبد الكريم الشاوي، آثار الإغفال التشريعي ورقابة المحكمة الإتحادية العليا، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، المركز العربي للنشر، 2020.

30. د. غازي فيصل مهدي، المحكمة الإتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية - موسوعة القوانين العراقية - الطبعة الأولى، بغداد، ٢٠٠٨.

31. د. سمير داود سلمان، الإغفال التشريعي والرقابة القضائية عليه في العراق، مكتبة القانون المقارن، الطبعة الاولى، العراق- بغداد، ٢٠١٩.

32. قرار المحكمة الإتحادية العليا في القضية المرقمة (20/ اتحادية / ٢٠١٢) في 2012/5/12 منشور في أحكام وقرارات المحكمة الإتحادية العليا لعام ٢٠١٢.

33. قرار المحكمة الإتحادية العليا في القضية المرقمة (٨٤ / اتحادية / اعلام / ٢٠١٥) في 2016/6/22 منشور في احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام 2015.

34. تنص المادة (130) من دستور العراق لعام 2005 على أن "تبقى التشريعات النافذة معمولاً بها ما لم تلغ أو تعدل وفقاً لأحكام هذا الدستور".

35. قرار المحكمة الإتحادية العليا في القضية المرقمة (55/ إتحادية / أعلام / ٢٠١٧) في 2017/6/20، منشور في أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا 2017.

36. قرار المحكمة الإتحادية العليا في الدعوى المرقمة (٥٦ / إتحادية / ٢٠١٠) المؤرخ في 2010/10/24، أحكام وقرارات المحكمة الإتحادية العليا العام ٢٠١٠، المجلد الثالث ، ٢٠١١ .

12. Sources and references

1. d. Abdul Aziz Muhammad Salman, Judicial Oversight of the Shortcomings of Legislative Regulation, The National Center for Legal Publications, first edition, 2021.

2. d. Samir Dawood Salman, Legislative omission and oversight in Iraq. Comparative Law Library, first edition, 2019.

3. d. Abdul Aziz Muhammad Salman, Controlling Omission in the Constitutional Judiciary, a research published in the Constitutional Journal in Issue 15, Year 7, April, 2009, p. 210, and beyond.

4. d. Hala Mohamed Tareeh, Limits of the Authority of the Egyptian Legislator in Regulating Public Rights and Freedoms and the Guarantees for Their Exercise, Ph.D. Thesis, Cairo University, 2011.

5. d. Awad Al-Murr, Judicial Oversight of the Constitutionality of Laws in Its Main Features - Rene-Jean Debre Center for Law and Development, 2003.

6. d. Muhammad Maher Abul-Enein, Legislative Deviation and Oversight of Its Constitutionality, An Applied Study, 1st Edition, The National Center for Legal Publications, Cairo, 2013.

7. d. Abdel Rahman Azzawi, Monitoring the Legislator's Negative Behavior, Legislative Omission as a Model, Journal of Legal, Administrative and Political Sciences, Abu Bakr Belkaid University of Tlemcen, Ibn Khaldun Publishing, Issue 10, Algeria, 2010.

8. d. Youssef Abdel Mohsen Abdel Fattah, Supervision of the Supreme Constitutional Court on the discretionary power of the legislator, Ph.D. thesis, Cairo University, 2016.

9. Article (14) of the Iraqi Constitution of 2005 stipulates that “Iraqis are equal before the law without discrimination because of gender, race, nationality, origin, color, religion, sect, belief, opinion, or economic or social status.”

10. d. Ahmed Fathi Sorour, Constitutional Protection of Rights and Freedoms, second edition, Dar Al-Shorouk, 2000.

11. d. Sobeih and Jouh Hussein Al-Sabah, The jurisdiction of the Federal Supreme Court in interpreting the provisions of the constitution, a comparative study, PhD thesis, University of Babylon, 2017.

12. d. Enas Kamal Kamel, Limits and Controls of the Legislator's Discretionary Authority and the Principles of Oversight Over It, Ph.D. Thesis, Cairo University, 2016.

13. d. Enas Kamal Kamel, Limits and Controls of the Legislator's Discretionary Authority and the Principles of Oversight Over It, Ph.D. Thesis, Cairo University, 2016.

14. d. Afifi Kamel Afifi, Parliamentary elections and their constitutional and legal guarantees, a comparative study, University House, Egypt, 2002.

15. d. Shady Mohamed Salah Abdel-Badie, The Limits of the Constitutional Judge’s Oversight of the Legislator’s Discretionary Power, Ph.D. Thesis, Zagazig University, 2018.

16. d. Jawaher Adel Al-Abd Al-Rahman, Constitutional Control over Legislative Omission, A Comparative Study, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 2016.

17. d. Ammar Rahim Al-Kinani, The Federal Supreme Court and its role in building a state of institutions, a comparative study, first edition, 2021.

18. d. Abdul Rahman Azzawi, Monitoring the Legislator's Negative Behavior, Legislative Omission as a Model, previous source, p. 10 et seq.

19. d. Youssef Abdel-Mohsen Abdel-Fattah, Supervision of the Supreme Constitutional Court on the discretionary power of the legislator, previous source, pg. 449 et seq.

20. d. Abeer Hussein Al-Sayed Hussein, The role of the constitutional judge in controlling the discretionary power of the legislator, a comparative study, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 2009.

21. d. Muhammad Emad Al-Najjar, On the Judgment of the Unconstitutionality of Legislative Omission - The Judgment of Conditional Unconstitutionality, Constitutional Magazine, Issue 17, for the year 8, April, 2010.

22. d. Abdul Aziz Muhammad Salman, Controlling Omission in the Constitutional Judiciary, Constitutional Journal, Issue 15 of 7, April, 2009.

23. d. Essam Saeed Abd Ahmed, Monitoring the Constitutionality of Laws, first edition, Modern Book Foundation, 2013, pg. 202 et seq.

24. Article (47) of the Constitution stipulates that “the federal authorities consist of the legislative, executive and judicial authorities that exercise their powers and tasks on the basis of the principle of separation of powers.”

25. d. Ahmed Gamal El-Din Hamdy, Horizons of Previous Oversight of the Constitutional Laws in Egypt, Ph.D. Thesis, Benha University, 2013, pg. 220 et seq.

26. d. Enas Kamal Kamel, the limits and controls of the discretionary power of the legislator and the foundations of oversight over it, previous source.

27. d. Abdul Majeed Ibrahim Selim, The Discretionary Authority of the Legislator - A Comparative Study, New University House, Cairo, 2010.

28. d. Yousri Muhammad Al-Attar, The Role of Practical Considerations in the Constitutional Judiciary, A Comparative Study, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1999.

29. d. Sari Harith Abdel Karim Al-Shawi, The Effects of Legislative Omission and Oversight of the Federal Supreme Court, A Comparative Study, First Edition, The Arab Center for Publishing, 2020.

30. d. Ghazi Faisal Mahdi, The Federal Supreme Court and its role in ensuring the principle of legality - Encyclopedia of Iraqi Laws - First Edition, Baghdad, 2008.

31. d. Samir Daoud Salman, Legislative Omission and Judicial Oversight in Iraq, Comparative Law Library, First Edition, Iraq - Baghdad, 2019.

32. The decision of the Federal Supreme Court in Case No. (20 / Federal / 2012) on 12/5/2012 published in the provisions and decisions of the Federal Supreme Court for the year 2012.

33. The decision of the Federal Supreme Court in Case No. (84 / Federal / Media / 2015) on 6/22/2016 published in the rulings and decisions of the Federal Supreme Court for the year 2015.

34. Article (130) of the Iraqi Constitution of 2005 stipulates that “the legislation in force remains in force unless it is canceled or amended in accordance with the provisions of this constitution.”

35. The decision of the Federal Supreme Court in case No. (55 / federal / flags / 2017) on 6/20/2017, published in the rulings and decisions of the Federal Supreme Court 2017.

36. The decision of the Federal Supreme Court in Case No. (56 / Federal / 2010) dated 10/24/2010, Provisions and Decisions of the Federal Supreme Court for the year 2010, Volume Three, 2011.