

اثر الإغفال التشريعي في مبدأ سمو الدستور (دراسة مقارنة)

The Effect of legislative omission on the Principle of the Primacy of constitution (comparative study)

م.م فراس الحميري^(١) Assist. Lect. Firas AL-Himyari

الملخص

يعد مصطلح الاغفال التشريعي من المصطلحات الحديثة نسبياً التي لم يتسن بعد للفقهاء التعرض له بالقدر الكافي للاتفاق على تحديد معناه أو مضمونه رغم مواجهة القضاء الدستوري له، فالإغفال التشريعي يتحقق إذا أغفل المشرع بمناسبة تنظيمه لموضوع من الموضوعات الواردة بالدستور أحد جوانبه مما قد يؤدي إلى الحد من فعالية الموضوع محل التنظيم من ناحية، ومخالفة أحد أو بعض النصوص الدستورية من ناحية أخرى. وتفصيل ذلك أنه إذا تدخل المشرع ونفاذاً لحكم الدستور بتنظيم موضوع معين من موضوعاته فإن تدخله يجب أن يكون متكامل الجوانب مفعلاً لكافة الضمانات الدستورية لهذا الموضوع بحيث إذا أغفل المشرع جانباً من جوانبه الذي لا يكتمل التنظيم إلا به فإن ذلك من شأنه أن يقلل من الضمانات الدستورية لهذا الموضوع ويكون مخالفاً للدستور.

Abstract

The term "legislative omission" is one of the relatively recent terms that jurisprudence has not been able to touch sufficiently to agree on defining its meaning or content despite the constitutional judiciary facing it. Legislative omission is achieved if the legislator, on the occasion of his regulation of one of the topics mentioned in the constitution, neglects one of its aspects, which may lead to the limitation of The effectiveness of the subject matter of

١- كلية القانون/ جامعة أهل البيت-الإسلام.-

regulation on the one hand, and the violation of one or some of the constitutional texts on the other hand. The detail of this is that if the legislator intervenes, in implementation of the rule of the constitution, to organize a specific subject of its subjects, then his intervention must be integrated in its aspects, activating all the constitutional guarantees for this subject, so that if the legislator neglects one of its aspects that the organization is not complete without it, this would reduce the constitutional guarantees of this. The matter is unconstitutional.

المقدمة

أولاً: موضوع البحث

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

ثانياً: أهمية موضوع البحث

تكمن أهمية البحث من خلال أن فكرة الرقابة على الإغفال التشريعي تتفق مع فكرة الدولة القانونية التي تكفل خضوع جميع السلطات العامة في الدولة للقانون، فقبل تبني النظم القانونية والقضائية لهذه الرقابة كان الإغفال أو السكوت التشريعي وحده هو الذي يتمتع بالحصانة ضد رقابة القضاء في حين أن القانون كفل التصدي للإغفال أو السكوت المتعلق بكل من السلطين التنفيذية والقضائية.

ثالثاً: إشكالية البحث

تتمحور إشكالية البحث حول معرفة ما هو الأساس الذي يستند اليه القضاء الدستوري في ممارسة رقابته على الإغفال التشريعي؟

رابعاً: منهجية البحث

سنعتمد في دراسة بحثنا هذا على المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص الدستورية التي اخذت بفكرة الرقابة على الإغفال التشريعي فضلاً عن تحليل النصوص التشريعية، مع سلوك المنهج المقارن في كل من العراق وفرنسا.

خامساً: خطة البحث

ارتأينا تقسيم خطة البحث على مبحثين، خصص المبحث الأول لبيان ماهية الاغفال التشريعي وهو مقسم على مطلبين، تناول المطلب الأول تعريف الاغفال التشريعي، في حين تناول المطلب الثاني تمييز الاغفال التشريعي من المفاهيم المقاربة، إما المبحث الثاني فقد تم تخصيصه لبيان مبدأ سمو الدستور كأساس لرقابة القضاء الدستوري على الاغفال التشريعي وهو مقسم أيضاً على مطلبين، تم تخصيص المطلب الأول لبيان الإغفال التشريعي المخالف لمبدأ سمو الموضوعي، وخصص المطلب الثاني لبيان الإغفال التشريعي المخالف لمبدأ سمو الشكلي.

المبحث الأول: ماهية الإغفال التشريعي

بالنظر لحداثة فكرة الإغفال التشريعي كأحد أوجه عدم الدستورية، واعتمادها في الظهور على اجتهادات الفقه الدستوري، فلم يتفق الفقه على تحديد معناها ومضمونها، وإنما تعددت هذه التعريفات على الصعيد الفقهي والقضائي.

المطلب الأول: تعريف الإغفال التشريعي

لبيان تعريف الإغفال التشريعي يتطلب منا تقسيم هذا المطلب على فرعين نخصص الاول لبيان التعريف اللغوي للإغفال التشريعي، والثاني لبيان التعريف الاصطلاحي وفق التفصيل الآتي:

الفرع الأول: التعريف اللغوي للإغفال التشريعي

إنَّ مصطلح الاغفال التشريعي يتألف من كلمتين وهذا يقتضي تحديد معنى المفردات من الناحية اللغوية، فالإغفال لغة من (عَفَلَ) عن الشيء أي تركه و(تغافل) عنه و (تَغَفَلُ) اهتبل غفلته. وترجع كلمة اغفال في اللغة (اسم) إلى لمة أُغْفَلُ، أُغْفَلُ: (فعل)، أُغْفِلَ واجباته: غفل عنها، أهملها وتركها من غير نسيان، أُغْفِلَ بعض التفاصيل، أُغْفِلَ صفحات من الكتاب: تركها دون تنقيط، مبهمة، أُغْفِلَ صاحبه، اعتده غافلاً، أُغْلِفَ عن هدفه: جعله يغفل عنه: ختم الله على قلبه وجعله غافلاً عن الحقائق، أُغْفِلَ المدير عن تأخره عن العمل: جعله يغفل عنه أو ينساه^(٢).

أما كلمة تشريع: (اسم) ترجع إلى كلمة شرع، تشريعي، اسم منسوب إلى تشريع متعلق بسن القوانين، السلطة التشريعية: مجلس النواب، البرلمان؛ الهيئة الخاصة المكونة من مجموعة الاشخاص المنتخبين رسمياً، مهمتهم وضع القوانين، أو تعديلها لدولة أو ولاية الانتخابات التشريعية، الدورة التشريعية: مدة انعقاد المجلس النيابي خلال السنة وتكون عادية أو استثنائية^(٣).

٢- سفر بن عبد الرحمن الحوالي، المعجم الوجيز، ط١، دار الصفوة للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٧، ص٢٧٢.
٣- د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات العامة، ط١، دار الشروق، القاهرة، ١٩٩٩، ص٢٠٢.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للإغفال التشريعي

إن فقهاء القانون الدستوري حاولوا تحديد معنى مصطلح الإغفال التشريعي فذهب البعض منهم الى انه (هو الإغفال النسبي للمشرع في معالجة موضوع معين خلافاً للدستور قد يمس الضمانات القانونية التي يجب التمتع بها فضلاً عن الإخلال بمبدأ المساواة) (٤).

فانطلاقاً من هذا التعريف نجد انه قد اعتبر الاغفال التشريعي مخالفة موضوعية من خلال وصف الاغفال التشريعي على انه اغفال نسبي للمشرع الا انه ينبغي ان يكون التعريف موضحاً ومحدداً معنى الكلمة أو العبارة المعرفة (٥).

وهناك من عرفه بأنه "قيام البرلمان بتنظيم مسألة أو مسائل معينة بصورة منقوصة يمكن أن يترتب عليها فراغ تشريعي لا يتماشى مع التزام البرلمان بضرورة ممارسة اختصاصه التشريعي على الوجه المبين بالدستور" (٦).

و يتضح لنا من هذا التعريف أنه قد اعتبر الاغفال التشريعي اي تنظيم السلطة التشريعية لمسألة أو مسائل معينة بصورة منقوصة صورة من صور عدم الاختصاص السلي للمشرع الى جانب تحلى او تنازل السلطة التشريعية عن اختصاصاتها التشريعية بصدد مسألة أو مسائل معينة غيرها من السلطات.

ويعرف البعض الاخر الإغفال التشريعي بأنه "تنظيم المشرع لأحد الموضوعات تنظيماً قاصراً وغير متكامل بأن أغفل أحد جوانب الموضوع على النحو الذي يؤدي إلى عدم الإحاطة بالموضوع محل التنظيم وعدم تفعيل احد النصوص الدستورية" (٧).

وما يمكن ملاحظته على هذا التعريف انه قد قصر نتيجة الإغفال التشريعي على عدم تفعيل النص الدستوري ولم يشر صراحة إلى أن نتيجة الإغفال هي مخالفة الدستور باعتبار أن الإغفال يؤدي الى مخالفة دستورية سواء أدت الى عدم تفعيل النص ام لا، وان التنظيم القاصر بحد ذاته يعد مخالفاً للدستور (٨).

وعرفه "دومينييك روسو" بأنه "نكول سلطة التشريع عن ممارسة اختصاصاتها سواء بعدم ممارستها بصورة كلية او التهرب منها لتباشره السلطة التنفيذية بدلاً منها" (٩).

إذ يتضح من خلال هذا التعريف ان الاغفال التشريعي يتخذ صورتين وهو اما ان يكون تاماً وذلك بالإغفال عن ممارسة الوظيفة التشريعية بصورة كلية مما يولد فراغاً تشريعياً، أو جزئياً في نطاق معين، بمعنى ان السلطة التشريعية باشرت اختصاصها ولكن بشكل منقوص.

٤- د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

٥- صبيح ووح، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في تفسير نصوص الدستور (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، ٢٠١٧، ص ٢٣٨.

٦- د. عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلي للمشرع (دراسة مقارنة)، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ١٥٩.

٧- جواهر عادل العبد الرحمن، الرقابة الدستورية على الاغفال التشريعي (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص ٢٢.

٨- د. عبد الفتاح عبد الرزاق و محمد عبد الكريم شريف، الرقابة القضائية على الامتناع التشريعي (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة زانست العلمية، تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية، اربيل، كوردستان العراق، المجلد (٣)، العدد (٣)، ٢٠١٨، ص ٢٠٩.

٩- د. طيبة جواد حمد، المسؤولية الدولية عن الامتناع التشريعي، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العدد الثاني، السنة الثانية عشر، ٢٠٢٠، ص ٢٣٩.

وعرف كذلك بأنه "قيام المشرع باتخاذ موقف سلبي بعدم استنفاد اختصاصه التشريعي الدستوري، وعدم ممارسته له كلياً أو جزئياً في حالات معينة أو لأسباب معينة"^(١٠).

ويتضح لنا من هذا التعريف انه يشتمل على الامتناع والاغفال، ففي حالة الامتناع فإن المشرع يمتنع عن ممارسة اختصاصه التشريعي عن تنظيم التشريع، أما حالة الاغفال الجزئي فإن المشرع ينظم التشريع، إلا أنه يكون معيباً بعبء يصيبه وتمثل بعدم المعالجة التشريعية الكاملة للحالة محل التنظيم، فيكون التشريع قد أغفل جزئياً عن معالجتها، وهي تفتقر عن حالة الغياب التام للقاعدة القانونية سواء أكانت تلك القاعدة في القانون العادي أم في القانون الاساسي.

في حين نجد ان بعض الكتاب قد اشار إلى (الامتناع أو الإغفال التشريعي) على أنهما مصطلحان مترادفان يؤديان النتيجة نفسها وهي مخالفة الدستور والاخلال بالضمانات التي كفلها الدستور^(١١).

ولكن ما يمكن ملاحظته على ذلك أن الامتناع يكون ناجماً عن سلوك سلبي للمشرع عن مباشرة اختصاصه، بينما الإغفال ناجم عن سلوك ايجابي يتمثل بقيام المشرع بتنظيم مسألة أو موضوع ورد في الوثيقة الدستورية إلا أن هذا التنظيم جاء قاصراً.

وقد ذهب بعض الفقه إلى "تحديد مفهوم الاغفال التشريعي الذي تنصب عليه رقابة الاغفال بما سكت عنه أو أغفله المشرع بمناسبة تنظيمه لموضوع من الموضوعات الواردة في الوثيقة الدستورية فالمشرع بصدده تنظيم موضوع معين أغفل تنظيم أحد جوانبه مما يؤدي إلى الحد من فعالية الموضوع محل التنظيم من ناحية وعدم تفعيل أو تكريس النص الدستوري من ناحية أخرى"^(١٢).

وما يمكن ملاحظته على هذا التعريف أنه قد عرف الاغفال بالإغفال وما سكت عنه المشرع وكان من الأوفق لو أوضح ما المقصود بالإغفال هل هو بمعنى الغفلة بما فات على المشرع ذكره أم لتعمد المشرع تركه أو تنظيمه بطريقة منقوصة ليستقيم التعريف في الدلالة على معناه؟

بينما يرى بعض الفقهاء ان موضوع الرقابة على الاغفال التشريعي يتمثل بوجود قاعدة قانونية ضمنية مخالفة لنص من نصوص الدستور، اي ان انصار هذا الاتجاه يقولون إنَّ السكوت أو الإغفال التشريعي ليس في ذاته هو موضوع الرقابة، وإنما الاثار المترتبة عن هذا السكوت من وجود قاعدة قانونية ضمنية مخالفة للدستور^(١٣).

ومما تقدم يمكن القول، ان جميع التعريفات التي تم ذكرها وان اختلفت في الصياغة إلا انها اجمعت على اعتبار التنظيم القاصر أو القصور في التشريع أغفالا تشريعيا مخالفا للدستور وانطلاقاً من ذلك يمكننا تعريف الاغفال التشريعي بأنه "قيام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات الواردة بالدستور على نحو

١٠- د. عزايي عبد الرحمن، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع (الإغفال التشريعي نموذجاً)، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد ١٠ لسنة ٢٠١٠، ص ٨٨.

١١- عبد المجيد ابراهيم، سليم، السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الرقازيق، ٢٠٠٩، ص ٣١٤.

١٢- د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه، جان دوبي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣، ص ١٤٦.

١٣- د. عبير حسين السيد حسين، دور القضاء الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٣٨٣.

منقوص وقاصر لا يحيط به من كافة جوانبه التي لا يكتمل التنظيم إلا بها مما يؤدي إلى عدم الإحاطة بالموضوع محل التنظيم ومخالفة أحد أو بعض نصوص الدستور". فقد جمعنا في هذا التعريف، عناصر فكرة الإغفال التشريعي، والتي تتلخص من وجهة نظرنا في أمرين رئيسيين، الأول يتمثل بالتنظيم القاصر من قبل المشرع لموضوع من الموضوعات الواردة بالدستور، والثاني يتعلق بمخالفة هذا التنظيم القاصر لنص أو أكثر من نصوص الدستور.

المطلب الثاني: تمييز الإغفال التشريعي من المفاهيم المقاربة

تقوم فكرة الإغفال التشريعي على إغفال المشرع عن ممارسة اختصاصه المحدد في الدستور وهو التشريع، في إطار مبدأ الانفراد التشريعي بصورتيه المطلق (الكلي) والنسبي (الجزئي)، بمعنى ان البرلمان يتخذ موقفا سلبيا تجاه اختصاصه الدستوري، وبالرغم من ذلك نجد ان هناك تشابهاً واختلافاً بين الإغفال التشريعي وغيره من السلوكيات التي قد يتخذها المشرع خاصة منها فكرة السكوت التشريعي، وعدم الاختصاص السليبي للمشرع:

الفرع الأول: الإغفال التشريعي والسكوت التشريعي

إن جانبنا من الفقه الدستوري قد عرف السكوت التشريعي بأنه "امساك المشرع عن التشريع في شأن معين وهو يعد مما يترخص فيه، ولذا يعد من الملائمات التي يستقل وحده بتقديرها"^(١٤). في حين عرفه جانب آخر من الفقه بأنه "السكوت عن تنظيم مسألة ما أو عدم التدخل بالتشريع في موضوع معين"^(١٥).

وما يمكن ملاحظته على كل من الإغفال التشريعي والسكوت التشريعي انهما يشتركان بعدم وجود تشريع من حيث الأصل، الا انه يمكن ايجاد الفارق بينهما بحسب طبيعة الاختلاف، لذا فان للمشرع العادي سمة يمتاز بها عند سكوت خطاب النص الدستوري من تحديد ميعاد معين لمعالجة حالة معينة بالذات أو بتحديد الالية اللازمة بتنظيمها، أو أن تنتفي المعايير الدالة على التأكيد بتنظيم التشريع كأن ينتفي ذكر العبارات في مضمون النص (بقانون، أو وفق نظام قانوني)^(١٦)، إذ تبرز السلطة التقديرية للمشرع والتي تعد من أخص سماتها، فتقرير الحاجة إلى التشريع، ومن ثم، التدخل لتنظيم الموضوع محل هذا التشريع، أو عدم الحاجة اليه، ومن ثم، فإن السكوت عن هذا التنظيم يعد من أهم خصائص السلطة التقديرية للمشرع، فيمارس التشريع دون رقابة من القاضي الدستوري^(١٧).

إما فيما يتعلق بأوجه الخلاف ما بين الإغفال التشريعي والسكوت التشريعي فهي تكمن من خلال ما يلي^(١٨):

١٤- د. محمد باهي ابو يونس، اصول القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٧، ص ٣٣٥.
١٥- د. عبد العزيز محمد سلمان، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، المجلة الدستورية الصادرة من المحكمة العليا المصرية، العدد ١٥، السنة الثامنة، ابريل ٢٠٠٩، ص ٦٦.
١٦- محمد عبد اللطيف، القضاء الدستوري في فرنسا في خمس سنوات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٣٠.
١٧- د. محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص ٣٣٦.
١٨- د. جابر محمد صبحي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٤٠١.

فمن ناحية نجد أن الإغفال التشريعي تكمن فيه إرادة المشرع عن الإمساك عن التشريع في مسألة عهد اليه الدستور بتنظيمها، فهو يختلف عن السكوت التشريعي من خلال ناحيتين، الأولى تتمثل بعدم قيام المشرع بسن القانون الذي أوجب عليه الدستور صدوره. إما الثانية فهي تتمثل بانصراف إرادة المشرع إلى عدم إصدار هذا التشريع، وهو ما يكون حاصلة أن الأغفال التشريعي هو إمساك المشرع عن سن تشريع كان يجب عليه سنه دستوريا. ومن ناحية أخرى يتضح لنا ان مسلك المشرع بصدد السكوت التشريعي يعد مسلكا إراديا بحسب الأصل، بينما مسلك المشرع بصدد الإغفال التشريعي هو بحسب الأصل غير إرادي.

اضافة الى ذلك نجد أن الاغفال التشريعي يختلف عن السكوت التشريعي من حيث مدى الخضوع للرقابة الدستورية من قبل القضاء، فالأغفال التشريعي يخضع لرقابة القضاء الدستوري ويعد أساسه في مبدأ سمو الدستور والذي يعني علو القواعد الدستورية على غيرها من القواعد القانونية المطبقة في الدولة، إما السكوت التشريعي أو ما يسميه الفقه بالأغفال الكلي ليس مدعاة لرقابة المشرع من قبل القضاء الدستوري إذ لا توجد صلة بين الحاجة الى التشريع وبين دستوريته^(١٩).

ومما تقدم يمكن القول إنَّ امتداد الرقابة على السكوت التشريعي تعني حلول القاضي الدستوري محل السلطة التشريعية في تقدير كثير من الامور من بينها مدى الحاجة الى التشريع، وضرورة واهمية هذا التشريع، وتقدير الظروف الملائمة لصدور التشريع، إذ تعد هذه الامور هي من ابرز سمات السلطة التقديرية وخصها للمشرع فضلا عن ذلك أن تنظيم موضوع ما ومدى الحاجة إلى وجود التشريع أمر تختص به السلطة التشريعية وفقا للملائمات التي تراها، فهي التي تقدر متى تتدخل لوضع تشريع معين ومتى لا تتدخل، فإذا قعد المشرع عن أن يتناول مسألة ما بالتنظيم فإنه لا يجوز حمله على التدخل كأصل مالم يكن الدستور قد أوجب عليه التدخل وحدد له وقت تدخله وهو امر لا يحدث كثيرا^(٢٠).

الفرع الثاني: الاغفال التشريعي والقصور التشريعي

إنَّ فكرة الاغفال التشريعي والقصور التشريعي تتعلق باتخاذ المشرع موقفا سلبيا من اختصاصه الدستوري، فالمشرع ولأسباب معينة قد لا يمارس هذا الاختصاص الممنوح له بموجب الدستور، سواء كان بصورة جزئية أو كلية، إذ يفسر هذا الامتناع عن ممارسة الاختصاص، إما في صورة التخلي الكلي، وعدم معالجة مسألة ما رغم أنها تدخل في اختصاصه الأصلي، أو انه نظمها بصورة جزئية، كما قد يتنازل عن اختصاصه لسلطة اخرى وذلك باستعمال طرق يظهر فيها انه يمارس اختصاصه، وذلك بوجود تشريع معين ملموس إلا أنه يستعمل أساليب التنازل الضمني لاختصاصه للسلطة التنفيذية، إما بتفويض اختصاصه التشريعي أو التوسع في الإحالة إلى سلطة التنظيم، أو الإفراط في العمومية^(٢١).

١٩- د. ثروت عبد العال، حدود رقابة المشروعية والملائمة في قضاء الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٢٤.

٢٠- د. هالة محمد طريح، حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات العامة والضمانات المقررة لممارستها، دار النهضة

العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٢٥٧.

٢١- د. عزاوي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ٨٧.

وتقوم فكرة القصور التشريعي على أساس عدم كفاية النص القانوني الموجود لمعالجة وتغطية الموضوع أو المسألة محل التنظيم التشريعي بشكل جيد من ناحية فن الصياغة القانونية، إذ يختلف الإغفال التشريعي عن القصور التشريعي، بوساطة أن التشريع لم يصدر أصلا في حالة الإغفال التشريعي، فهو ناتج عن إحجام أو امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي، فالمشرع العادي لم يعالج اصلا وضع معين يتوجب عليه تنظيمه، مما أوقعه في حومة المخالفة الدستورية لمبدأ الاختصاص التشريعي باعتبار أن التشريع يعد من صلب اختصاصه الذي من غير الممكن ان تتجاهله^(٢٢).

إما القصور التشريعي فهو يتمثل بحالة أن المشرع وهو بصدد تنظيم موضوع معين قد اغفل عن تنظيم احد جوانبه مما قد يؤدي الى الحد من فعالية الموضوع محل التنظيم من ناحية، وعدم تفعيل أو تكريس النص الدستوري من ناحية اخرى^(٢٣).

وبذلك نجد أن المشرع قد مارس اختصاصه بشكل ايجابي، الا انه نظم التشريع بحالة من القصور وذلك بإغفاله عن تنظيم بعض الجوانب المهمة عند تنظيم التشريع وإصداره، ومن ثم ايجز للقاضي الدستوري أن يراقبه بصورة مباشرة الاغفال التشريعي الجزئي الذي نظمه القانون وأغفل في جزئية منه تلك المعالجة، اي ان التنظيم التشريعي جاء قاصرا عن الامام بما يجب تنظيمه للمعالجة الكلية للتشريع^(٢٤).

ومما تقدم يمكن القول إنَّ معيار التمييز بين الاغفال التشريعي والقصور التشريعي يكمن في ان الاغفال التشريعي يتمثل بالسلوك السلبي للمشرع، إما القصور التشريعي فهو يتعلق بالسلوك الايجابي يتجسد في قانون ملموس ينظم مسألة معينة ولكن بصورة منقوصة.

المبحث الثاني: مبدأ سمو الدستور كأساس لرقابة القضاء الدستوري على الاغفال التشريعي

إنَّ الرقابة على الإغفال التشريعي تجذ اساسها في حماية الدستور بعدّه القاعدة الأعلى التي يجب احترامها من جانب السلطات التي انشأها الدستور، فهي تهدف إلى رد المخالفة الدستورية الناجمة عنه، ولذلك ربط الفقه بين سمو الدستور والطبيعة الامرة لقواعده وبين الرقابة على الإغفال التشريعي، ومن ثم، فلا يختلف اساس الرقابة على الإغفال التشريعي واحكامه بالتالي عن ممارسة اختصاصاته عن اساس الرقابة على دستورية القوانين في مفهومها العام، وهو خضوع القانون الذي تسنه السلطة التشريعية للدستور انطلاقا من سمو هذا الاخير والطبيعة الامرة التي تتسم بها قواعده^(٢٥).

وفي ضوء ما تقدم سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الأول الإغفال التشريعي المخالف للسمو الموضوعي للدستور، ونخصص الثاني لبيان الإغفال التشريعي المخالف للسمو الشكلي للدستور وفق التفصيل الآتي:

٢٢- د. هادي محمد عبد الله، التوازن بين السلطات والحدود الدستورية بينهما (دراسة مقارنة)، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٥، ص٢٤٨.

٢٣- د. عوض المر، مرجع سابق، ص١٤١٦.

٢٤- محمد فوزي النويحي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص١٠٣.

٢٥- علي السيد علي ألباز: الرقابة على دستورية القوانين في مصر مع المقارنة في الأنظمة الدستورية الأجنبية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٨، ص١٢٥.

المطلب الأول: الإغفال التشريعي المخالف للسمو الموضوعي للدستور

إنَّ مخالفة قواعد الدستور من الناحية الموضوعية قد تأخذ صورة سلبية، ويكمن ذلك في أن يغفل المشرع تنظيم أحد جوانب الموضوع محل التدخل التشريعي بحيث يترتب على سكوتة هذا عدم اكمال الاحكام الواردة بالنص التشريعي على النحو الذي يجعلها تتوافق مع احكام الدستور، مما ينتج عنه وجود حالة من الفراغ التشريعي الجزئي^(٢٦)، فالمفترض في هذه الحالة أن المشرع قد تدخل لممارسة اختصاصه الدستوري بنفسه، ولكن بدلاً من أن يثمر تدخله هذا في معالجة الموضوع محل التنظيم بصورة متكاملة تحيط بكافة جوانبه وتضمن تحقيق اهداف الدستور ومقاصده، اسفر تدخله وكتيئة لقصور المعالجة التشريعية وإغفال تنظيم بعض جوانب الموضوع عن تشوية النص الدستوري وعدم تحقيق إرادته بصورة كاملة، بحيث يترتب على ذلك مخالفة ضمنية للدستور، ومن ثم تنصب الرقابة القضائية على السكوت التشريعي أو الإغفال المنشئ لقاعدة قانونية ضمنية مخالفة للدستور^(٢٧).

فضلاً عن ذلك نجد أن القاضي الدستوري يحرص على تأكيد سمو الموضوعي للدستور من خلال عدِّ القانون الخاضع لرقابته يتطابق بصورة كاملة مع الدستور والا اصبح القانون بخلاف ذلك غير دستوري، إذ نجد أن القاضي الدستوري يطبق هذا المبدأ بصورة ضيقة وخاصة اذا كان القانون الخاضع لرقابته يمس الحقوق والحريات الاساسية، ومن ثم فان اتجاه القاضي الدستوري فيما يتعلق بالسمو الموضوعي يقتضي ان تأتي النصوص التشريعية مطابقة تماما لنصوص الدستور أو قد يقتصر على محل التنظيم^(٢٨)، لذلك فان المشرع الدستوري يحرص على ان تنظم النصوص القانونية وتشرع من قبل السلطة التشريعية ولا يجوز لها ان تتخلى عنها الى سلطات اخرى الا في حدود ضيقة جداً، لأنها لا تعد امتيازاً شخصياً لها وانما هي واجب دستوري، باعتبار ان السلطة التشريعية هي التي اوكل لها الدستور حماية هذه الحقوق وتلك الحريات^(٢٩)، ومن اهم مظاهر سمو الموضوعي للدستور تكمن في حماية الحقوق والحريات الاساسية وكفالة مبدأ المساواة ولذلك لم يكن غريباً ان تكون غالبية الاحكام الصادرة بالتصدي لظاهرة الإغفال التشريعي كانت بقصد حماية الحقوق والحريات العامة^(٣٠).

وتأكيداً على ذلك ذهب جانب من فقهاء القانون الدستوري الى القول أن الإغفال التشريعي يتحقق إذا تناول المشرع أحد الموضوعات التي يختص بها بالتنظيم لكنه يأتي سواء عن عمد أو اهمال غير مكتمل اي تنظيم قاصر عن ان يحيط بكافة جوانبه، وبما يؤدي بالإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل

26- Gomes (J-J). Direito constituciona 6eme ed Livraria AL medina Coimbra,1993,p.979.

٢٧- د. حنفي علي جبالي، الدعوى الدستورية المخالفة الموضوعية للدستور، المجلة الدستورية، المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد الخامس، السنة الثانية، ابريل ٢٠٠٤، ص ٢٠.

٢٨- د. حمدان حسن فهمي، اختصاصات القضاء الدستوري في مصر وحجية احكامه وتنفيذها واثارها مع نصوص الدستور واحداث تعديلات قانون المحكمة، مطبعة ابو المجد، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١٢٣.

٢٩- د. ابراهيم محمد صالح، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦، ص ٢٧٤.

٣٠- د. عبد الحلیم حسن، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الاسلام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٤، ص ٩٢.

التنظيم^(٣١)، فعلى سبيل المثال نجد ان الدستور حينما ينص على ضمان حق الدفاع فأن المفترض في التنظيم التشريعي لهذا الحق ان يكون فعالا ويبتل كل تنظيم قانوني يحد من هذه الفعالية كأن يخلو من النصوص التي تكفل اىصال المتهم بمحاميه ليس فقط وقت توجيه التهمة بل كذلك في كافة المراحل المؤثرة في مصيره بما في ذلك مرحلة التحقيق الابتدائي ومرحلة الاتهام التي اعقبتها حتى صدور الحكم^(٣٢).
وبما ان حق الدفاع يعد من القواعد الموضوعية التي يترتب على إغفالها كليا أو جزئيا المساس بالسمو الموضوعي لقواعد الدستور، فنجد انه يعد من بين المبادئ التي نصت عليها معظم الدساتير و منها الدستور العراقي والايطالي والتونسي^(٣٣).

فبالرجوع إلى دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ نجد ان المادة (١٩/رابعاً) منه قد نصت على "حق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة".

وما يمكن ملاحظته على هذا النص أن المشرع قد قلل من فاعلية هذا النص الدستوري وذلك عندما منح قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل في المادة (٧٥) منه لقاضي التحقيق حق منع المتهم ووكيله من الكلام وهذا النص من شأنه تقليل حق الدفاع فمنع المتهم ووكيله من حضور إجراءات التحقيق ومنعه من الكلام يشكل انتهاكاً خطيراً لحق الدفاع، فالدستور الذي صدر في ظل هذا القانون تضمن نصا يكفل حق الدفاع، لذلك نجد ان هذا النص يكون بحاجة إلى التعديل نتيجة لأغفال المشرع تنظيم هذا النص بصورة دقيقة وواضحة تكفل حق الدفاع وتزيد من فاعليته. وبالرجوع إلى قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا نجد انه قد اعطى للمتهم ضمانات تتوافق تماما مع ما ورد في المادة (١٩/رابعاً) من الدستور، ومن بين هذه الضمانات نجد انه قد منح المتهم الوقت والتسهيلات الكافية التي تمكنه من اعداد دفاعه فضلا عن اعطائه الحرية في الاتصال بمحام يختاره بمحض ارادته ويجتمع به على انفراد كذلك يحق للمتهم ان يستعين بمحام غير عراقي، وله الحق بطلب المساعدة القضائية وطلب شهود الدفاع والاثبات وغيرها من الضمانات التي تعزز حق الدفاع وتزيد من فاعليته هذا من ناحية^(٣٤)، ومن ناحية اخرى نجد أن المشرع قد أخفق في اعطاء وصف دقيق للجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية العراقية العليا وذلك عندما اكتفى بتعدد الجرائم وتعداد حالاتها من دون ان تتضمن وصفا دقيقاً لكل جريمة على حده، وهذا من شأنه ان يعرض الأفراد للخضوع تحت طائلة نصوص عقابية تجرم أفعال غير موصوفة ومحددة بشكل دقيق^(٣٥).

اضافه إلى ذلك نجد انه من القواعد الموضوعية الامرة التي تتمتع بالسمو الموضوعي للدستور والتي لا يستطيع المشرع تشريع قانون من شأنه المساس بها هي قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص او ما تعرف

٣١- د. سمير داود سلمان، الأغفال التشريعي والرقابة القضائية عليه في العراق، ط١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠١٩، ص٤١.

٣٢- د. عبد العزيز محمد سلمان، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص١٥.

٣٣- د. عبد الحليم حسن، مرجع سابق، ص٩٦.

٣٤- للمزيد من التفاصيل بهذا الخصوص ينظر: نص المادة (١٩) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٥.

٣٥- للمزيد من التفاصيل بهذا الخصوص ينظر: نص المواد (١٢، ١١، ١٣) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٥.

(مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات)^(٣٦)، إذ يذهب الفقه بهذا الصدد إلى ضرورة ان تكون النصوص الجنائية الخاصة بهذا المبدأ محددة وواضحة بحيث تكون خالية من الغموض والالتباس، إذ لا يكفي ان ينص المشرع على تجريم فعل معين، وانما يجب ان يكون هذا الفعل واضح العناصر على نحو يكفل التحديد الدقيق لماهيته، إما النص على تحديد تجريم السلوك يشوب تحديده الإبهام والغموض فانه يكون في هذه الحالة غير صالح للتجريم وذلك لمنافاته مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، بينما يذهب البعض الاخر إلى القول أن عدم تحديد الجرائم والعقوبات بشكل كافٍ ومحدد بما يهدد حقوق الافراد وحررياتهم الأساسية، يعد صورة من صور الإغفال التشريعي، ففي هذه الصورة ينبغي على المشرع أن يقوم بصياغة النصوص التشريعية الخاصة بالتجريم والعقاب بصورة واضحة ومحددة^(٣٧).

وقد أكد على هذا المبدأ المجلس الدستوري الفرنسي بقوله "ينبغي أن يكون تحديد المشرع للجرائم والعقوبات بصورة واضحة وكافية، وذلك منعا لتسلط السلطات العامة، وينبغي على القاضي أن يتأكد من أن النصوص التي يطبقها ليست غامضة أو غير محددة، أو تحتوي على عنصر من عناصر عدم اليقين في شأن تحديد الجرائم والعقوبات والا كان التشريع غير دستوري^(٣٨)، ففي مجال الإغفال التشريعي المخالف لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، أكد المجلس الدستوري الفرنسي ذلك في قراره الصادر بشأن حرية الصحافة، حيث نظم المشرع بعض الجرائم الصحفية بصورة غير محددة مما يؤدي إلى عدم تحديد مرتكبي هذه الجرائم بما يخالف المبدأ الدستوري (شرعية الجرائم والعقوبات)^(٣٩).

وقد ذهب المجلس الدستوري في قرار اخر له قضي فيه بعدم دستورية المادة (٨٩) من قانون الميزانية لعام ١٩٨٣ وذلك لمنحها الادارة الضريبية سلطة الضبط والتفتيش اثناء ممارستها لوظائفها وفي هذا النص مخالفة لنص المادة (٦٦) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ التي تنص على " لا يجوز القبض على احد أو حبسه الا وفق القانون وتحافظ السلطة القضائية على الحرية الفردية وتضمن احترام هذا بالشروط المنصوص عليها في القانون ". وقد انتهى المجلس إلى ان المشرع كان يتعين عليه ان يضمن المادة (٨٩) من الاحكام والنظم ما يضمن استبعاد تفسيرها بصورة مناقضة للشرعية^(٤٠).

٣٦- اختلفت التسميات التي تطلق على هذا المبدأ إذا اطلق عليه البعض مبدأ الشرعية، والبعض الاخر يطلق عليه مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات، وذهب اخرون الى تسميته بمبدأ المشروعية، و يعني هذا المبدأ أن على المشرع أن يحدد سلفا ما يعتبر من الأفعال الصادرة عن الانسان جريمة، فيحدد لكل جريمة نموذجها القانوني، كما يحدد لكل جريمة عقوبتها. وقد اريد بهذا المبدأ عند من اطلق عليه مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات أن المشرع وحده هو الذي يملك تحديد الافعال المعاقب عليها والمسماة بالجرائم وتحديد الجزاءات التي توقع على مرتكبيها والمسماة بالعقوبات. للمزيد من التفاصيل بهذا الخصوص ينظر: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام النظرية العامة للعقوبات والتدابير الاحترازية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص٧٠. وينظر ايضا:- ضاري خليل محمود، الوجيز في شرح قانون العقوبات القسم العام، دار القاسية للطباعة، بغداد، ١٩٩٠، ص١٩.

٣٧- د. أشرف توفيق شمس الدين، الضوابط الدستورية لنصوص التجريم والعقاب في قضاء المحكمة الدستورية، المجلة الدستورية المصرية، المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد (١٣)، بلا سنة نشر، ص٢٠٠.

38- Decision 80-127DC du 19 et 20 janvier 1981 Rec. p.15 (cons7).

39- Decision du conseil constitutionnel No.80-127du19-20 janvier 1981.

٤٠- عبد المجيد ابراهيم، مرجع سابق، ص٣٤٧.

وما يمكن ملاحظته على ذلك أن جانب من الفقه الدستوري قد استخلص من موقف المجلس الدستوري الفرنسي، ان المشرع الدستوري قد خول المشرع العادي عددا من الاختصاصات، فلا يجوز لهذا الاخير أن ينكرها والا اصبح مخالفا لمبدأ الفصل بين السلطات.

إضافة إلى مبدأ حق الدفاع ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات نجد ان هناك مبدأ آخر مهمًا، يعد من أهم مظاهر السمو الموضوعي للدستور وهو مبدأ المساواة^(٤١)، حيث ذهب جانب من الفقه الدستوري إلى القول إنّه من مقتضيات مبدأ المساواة أنه يعد وسيلة لتقرير حماية متكافئة لجميع الحقوق سواء تلك التي كفلها الدستور، أو التي تقرها التشريعات، ومن ثم لا يجوز من خلال اعمال هذا المبدأ أن ينكر المشرع أصل حق من الحقوق أو يعطل جوهره أو ينتقص منه، بينما يذهب جانب اخر من الفقه الى عدّ أن إغفال المشرع في معالجة موضوع معين من الموضوعات الدستورية قد يمس الضمانات القانونية التي يجب التمتع بها بالمخالفة للدستور فضلاً عن الاخلال بمبدأ المساواة^(٤٢)، ويذهب البعض الاخر من الفقه الدستوري إلى أن الكثير من الاحكام القضائية الصادرة بعدم دستورية أحد التشريعات لمخالفتها لهذا المبدأ المهم، كونه قد اصبح من الامور المستقر عليها في الضمير العالمي وتتضمنه المواثيق الدولية وإعلانات الحقوق وغيرها، فهو أساس لتمتع الأفراد بحرياتهم، واية صورة من صور التمييز بين الأفراد في المجتمع حتى ولو لم تقم على ما ذكره المشرع الدستوري من امثلة تشكل انتهاكاً لمبدأ المساواة الذي اقره المشرع الدستوري^(٤٣).

وخلاصة ما تقدم نجد أن غالبية الأحكام الصادرة من القضاء الدستوري بالتصدي لحالة الأغفال التشريعي ترجع إلى المساس أو مخالفة مبدأ المساواة، ففي العراق نجد ان المحكمة الاتحادية العليا، قد ذهبت في قرار لها بعدم دستورية نص المادة (٢٥) من قانون هيئة دعاوى الملكية المرقم (١٣) لسنة ٢٠١٠ لإغفالها للقواعد الموضوعية الواردة في دستور ٢٠٠٥ لتعارضها مع احكام المادة (٢/ج) والمادة (١٤) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، اذ عدت المحكمة الاتحادية العليا ما شاب هذه النص من اغفال غير دستوري مؤداه جعل هذه النص غير دستوري ويستتبع وجوب الحكم بعدم دستوريته لمخالفته للدستور، وقد وجد ان المادة (٢٥) من قانون هيئة دعاوى الملكية رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠ نصت على "يحق للذين وقع عليهم غبن نتيجة تطبيق القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦ بما يخص التعويض وقت إقامة الدعوى ولهم الحق بإقامة الدعوى بموجب القانون الجديد باثر رجعي لرفع الحيف عنهم" ونصت المادة

٤١- لقد نصت على هذا المبدأ العديد من الدساتير ومن بين هذه الدساتير هي الدستور التونسي الصادر عام ٢٠١٤ فقد نص في الفصل (٢١) على أن "المواطنون والمواطنات متساون في الحقوق والواجبات، وهم سواء أمام القانون من غير تمييز". كذلك نص دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ في المادة (١٤) منه على أن "العراقيون متساون 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". وقد نص الدستور الاردني الصادر عام ١٩٥٢ في المادة (١/٦) على ان "الاردنيون أمام القانون سواء لا تمييز بينهم في الحقوق والواجبات وإن اختلفوا في العرق أو اللغة أو الدين". ونص الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٤ في المادة (٥٣) منه على أن "المواطنون لدى القانون سواء وهم متساون في الحقوق والحريات والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب الدين أو العقيدة أو الأصل أو اللون أو اللغة أو الإعاقة أو المستوى الاجتماعي أو الانتماء السياسي أو الجغرافي لأي سبب اخر".

٤٢- د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص ٢٣٠.

٤٣- د. صبري محمد السنوسي، أركان صحة التشريع، المجلة القانونية، هيئة التشريع والافتاء القانوني، البحرين، العدد الثاني، يونيو

(٢/ج) من الدستور على "لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور" ونصت المادة (١٤) منه على "العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييزٍ بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي"، وحيث ان الغاية المنشودة من تشريع القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠ هو ضمان حقوق المواطنين الذين انتزعت عقاراتهم خلافاً للقانون وتعويضهم تعويضاً عادلاً بما يحقق جبر الضرر عنهم ولحماية المال العام والحفاظ عليه ولا بد ان يكون هذا التعويض مراعيّاً للمواطنين كافة بصورة متساوية دون تمييز بين مواطن وآخر تطبيقاً لنص المادة (١٤) من الدستور، والمادة (١٩/سادسا) منه والتي تنص "أنه لكل فرد الحق في ان يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية" وحيث ان المبدأ الوارد في المادة ٢٥ من قانون هيئة دعاوى الملكية رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠ قد جاء بمبدأ يتعارض مع مبدأ المساواة بين المواطنين في الحصول على التعويض عن العقارات التي انتزعت منهم لاسيما في حالات الاستملاك القضائي كما انه جاء متعارضاً مع مبدأ حجية الاحكام المنصوص عليه في المادة (١٠٥) من قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل والتي تنص على "الاحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت على درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق إذا اتحدت أطراف الدعوى ولم تتغير صفتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً" وان المادة (١٠٦) منه نصت على "لا يجوز قبول دليل ينقض حجية الأحكام الباتة" وحيث ان المادة ٢٥ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠ قد اخل بمبدأ المساواة بين المواطنين في الحصول على التعويض عن عقاراتهم التي انتزعت منهم الوارد في المادة (١٤) والمادة (١٩/سادسا) من الدستور، لذا فإن المادة المذكورة متعارضة مع المبدأ المذكور ومن ثم تكون مخالفة للمادة (١٩ و١٤/سادسا) من الدستور ومتعارضة مع مبدأ حجية الاحكام المنصوص عليه في قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل ولأن لنصوص الدستور علوية في التطبيق، وعليه يعد نص المادة (٢٥) من قانون هيئة دعاوى الملكية رقم (١٣) لسنة ٢٠١٠ معطلة لمخالفتها للدستور استناداً للمادة (١٩ و١٤/سادساً) منه لذا قررت المحكمة الاتحادية العليا عدم دستورتيتها^(٤٤).

ومما تقدم يمكن القول انّ المخالفة الموضوعية لسمو الدستور تتحقق عندما يقوم المشرع بمخالفة هذه القواعد إما بصورة صريحة وهو بصدد تنظيم مسألة معينة، لقاعدة دستورية أو مبدأ دستوري بالشكل الذي يؤدي إلى اهدار الحق او الحرية او تقييدها او الانتقال منها بما لا يتلاءم او يتناسب مع طبيعة هذا الحق او الحرية، وقد تكون مخالفته لهذه القواعد الموضوعية بصورة ضمنية وذلك عندما يؤدي تدخله لتنظيم مسألة معينة أو موضوع معين إلى الاخلال بمبدأ دستوري، ففي هذه الحالة وجب على القاضى الدستوري أن يقوم بدوره بمراقبة مدى مطابقة التشريعات مع القواعد الدستورية من خلال عدم اخلاله بالمبادئ الدستورية. فإذا كان الغرض من تدخل المشرع بتنظيم موضوع معين او مسألة معينة من شأنه مخالفة القواعد الدستورية أو اخلاله بالمبادئ العامة ذات القيمة الدستورية، فإن إغفال المشرع عن تنظيم مسألة

٤٤- ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم (١١٤/ اتحادية / ٢٠١٣) في ١٢/٤/٢٠١٣، المنشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا: تاريخ الدخول للموقع ٢٠٢٠/٣/٢٠ <https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php>

منحه الدستور امر تنظيمها بمقتضى قانون يعد من حالات المخالفة الموضوعية لقواعد الدستور، ومن ثم تكون محلاً للرقابة الدستورية.

المطلب الثاني: الإغفال التشريعي المخالف للسمو الشكلي للدستور

إنّ التزام المشرع بمحدود ولايته التشريعية كما حددها الدستور، يتعين عليه ان يقوم بممارسة اختصاصه التشريعي طبقاً للأوضاع والإجراءات الشكلية التي يتطلبها الدستور، فضلاً عن ذلك انه لا يكفي لصحة التشريع أن يصدر عن جهة الاختصاص، بل يتعين على تلك الجهة ان تلتزم بالقواعد الشكلية التي حددها الدستور بصرف النظر عن اثر تلك الاجراءات على عملية إقرار القانون أو اهميتها^(٤٥)، باعتبار ان الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية هي مقوماتها لا تقوم إلا بها ولا يكتمل بنيتها أصلاً في غيابها، ومن ثم تفقد بتخلفها وجودها كقاعدة قانونية تتوافر لها خاصية الإلزام، بالإضافة إلى ذلك نجد انه في مجال الرقابة الدستورية لا توجد هناك تفرقة بين الاجراء الجوهري والثانوي، كما يقرر القضاء الإداري في مجال رقابته، لأن أحكام الدستور كلها امرة وتتعلق بالنظام العام، ومن ثم كل مخالفة للإجراءات الشكلية التي حددها الدستور تكون مخالفة لقاعدة جوهرية^(٤٦)، فضلاً عن ذلك نجد ان حالات الإغفال التشريعي المخالفة للسمو الشكلي للدستور تتحقق عندما ينص الدستور على إجراءات معينة يجب اتباعها لصدور القانون ومن الأمثلة على ذلك الإجراءات التي يتطلبها الدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٥٨ فيما يتعلق بالقوانين الأساسية واللوائح الداخلية للجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، فقد حرص المجلس الدستوري الفرنسي من خلال مراقبة الإجراءات التشريعية المنصوص عليها في المادة (٤٦) من الدستور على عدم جواز عرض مشروع القانون أو الاقتراح بقانون في المجلس الذي قدم إليه إلا بعد مرور خمسة عشر يوماً من ايداعه لدى المجلس، فضلاً عن ضرورة اقراره من قبل الجمعية الوطنية بالأغلبية المطلقة لأعضائها وليس لعدد الحاضرين، إذ تمثل رقابة المجلس الدستوري لمشروعات القوانين هي رقابة وجوبية إعمالاً لحكم المادة (٤٦/٤) التي تقضي بعدم جواز إصدار القوانين العضوية إلا بعد أن يقرر المجلس الدستوري مطابقتها للدستور، إذا طبق المشرع إجراءات سن القوانين العادية على مشروعات القوانين العضوية فإن المجلس الدستوري يقضي بعدم دستورية القانون الذي طبقت في شأنه إجراءات إقرار القوانين العادية، كما نجد أن ذات المفهوم ينطبق على إجراءات إقرار القوانين المالية، إذ يراقب المجلس الدستوري مدى التزام المشرع بالقيود الإجرائية التي حددها المادة (٢/٣٩) من الدستور والتي تقضي بضرورة عرض مشروع قانون الموازنة لدى الجمعية الوطنية قبل عرضه على مجلس الشيوخ^(٤٧).

وبالرجوع إلى موقف دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ نجد أنه لم يشير إلى وجود القوانين الأساسية بالشكل الذي نص عليه الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨، وبقدر تعلق الأمر بموضوع الإغفال التشريعي نجد أن هناك نصوصاً أحال بموجبها تنظيم بعض المسائل ذات الطبيعة الدستورية إلى المشرع، ولكن ما يمكن ملاحظته على ذلك أن المشرع قد سكت عن هذا التنظيم بالرغم من أهمية المواضيع المراد تشريعها،

٤٥- د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص ٤٥٥.

٤٦- عبد المجيد ابراهيم، مرجع سابق، ص ٣٢.

٤٧- للمزيد من التفاصيل بهذا الخصوص ينظر: نص المواد (٤٦) و(٢/٣٩) من الدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٥٨.

ومن امثلة القوانين التي لاتزال غير مشرعه لغاية الوقت الحاضر، القانون الخاص بإنشاء مجلس الاتحاد، وفقاً لما نصت عليه المادة (٦٥) من الدستور بقولها "يتم انشاء مجلس تشريعي يدعى ب(مجلس الاتحاد) يضم ممثلين عن الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم وينظم تكوينه وشروط العضوية فيه واختصاصاته وكل ما يتعلق به بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب" (٤٨).

إذ نجد أن تشريع هذا القانون قد اصبح امراً لازماً وذلك استناداً إلى ما نصت عليه المادة (١٣٧) من الدستور "يؤجل العمل بأحكام المواد الخاصة بمجلس الاتحاد اينما ورت في هذا الدستور إلى حين صدور قرار من مجلس النواب بأغلبية الثلثين بعد دورته الانتخابية الأولى التي يعقدها بعد نفاذ هذا الدستور" (٤٩).

يتضح بوساطة نص هذه المادة أن مدة الدورة الانتخابية التي اشترطتها من اجل اقرار هذا القانون قد انقضت بمرور اربع دورات انتخابية بعد الدورة الأولى من نفاذ الدستور ولم يتم تشريعه لغاية الان، فمن الامور الثابتة في الأنظمة الفيدرالية أن السلطة التشريعية تتكون من مجلسين هما مجلس النواب ومجلس الاتحاد وفقاً لما نص عليه الدستور ايضا في الباب الثالث (الفصل الأول) إذ نص في المادة (٤٨) منه على إن "تتكون السلطة التشريعية الاتحادية من مجلس النواب ومجلس الاتحاد" فاستمرار مجلس النواب بإصدار التشريعات دون وجود مجلس الاتحاد يشكل مخالفة دستورية جسيمة، كما افترضت المادة (٦٥) أن يصدر قانون مجلس الاتحاد بأغلبية موصوفة وهي ثلثي أعضاء مجلس النواب.

والقانون الاخر الذي أغفل المشرع تنظيمه هو القانون الخاص بتنظيم عمل المحكمة الاتحادية العليا، طبقاً لما نصت عليه المادة (٩٢) الفقرة الثانية من الدستور بقولها "تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء في الفقه الاسلامي وفقهاء القانون، يحدد عددهم وتنظم طريقة اختيارهم وعمل المحكمة بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب" (٥٠)، إذ نجد أن وجود هذا القانون يشكل ضماناً حقيقية لعمل المحكمة بعدها هي المسؤولة عن ضمان تطبيق الدستور وسمو قواعده الشكلية والموضوعية، وان بقاء المحكمة المشكلة وفقاً لما نصت عليه المادة (٤٤) من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية الصادر عام ٢٠٠٤ الملغي بقولها "تتكون المحكمة الاتحادية العليا من تسعة اعضاء ويقوم مجلس القضاء الاعلى أوليا وبالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم بتزسيح ما لا يقل عن ثمانية عشر الى سبعة وعشرين فرداً لغرض ملء الشواغر في المحكمة المذكورة....." (٥١). فبالإضافة إلى ممارستها لاختصاصاتها الدستورية المشار إليها وفقاً للمادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، باعتبار انها المحكمة التي تراقب دستورية القوانين، ومن ثم يحتاج هذا الامر إلى تدخل سريع من جانب المشرع بتشريع هذا القانون (٥٢).

٤٨- ينظر: نص المادة (٦٥) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

٤٩- ينظر: نص المادة (١٣٧) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

٥٠- ينظر: نص المادة (٢/٩٢) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

٥١- ينظر: نص المادة (٤٤) من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية الملغي لسنة ٢٠٠٤.

٥٢- للمزيد من التفاصيل بهذا الخصوص ينظر: نص المادة (٩٢) والمادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ.

ومما ينبغي الإشارة إليه بهذا الصدد نجد أن اغفال المشرع للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في الدستور الواجبة الاتباع في مجال المبادرة التشريعية من شأنه أن يعرض القانون للطعن بعدم دستوريته والغائه.

وبالرجوع إلى موقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق بخصوص ذلك نجد أنها قد اصدرت العديد من القرارات التي تذهب إلى عدم الدستورية نتيجة لوجود الإغفال التشريعي. فمن بين هذه القرارات قرار المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية قانون رواتب ومخصصات مجلس الوزراء، حيث قضت المحكمة الاتحادية العليا في جلستها المنعقدة في ٢٥/٢/٢٠١٣ بعدم دستورية قانون رواتب ومخصصات مجلس الوزراء، وعدته مخالفاً للدستور، إذ نجد ان المحكمة قد رأت بان القانون تم تشريعه من مجلس النواب خلافاً للمادة (٦٠/أولاً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ التي منحت هذا الحق الى رئاستي الجمهورية ومجلس الوزراء، موضحة المحكمة ان القانون قد شرع دون اتباع السياقات المعمول بها للتطبيق السليم لمبدأ تقاسم المهام بين السلطات وتحقيقاً لوحدة السياسة العامة للدولة لذا جاء مخالفاً للدستور وصدر القرار باتا استناداً لأحكام المادة (٥/ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ والمادة (٩٤) من الدستور^(٥٣).

الخاتمة

لقد توصلنا من خلال بحثنا هذا إلى النتائج والتوصيات الآتية:-

أولاً: النتائج

- ١- يعرف الباحث الاغفال التشريعي بأنه "قعود المشرع مدة زمنية معينة عن سنن تشريع الزمه الدستور بسنه واقاره، أو تنظيمه لموضوع معين كفله الدستور تنظيمياً قاصراً لا يحيط بكافة الجوانب التي لا يكتمل التنظيم القانوني الا بها".
- ٢- اتضح لنا ان السكوت التشريعي يتميز في كونه متعلقاً بسلطة المشرع التقديرية اذ انه يقرر الحاجة لتنظيم التشريع وتقدير التدخل لتنظيمه وفقاً للملائمة التشريعية التي يترخص بها وحده بتقديرها، بخلاف الحال بالنسبة للإغفال التشريعي كونه متعلقاً بسلطة المشرع المقيدة التي تمحي عندها سلطة التقدير.
- ٣- اتضح لنا ان رقابة القضاء الدستوري على الاغفال التشريعي يتركز على النصوص الدستورية والتشريعية، غير ان هذه النصوص قد تسكت عن هذا الامر فيذهب الرأي الراجح في الفقه ان أساس رقابة القضاء الدستوري على الاغفال التشريعي تعود في بعض الأحيان الى ما تقرره المبادئ العامة للقانون التي تكشف عنها الاحكام القضائية.
- ٤- اتضح لنا أن مبدأ سمو الدستور على ما عداه من قواعد، وطبيعة قواعده الامرة، بمثابة الأساس القانوني لقيام الرقابة على الاغفال التشريعي.

٥٣- ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية المرقم (٤٨ / اتحادية / ٢٠١٢) في ٢٥/٢/٢٠١٣، المنشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا: تاريخ الدخول للموقع ٢٠٢٠/٤/٢ <https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php>

ثانياً: التوصيات

- ١- نقترح على المشرع العراقي أن يقوم بأجراء تعديل على الدستور وذلك من اجل ايراد نص صريح يحول القضاء الدستوري صلاحية الرقابة على الإغفال التشريعي أو أن ينص على إضافة هذا النوع من الاختصاصات في القانون الخاص المنظم لعمل القضاء الدستوري.
- ٢- نتيجة لما تمثله الرقابة على دستورية القوانين واللوائح من أهمية، لذلك نرى أنه من الأهمية بمكان توسيع نطاق الرقابة الدستورية، لتشمل رقابة الاغفال التشريعي على نحو أكثر صراحة، وأكثر تطبيقاً في الموضوعات الواردة في الدستور لاسيما موضوع الحقوق والحريات العامة، وذلك نظراً لمرونة النصوص الدستورية، واتساع سلطة المشرع التقديرية، مما يستلزم توسيع القضاء الدستوري العراقي والتونسي لسلطاته الرقابية على التشريعات سواء فيما تضمنته بنصوص صريحة أو ضمنية.
- ٣- نھيب بالمحكمة الاتحادية العليا العراقية التي أعملت رقابتها على الاغفال التشريعي للحكم بعدم دستورية بعض النصوص التشريعية وذلك إعلاء لسمو الدستور وحماية الحقوق والحريات العامة، أن تستخدم مصطلح "الاغفال التشريعي" صراحة بوصفه عيباً من العيوب الدستورية التي توصم التشريعات بعدم الدستورية.

المصادر

أولاً: الكتب

١. ابراهيم محمد صالح، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦.
٢. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات العامة، ط ١، دار الشروق، القاهرة، ١٩٩٩.
٣. ثروت عبد العال، حدود رقابة المشروعية والملائمة في قضاء الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
٤. جابر محمد صبحي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢.
٥. جواهر عادل العبد الرحمن، الرقابة الدستورية على الاغفال التشريعي (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦.
٦. حمدان حسن فهمي، اختصاصات القضاء الدستوري في مصر وحجية احكامه وتنفيذها واثارها مع نصوص الدستور وحدث تعديلات قانون المحكمة، مطبعة ابو المجد، القاهرة، ٢٠٠٩.
٧. رمزي طه الشاعري، النظرية العامة للقانون الدستوري، ط ٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
٨. سفر بن عبد الرحمن الحوالي، المعجم الوجيز، ط ١، دار الصفوة للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٧.
٩. سمير داود سلمان، الأغفال التشريعي والرقابة القضائية عليه في العراق، ط ١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠١٩.

١٠. ضاري خليل محمود، الوجيز في شرح قانون العقوبات القسم العام، دار القاسية للطباعة، بغداد، ١٩٩٠.
١١. عبير حسين السيد حسين، دور القضاء الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
١٢. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه، جان دبوي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣.
١٣. عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع (دراسة مقارنة)، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
١٤. محمد باهي ابو يونس، اصول القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٧، ص ٣٣٥.
١٥. محمد عبد اللطيف، القضاء الدستوري في فرنسا في خمس سنوات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
١٦. محمد فوزي النوبجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
١٧. هادي محمد عبد الله، التوازن بين السلطات والحدود الدستورية بينهما (دراسة مقارنة)، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٥.
١٨. هالة محمد طريح، حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات العامة والضمانات المقررة لممارستها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.

ثانياً: البحوث والدوريات

١. أشرف توفيق شمس الدين، الضوابط الدستورية لنصوص التجريم والعقاب في قضاء المحكمة الدستورية، المجلة الدستورية المصرية، المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد (١٣)، بلا سنة نشر.
٢. حنفي علي جبالي، الدعوى الدستورية المخالفة الموضوعية للدستور، المجلة الدستورية، المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد الخامس، السنة الثانية، ابريل ٢٠٠٤.
٣. طيبة جواد حمد، المسؤولية الدولية عن الامتناع التشريعي، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العدد الثاني، السنة الثانية عشر، ٢٠٢٠.
٤. عبد العزيز محمد سلمان، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، المجلة الدستورية الصادرة من المحكمة العليا المصرية، العدد ١٥، السنة الثامنة، ابريل ٢٠٠٩.
٥. عبد الفتاح عبد الرزاق و محمد عبد الكريم شريف، الرقابة القضائية على الامتناع التشريعي (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة زانست العلمية، تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية، اربيل، كوردستان العراق، المجلد (٣)، العدد (٣)، ٢٠١٨.
٦. عزاوي عبد الرحمن، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع (الإغفال التشريعي نموذجاً)، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد ١٠ لسنة ٢٠١٠.

ثالثاً: الرسائل والاطاريح

١. صبيح ووح، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في تفسير نصوص الدستور (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، ٢٠١٧.
٢. عبد الحليم حسن، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الاسلام، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٤.
٣. عبد المجيد ابراهيم، سليم، السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ٢٠٠٩.
٤. علي السيد علي ألباز: الرقابة على دستورية القوانين في مصر مع المقارنة في الأنظمة الدستورية الأجنبية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٨.

رابعاً: الدساتير والقوانين

١. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
٢. قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥.
٣. قانون المحكمة الجنائية العراقية رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٥.

خامساً: المصادر الاجنبية

1. Gomes (J-J). Direito constitucional 6eme ed Livraria AL medina Coimbra, 1993.