



YAKIN DOĐU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĐİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI

PARLAMENTO YASAMA YETKİSİNİ KULLANMAYI İHMAL ETTİ

HEWA NASULDEEN MUSTAFA

Yüksek Lisans Tezi

LEFKOĐA
2021



جامعة الشرق الأدنى
معهد الدراسات العليا
كلية الحقوق / قسم القانون العام

اغفال البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي

هيوأ نصرالدين مصطفى

رسالة ماجستير

PARLAMENTO YASAMA YETKİSİNİ KULLANMAYI İHMAL ETTİ

HEWA NASULDEEN MUSTAFA

YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI

Yüksek Lisans Tezi

DANIŞMAN

PROF .DR. WEADI SULAIMAN ALI

NICOSIA
2021

اغفال البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي

هيوأ نصرالدين مصطفى

جامعة الشرق الأدنى
معهد الدراسات العليا
كلية الحقوق / قسم القانون العام

رسالة ماجستير

بإشراف

الاستاذ الدكتور وعدي سليمان علي

KABUL VE ONAY

Hewa Nasuldeen Mustafa tarafından hazırlanan "Parlamento yasama yetkisini kullanmayı ihmal etti" başlıklı bu çalışma, 02/ 02 /2021 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Sanatta Yeterlik Tezi olarak kabul edilmiştir.

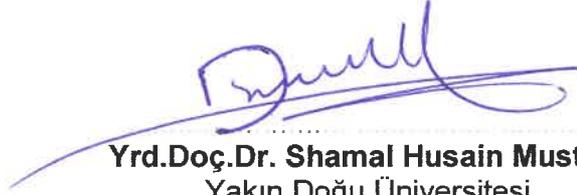
JÜRİ ÜYELERİ



Prof. Dr. Weadi Sulaiman Ali (Danışman)
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü



Yrd.Doç.Dr. Yousif Mostafa Rasul (Başkan)
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü



Yrd.Doç.Dr. Shamal Husain Mustafa
Yakın Doğu Üniversitesi
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü

Prof. Dr. K. Hüsnü Can Başer
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Müdürü

قرار لجنة المناقشة

نحن كأعضاء لجنة مناقشة طالب الماجستير هيو نصرلدين مصطفى في رسالته الموسومة بـ " اغفال البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي " نشهد بأننا اطلعنا على الرسالة وناقشنا الطالب في محتوياتها بتاريخ 2021/02/02، ونشهد بأنها جديرة لنيل درجة الماجستير.

أعضاء لجنة المناقشة



الاستاذ الدكتور وعدي سليمان علي (المشرف)

جامعة الشرق الأدنى

كلية الحقوق , قسم القانون العام



الاستاذ المساعد الدكتور يوسف مصطفى رسول (رئيس لجنة المناقشة)

جامعة الشرق الأدنى

كلية الحقوق , قسم القانون العام



الاستاذ المساعد الدكتور شمال حسين مصطفى

جامعة الشرق الأدنى

كلية العلوم الاقتصادية والإدارية، قسم العلاقات الدولية

الاستاذ الدكتور ك. حسنو جان باشير

معهد الدراسات العليا

المدير

BİLDİRİM

Ben **HEWA NASULDEEN MUSTAFA** olarak beyan ederim ki **Parlamento yasama yetkisini kullanmayı ihmal etti**, başlıklı tezi '**Prof .Dr. Weadi Sulaiman Ali**' nin denetimi ve danışmanlığında hazırladığımı,tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya Sosyal Bilimler Enstitüsünün tez yazım kurallarına bağlı kalarak yaptığımı taahhüt ederim. Tezimin kağıt ve elektronik kopyalarının Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde saklanmasına izin verdiğimi onaylarım.

Bu Tez benim kendi çalışmamdır. Bu tezde yer alan tüm iddia, fikir, yorum, öneri ve çevirilerin sorumluluğu yazar olarak bana aittir.

Bağlı olduğum Sosyal Bilimler Enstitüsü hiçbir koşul veya şart altında, tezin içeriğini ve bilimsel sorumluluğunu taşımamaktadır. Yapılan ve yayınlanan çalışmaların tüm sorumlulukları yazar olarak bana aittir.

- Tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.
- Tezimin içeriğine Sadece Yakın Doğu Üniversitesinde erişilebilir.
- Tezimin içeriğine iki yıl boyunca hiçkimse tarafından erişilemez, eğer bu sürenin sonunda sürenin uzatılmasını talep etmezsem, sürenin sonunda tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.

Tarih : 02/02/2021

İmza :

Adı ve Soyadı: HEWA NASULDEEN MUSTAFA

الاعلان

أنا هيووا نصرالدين مصطفى، أعلن بأن رسالتي الماجستير بعنوان اغفال البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي، كانت تحت إشراف وتوجيهات الاستاذ الدكتور وعدي سليمان علي، ولقد أعددتها بنفسني تماماً، وكل اقتباس كان مقيداً بموجب الالتزامات والقواعد المتبعة في كتابة الرسالة في معهد العلوم الاجتماعية. أؤكد بأنني أسمح بوجود النسخ الورقية والإلكترونية لرسالتي في محفوظات معهد العلوم الاجتماعية بجامعة الشرق الأدنى. هذه الرسالة هي من عملي الخاص، وأتحمل مسؤولية كل الادعاءات والأفكار والتعليقات والاقتراحات والنصوص المترجمة في هذه الرسالة هي مسؤولية المؤلف. معهد العلوم الاجتماعية الذي أنتمي إليه ليس له أي تبعية أو مسؤولية علمية تحت أي ظرف من الظروف، جميع مسؤوليات المصنفات المنشورة المنشورة تخصني كمؤلف.

- المحتوى الكامل لرسالتي يمكن الوصول إليها من أي مكان.
- رسالتي يمكن الوصول إليها فقط من جامعة الشرق الأدنى.
- لا يمكن أن تكون رسالتي قابلة للوصول إليها لمدة عامين (2). إذا لم أتقدم بطلب للحصول على الامتداد في نهاية هذه الفترة، فسيكون المحتوى الكامل لرسالتي مسموح الوصول إليها من أي مكان.

تاريخ: 2021/02/02

التوقيع:

الاسم واللقب: هيووا نصرالدين مصطفى

TEŞEKKÜR

Öncelikle tezin süpervizörlüğünü kabul ettiği ve değerli bilimsel gözlemleri ve görüşleri ile yardım ve destek sağladığı için danışman hocaya (Prof .Dr. Weadi Sulaiman Mazouri) teşekkürlerimi ve şükranlarımı sunuyorum. Tezin çıktısını gerekli şekilde.

Ayrıca değerli hocalarımla öncülüğünde bu akademik aşamayı tamamlamamda yanımda olan, manevi destek ve teşvikleri ile devamlılığında ve başarımda etkisi olan herkese de en içten teşekkürlerimi sunuyorum. Son olarak, araştırmamı zenginleştiren kaynakları bana sağlayan herkese teşekkür ve takdirlerimi sunuyorum.

شكر وتقدير

في البداية لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر والعرفان إلى الأستاذ المشرف (الدكتور وعدي سليمان مزوري) لتفضله بقبول الإشراف على الرسالة وتقديم العون والمساعدة من خلال ملاحظاته وآرائه العلمية القيمة، فكان لتوجيهاته العلمية أثر كبير في إخراج الرسالة بالشكل المطلوب.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كافة الذين وقفوا إلى جانبي في إتمام هذه المرحلة الأكاديمية، وعلى رأسهم أساتذتي الأفاضل، فكان لدعمهم المعنوي وتشجيعهم أثر في الاستمرار والتوفيق. وأخيراً وليس آخراً لا يسعني القول سوى أن أتقدم أيضاً بشكري وتقديري إلى كل من قدم لي من مصادر عملت على إغناء بحثي هذا

ÖZ

PARLAMENTO YASAMA YETKİSİNİ KULLANMAYI İHMAL ETTİ

Yasama makamı, devlet içinde yasaları yürürlüğe koyma yetkisine sahip makamdır ve bunu başarmak için, rakip alternatifler arasında en iyiyi seçmek için bir karşılaştırma üzerinde çalışır ve uygun gördüğü anda ve kamu yararını elde etmek için uygun gördüğü şekilde yasayı yürürlüğe koyma takdir yetkisine sahiptir. Zaman zaman yetkisi ve bazı mevzuat çıkarmayı ya da eksik çıkarmayı ihmal etmesi, anayasada gelen hak ve özgürlüklerin kullanılmasını etkiler ve yasama ihmali, yasa koyucunun mevzuat çıkarması ile elde edilen durumdur, ancak bu mevzuat eksiktir, vatandaşa garanti edilen anayasal hak ve özgürlükleri etkiler.

Bu çalışmada, yasama ihmalini, doğasını, nedenlerini ve imajlarını açıklama açısından ele alacağız ve Irak'taki mevcut duruma odaklanarak, Datir'in bu konudaki tutumunun açıklamaları ile yasama ihmalinin denetimini de ele alacağız.

Anahtar kelimeler: yasama ihmali, anayasal üstünlük, yasama, yargı denetimi, Federal Yüksek Mahkeme.

ABSTRACT

OMISSION OF PARLIAMENT TO EXERCISE ITS LEGISLATIVE COMPETENCE

The legislative authority is the authority competent to enact laws within the state, and in order to achieve this it works on a comparison between competing alternatives to choose the best of them, and it has the discretionary power to enact legislation at the time it deems appropriate and in the manner it deems appropriate to achieve the public interest. This authority may fail to exercise its competence at times and it neglects to issue some legislation or issue it incompletely, which affects the exercise of the rights and freedoms that came in the constitution, and legislative omission is the case that is achieved when the legislator issues legislation, but this legislation is incomplete, which affects the constitutional rights and freedoms guaranteed to the citizen.

In this study, we will deal with the legislative omission in terms of explaining its nature, causes and images, and we will also address oversight of legislative omission with statements of the Datir's position in this regard, focusing on the current situation in Iraq.

Key words: legislative omission, constitutional supremacy, legislation, judicial oversight, the Federal Supreme Court.

المخلص

اغفال البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي

إن السلطة التشريعية هي السلطة المختصة بسن القوانين داخل الدولة، وهي في سبيل تحقيق ذلك تعمل على المفاضلة بين البدائل المتزاحمة لاختيار أفضلها، وهي تملك السلطة التقديرية في سن التشريع في الوقت الذي تراه مناسباً وبالشكل الذي تراه محققاً للصالح العام، قد تتعاضد هذه السلطة عن ممارسة اختصاصها أحياناً وتغفل عن إصدار بعض التشريعات أو تصدرها بشكل منقوص مما يؤثر على ممارسة الحقوق والحريات التي جاءت في الدستور، والإغفال التشريعي هي الحالة التي تتحقق عندما يصدر المشرع تشريعاً ما ولكن يكون هذا التشريع غير مكتمل الجوانب مما يؤثر على الحقوق والحريات الدستورية المضمونة للمواطن.

وفي هذه الدراسة سنتناول الإغفال التشريعي من حيث بيان ماهيته وأسبابه وصوره، كما ونتطرق أيضاً إلى الرقابة على الإغفال التشريعي مع بيان موقف الدساتير بهذا الصدد مركزاً على الوضع القائم في العراق.

الكلمات المفتاحية: الإغفال التشريعي، سمو الدستور، التشريع، الرقابة القضائية، المحكمة الاتحادية العليا.

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	
BİLDİRİM	
TEŞEKKÜR	iii
ÖZ	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
GİRİŞ	1
BÖLÜM 1	3
Yasama yetkisi kavramı	3
1.1: yasamanın anlamı.....	3
1.1.1: Mevzuat tanımı	4
1.1.2: Mevzuatı hukuktan ayırt etmek	6
1.2: Parlamentonun anayasal yasama yetkisi	8
1.2.1: Parlamentonun tek taraflı yasama yapmasının önemi	8
1.2.2: Parlamentonun yasama üzerindeki tekelinin sınırları	10
BÖLÜM 2	13
Parlamento yasalarının çıkarılması nedir?	13
2.1: Yasama ihmal kavramı	14
2.1.1: ihmal kavramı	14
2.1.2: Mevzuat ihmal tanımı	14
2.1.3: Mevzuattaki eksiklikleri benzer durumlardan ayırt etmek.....	16
2.1.3.1: Mevzuat ihmali ve mevzuat yetersizliği	16
2.1.3.2: Yasama ihmali ve yasa koyucunun olumsuz yargı yetkisinin olmaması	17
2.1.3.3: Yasama ihmali ve yasama sessizliği	19
2.1.4: Yasal ihmal türleri	20
2.1.4.1: toplam ihmal	20
2.1.4.2: kısmi ihmal	21

2.2: Yasama ihmalinin nedenleri	22
2.2.1: kasıtsız nedenler	23
2.2.2: kasıtlı nedenler	24
BÖLÜM 3	26
Yasama eksiklikleri için bir çare olarak yargı denetimi	26
3.1: Adli kontrol kavramı	27
3.1.1: Yargı denetimine giriş	27
3.1.1.1: Yargı denetiminin tanımı	27
3.1.1.2: Yargı Denetim Mekanizması	29
3.1.2: Yargı denetiminin dayandığı temeller yasama ihmallerine dayanmaktadır. .	31
3.2: Yasama ihmallerinin denetimine ilişkin içtihat ve anayasaların konumu	34
3.2.1: fıkıh pozisyonu	34
3.2.1.1: Sansür fikrini reddeden ekip	35
3.2.1.2: Sansür fikrini destekleyen ekip	36
3.2.2: Anayasalar pozisyonu	38
3.2.2.1: Sansür kuran anayasalar	38
3.2.2.2: Sansürü yasaklayan anayasalar	39
3.2.2.3: Anayasalar sansürün düzenlenmesine sessiz kalıyor	39
3.3: Irak'ta yasama ihmalinin denetimi	40
3.3.1: Federal Yüksek Mahkemenin Kuruluşu	40
3.3.1.1: Mahkemenin kurulması için yasal çerçeve	40
3.3.1.2: Mahkemenin yargı yetkisi yorumlama ve gözetimdir.	42
3.3.2: Federal Yüksek Mahkeme tarafından ihmal kontrolünün uygulama alanları	43
SON	46
KAYNAKÇA	49
İNTİHAL RAPORU	58
BİLİMSEL ARAŞTIRMA ETİK KURULU	59

قائمة المحتويات

.....	قرار لجنة المناقشة
.....	الاعلان
ج.....	شكر وتقدير
د.....	الملخص
ه.....	قائمة المحتويات
1.....	المقدمة
3.....	الفصل الاول
3.....	مفهوم الاختصاص التشريعي
3.....	1.1: معنى التشريع
4.....	1.1.1: تعريف التشريع
6.....	2.1.1: تمييز التشريع عن القانون
8.....	2.1: الاختصاص الدستوري للبرلمان في التشريع
8.....	1.2.1: أهمية افراد البرلمان بالتشريع
10.....	2.2.1: حدود افراد البرلمان بالتشريع
13.....	الفصل الثاني
13.....	ماهية الإغفال البرلماني للتشريع
14.....	1.2: مفهوم الإغفال التشريعي
14.....	1.1.2: مفهوم الإغفال

- 14.....2.1.2: تعريف الإغفال التشريعي
- 16.....3.1.2: تمييز الإغفال التشريعي عما يشابهه من أوضاع
- 16.....1.3.1.2: الإغفال التشريعي والقصور التشريعي
- 17.....2.3.1.2: الإغفال التشريعي وعدم الاختصاص السلبي للمشرع
- 19.....3.3.1.2: الإغفال التشريعي والسكوت التشريعي
- 20.....4.1.2: أنواع الإغفال التشريعي
- 20.....1.4.1.2: الإغفال الكلي
- 21.....2.4.1.2: الإغفال الجزئي
- 22.....2.2: أسباب الإغفال التشريعي
- 23.....1.2.2: أسباب غير عمدية
- 24.....2.2.2: أسباب عمدية
- 26.....الفصل الثالث**
- 26.....الرقابة القضائية كآلية لعلاج الإغفال التشريعي**
- 27.....1.3: مفهوم الرقابة القضائية
- 27.....1.1.3: التعريف بالرقابة القضائية
- 27.....1.1.1.3: تعريف الرقابة القضائية
- 29.....2.1.1.3: آلية الرقابة القضائية
- 31.....2.1.3: الأسس التي تقوم عليها الرقابة القضائية على الإغفال التشريعي
- 34.....2.3: موقف الفقه والدراسات من الرقابة على الإغفال التشريعي
- 34.....1.2.3: موقف الفقه
- 35.....1.1.2.3: الفريق الراض لفكرة الرقابة

36.....	2.1.2.3: الفريق المؤيد لفكرة الرقابة
38.....	2.2.3: موقف الدساتير
38.....	1.2.2.3: دساتير أقرت الرقابة
39.....	2.2.2.3: دساتير منعت الرقابة
39.....	3.2.2.3: دساتير سكتت عن تنظيم الرقابة
40.....	3.3: الرقابة على الإغفال التشريعي في العراق
40.....	1.3.3: نشأة المحكمة الاتحادية العليا
40.....	1.1.3.3: الإطار التشريعي لنشأة المحكمة
42.....	2.1.3.3: اختصاصات المحكمة بالتفسير والرقابة
43.....	2.3.3: مجالات تطبيق رقابة الإغفال من قبل المحكمة الاتحادية العليا
46.....	الخاتمة
49.....	المصادر
58.....	تقرير الاستيلاء
59.....	لجنة اخلاقيات البحث العلمي

المقدمة

لاشك أن اختصاص التشريع، كقاعدة، هو اختصاص أصيل أودعه الدستور للسلطة التشريعية والذي يكمن في تشريع القوانين التي تكون ضرورية لتنظيم المجتمع. وتتمتع السلطة التشريعية، كقاعدة أيضاً، بسلطة تقديرية في اختيار المواضيع التي تحتاج إلى تشريع وبالكيفية التي ترى أنها صالحة للمجتمع، غير أن هذه السلطة التقديرية لا تعني السلطة المطلقة للمشرع، وإنما له أن يمارس سلطته هذه بالقدر الذي أتيح لها الدستور وبما لا يخالف أحكامه.

فالسلطة التشريعية هي السلطة المختصة بسن القوانين داخل الدولة، وهي في سبيل تحقيق ذلك تعمل على المفاضلة بين البدائل المتزاحمة لاختيار أفضلها، وهي تملك السلطة التقديرية في سن التشريع في الوقت الذي تراه مناسباً وبالشكل الذي تراه محققاً للصالح العام، قد تتعاضد هذه السلطة عن ممارسة اختصاصها أحيانا وتغفل عن إصدار بعض التشريعات أو تصدرها بشكل منقوص مما يؤثر على ممارسة الحقوق والحريات التي جاء بها الدستور، والإغفال التشريعي هو الحالة التي تتحقق عندما يصدر المشرع تشريعاً ما ولكن يكون هذا التشريع غير مكتمل الجوانب مما يؤثر على الحقوق والحريات الدستورية المضمونة للمواطن.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة في كونها تتعلق بوظيفة هامة لإحدى السلطات الثلاث في الدولة ألا وهي السلطة التشريعية، فكلما كانت هذه السلطة مهتمة بوظيفتها التشريعية من الناحية الموضوعية و الشكلية كلما كانت أداءها أحسن في تنظيم الحياة داخل المجتمع، لذلك أن أي إهمال في مجال الوظيفة التشريعية من قبل السلطة التشريعية ولأي سبب كان من شأنه أن يؤثر سلباً على المجتمع من جهة ومصادقية السلطة التشريعية من جهة أخرى، هنا تأتي أهمية البحث عن الإغفال التشريعي التي قد تقع فيه السلطة التشريعية، وذلك من أجل الوقوف على الأسباب المؤدية إلى الإغفال وما يستلزم اتخاذه في سبيل تجنبه.

فالإغفال التشريعي حالة واردة الحصول وهي متعلقة بعمل السلطة التشريعية، وهذه السلطة وإن كانت منتخبة من قبل الشعب إلا أنها تمارس عملها وفق قيود ينص عليها الدستور أحيانا، وأحيانا أخرى تنص عليها الأنظمة الداخلية المنظمة لعمل هذه السلطة، أمام هذه القيود فإن هذه السلطة في الأصل تملك صلاحية تقديرية تمارس عملها على أساسه.

إشكالية الدراسة:

تبدو الإشكالية الأساسية لهذه الدراسة في إهمال السلطة التشريعية في بعض الأحيان لأسباب مختلفة قد تبرر ذلك، غير أن الإغفال التشريعي بلا شك تؤثر سلباً على العديد من القضايا والمسائل التي هي بحاجة إلى التنظيم من خلال إصدار التشريعات. والإغفال الذي نحن بصدده قد يكون جزئياً ينصب على بعض جوانب التشريع الصادر من السلطة التشريعية، كأن يكون فيه مظاهر من التعارض الصريح والضمني للقواعد الدستورية، وقد يكون كلياً يتخذ صورة عدم إصدار التشريع ابتداء من قبل السلطة التشريعية، فهل من وسيلة لمواجهة السلطة التشريعية عند وقوعها في حالة الإغفال التشريعي؟ فالوسيلة المتبعة محل نظر في هذه الأحوال.

فرضية الدراسة:

قد يكون الإغفال التشريعي مسألة حتمية تواجهها السلطة التشريعية في بعض الأحيان لسبب أو لآخر، غير أن الأسباب المؤدية إلى الإغفال قد يرقى إلى مستوى تعطيل السلطة التشريعية في أدائها التشريعي، مما يستلزم بالضرورة التعامل مع الظروف والأسباب على نحو من الموضوعية ومواجهتها بما يخدم الصالح العام.

منهجية الدراسة:

تم اتباع المنهج التحليلي في هذه الدراسة، ومن خلاله نتطرق تحليلياً إلى بيان أوجه المسائل المقترنة بموضوع الدراسة، علاوة على الأوضاع التي عليها حال السلطة التشريعية على العموم من حيث تعرضها لحالات الإغفال التشريعي، وبذلك نقرب لاستخدام المنهج الوصفي إلى جانب المنهج التحليلي.

هيكلية الدراسة:

تم تقسيم الدراسة إلى ثلاثة فصول، في الفصل نتناول بالبحث مفهوم الاختصاص التشريعي من حيث بيان ماهيته ومعناه وتعريفه إضافة إلى بيان أنواع التشريع وخصائصه. والفصل الثاني مخصص لدراسة ماهية الإغفال البرلماني للتشريع، وفيه نتطرق إلى بيان معنى الإغفال التشريعي وأنواعه وأسبابه. والفصل الثالث والأخير نخصه لدراسة الرقابة القضائية على الإغفال التشريعي. وفي الختام ننهي الدراسة بما توصلنا إليها من استنتاجات وما نقدمها من مقترحات ذات علاقة بموضوع الدراسة.

الفصل الاول

مفهوم الاختصاص التشريعي

الاختصاص التشريعي يناط أساساً بما يطلق عليها بالسلطة التشريعية وهي إحدى السلطات الثلاث التي تكون الدولة إلى جانب السلطتين التنفيذية والقضائية، وتتكون السلطة التشريعية عادة عن طريق الانتخاب، ولكن هذا لا يمنع من أن تكون ممثلة أحياناً بفرد واحد وبمجلس معين، وتختلف تسميات هذا المجلس المنتخب من بلد لآخر، فقد يطلق عليها مجلس الأمة أو الشعب أو الشورى، وقد يطلق عليها البرلمان أو الجمعية الوطنية أو المجلس الوطني أو الكونغرس، ويقصد بالسلطة التشريعية تلك الهيئة التي لها حق إصدار القواعد العامة الملزمة التي تحكم تصرفات الناس، داخل كيان الدولة، وتتجه أنظمة الحكم ذات الطابع النيابي إلى إعطاء حق التشريع لمجلس النواب.

1.1: معنى التشريع

يحتل التشريع مركز الصدارة بالنسبة لباقي مصادر القاعدة القانونية، فقد أصبح التشريع هو المصدر الرسمي للقانون بوجه عام، بعد أن كان العرف يحتل الصدارة، وذلك لانتشار العرف الاجتماعي.

ومن الثابت أن التشريع هو من اختصاص السلطة التشريعية في الدولة، والدستور هو الذي يبين الهيئة التي لها سلطة التشريع وطريقة مباشرتها لهذه الوظيفة، فيكون أول تنظيم للتشريع في الدستور، فعلى المشرع أن يلتزم بحدود الدستور وإلا خالف قواعده، فيما يصدره من تشريعات، وهذا الأمر هو الذي نعت أكاديمياً بمصطلح الاختصاص القانوني.

وتعرف العملية التشريعية بمعناها الواسع بأنها قيام السلطة المختصة في الدولة بوضع قواعد جبرية مكتوبة تنظم المجتمع وذلك في حدود اختصاصها وفقاً للإجراءات الدستورية المعمول بها في الدولة (بمعنى المصدر، أي سن القواعد القانونية وإخراجها مكتوبة محددة بألفاظ معينة، بواسطة سلطة مختصة بذلك هي في الغالب

السلطة التشريعية، والمعنى الثاني (المعنى الضيق) بمعنى القاعدة . وعليه يعرف بأنه القاعدة القانونية المكتوبة ذاتها والصادرة عن سلطة عامة مختصة حيث يسمى التشريع قانوناً كالقانون المدني والقانون التجاري، وكل قانون يصدر مكتوباً من سلطة تملك حق إصداره يسمى تشريعاً ويشمل التشريع أيضاً الأنظمة والتعليمات والقرارات التي تصدر بموجبه.

ومما تقدم يمكن القول أننا إذا ما أخذنا القانون معنى مجموعة القواعد القانونية الملزمة أياً كان مصدرها سواء التشريع الصادر عن السلطة التشريعية أم العرف أم غيره كان القانون أوسع من التشريع، أما إذا أخذنا التشريع بمعنى القانون المكتوب فإن القانون سيكون (بمعناه الضيق) جزءاً من التشريع.

1.1.1: تعريف التشريع

التشريع لغة مصدر: شرع، والشرع: نهج الطريق الواضح، يقال: شرعت له طريقاً، ثم جعل الشرع اسماً للطريق التهج، فقيل له: شرع، وشرع، وشرية⁽¹⁾، وفي التنزيل قال الله تعالى (لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا)⁽²⁾. والتشريع: إيراد الإبل شريعة لا يحتاج معها إلى نزع بالقلق، ولا سقي في الحوض. ويقال: شرع لهم، أي: س لهم. وقال ابن جزري: شرع الله الأمر: أي أمر به⁽³⁾.

أما اصطلاحاً فيعرف على أنه سن القوانين التي تعرف بها الأحكام المنظمة لحياة الأفراد في معاملاتهم ويشمل هذا المعنى التشريع المستمد من مصدره الإلهي (التشريع السماوي) بينما يوصف التشريع الذي ينسب إلى الإنسان (بالتشريع الوضعي)⁽⁴⁾.

كما يقصد بالتشريع بأنه مجموعة من القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية حيث تسن القواعد من قبل سلطة مختصة، وطبقاً لإجراءات معينة، وتسبغ عليها الصفة الإلزامية لصدورها من سلطة رسمية ولهذا فهي تعد مصدراً من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية⁽⁵⁾، ولا يجوز النظر إلى التشريع على أنه عمل كامل فمهما حرص المشرع على تضمين التشريع الحلول لجميع المسائل لا بد أن يترك مسائل دون تنظيم .

(1) حسين بن محمد المعروف بالرابع الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، مادة (شرع)، ط1، 1412هـ، تحقيق صفوان عدنان داوودي، دار القلم، دمشق، والدار الشامية، بيروت.

(2) سورة المائدة – الآية 48.

(3) الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، باب العين، ط2، 1407هـ، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، بيروت ودار الريان للتراث.

(4) محمد بن الحسن بن العربي بن محمد الحجوي الثعالبي، الفكر السامي في تاريخ التشريع الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1995، ص104.

(5) توفيق حسن فرج، المنخل للعلوم القانونية، القسم الأول - النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت 1993، ص8.

إن التشريع يحتل مكان الصدارة بين مصادر القاعدة القانونية في الدول التي تتبنى النظام اللاتيني مثل فرنسا، على عكس الدول التي تتبنى النظام الانكلوسكسوني كبريطانيا، ان الدستور عرفي وليس مبني على سوابق قضائية، وقد يرجع سبب ذلك إلى عدم وجود دستور مكتوب فيها⁽⁶⁾.

كما يقصد بالتشريع سن القواعد القانونية وإخراجها مكتوبة، بألفاظ محددة، بواسطة السلطة التي يمنحها الدستور الاختصاص بذلك، وفي هذا المعنى يقال مثلاً أن مجلس النواب هو السلطة التي تتولى عملية التشريع. كذلك يفيد لفظ (التشريع) معنى غير ما سبق، إذ هو يطلق على ذات القاعدة القانونية التي تسنها السلطة المختصة، وفي هذا المعنى يقال مثلاً التشريع الضريبي والتشريع الجمركي وتشريع العمل.

ويستفاد مما تقدم أن مصطلح (التشريع، ينصرف إلى عملية وضع القانون في صورة مكتوبة، كما ينصرف إلى القواعد القانونية ذاتها التي يتم وضعها بموجب هذه العملية، فهو المصدر والنتيجة في الوقت ذاته.

ويمكننا هنا أن نميز بين ثلاث أنواع من التشريعات:

أولاً : الدستور: يعرف الدستور بأنه الوثيقة الأساسية التي تبين نظام الحكم في الدولة وتنظم السلطات العامة فيها (السلطة التشريعية، والسلطة التنفيذية، والسلطة القضائية) وهذا التعريف عن وجهة نظر المعيار الشكلي ينطبق فقط على الدساتير المكتوبة الجامدة . يستبعد من ناحية الدساتير العرفية (غير المدونة أو غير المكتوبة) ويستبعد أيضاً الدساتير المرنة (أي التي تبع فيها تعديل قواعدها باتباع نفس الإجراءات لتعديل القوانين العادية)⁽⁷⁾.

ثانياً- التشريع العادي: يعرف التشريع العادي بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تقوم السلطة التشريعية أساساً بوضعها في حدود اختصاصها الذي يبينه الدستور ويقصد به القواعد القانونية التي تصدرها الهيئة الخاصة صاحب السلطة التشريعية في الدولة في حدود مالها من اختصاصات وفقاً للدستور أي هو الذي تسنه أو تضعه السلطة التشريعية في حدود اختصاصها المبين في الدستور ويشمل على جميع القوانين العادية التي لا تتعلق بالنظام الأساسي للدولة بوصفه وثيقة مدونة تصدر عن السلطة التشريعية. وإذا صدر التشريع طبقاً للإجراءات التي نص عليها الدستور ولم يخالف أحكامه فإنه يأخذ المرتبة الثانية بعد الدستور ويطلق عليه اسم القانون وإذا خالف التشريع دستور الدولة فإنه يفقد الزاميته ولا يجوز تطبيقه لأنه خالف الأساس الذي يستند إليه⁽⁸⁾.

(6) مصطفى محمد جمال وعبد الحميد محمد جمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت 1987، ص12.

(7) د. عماد الفقي، الدستور – الحالة المصرية، المنظمة العربية لحقوق الإنسان، القاهرة- 2012، ص13

(8) طارق عبد العال، تنظيم التشريع في غيبة البرلمان وأثاره في الحقوق والحريات الأساسية، القاهرة، 2015، ص12.

ثالثاً- التشريع الفرعي: ويعرف أيضاً بالتشريع اللائحي أو اللوائح وبالقرارات الإدارية التنظيمية (الأنظمة والتعليمات)، تتضمن قواعد قانونية مكتملة الخصائص تسنها وتصدرها السلطة التنفيذية بصفتها صاحبة الاختصاص الأصلي، ذلك أن اختصاصها هذا هو اختصاص عادي تباشره بصفة دائمة وفي الظروف العادية، غير انه ولما كان التشريع الفرعي أقل درجة وقوة مقارنة بالتشريعات العادية فقد سمي بالتشريع الفرعي والثانوي ويصدر على شكل لوائح أو قرارات أو منشورات أو مقررات أو أوامر(9).

2.1.1: تمييز التشريع عن القانون

القانون ضرورة طبيعية للمجتمع، هذه الضرورة تكمن في وجود قواعد وأحكام تبحث في غاية أساسية هي التنظيم الاجتماعي. فالقانون له دور أساسي في حفظ لحمة المجتمع والحفاظ على استقراره وتماسكه عن طريق توفير العدالة والأمن والحرية عبر الالتزام بالنظام والقواعد التي تأمر بها السلطة العليا. استناداً إلى ما تقدم يتضح أن القانون في تنظيمه لسلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع إنما يعمل ذلك من خلال بيان حقوقهم وواجباتهم، فالقانون والحق والواجب تصدر جميعها من مصدر واحد يتمثل بالقاعدة القانونية باعتبارها قاعد اجتماعية تفرض نظاماً معيناً لتنظيم علاقات الأفراد(10). عن طريق وضع ضوابط للسلوك الاجتماعي لتحقيق فكرة العدل التي تمثل أساس الاستقرار والأمن في المجتمع(11).

من خلال ما سبق يمكن تقسيم الوعي بالقانون إلى مستويين:

المستوى الأول يتمثل بالوعي بنظرية القانون ونصوصه المختلفة، والجوانب الفنية والفلسفية الدقيقة فيه. ويتداخل هذا النوع من المعرفة القانونية بالثقافة القانونية المتخصصة، لذلك نجد هذا النوع من الوعي القانوني عند العاملين بالقانون من قضاة ومحامين.. الخ ممن يتولون تدريس القانون في الكليات المتخصصة، وربما نجده أيضاً عند بعض المثقفين المولعين بالاطلاع على القانون وقضايا النظرية. ويبحث هذا المستوى بأمور من مثل مصادر قوة الإلزام في القانون و فقه القانون الدستوري و تنازع القوانين و سلطة القانون و تماسك القوانين بوصفها منظومة واحدة و السابقة القانونية و نظريات القانون.

(9) د. محمد ماضي، اختصاص مجلس شورى الدولة في صياغة مشروعات الأنظمة والتعليمات والأنظمة الداخلية، بحث منشور في مجلة القانون والقضاء، بغداد، ص1.

(10) عبدالمنعم فرج الصده، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1978، ص7.

(11) السيد عبدالحميد فوده، جوهر القانون بين المثالية والواقعية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2005، ص7.

أما المستوى الثاني من الوعي بالقانون فهو يختص بوعي الفئات الاجتماعية المختلفة والأفراد من غير المتخصصين بالقانون، بالحقوق و الواجبات التي تترتب على العيش الأمن و السليم ضمن المنظومة الاجتماعية الواحدة(12).

أما التشريع فقد سبق وتطرقنا إلى تعريفه، عليه سوف نقوم بعرض أهم ما يميز التشريع وكالاتي(13):

1. يمتاز التشريع بأنه يصدر نتيجة لنشاط قوة عاقلة ومفكرة، وبالتوالي فهو يمر على لجان متخصصة قبل صدوره، حيث تبحث هذه اللجان في مدى صلاحية التشريع المراد إصداره، ومدى استجابته للمطالب الشعبية، كما تقوم بالتنسيق بين أحكامه وأحكام التشريعات السابقة، ومن ثم يصدر التشريع منسجماً مع الظروف الاجتماعية وملبياً لحاجات المجتمع.

2. يمتاز التشريع بسرعة إنشائه وتعديله وإلغائه. فيمكن، عن طريق التشريع، سن القواعد القانونية التي تتطلبها ظروف الحال فإذا دعت دواعي العجلة إلى الإسراع في إصدار تشريع معين، أمكننا أن نصدره ونجعله نافذاً في فترة زمنية وجيزة، خلافاً لما عليه الحال في العرف الذي يتطلب وقتاً طويلاً لنشؤنه. وكذلك الوضع عندما يصبح التشريع غير ملائم لظروف المجتمع فإنه يمكن التدخل بتعديل القواعد القانونية القائمة أو إلغائها، كل ذلك في سرعة ويسر كبيرين.

3. كذلك يتميز التشريع بأنه يأتي واضح جلي، فهو يرد في وثيقة رسمية مكتوبة لا تدع أي مجال للشك حول إثبات وجود القاعدة القانونية أو تاريخ نشأتها.

4. على النقيض من العرف الذي غالباً ما يكون إقليمياً لا يطبق إلا على جزء من أرض الدولة، يمتاز التشريع بعمومية قواعده، فهو يصدر ليطبق على كل أجزاء الدولة، وبذلك يكون عاملاً هاماً في تحقيق الوحدة الوطنية وترسيخ التضامن بين أبناء الشعب الواحد.

نستخلص مما سبق أن التشريع كلمة تطلق على مجموعة الشرائع والقوانين، ويعرّف التشريع بأنه كل قاعدة قانونية تصدر في وثيقة رسمية مكتوبة، عن سلطة عامة مختصة في الدولة. ومن أمثلته: التشريع الفرنسي، التشريع السوري، التشريع المصري ... إلخ.

أما القانون، فهو مجموعة قواعد ناتجة عن (تشريع)، لذا تم تعريف القاعدة أو القواعد، والتعريف القانوني العلمي المجمع عليه حيث اجمع فقهاء القانون الوضعي على تعريف القاعدة القانونية وهي ((مجموعة قواعد

(12) عبدالباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، دت، ص19.

(13) مروة أبو العلا، تعريف التشريع وخصائصه وأهميته، بحث منشور على الإنترنت:

<https://www.mohamah.net/law/>تعريف-التشريع-و-خصائصه-وأهميته/

عامة مجردة ملزمة تنظم العلاقات بين الأشخاص (معنوية/طبيعية) في الحال والمستقبل وتقترن بجزء في حال مخالفتها)) ومن أمثلته: قانون المرور، قانون الإجارات.

2.1: الاختصاص الدستوري للبرلمان في التشريع

البرلمان هو صاحب الاختصاص الأصلي في مجال التشريع فيما إذا كان الأصل في التشريع وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات بمفهومه العام أو التقليدي. لذا فإن موضوع الدور التشريعي لمجلس النواب بين نصوص الدستور واتجاهات القضاء، ينصب على وظيفة التشريع في العراق وتنظيمها على وفق دستور عام 2005 ، إذ يؤدي مجلس النواب هذه الوظيفة بصورة أساسية وجوهرية كما في مرحلة اقتراح القوانين ومناقشتها والتصويت عليها، وتتداخل معه السلطة التنفيذية في بعض مفاصل التشريع كما في مرحلة اقتراح مشاريع القوانين ، والمصادقة عليها وإصدارها ونشرها في الجريدة الرسمية لتأخذ دورها في النفاذ.

وبناءً على الصلاحية التي يمنحها الدستور والقانون فإن الدولة تمارس سلطتها وفق هذه الصلاحية سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول بالبحث في الأول أهمية انفراد البرلمان بالتشريع، وفي الثاني حدود انفراد البرلمان بالتشريع.

1.2.1: أهمية انفراد البرلمان بالتشريع

لما كان الدستور يمثل الأساس القانوني للمشروعية في الدولة الحديثة، بحيث ينشئ وينظم السلطات العامة فيها ويحدد لها اختصاصاتها وعلاقتها ببعضها البعض⁽¹⁴⁾ ويرسم حدودها ويضع الضوابط والقيود التي يجب أن تنقيد بها أثناء مزاولتها لنشاطها، ويقرر الحقوق والحريات ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها⁽¹⁵⁾ فيما يمثل التشريع المصدر الثاني للمشروعية، وأن كان أهم المصادر من الناحية العملية فيما يعد مبدأ الفصل بين السلطات الضمان الرئيس لهذا المبدأ بما يوفره من احترام سلطات الدولة لحدودها واختصاصات كل منها وذلك بتخصيصه عضواً مستقل لكل وظيفة من وظائف الدولة، يمارس وظيفته طبقاً للاختصاص المحدد له في الدستور بغير اعتداء منه على اختصاص غيره من الأعضاء وهو ما يكفل في النهاية تحقيق الحكم الديمقراطي السليم القائم على سيادة القانون كضمانة أساسية للحقوق والحريات⁽¹⁶⁾.

(14) د. فتحي فكري، القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة دستور 1971، الكتاب الأول، المبادئ الدستورية العامة وتطبيقاتها في مصر، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2007 ، ص176

(15) د. أحمد صالح عاطف ، الدعوى الدستورية في النظام القانوني اليمني ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، 2009 ، ص4.

(16) د. صلاح محمد حسن إبراهيم ، نظرية الفصل بين السلطات كضمانة لسيادة القانون في النظم السياسية المعاصرة والنظام السياسي الإسلامي ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، مصر ، 2003 ، ص11.

ولكي يتحقق لمبدأ المشروعية معناه الذي يعني في النهاية التزام جميع الأفراد والهيئات بالخضوع لأحكام القانون حماية للنظام الاجتماعي الذي تسنده فلسفة خاصة توحى بأهداف اقتصادية وسياسية محددة في نطاق إطار قانوني قوامه الدستور بما فيها الهيئة التشريعية التي لا توجد إلا بالدستور ولا تظهر إلا بالقدر الذي يجيزه الدستور وينظمه يتعين توزيع وظائف الدولة الثلاث - التشريعية والتنفيذية والقضائية - على هيئات ثلاث تتولى كل منها وظيفتها بشكل مستقل عن بعضها.

هذا الاستقلال يعني بالضرورة التزام الهيئة التشريعية بالتدخل تشريعياً حيث يوجب عليها الدستور ذلك - بعبارة أخرى - يفرض عليها ضرورة التدخل لممارسة اختصاصاتها التشريعية بمقتضى الدستور والمبادئ ذات القيمة الدستورية , وإلا وقعت في منطقة الامتناع التشريعي وهو ما أصطلح عليه انفراد البرلمان بالوظيفة التشريعية للدولة التي فرضتها الأمة إياه بوصفه الهيئة الأقدر على استجلاء جوانب المصلحة العامة كما صاغها الدستور وعبرت عنها قواعده بالشكل الذي يضمن استقلاله الكامل دون تدخل بأي صورة من الصور. ولهذا المبدأ حجية ليس فقط في مواجهة السلطات العامة , ولكن أيضاً في مواجهة البرلمان ذاته وحجية مبدأ الانفراد التشريعي في مواجهة السلطات العامة في الدولة تعني اقتصار هذه السلطات على مباشرة وظائفها وبطلان تدخلها في المجال التشريعي المحجوز للبرلمان⁽¹⁷⁾. وعلّة ذلك أن كل سلطة تعمل دائماً على زيادة حدود اختصاصها وسلطاتها بل وترنو إلى إساءة استعمال سلطتها حتى تجد - كما يقول مونتسكيو - سلطة أخرى توقفها عند حدود سلطتها (وفي سبيل عدم انحراف هيئات الحكم عن اختصاصها تقرر أن تكون هناك حدوداً أمامها تمنعها من إساءة استخدام وظائفها بوقف كل هيئة عند حدود اختصاصها الدستوري لتؤدي وظيفتها دون تدخل من السلطتين الأخرين . فيما تعني حجية مبدأ الانفراد التشريعي في مواجهة البرلمان ذاته , التزام البرلمان بالتدخل التشريعي في المواطن التي توجب عليه الدستور ذلك، وإلا عد ممتنعاً عن ممارسة اختصاصاته التشريعية، بعبارة أخرى وكما قال أحد الفقهاء الفرنسيين "ليس البرلمان مالكاً لاختصاصاته" بمعنى أنه أصبح ملزماً بممارسة اختصاصه التشريعي، وفقاً لما يقضي به الدستور، وليس فقط ملزماً بممارسة هذا الاختصاص، من ناحية أخرى عدم تنازله عن هذه الاختصاصات لغيره من السلطات الأخرى لأن مباشرته لها تعد واجباً عليه وليس حقاً لا يجوز أن يعهد به لسواه، فإذا فعل ذلك تكون أعماله غير مشروعة لمخالفتها أحكام الدستور.

(17) مروءة أبو العلاء، المصدر السابق، ص 37.

ومن ثم ليس من المصلحة العامة أن يتنازل المشرع عن هذا الاختصاص أو جزء منه لكي تمارسه سلطة أخرى بدلاً منه، أو يمتنع عن ممارسته بصورة جزئية تتمثل في إصدار قوانين قاصرة لا تقوى على تنظيم موضوعاتها بالشكل المطلوب، أو بصورة تامة تتمثل في ترك مسائل بدون تنظيم تشريعي يضر بالمصلحة العامة لأنه السلطة المختصة دون سواها بوظيفة التشريع دون أن يكون لها التنازل عن هذه المهمة لغيرها من السلطات أو حتى أنابتها.

ومن ثم أن فعل المشرع ذلك يكون قد أنكر اختصاصه التشريعي، تماماً كالقاضي الذي ينتصل من الفصل في النزاع المعروض عليه، ويكون بذلك قد أنكر العدالة كما يعد مخالفة للدستور بما أحدثه - بغير وجه حق - من تعديل لقواعد توزيع الاختصاصات الدستورية، وهذا هو جوهر فكرة الامتناع التشريعي التي هي وجه من أوجه عدم الدستورية في القضاء الدستوري⁽¹⁸⁾.

وهكذا فإن كان المبدأ يقتضي بانفراد كل سلطة من السلطات العامة في الدولة بما كلفها به الدستور من اختصاصات وعدم تعدي أي منها على اختصاصات الأخرى - فإن امتناع البرلمان عن ممارسة الوظيفة التشريعية للدولة - سواء كان امتناعاً تاماً يتمثل في عدم الإقدام على تنظيم مسائل معينة أو امتناعاً جزئياً يتمثل في تنظيم بعض المسائل بصورة قاصرة لا تفي بالغرض يعني أن تظل السلطة التشريعية بلا صاحب وأن تصاب الحياة التشريعية بالجمود خصوصاً وأن السلطات الأخرى يحظر عليها التدخل في الاختصاص التشريعي للبرلمان. خاصة وأن هذا المبدأ قد أخذ طريقه إلى التطبيق العملي في دساتير دول عدة آمن واضعيها به كوسيلة فعالة لوقاية السلطة التشريعية مما كانت تعانيه من عنت السلطات الأخرى.

وبناء عليه كان مبدأ انفراد البرلمان في التشريع هو الأساس الدستوري الذي بنى عليه الفقه والقضاء الدستوريان فكرة الامتناع التشريعي، من أجل الحفاظ على خريطة توزيع الاختصاصات بين السلطات العامة في الدولة كما رسمها الدستور⁽¹⁹⁾.

2.2.1: حدود انفراد البرلمان بالتشريع

الأصل بالنسبة للمشرع هو حريته بصدد التشريع فهو الذي يحدد الهدف من التشريع والمصلحة المبتغاة ومدى ملاءمته في وقت معين كما يحدد الباعث عليه، وحيث يثبت أن الدستور لم يفرض قيداً صريحاً أو ضمناً فمن المصلحة أن نترك تقدير حرية الأهداف لممثلي الشعب تحت رقابة الشعب لأن ذلك يمكن من تطوير التشريع،

(18) د. أحمد صالح صالح عاطف، المصدر السابق، ص 83.

(19) د. فتحي فكري، المصدر السابق، ص 79.

والسير قدماً في النطاق الذي رسمه الدستور. هذا لا ينفي بطبيعة الحال فرض قيود على المشرع بمعرفة القضاء الدستوري في حالات لم يخضعه فيها الدستور لقيود محددة.

وبصفة عامة فإن فكرة ضرورة التشريع أو عدم ضرورته ومدى الحاجة إليه، وتدخل المشرع بالتشريع في موضوع معين في زمن معين أو إحجامه عن التدخل يعد جوهر السلطة التقديرية للمشرع. فتنظيم موضوع ما ومدى الحاجة إلى وجود التشريع أمر تختص به السلطة التشريعية وفقاً للملاءمات التي تراها، فهي التي تقدر متى تتدخل لوضع تشريع معين، ومتى تتدخل لإلغاء هذا التشريع أو تعديله، فلا يستطيع أن يحدد الدستور مدى الحاجة إلى التشريع مستقبلاً، ولا توجد صلة بين الحاجة إلى التشريع وبين دستوريته⁽²⁰⁾. فإذا قعد المشرع عن أن يتناول مسألة ما بالتنظيم فإنه لا يجوز حمله على التدخل - كأصل - ما لم يكن الدستور قد أوجب عليه التدخل وحدد له وقت تدخله وهو أمر لا يحدث كثيراً.

وإذا كانت طبيعة السلطة التقديرية للمشرع يتدخل في بلورتها وتشكيلها عدة عوامل من أهمها طريقة صياغة الدستور ذاته ومدى تفصيل أو إيجاز الأحكام التي يتضمنها ومدى تعدد القيود الموضوعية التي يفرضها التي تكون مردوداً للفلسفة السياسية التي يعتنقها مما لا مجال لتفصيله هنا إلا أن هذه السلطة على كل حال ليست سلطة مطلقة²¹.

غير أن الصعوبة الأكبر هي في نطاق سلطة التقدير التي يتمتع بها البرلمان فيما يقره من القوانين ذلك أن التقدير ليس تشهياً أو إملاءً، وإنما التقدير نقيص كل تحكم. ويفترض لجوازه دستورياً أن يفاضل المشرع وفق أسس منطقية بين بدائل تتزاحم جميعها على تقديم حلول مختلفة في الموضوع الواحد، وأن جميعها يدور في إطار المصلحة العامة ويتغيا تحقيقها، فلا تطرح هذه البدائل غير حلول منطقية وقانونية ينظر المشرع فيها ليختار أقلها تقييداً للحقوق والحريات التي ينظمها، وأعمقها اتصالاً بالأغراض التي تستهدفها، وبالمصالح التي تعطيها فاعليتها.

فالتقدير ليس سوى إعمال حكم العقل في شأن حلول مختلفة تتنازع جميعها الموضوع محل التنظيم ليعطيها المشرع حقها من التقييم الموضوعي المجرد من مظاهر الافتعال. ولا يجوز أن يقال بأن خوض جهة الرقابة القضائية على الدستورية في نطاق السلطة التقديرية للمشرع هو إخلال لنفسها محل المشرع فيما يراه صواباً.

(20) د. عيد احمد الغفول، المصدر السابق، ص51.

(21) د. أحمد صالح صالح عاطف، المصدر السابق، ص94.

ذلك أن جهة الرقابة هذه لا تقدم للمشرع بديلاً تراه هي أكثر ملاءمة أو أجدر قبولاً إنما تحرص على تحقيق أمرين:

أولهما: تحديد الأغراض النهائية التي توخاها المشرع من التنظيم التشريعي المطعون فيه.

ثانيهما: النظر في الوسائل التي اختطها المشرع لتحقيق هذه الأغراض.

وفي ضوء هاتين الوجهتين، لا يعتبر عمل المشرع موافقاً للدستور ما لم تتوافر علاقة منطقية ومفهومة تربط النصوص القانونية التي أقرها أو أصدرها بأهدافها. وشرط ذلك بطبيعة الحال ألا يكون الدستور قد قيد المشرع بفرائض حددها، إذ يتعين عندئذ إبطال النصوص القانونية التي تخالفها ذلك أن فرائض الدستور لازمها أن يعمل المشرع في إطار سلطة مقيدة لا تقديرية⁽²²⁾.

(22) محمد بن محمد كامل زين، نظرية التفويض التشريعي، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2002، ص53.

الفصل الثاني

ماهية الإغفال البرلماني للتشريع

بعد أن بدأت فكرة الإغفال التشريعي تظهر في أحكام القضاء الدستوري، وذلك لتخلي المشرع عن اختصاصه، بدأ الفقه يبحث في تحديد محتوى هذه الحالة، لبيان ذاتيتها ومعرفتها، وذلك للضرورة القصوى في تحديد أثرها بوصفها حالة تثير اللادستورية (عدم الدستورية) بما يتطلب التصدي لها لمنع تحققها، والوصول إلى تحقيق الفرضية المتقدمة، كما يتطلب ذلك الوصول إلى الأساس الذي يمكن للمحكمة أن تستند عليه في إجبار المشرع على تنظيم مسألة يفرض عليه الدستور ضرورة تنظيمها، لأنه ليس من الصالح العام أن يتخلى عن واجباته فيؤدي إلى وجود فراغ تشريعي.

لقد كان موضوع الإغفال التشريعي نتاجاً لتساءل الفقه بشأن اختصاص الجهة القضائية بالفصل في دستورية النصوص القانونية فهل ينحصر في النصوص التي أوردها المشرع في مجال تنظيمه لموضوع معين أم يتعداه إلى النصوص التي أهملها، والتي لا يكتمل التنظيم القانوني للحق أو الحرية بدونها؟ حيث أن هذا الفقه كان يرى في هذه المسألة أهمية من ناحيتين. أولهما- أن كل مخالفة للدستور، سواء تعمدتها المشرع أم انزلت إليها بغير قصد، يتعين قمعها.

ثانيهما- أن الدستور يكفل لكل حق أو حرية نص عليها، الحماية من جوانبها العلمية وليس من معطياتها النظرية وتتمثل هذه الحماية في الضمانة التي يكفلها الدستور لحقوق المواطنين وحيرياتهم والتي يعتبر إنفاذها شرطاً للانتفاع بها في الصورة التي تصورها الدستور نطاقاً فاعلاً لها. وهذه الضمانة ذاتها هي التي يفترض أن يستهدفها المشرع وأن يعمل على تحقيق وسائلها من خلال النصوص القانونية التي ينظم بها هذه الحقوق وتلكم الحريات وشرط ذلك بطبيعة الحال أن يكون تنظيمها كافلاً تنفسها في مجالاته الحيوية وأن يحيط بكل أجزائها التي لها شأن في ضمان قيمتها العملية فإذا نظمها المشرع تنظيمياً قاصراً وذلك بأن أغفل أو أهمل

جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها، كان ذلك إخلالاً بضماناتها التي هيأها الدستور وفي ذلك مخالفة للدستور.

1.2: مفهوم الإغفال التشريعي

يعد مصطلح الإغفال التشريعي من المصطلحات الحديثة نسبياً التي لم يتسن بعد للفقهاء⁽²³⁾ التعرض لها بالقدر الكافي للاتفاق على تحديد معناه أو مضمونه رغم مواجهة القضاء الدستوري له. وعلى هذا الأساس سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نناقش في المطلب الأول تعريف الإغفال، وفي المطلب الثاني أسبابه.

1.1.2: مفهوم الإغفال

الإغفال هو إهمال ناتج عن خطأ أو عمد لبعض الجوانب العملية أو العلمية لهذا القانون أو ذاك حتى يبدو القانون المُشرَع قاصراً عن تحقيق الهدف الذي شرع من أجله. وللدخول في تفاصيل مفهوم الإغفال سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتطرق من خلالهما إلى تعريف الإغفال التشريعي في الفرع الأول، وتمييز الإغفال التشريعي عما يشابهه من أوضاع في الفرع الثاني، وكما يلي:

2.1.2: تعريف الإغفال التشريعي

ترجع كلمة إغفال في اللغة إلى الاسم إلى كلمة أقل والفعل يغفل وأغفل واجباته، غفل عنها، أهملها أو تركها من غير نسيان. أغفل بعض التفاصيل، أغفل بعض صفحات الكتاب، تركها دون تنقيط وبهذا جاء قوله تعالى (وَاصْبِرْ نَفْسَكَ مَعَ الَّذِينَ يَدْعُونَ رَبَّهُمْ بِالْعَدَاةِ وَالْعَشِيِّ يُرِيدُونَ وَجْهَهُ^ط وَلَا تَعْدُ عَيْنَاكَ عَنْهُمْ تُرِيدُ زِينَةَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا^ط وَلَا تُطِعْ مَنْ أَغْفَلْنَا قَلْبَهُ عَن ذِكْرِنَا وَاتَّبَعَ هَوَاهُ وَكَانَ أَمْرُهُ فُرُطًا)⁽²⁴⁾.

أما كلمة تشريع، فترجع إلى كلمة شرع، تشريعي اسم منسوب إلى تشريع متعلق بسن القوانين، السلطة التشريعية، مجلس النواب أو البرلمان، الهيئة الخاصة المكونة من مجموعة أشخاص منتخبين رسمياً مهمتهم وضع القوانين أو تعديلها لدولة أو ولاية الانتخابات التشريعية أو الدورة التشريعية مدة انعقاد المجلس النيابي خلال سنة وتكون عادية أو استثنائية⁽²⁵⁾. وفي الاصطلاح القانوني يعد الإغفال التشريعي من المصطلحات الحديثة ولم يتم الاتفاق على تحديد مفهومه بعد⁽²⁶⁾.

(23) د. عوض المره، الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الأساسية، مركز رينيه - جان ديبوي للقانون والتنمية، بدون سنة طبع، ص 1416.

(24) سورة الكهف - الآية ٢٨

(25) معجم اللغة العربية المعاصرة - الموقع الإلكتروني <http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar>

(26) د. عبد المنصف عبد الفتاح، رقابة الملائمة في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 2011، ص 396.

وقد عد جانب من الفقه الفرنسي الإغفال التشريعي صورة من صور عدم الاختصاص السلبي للمشرع أي تخلي المشرع عن اختصاصه⁽²⁷⁾. كما عد جانب من الفقه⁽²⁸⁾ الإغفال التشريعي بأنه هو عدم الاختصاص السلبي ينطوي في ذاته على تجاوز السلطة التشريعية لسلطاتها.

فالفقه المصري أيد هذا الاتجاه، إذ نص في تعريفه للإغفال التشريعي 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 في الدستور)⁽²⁹⁾، حيث يتبين من خلال هذا التعريف أن الفقه المصري عد الإغفال التشريعي (أي تنظيم السلطة التشريعية لمسألة أو مسائل معينة بصورة منقوصة صورة من صور عدم الاختصاص السلبي للمشرع إلى جانب تخلي أو تنازل السلطة التشريعية عن اختصاصاتها التشريعية بصدد مسألة أو مسائل معينة لغيرها من السلطات)، إلا أن الإغفال التشريعي يختلف عن عدم الاختصاص السلبي⁽³⁰⁾.

وعد جانب آخر من الفقه⁽³¹⁾ الإغفال التشريعي أنه مخالفة موضوعية لأحكام الدستور حيث ذهب هذا الاتجاه إلى أن الإغفال التشريعي هو الإغفال النسبي للمشرع في معالجة موضوع معين خلافاً للدستور قد يمس الضمانات القانونية التي يجب التمتع بها فضلاً عن الإخلال بمبدأ المساواة.

في حين ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى أن المقصود من الإغفال التشريعي هو (إغفال المشرع جانباً من جوانب الموضوع محل التنظيم مما يؤدي إلى الحد من فعاليته وعدم تفعيل أو تكريس النص الدستوري من ناحية أخرى)⁽³²⁾.

عليه فإن المقصود وحسب تعريف الإغفال التشريعي هو تنظيم المشرع لاحد الموضوعات تنظيمًا قاصراً وغير متكامل بان اغفل احد الجوانب المهمة في الموضوع على النحو الذي يؤدي إلى عدم الاحاطة بالموضوع محل التنظيم وعدم تفعيل احد النصوص الدستورية ونجد ان هذا التعريف قد قصر نتيجة الإغفال التشريعي

(27) Favoreu et Philip, les grandes décisions du conseil constitutionnel, ED.Dalloz, ge ed, 1997, p.68
(28) administrative, A. I. J. C. Economica, 1989, P. 141- George Schmitter, L'incompétence negative du le'gislateur et des autorités)142.

(29) د. عبد احمد الفضلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص159.

(30) د. عبد المنصف عبد الفتاح، المصدر السابق، ص 402.

(31) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط1، دار الشروق، 1999، ص202.

(32) د. عبد الحفيظ الشيمي، رقابة الاغفال التشريعي في المحكمة الدستورية العليا، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص5.

على عدم تفعيل النص الدستوري ولم يشر صراحة إلى نتيجة الإغفال هي مخالفة دستورية سواء ادت إلى عدم تفعيل النص أم لا وان التنظيم القاصر هو في حد ذاته نقص تشريعي وهو مخالفة دستورية.

ويؤيد هذا الرأي جانب آخر من الفقه والذي يعرف الإغفال التشريعي بأنه (تناول المشرع أحد الموضوعات التي يختص بها بالتنظيم لكنه يأتي سواء عن عمد أو إهمال غير مكتمل أي تنظيمًا قاصراً عن أن يحيط بكافة جوانبه وبما يؤدي إلى الإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم⁽³³⁾).

خلاصة ما تقدم يشير هذا التعريف إلى جميع عناصر الإغفال التشريعي إلا أنه رد سبب وجود الإغفال إلى العمد أو الإهمال على الرغم من أن الإغفال ينشأ نتيجة عيب في الصياغة التشريعية وليس الإهمال أو العمد فقط.

عليه يمكن للباحث أن يعرف الإغفال التشريعي بأنه (النقص أو الغموض الوارد في التشريع الصادر عن المشرع أدى إلى الإخلال بأحد أركان تنظيم التشريع مما تسبب في قصور النص القانوني وهو وجه من وجوه المخالفة الدستورية تبرر تدخل القضاء الدستوري لغرض الفصل فيه).

3.1.2: تمييز الإغفال التشريعي عما يشابهه من أوضاع

إن الإغفال التشريعي يمثل قيام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات الواردة في الدستور أو استناداً لأحكام الدستور على نحو منقوص أو قاصر بحيث لا يحيط بكافة جوانبه مما يؤدي إلى عدم اكتمال تنظيمه مما يؤدي إلى عدم إحاطة الموضوع المنظم ومخالفة أحد أو بعض نصوص الدستور.

عليه سنتطرق إلى بعض المصطلحات المشابهة للإغفال التشريعي وهي كالآتي:

1.3.1.2: الإغفال التشريعي والقصور التشريعي

يقصد بالقصور في التشريع، عدم ملائمة النص القانوني للحياة الاجتماعية والسياسية السائدة في المجتمع وقت تطبيقه. بمعنى آخر عدم تضمن النص القانوني لما تقوم الحاجة إليه من أحكام تفصيلية أو جزئية في ظل تغيرات جوهرية شهدها المجتمع. ويعبر تحقق القصور في التشريع عن تطور المجتمع تطوراً وعدم قدرة النصوص القانونية التي وضعت في زمن سابق على مواكبة هذا التطور.

(33) د. هالة محمد طريح، حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات العامة والضمانات المقررة الممارسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 249.

ويختلف القصور التشريعي عن الإغفال التشريعي كون المشرع قام بسلوك إيجابي من خلال وضعه القانون الذي مسألة معينة، ويتحقق القصور في التشريع متى كانت القاعدة التي تعالج المسألة المطروحة على القاضي موجودة ولكنها غير عادلة أو غير منسجمة مع الظروف الاجتماعية والسياسية السائدة⁽³⁴⁾.

وتسمى هذه الظاهرة بالقصور المزيف مقارنة بالقصور الحقيقي، وتسمى أيضاً بالقصور الإيديولوجي لأن تغيير الإيديولوجية يضطر القاضي إلى البحث عن حل تتلاءم مع تطور المجتمع وحاجاته المتجددة.

ويسمى كذلك بالقصور الانتقادي لأن القاضي ينتقد القانون القائم لأنه غير ملائم ويسمى أيضاً بقصور الغاية لأن للقانون غاية معينة لا تنسجم القاعدة الموجودة معها لذلك يستحسن تجاهل تلك القاعدة وخلق قاعدة جديدة أخرى محلها.

وتتحقق حالة القصور التشريعي حتماً في حالة التغييرات السياسية الكبرى في حياة المجتمع وانتقاله من وضع سياسي معين إلى وضع سياسي مغاير، تماماً كالانتقال من نظام دكتاتوري يحتقر الإنسان ويهدر حقوقه إلى نظام ديمقراطي يؤسس لدولة القانون ويحترم الإنسان وحقوقه وحياته العامة في ظل دستور يضعه الشعب عبر ممثليه بإرادته الحرة.

2.3.1.2: الإغفال التشريعي وعدم الاختصاص السلبي للمشرع

يعد تعبير الاختصاص السلبي فرنسي الأصل واستخدمه لأول مرة الفقيه الفرنسي جان ريفير وذلك خلال تعليقه على بعض أحكام المجلس الدستوري المتعلقة بممارسة السلطة التشريعية لاختصاصها التشريعي⁽³⁵⁾. فقد عرف عدم الاختصاص السلبي للمشرع بأنه (تنازل البرلمان عن اختصاصه التشريعي لغيره من السلطات)⁽³⁶⁾.

وقد تطرق الفقه إلى حالات عدم الاختصاص السلبي للمشرع حينما تتخلى السلطة التشريعية عن ممارسته اختصاصاتها للسلطة التنفيذية من خلال حالتين⁽³⁷⁾:

(34) عبد الرحمن عزوي، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع: الإغفال التشريعي نموذجاً، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، نشر ابن خلدون، الجزائر، 2010، ع 10، ص 81.

(35) د. عبد احمد الفضول، فكرة عدم الاختصاص السلب للمشرع، ط 8، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003 ص 43.

(36) د. عبد احمد الفضول، المصدر السابق، ص 50.

(37) د. عبد المجيد ابراهيم، السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار الجامعات الجديدة، القاهرة، 2010، ص 580.

الأولى هي حالة الإفراط في التفويض التشريعي أو تجاوزه حدوده، حينما يتخذ المشرع من عملية التفويض التشريعي فرصة للتخفيف من اختصاصاته التشريعية فيفرط في تفويض اختصاصاته للسلطة التنفيذية أو يتسامح في تحديد ضوابط التفويض.

والثانية من خلال إفراط السلطة التشريعية في الإحالة إلى السلطة التنفيذية إذ يجب على المشرع حينما يدعو السلطة التنفيذية لوضع اللوائح التنفيذية للقوانين التي يقرها أن يلتزم بالضوابط الدستورية التي تحدد قواعد الاختصاص فلا يتنازل أو يترك الأمر برمته للسلطة التنفيذية بذريعة تنفيذ القوانين.

عليه يتميز الإغفال التشريعي عن عدم الاختصاص السلبي للمشرع من خلال عدم الاختصاص والذي يعني مخالفة مسلك المشرع لقواعد الاختصاص المحددة بالدستور باعتباره تخطى عن مباشرة اختصاصه واسند الموضوع برمته إلى سلطة أخرى غير مختصة دون سند من الدستور بينما الإغفال لا يعني أن المشرع يخالف قواعد الاختصاص الثابتة في الدستور وإنما باشر اختصاصه بنفسه إلا أنه قصر في مباشرته بأن أغفل جانباً معيناً من جوانب الموضوع محل التنظيم. وكذلك فإن مسلك المشرع بصدد فكرة عدم الاختصاص السلبي يعد مسلكاً إرادياً بحسب الأصل بينما مسلك المشرع بصدد الإغفال التشريعي هو بحسب الأصل غير إرادي(38).

ويعد الأساس القانوني للرقابة الدستورية على كل من الإغفال التشريعي وعدم الاختصاص السلبي للمشرع مختلفاً، ففي عدم الاختصاص السلبي نجد أن أساس الرقابة عليه هو مبدأ الانفرد التشريعي بمسائل معينة ومن ثم مخالفة القانون لقواعد الاختصاص، بينما يعد أساس الرقابة في الإغفال متمثلاً في مخالفة التشريع لمبدأ سمو الدستور وعلوه من جانب ومخالفة الضمانات المهينة من قبل الدستور لحماية الحقوق والحريات العامة من جانب آخر(39).

وتعد فكرة عدم الاختصاص من العيوب الخارجية للتشريع متمثلة في مخالفة قواعد الاختصاص المنصوص عليها في الدستور والمترتب على ثبوتها القضاء بعدم دستورية التشريع المطعون برمته لمخالفته لقاعدة شكائية واردة بالدستور. ولا يمكن اعتبار الإغفال التشريعي من العيوب الخارجية للتشريع بل انها مخالفة صريحة

(38) د. عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص 23.

(39) د. عبد احمد الفضلول، المرجع السابق، ص 38.

لمضمون احد نصوص الدستور أو بعضها ويترتب على وجوده القضاء بعدم دستورية ما أغفل المشرع بيانه للمخالفة الموضوعية للدستور(40).

3.3.1.2: الإغفال التشريعي والسكوت التشريعي

عرف جانب من الفقه السكوت التشريعي بأنه (حالة الغياب الكلي أو عدم الوجود الكلي للتشريع أو لقاعدة قانونية تتعلق بحالة قانونية محددة بالدستور)(41).

في حين عرفه جانب آخر بأنه (السكوت عن تنظيم مسألة ما أو عدم التدخل بالتشريع في موضوع معين)(42). وعموما فإن الفقه(43) يرى أن المشرع يملك سلطة تقديرية في عملية سن ووضع التشريعات، فله التدخل الوضع تشريعات معينة نص عليها الدستور أو عدم التدخل لوضعها أي سكوته كما له أن يحدد مضمون التشريع ومحتواه ودون أن يتقيد بأسلوب معين أو طريقة محددة ولكنه مع ذلك يتقيد بما يفرضه عليه الدستور من قواعد واحكام فإن خالفها اعتبر مخالفا للدستور. كما أن المشرع وهو يملك سلطة تقديرية واسعة في اختيار وقت وضعه للتشريع فإن تأخره في اتمام ذلك مدة طويلة اي سكوته وهو ما يمكن أن ينسب لتصرفه هذا "تقصيرا دستوريا" وليس مخالفة دستورية.

وعليه فإن أوجه التشابه بين السكوت التشريعي والإغفال التشريعي يمكن أن يكون أن كليهما يرد على التزام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات الواردة في الدستور، فيما عدا ذلك فإن أوجه الاختلاف بينهما يكمن في عدة نواحي.

1. إن الإغفال التشريعي يكون فيه المشرع قد تناول الموضوع محل التنظيم على نحو منقوص أما السكوت التشريعي فيكون عندما لا يتناول المشرع أحد الموضوعات بالتنظيم من الأساس على الرغم من التزامه دستورياً بذلك(44).
2. يعد مسلك المشرع بصدد السكوت التشريعي مسلكاً إرادياً بحسب الأصل بينما يعد مسلك المشرع بصدد الإغفال التشريعي بحسب الأصل غير إرادي.

(40) د. جابر محمد صبحي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2012، ص401.

(41) د. عبد الحفيظ الشيمي، المصدر السابق، ص120.

(42) د. عبد العزيز محمد سلمان، رقابة الاغفال التشريعي في القضاء الدستوري، المجلة الدستورية للمحكمة الدستورية المصرية - العدد (15) السنة 8، 2011، ص80.

(43) د. عادل الطبطباني، الحدود الدستورية بين السلطين التشريعية والقضائية، دراسة مقارنة، المجلس العلمي للنشر ولجنة التأليف والتعريب، جامعة الكويت، 2000، ص447.

(44) د. جابر محمد صبحي، المصدر السابق، ص401.

3. يختلف الإغفال التشريعي عن السكوت التشريعي من حيث مدى الخضوع للرقابة الدستورية من قبل القضاء ففي حالة القول بأن الإغفال التشريعي يخضع لرقابة القضاء على الدستورية ويجد أساسه في مبدأ سمو الدستور والذي يعني علوية القواعد الدستورية على غيرها من القواعد القانونية المطبقة في الدولة وأن أي تشريع تصدره الدولة يجب أن يكون موافقاً للدستور هذا إلى جانب حماية الحقوق والحريات الدستورية⁽⁴⁵⁾، إلا أن السكوت التشريعي ليس مدعاة للرقابة على الدستورية إذ لا توجد صلة بين الحاجة إلى التشريع وبين دستوريته⁽⁴⁶⁾.

4.1.2: أنواع الإغفال التشريعي

يمكن تقسيم أنواع الإغفال التشريعي إلى قسمين رئيسيين وهما الإغفال التشريعي الكلي وهذا ما سنتناوله في الفرع الأول، والإغفال التشريعي الجزئي وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني وكما يلي:

1.4.1.2: الإغفال الكلي

يقصد بالإغفال الكلي حالة الغياب الكلي أو عدم الوجود الكلي للتشريع أو لقاعدة قانونية تتعلق بحالة قانونية محددة بالدستور كان على المشرع تنظيمها⁽⁴⁷⁾.

كما يقصد به امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي بشأن مسألة معينة أو مجموعة من المسائل مما يترتب عنه فراغ تشريعي⁽⁴⁸⁾. وقد ظهرت فكرة الامتناع التشريعي أول مرة لدى الفقه الألماني، حيث يعتبر السيد "Wessel" قاضي المحكمة الدستورية بألمانيا أول من أشار إلى فكرة التمييز بين الإغفال الكلي والإغفال النسبي أو الجزئي، لكن من تفقه فيها هم الفقهاء الإيطاليين وقد ساعدتهم في ذلك حالة الفراغ التشريعي التي عاشتها إيطاليا منذ دستور 1948، وذلك بسبب عدم ممارسة البرلمان الاختصاصات التشريعية نتيجة حالة عدم الاستقرار السياسي، فكثيراً ما كان حل أحد مجلسي البرلمان هو المخرج الوحيد لحل الفراغ السياسي بسبب عدم اتفاقهما على قراءة مماثلة لمشروعات القوانين المقدمة إليهما، ولعدم وجود حزب معين يتمتع بأغلبية مريحة يمكنه مواجهة الانقسامات داخل البرلمان، بسبب قيام الانتخابات التشريعية في إيطاليا على أساس نظام التمثيل النسبي بصورة كاملة حتى عام 1992⁽⁴⁹⁾.

(45) د. جابر محمد صبحي، المصدر السابق، ص 402.

(46) د. هالة محمد طريح، المصدر السابق، ص 257.

(47) أورده يعيش مجيد، دور السكوت في التصرفات القانونية، مذكرة لئيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص 8

(48) رمزي علي دراز، السكوت التشريعي في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، 2004، ص 74

(49) عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، دت، ص 115

وقد طرحت مشكلة إغفال المشرع⁽⁵⁰⁾ وتركه اختصاصاته مشكلة قانونية وسياسية، تتعلق بجواز أن يكون سكوت المشرع محلاً للرقابة، ويقصد بها الرقابة التي تمارسها الجهة المكلفة دستورياً بالرقابة على دستورية القوانين⁽⁵¹⁾، بمعنى هل يمكن أن يكون سكوت المشرع محلاً أو موضوعاً للرقابة الدستورية أم لا؟ كما طرح الإشكال بشأن محل هذه الرقابة؟ لأنه لتفعيل الرقابة على دستورية القوانين يشترط وجود قانون ملموس ثم احتمال عدم دستوريتها؟

في الحقيقة كان هذا الأمر محل خلاف بين الفقه الإيطالي، فهناك من اعتبر امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي مما يشكل فراغاً تشريعياً وجهاً من أوجه عدم الدستورية، بينما نفى جانب آخر ذلك بحجة أن عملية التدخل بالتشريع من صميم السلطة التقديرية للمشرع.

2.4.1.2: الإغفال الجزئي

يعرف الإغفال التشريعي الجزئي أو النسبي بأنه (قيام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات الواردة في الدستور على نحو 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)⁽⁵²⁾.

ويتحقق هذا النوع من الإغفال فيما إذا تناول المشرع أحد الموضوعات التي يختص بها بموجب الدستور بشكل ناقص سواء عن عمد أو إهمال، أي يأتي قاصراً عن الإحاطة بكافة جوانبه وبما يؤدي إلى الإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع⁽⁵³⁾ وعليه أن الإغفال التشريعي النسبي يتحقق في الحالة التي يخالف فيها المشرع الالتزامات المفروضة عليه بموجب الدستور، فلا يقوم بتنظيمها بصورة كاملة وواضحة وصريحة كما وردت في نصوص الدستور، ويعتبر بأنه لم يوف بالتزامه بالتشريع انطلاقاً من الالتزام الدستوري الذي يقع عليه بموجب النصوص الدستورية ذات الصيغة الأمرة.

وبما أن هذا النوع من الإغفال يتحقق بعد إصدار القانون، فإننا نكون أمام قانون مكتمل له وجوده الفعلي، وبالتالي فإنه كقاعدة عامة يمكن أن يكون محلاً لرقابة القضاء الدستوري، وهذا ما أكد عليه الوفد المصري

(50) عزايي عبد الرحمن، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع: الإغفال التشريعي نموذجاً، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، 2010، ص 85.

(51) عز الدين الدناصري، عبد الحميد الشواربي، الدعوى الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2002، ص 24.

(52) د. عبد العزيز محمد سلمان، المصدر السابق، ص 86.

(53) جواهر عادل العبد الرحمن، الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 30.

إلى المؤتمر العالمي الثاني حول العدالة الدستورية المنعقد في ريو دي جانيرو في 18 يناير 2011⁽⁵⁴⁾، كما ويذهب البعض إلى أنه بعد أن يعلن القضاء الدستوري بعدم دستورية بعض مواد القانون ولكن البرلمان يمضي قدماً في امتناعه التشريعي، فالحكم القضائي الدستوري يبقى مرعية وعلى السلطة التشريعية إتباع ما ورد فيه عند التصدي لأي قانون مماثل ولا يجوز تكرار المخالفة عند إصدار قانون آخر⁽⁵⁵⁾.

وعلى الرغم مما سبق يبدو أن المحكمة الاتحادية العليا تتجه في بعض قراراتها إلى الامتناع عن ممارسة الرقابة على الإغفال التشريعي الجزئي، ففي الدعوى المقامة ضد رئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء وأمين عام مجلس الوزراء إضافة لوظائفهم، بشأن الطعن بالمادة الثامنة من قانون المفصولين السياسيين رقم (24) لسنة 2005، لتضمنها قصوراً تشريعياً تمثل بعدم تحديد جهة الطعن القضائي بقرارات لجنة التحقيق، واعتبر المدعي أن هذا القصور التشريعي جاء مخالفاً لأحكام المادة (100) من الدستور التي حظرت النص في القوانين على تحصيل أي عمل أو قرار إداري من الطعن وكذلك لأحكام المادة (19/ثالثاً) التي ضمنت حق التقاضي، وطلب المدعي إلزام المدعى عليه الأول رئيس مجلس النواب إضافة إلى وظيفته بمعالجة هذا القصور، واسند المدعي في دعواه إلى المدعي عليه الثاني (رئيس مجلس الوزراء إضافة لوظيفته) بعدم تقديمه مشروع تعديل المادة الثامنة من القانون المذكور بإحداث جهة للطعن بقرارات لجنة التحقيق). ولكن على الرغم من وجهة وجه الدعوى، في نظر الباحث، فإن المحكمة الاتحادية العليا اعتبرت هذا القصور التشريعي خياراً تشريعياً لمجلس النواب وفق اختصاصه التشريعي وأن ما طلبه المدعي يخرج عن اختصاصات المحكمة، وقررت برد الدعوى من جهة عدم الاختصاص⁽⁵⁶⁾.

2.2: أسباب الإغفال التشريعي

تقسم أسباب الإغفال التشريعي إلى قسمين تكون الأولى خارج إرادة المشرع وتدعى بالأسباب غير العمدية وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول، وأسباب تعود للمشرع وهذا ما يطلق عليه بالأسباب العمدية وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني.

(54) اطلالة على الرقابة القضائية على دستورية القوانين، ورقة مقدمة من وفد جمهورية مصر العربية الى المؤتمر العالمي الثاني حول العدالة الدستورية، ريو دي جانيرو، البرازيل 18-يناير-2011، ص 11.

(55) القاضي سالم رمضان الموسوي، اثر أحكام القضاء الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع في العراق، مقال متاح على العنوان الإلكتروني: <https://www.iraqja.iq> تاريخ الزيارة: 2020/9/14

(56) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 36/الاتحادي الأعلام/2018، وفي نفس الاتجاه انظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 40/الاتحادية الأعلام/2017 الخاص بطلب اضافة مادة الى قانون انتخابات مجلس النواب.

1.2.2: أسباب غير عمدية

تتمثل أهم الأسباب الخارجية عن إرادة المشرع والتي تعد أسباب غير عمدية التي يحدث بسببها الإغفال التشريعي فيما يلي:

أولاً: عدم كفاية صياغة مبدأ الفصل بين السلطات

إن ضبط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في صياغة القوانين التي تظل نقطة التقاء (57) بين هاتين السلطتين، وقد أبدى المجلس الدستوري الجزائري موقفه صراحة فيما يخص هذا المبدأ في رأيه رقم 12/ر.ق.م.د/01 المؤرخ في 13 يناير 2002 بمناسبة النظر في القانون الأساسي لعضو البرلمان حيث جاء ذلك بقوله: "أن مبدأ الفصل بين السلطات يقتضي أن تحترم كل سلطة حين ممارسة صلاحياتها الحدود التي رسمها المؤسس الدستوري (58)".

ثانياً: عدم استيعاب كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية لمبدأ الفصل بين السلطات

إن أهم مشكلة تثيرها هذه النقطة هي مسألة الموضوعات المسكوت عنها، فهذه المسألة ليست على قدر كبير من الوضوح، ولكنها ذات أهمية وخطورة كبيرتين لكونها تكون محل جدل وتنازع اختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية. ولقد اختلف الفقه حول كيفية تنظيمها، فقد اعتبر جزء منه أنها ضمن الوظيفة التشريعية وفقاً لطبيعتها فقط إما في مجال الاختصاص التشريعي المطلق أو النسبي. وفي رأي مخالف اعتبر الأستاذ سليمان محمد الطماوي أنه تدخل ضمن الاختصاص النسبي للمشرع على سبيل الاستدلال من خلال تنظيمه لها على الشكل الآتي:

- أن البرلمان يقوم بتنظيمها لكون أن اختصاصه ينظمه الدستور، وبما أن هذا الأخير لم يمنعه من تنظيم المسائل المسكوت عنها.
- أن للبرلمان منع السلطة التنفيذية من تنظيم هذه المسائل من خلال القيام بإصداره قانون يمنعه من ذلك، وهذا في غير المجالات المحددة لها دستورياً

(57) عبد الرحمن عزراوي، المصدر السابق، ص 90

(58) سعاد حافظي، الضمانات القانونية لتطبيق القواعد الدستورية، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، الجزائر، 2006-2007، ص 192.

ثالثاً: نوعية القواعد والأحكام الدستورية التي تسند الاختصاص التشريعي للبرلمان

إن الغموض والإبهام الذي يحوم حول كيفية ممارسة البرلمان لاختصاصاته التشريعية يؤدي به إلى تنازله عن اختصاصه إلى السلطة التنفيذية بالنظر للإمكانيات البشرية واللوجستية المتوفرة لديها للممارسة اختصاصات تعود بالأصل للبرلمان مستغلة الثغرات المتواجدة في نصوص الدستور.

رابعاً: عدم الاستقرار السياسي والأمني للدولة

يعد عامل عدم الاستقرار السياسي⁽⁵⁹⁾ والأمني للدولة من العوامل المؤثرة سلباً على استقرار المؤسسات الدستورية للدولة ، إذ في الحالة غير العادية التي تسود الدولة تقوم السلطة التنفيذية بالمحافظة على النظام العام ، وهو ما يؤدي إلى تراجع دور البرلمان في ممارسة اختصاصه بمقابل تزايد مجال ودور السلطة التنفيذية خاصة عن طريق التنظيمات المستقلة لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية.

2.2.2: أسباب عمدية

إن هذه الأسباب تتصل بصفة مباشرة بإرادة وقدرة المشرع على ممارسة اختصاصاته المخولة إليه، والتي تشمل كل من:

أولاً: تأثير تكوين النواب على العمل البرلماني

يصعب التكهن بنتائج مرضية لعمل البرلمان في ظل غياب التكوين الدقيق للنواب المؤسس على قواعد مضبوطة ومنهجية ، ويعد هذا العامل مهماً جداً في الميدان التشريعي لأن مهمة وضع القواعد القانونية لتنظيم شؤون الدولة مهمة دقيقة جداً تحتاج إلى رجال مختصين أكثر منها رجال يحوزون على ثقة الناخبين⁽⁶⁰⁾.

ثانياً: عامل الانضباط الحزبي

يؤثر عامل التعددية الحزبية إيجاباً أو سلباً على التعددية البرلمانية ، ومن واقع تجربتنا في العراق فبدلاً من توفير الثقافة السياسية لدى الأفراد اتجهت إلى الجمود السياسي، من خلال فرض آراء الأحزاب على موقف

(59) عرف حمدي عبد الرحمن حسن عدم الاستقرار السياسي للدولة بأنه: " عدم قدرة النظام على التعامل مع الأزمات التي تواجهه بنجاح، وعدم قدرته إدارة الصراعات القائمة داخل المجتمع بشكل يستطيع من خلاله أن يحافظ عليها في دائرة تمكنه من السيطرة والتحكم فيها، ويصاحبه استخدام العنف السياسي من جهة، وتناقض شرعيته وكفاءته من جهة أخرى". أشار إليه، عزو محمد عبد القادر ناجي، مفهوم عدم الاستقرار السياسي في الدولة www.ahewar.org.

(60) سعاد حافظي، المصدر السابق، ص 217.

النائب وإن لم يقتنع بها، وبالتالي يتجه النائب إلى البرلمان وهو يعرف مسبقاً لمن يصوت، مما تتحول النقاشات البرلمانية إلى خطب منبرية ومبارزات كلامية من دون أن تغير مصير التصويت.

الفصل الثالث

الرقابة القضائية كآلية لعلاج الإغفال التشريعي

يعد التشريع من العلوم الحديثة والمتطورة والذي مر بمراحل عدة حتى أصبح له فنون وآليات يدعى بعلم الصياغة التشريعية، وظهرت نظريات عديدة بهذا الصدد وكلها تهدف إلى إعداد وإنتاج تشريع متكامل يعبر عن فكرة المشرع وفلسفته بصيغ وعبارات وجمل جزلة في اللفظ ودقيقة في المعنى، إلا أن هذا المسعى لم يكن موفقاً على الدوام وإنما تظهر عيوب وهفوات في التشريع عند التطبيق ومنها غموض النص أو تناقض أحكامه.

ولكي يتم تدارك هذا النقص ظهرت في القانون الدستوري وتطبيقاته القضائية نظرية (الإغفال التشريعي) وهي نظرية تعالج ما سعى عنه المشرع، الذي يمكن أن يكون محل رقابة من القضاء الدستوري، إذا تناول المشرع أحد الموضوعات التي يختص بها بالتنظيم، لكنه يأتي، سواء عن عمد أو إهمال، غير مكتمل أي تنظيمياً قاصراً عن أن يحيط بكافة جوانبه وبما يؤدي بالإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التشريع، وذلك عن طريق القضاء الدستوري الذي يتدارك النقص بإيجاد أحكام قضائية تعالجه في خلق مراكز قانونية لاكتمال ذلك النقص التنظيمي⁽⁶¹⁾.

لقد كان للقضاء العراقي دوراً رقابياً مهماً في مراقبة الكثير من القرارات سيتم التطرق إليها لاحقاً، وسوف نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، نتطرق في الأول إلى مفهوم الرقابة القضائية، وفي الثاني موقف الفقه والداستاتير من الرقابة على الإغفال التشريعي، وفي الثالث الرقابة على الإغفال التشريعي في العراق وكما يأتي:

(61) جواهر عادل العبد الرحمن، الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 63.

1.3: مفهوم الرقابة القضائية

تعني الرقابة القضائية وجود هيئة قضائية تتولى الرقابة على دستورية القوانين. ولما كان موضوع الرقابة الدستورية والمسائل التي تثيرها تؤلف مسألة قانونية، وهي التحقق من مدى تطابق القانون أم عدم تطابقه مع أحكام الدستور، فمن المنطقي أن يعهد بهذه الرقابة إلى هيئة قضائية يكون في التكوين القانوني لأعضائها، وما تقدمه من ضمانات الحياد والموضوعية والاستقلال وحرية التقاضي وعلانية الجلسات وتسبيب الأحكام، مما يجعل هذه الرقابة ضماناً مؤيدة لاحترام الدستور، وسلاحاً فعالاً لحمايته من محاولة الاعتداء على أحكامه من قبل السلطات العامة(62).

وسوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتطرق في المطلب الأول إلى التعريف بالرقابة القضائية، فيما نتناول بالمبحث الأسس التي تقوم عليها الرقابة القضائية على الإغفال التشريعي في المطلب الثاني، وكالاتي:

1.1.3: التعريف بالرقابة القضائية

يكون مبدأ سمو الدستور أمراً نظرياً بحتاً وعبثاً لا طائل من ورائه في حال عدم وضع أحداث فعالة لحماية مبدأ سمو الدستور، ويدع الدستور عرضه لإنتهاك واعتداء السلطات الأخرى عليه ولا سيما السلطة التشريعية لذلك يتفق الفقه الدستوري على أن الضمانات الرئيسة لحماية مبدأ سمو الدستور هي تنظيم الرقابة على دستورية القوانين.

وعلى الرغم من اختلاف وسائل الرقابة على دستورية القوانين باختلاف الأنظمة الدستورية في الدول المختلفة إلا أنها بمجملها تؤول إلى أسلوبين رئيسيين هما الرقابة السياسية والرقابة القضائية.

وما يهمنها هو تعريف الرقابة القضائية وعليه سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول نقوم من خلاله بتعريف الرقابة القضائية، والفرع الثاني نتناول فيه بالبحث شرعية الرقابة القضائية.

1.1.1.3: تعريف الرقابة القضائية

يقصد بالرقابة القضائية (أن تتولى هيئة قضائية مراقبة دستورية القوانين، أي أن يتولى القضاء فحص القوانين ليتحقق من مطابقتها أحكامها للدستور)(63). ويشمل ذلك جهة القضاء المختصة بالرقابة على دستورية القوانين وذلك عندما تكون الرقابة مركزية والمكلفة من قبل الدستور، أي قضاء دستوري متخصص. وكذلك يشمل

(62) عزاوي عبد الرحمن، الرقابة على السلوك الملبي للمشرع : الإغفال التشريعي نموذجاً، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد-تلمسان، 2010، ص 98.

(63) د.منذر الشاوي، القانون الدستوري، نظرية الدستور، بغداد، 1980 ص14.

المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها عند نظرها بدستورية القوانين، عندما تكون الرقابة لا مركزية أي عندما لا يكون هناك قضاء دستوري متخصص⁽⁶⁴⁾.

وتكون الرقابة القضائية أفضل وسيلة لحماية الدستور عندما يتسم القضاء بالحياد والنزاهة والموضوعية مستقلاً في أداء المهام المنوطة به بعيداً عن أهواء الهيئات والمؤسسات والأحزاب هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى ما يتوفر لدى القضاة من مؤهلات قانونية تسمح لهم بأن يكلفوا بمهمة فحص القوانين للتحقق من مدى مطابقتها لأحكام الدستور. بالإضافة إلى ذلك ما يضمنه القضاء للأفراد من حرية التقاضي وحق الدفاع والعلانية مما يجعل الرقابة القضائية على دستورية القوانين رقابة حقيقية وفعالة⁽⁶⁵⁾.

وقد أخذت الكثير من الدول الحديثة بالرقابة القضائية على دستورية القوانين⁽⁶⁶⁾. خاصة بعد إجماع الفقه على فشل أسلوب الرقابة السياسية على دستورية القوانين لعيوبها والانتقادات الموجهة إليها التي تعرضت لها من قبل الفقه⁽⁶⁷⁾.

وعلى الرغم من كل المزايا التي يتمتع بها أسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين إلا أن بعض الفقه قد وجه إليه بعض الانتقادات⁽⁶⁸⁾. ومن الملاحظ أن معظم الانتقادات الموجهة للرقابة القضائية يمكن الرد عليها وإسقاطها بكل سهولة، وذلك لكونها موجهة إلى تطبيقات الرقابة القضائية لا إلى الرقابة القضائية في ذاتها، وأنها تهدف إلى محاولة علاج ما ظهر من عيوب الرقابة القضائية أثناء التجارب المختلفة لها⁽⁶⁹⁾.

وتعد الولايات المتحدة الأمريكية مهد الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وكانت السبابة في ذلك، إلا أن دستورها لم ينص صراحةً على مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين، ولكن تقرر هذا الحق بواسطة القضاء من جانب وتأييد الفقه من جانب آخر⁽⁷⁰⁾. وتعد قضية (ماربوري ضد ماديسون) عام 1803⁽⁷¹⁾، بحكمها الشهير رابطاً تاريخياً بين الرقابة القضائية على دستورية القوانين وبين أول حكم للمحكمة الاتحادية العليا الأمريكية قررت فيه مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

(64) د.أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، رسالة دكتوراه، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1960، ص577.

(65) د.عبدالغني بسيوني عبدالله، النظم السياسي والقانون الدستوري، دار النشر بلا، 1997، ص559.

(66) د.عبدالغني بسيوني عبدالله، المصدر السابق، ص559.

(67) د.سعد عصفور، القانون الدستوري، الطبعة الأولى، دار المعارف بالإسكندرية، 1954، ص113 وما بعدها.

(68) د. علي السيد الجاز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر مع المقارنة بالانظمة الدستورية الاجنبية، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، 1982، ص134.

(69) د.علي السيد الجاز، المصدر السابق، ص97.

(70) د.رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مطابع دار السياسه، الكويت، 1972، ص455.

(71) Burdeau , Traite de science politique , paris , 1969 , T.4 , P.461et suiv. (71)

ومنذ ذلك الحكم ارتبط هذا المبدأ بأسم القاضي (جون مارشال) واعتبره البعض منشأً لهذا المبدأ على الرغم من أن محاكم بعض الولايات الأمريكية، كولاية (فرجينيا)، كانت قد أخذت بمبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين قبل أن تأخذ به المحكمة الاتحادية العليا⁽⁷²⁾.

2.1.1.3: آلية الرقابة القضائية

أولاً: الرقابة عن طريق الدعوى المباشرة

تتم رقابة المحكمة القضائية عن طريق الدعوى المباشرة أو الدعوى الأصلية أو ما يسمى رقابة الإلغاء بطريقتين فقد تكون سابقة على صدور القانون وقد تكون لاحقة عليه.

1. **رقابة الإلغاء السابقة:** هي الرقابة التي تباشر في مرحلة تكوين القانون، أي أنها تتم في مرحلة اقتراح القانون⁽⁷³⁾.

2. **رقابة الإلغاء اللاحقة:** وهي رقابة لاحقة على إصدار القانون أو هي وسيلة هجومية تسمح لبعض الجهات أو المراجع بالطعن في هذا القانون مباشرة أي بصورة مستقلة عن أي نزاع عن طريق الدعوى الأصلية⁽⁷⁴⁾.

تتمثل الرقابة القضائية عن طريق الدعوى المباشرة في مبادرة صاحب الشأن برفع دعوى أمام المحكمة المختصة للمطالبة بإلغاء القانون المخالف للدستور، دون أن ينتظر حتى يطبق عليه، وتتولى المحكمة بحث الامر، فإذا تحققت من المخالفة حكمت ببطلان هذا القانون وإلغائه، وبذلك ينتهي أمره بالنسبة للجميع ولا تثار مسألة دستورية مرة أخرى، ونظراً لخطورة الدور الذي تقوم به المحكمة في هذه الحالة فإنه يعهد بهذا النوع من الرقابة إلى محكمة واحدة في الدولة وذلك لتجانس تعارض الأحكام إذا ما عهد بهذه المهمة إلى عديد من المحاكم، وغالباً ما تسند هذه الرقابة إلى محكمة دستورية تنشأ خصيصاً لهذا الغرض⁽⁷⁵⁾.

ففي العراق تم تبني هذه الرقابة عن طريق الدعوى المباشرة أو رقابة الإلغاء إذ نص النظام الداخلي للمحكمة على أنه: (إذا طلبت إحدى الجهات الرسمية بمناسبة منازعة قائمة بينها وبين جهة أخرى الفصل في قانون أو

(72) د.علي السيد الباز، المصدر السابق، ص119 وما بعدها وص168 وما بعدها.

(73) د. محمد علي سويلم، رقابة على دستورية القانون وتطور الانظمة الدستورية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2013، ص457.

(74) خليل الهندي وأنطوان الناشف، المجلس الدستوري في لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان، 1998، ص83.

(75) د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2008، ص26.

قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر فترسل الطلب بدعوى إلى المحكمة الاتحادية العليا معلاً مع أسانيدته وذلك بكتاب موقع من الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة(76).

ثانياً: الرقابة عن طريق الدعوى غير المباشرة.

تتم رقابة المحكمة الدستورية عن طريق الدعوى غير المباشرة أو ما يسمى رقابة الامتناع بطريقتين:

1. **طريقة الدفع الفرعي:** وهي تفترض وجود دعوى يراد فيها تطبيق قانون معين فيدفع أحد الخصوم بعدم دستورية هذا القانون، وفي هذه الحالة لا تفصل المحكمة في صحة الدفع بل تؤجل النظر في الدعوى وتحيل الطعن في دستورية القانون إلى المحكمة الدستورية التي يكون لحكمها حجية مطلقة تجاه الكافة. يتمثل هذا النوع من الرقابة بأنه لا توجد دعوى أصلية بإلغاء قانون من القوانين لعدم دستوريته، وإنما يتعلق الأمر بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه مضمونه يتقدم به أحد أطراف النزاع في قضية معروضه أمام القضاء، أي أن الرقابة في هذه الحالة لا تتخذ شكلاً هجوماً كما هو الحال في الحالة السابقة، وإنما تأخذ شكلاً دفاعياً مقتضاه أن ينتظر صاحب هذا الشأن حتى يراد تطبيق قانون معين عليه في قضية معروضة أمام محكمة من المحاكم، ثم يدفع بعدم دستورية هذا القانون، فتتولى المحكمة بحث الأمر، فإذا قدرت مخالفة القانون للدستور امتنعت عن تطبيقه في الدعوى التي أثير الدفع بصدها، أي أن المحكمة في حالة الدفع بعدم الدستورية لا تقضي بإلغاء القانون وإنما تمتنع فقط عن تطبيقه في القضية التي أثير الدفع بمناسبتها، ويظل هذا القانون قائماً(77).

ففي العراق فإن المحكمة الاتحادية العليا تبنت هذه الرقابة عن طريق الدفع الفرعي أو الدعوى غير المباشرة بمعنى أن يدفع أحد الخصوم في دعوى تنظرها إحدى المحاكم بأن النص القانوني أو القرار المراد تطبيقه عليه غير دستوري فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى فتبت هي في قبول الدعوى فإذا قبلتها ترسلها مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت بعدم الشرعية إذ نص النظام الداخلي للمحكمة على أنه: (إذا طلبت إحدى المحاكم الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو تعليمات أو أمر بناءً على دفع أحد الخصوم بعدم الشرعية فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى، وبعد استيفاء الرسم عنها تبت في قبول الدعوى فإذا قبلتها ترسلها مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت بعدم الشرعية وتتخذ قراراً بأستنخار

(76) المادة الخامسة من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم 1 لسنة 2005.

(77) د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص27..

الدعوى الأصلية للنتيجة، أما إذا رفضت الدفع فيكون قرارها بالرفض قابلاً للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا(78).

2. طريق المزج بين أسلوبي الدفع الفرعي والدعوى الاصلية: طبقاً لهذا الأسلوب المختلط في الاختصاص القضائي الدستوري، يجوز الطعن بعدم دستورية قانون ما أثناء نظر دعوى قضائية مرتبطة بتطبيق القانون المتنازع على دستوريته، ويكون ذلك بدفع تثيرها المحكمة من تلقاء ذاتها في مسألة دستورية القانون، وفي هذه الحالة توقف هذه الأخيرة وتحيل الطعن في دستورية التشريع إلى المحكمة المختصة كي تصدر فيه حكماً ملزماً بحجية مطلقة، أي أنه يكون ملغياً للقانون بالنسبة للكافة، وذلك إذا ما تبين للمحكمة عدم دستوريته(79).

وقد نصت المادة (٣) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق، على أنه: (إذا طلبت إحدى المحاكم من تلقاء نفسها أثناء نظرها دعوى البت في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات يتعلق بتلك الدعوى فترسل الطلب معللاً إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه ولا يخضع هذا الطلب إلى الرسم). ومن ذلك يتضح أن النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق يأخذ بأسلوب الدفع الفرعي والدعوى الأصلية معاً.

2.1.3: الأسس التي تقوم عليها الرقابة القضائية على الإغفال التشريعي

إن الأساس القانوني لفرض الرقابة على الإغفال التشريعي هو سمو الدستور، ويعرف سمو على أنه أحد خصائص الدولة القانونية، إذ لا بد من وضع القواعد الدستورية التي تنظم اختصاصات السلطات العامة في مكانة سامية تلو جميع هذه السلطات وتخضعها لأحكامه حتى يتحقق خضوع الدولة للقانون ويقصد بمبدأ سمو علو أحكام الدستور أو علو القواعد الدستورية وسيادتها على سائر القواعد القانونية في الدولة.

وقد نص دستور العراق لعام 2005 النافذ على مبدأ سمو الدستور في المادة (١٣) منه والتي تنص على أنه (أولاً- يعد هذا الدستور القانون الأعلى والأعلى في العراق ويكون ملزماً في انحائه كافة وبدون استثناء. ثانياً- لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ويعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم، أو أي نص

(78) المادة 4 من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم 1 لسنة 2005.

(79) د. ميادة عبد القادر إسماعيل، الرقابة السابقة على دستورية القوانين، الطبعة الثانية مزيده ومنقحة، 2015، ص34.

قانوني آخر يتعارض معه..). إضافة إلى أن بعض الدساتير لا تنص عليه لأنه مقدر ومسلم بغير نص، والسمو نوعان (80):

1. السموم الموضوعي، ويرجع هذا السموم إلى الطبيعة الموضوعية التي تحملها ثانياً الدستور من حيث كونه يخاطب المراكز القانونية في السلطات الثلاث كما ويحتوي على الحقوق والحريات الدستورية أي اختلاف الموضوعات التي يتولاها الدستور عن غيره من القواعد القانونية (التشريعية).
2. السموم الشكلية، والذي مفاده أن هنالك دساتير جامدة لها إجراءات معقدة في التعديل.

إن ما يميز الدستور الجامد عن القانون العادي هذه الإجراءات المعقدة حيث أن الدساتير المرنة والتي لا تحتوي قواعده على تعديلات تعديلية تحتوي على السموم الموضوعية دون السموم الشكلية أما الدستور الجامد فهو يحوي كلاً من السموم الموضوعية والشكلية. ويعد دستور العراق لعام 2005 من الدساتير الجامدة والتي تحتوي سمو شكلي وموضوعي، والملاحظ أن الرقابة على دستورية القوانين تدور مع السموم الشكلية دون الموضوعية فهي مرتبطة معه وجوداً وعدمياً، وقد نص الدستور العراقي على إجراءات معقدة لتعديله، حيث نصت المادة (126) منه، على أنه:

أولاً- لرئيس الجمهورية ومجلس الوزراء مجتمعين أو لخمس (5/1) أعضاء مجلس النواب اقتراح تعديل الدستور.

ثانياً- لا يجوز تعديل المبادئ الأساسية الواردة في الباب الأول والحقوق والحريات الواردة في الباب الثاني من الدستور إلا بعد دورتين انتخابيتين متعاقبتين وبناء على موافقة (ثلاثي) أعضاء مجلس النواب عليه وموافقة الشعب بالاستفتاء العام ومصادقة رئيس الجمهورية خلال سبعة أيام.

ثالثاً- لا يجوز تعديل المواد الأخرى غير المنصوص عليها في البند (ثانياً) من هذه المادة إلا بعد موافقة (ثلاثي) أعضاء مجلس النواب عليه وموافقة الشعب بالاستفتاء العام، ومصادقة رئيس الجمهورية خلال سبعة أيام.

نصل من خلال نص المادة أعلاه إلى خلاصة مفادها أن دستور العراق يمتاز بكونه من الدساتير التي تحتوي إجراءات معقدة جداً لتعديله وهذا يعني أو يعكس قوة جموده. ولكفالة سمو للدستور تبنت النظم القانونية المختلفة تنظيم الرقابة على دستورية القوانين.

وعليه نصل إلى نتيجة مفادها أن الإغفال التشريعي يخالف عنصري السموم وذلك من خلال:

أولاً: الإغفال التشريعي المخالف للسمو الشكلي

عندما ينص الدستور على إجراءات أو ضمانات معينة ففي هذه الحالة يتحقق الإغفال التشريعي المخالف للسمو الشكلي للدستور، والدستور الذي ينطبق عليه ما ذكر هو الدستور الفرنسي. لقد حرص المجلس الدستوري الفرنسي في قراراته على التأكيد بأن مشروع القانون الخاضع لرقابته استوفى الإجراءات المنصوص عليها في الدستور من دون غلو أو نقصان⁽⁸¹⁾.

وبنفس المفهوم سارت المحكمة الدستورية العليا في مصر فقد حرصت في أحكامها بعدم الدستورية أو الدستورية أن لا يتضمن مشروع القانون نقص أو إغفال عن الإجراءات التي يجب اتباعها في تشريعات القوانين فقد قضت في حكم لها بعدم دستورية قانون الجمعيات الأهلية رقم (153) لسنة 1999 باعتباره من القوانين المكملة للدستور والتي تحتوي على نقص يتعلق بوجود أخذ رأي مجلس الشورى بشأن إصداره⁽⁸²⁾. إذ ورد في حكم المحكمة ما يأتي (أن القانون المطعون فيه يكون قد توافر في شأنه العنصران الشكلي والموضوعي وهما الإجراءات الواردة في الدستور والضمانات الموضوعية الواردة في الحقوق والحريات الدستورية ولما كان هذا القانون من القوانين المكملة للدستور ولقد أشار كتاب أمين عام مجلس شورى الدولة رقم 83 بتاريخ 1999/11/7 المرفق بالأوراق أن هذا القانون لم يعرض مشروعه على المجلس لأخذ رأيه فيه فإنه يكون ناقصاً ومشوباً بمخالفة نص المادة 195 من الدستور).

خلاصة القول أن الإغفال التشريعي وعلاقته بالسمو الشكلي يتعلق بالسهو أو النقص أو الإغفال من جانب المشرع عن النواحي الإجرائية التي تفترض من وجودها إكمال القانون دون نقصان من جميع الجوانب الدستورية.

ثانياً: الإغفال التشريعي المخالف للسمو الموضوعي للدستور

يحرص القاضي الدستوري على أن يكون القانون الخاضع لرقابته يتطابق بصورة كاملة مع الدستور وإلا أصبح القانون غير دستوري⁽⁸³⁾. هذا المبدأ يطبق من قبل القاضي الدستوري بصورة ضيقة وخاصة إذا كان القانون الخاضع لرقابته يمس الحقوق والحريات الأساسية، وعليه يكون اتجاه القاضي فيما يتعلق بالسمو

La loi organique dans la constitution 4 October. Sirat (C). La loi organique et la constitution de 1985, D, 1960 p154, Camby (J.P), (81)

1958. R.D.P. 1989, p. 1402

(82) حكم المحكمة الدستورية العليا رقم 153 لسنة 21 قضائية، جلسة 3 منشورة في مجموعة احكام المحكمة لعام 2000، الجزء التاسع ص582.

(83) د. حمدان حسن فهمي، اختصاصات القضاء الدستوري في مصر وحجية احكامه وتنفيذها واثارها، مع نصوص الدستور واحداث تعديلات قانون المحكمة، مطبعة ابو مجد، القاهرة،

2009، ص121.

الموضوعي أن تأتي النصوص التشريعية مطابقة تماماً لنصوص الدستور أو قد يقصر محل التنظيم لذلك فإن المشرع الدستوري يحرص على أن تنظم النصوص القانونية وتشرع من قبل السلطة التشريعية ولا يجوز لها أن تتخلى عنها إلى سلطات أخرى إلا في حدود ضيقة جداً، لأنها تعد واجبة دستورية كونها السلطة التشريعية التي اسندت إليها هذه المهام من قبل الدستور لحماية الحقوق.

ويعد حماية الحقوق والحريات الأساسية وكفالة مبدأ المساواة من أهم مبادئ السمو الموضوعي للدستور ولذلك لم يكن غريباً أن غالبية الأحكام الصادرة في التصدي للإغفال التشريعي كانت مخالفة لمبدأ المساواة. لذلك يلاحظ أن الأحكام الصادرة بعدم الدستورية كانت تتوجه إلى أن القانون المطعون فيه يحتوي على إغفال واضح لحق أو حرية دستورية بحيث شكل هذا الإغفال نقصاً أو سهواً بالتنظيم ولا يهم بعد ذلك إذا كان هذا النقص ناتجاً عن عمد أو سهو (84).

2.3: موقف الفقه والدساتير من الرقابة على الإغفال التشريعي

إذا كانت رقابة الإغفال التشريعي قد اعتمدت في وجودها على جهود الفقه وتفسير القضاء الدستوري لدوره في الرقابة على دستورية القوانين، فإن بعض الدساتير المعاصرة قد أقرتها، بأن جعلت من إغفال البرلمان عن ممارسة اختصاصاته التشريعية وجهاً من وجوه عدم الدستورية قاطعة الطريق أمام أية اختلافات في وجهات النظر حول قيام القاضي الدستوري بهذا النوع من الرقابة وبذلك أعطت الجهات الرقابة على دستورية القوانين، حق الرقابة على امتناع المشرع عن إصدار تشريع معين.

وبالنظر إلى الدساتير نلاحظ أن الأساس الذي تستند عليه المحكمة في ممارستها لهذا النوع من الرقابة قد تباينت في المنهج الذي اتبعته، حيث تبنت بعض الوثائق الدستورية صراحة الرقابة على الإغفال التشريعي، بينما اعترف القضاء الدستوري في دول أخرى بحقه في رقابة الإغفال التشريعي رغم غياب النص الصريح عليها.

1.2.3: موقف الفقه

لقد شهدت الرقابة على الإغفال التشريعي تطوراً ملحوظاً، فبعد أن كان القضاء الدستوري متردداً بالأخذ بها معتبراً أن امتناع المشرع عن التشريع يدخل ضمن سلطته التقديرية، ليتطور موقفه فيما بعد من خلال اعتبار

(84) د. عبد الحليم حسن عبد الله، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1974، ص90.

الإغفال التشريعي مخالفة للدستور ومن ثم يخضع لرقابته وهذا ما انعكس بدوره على رؤى فقه القانون العام، ليبرز في ذلك اتجاهين مختلفين.

عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول الفريق الراض لفكرة الرقابة، وفي الفرع الثاني الفريق المؤيد لفكرة الرقابة.

1.1.2.3: الفريق الراض لفكرة الرقابة

قدم الفقه المعارض مجموعة من الحجج التي تتعلق بنوع القاعدة الخاضعة للرقابة في حالة امتناع خضوع المشرع لرقابة القاضي الدستوري⁽⁸⁵⁾. إذ تطرق جانب منهم إلى صعوبة وضع رقابة القاضي الدستوري على امتناع المشرع عن تنظيم مسألة معينة بكتا الصورتين الجزئية والكلية، ذلك مفاده وقوع هذه الرقابة على قواعد غير موجودة بالفعل⁽⁸⁶⁾ هذا إضافة إلى أن غياب القاعدة القانونية لاسيما في الدول التي تأخذ بالرقابة اللاحقة، تحول دون اللجوء إلى تحريك هذه الرقابة، الآن وجود نص قانوني يعد شرطاً أساسياً وأولياً لقيام هذه الرقابة⁽⁸⁷⁾. إضافة لذلك تعد تعدياً على اختصاص السلطة التشريعية بالتعقيب على أعمالها توصلها إلى إهدارها⁽⁸⁸⁾ بوصفها أكثر تقارباً من القضاء بآمال المواطنين وأحق بالتعبير عن احتياجاتهم وأولوياتهم، بجانب أنها أدق نفاذ إلى الحقائق التي تلهمها تشريعاتها⁽⁸⁹⁾ وأنه لو جاز للقضاء التعقيب على عمل السلطة التشريعية لجاز للسلطة التنفيذية التعقيب على عمل السلطة القضائية بأن تمتنع عن تنفيذ الأحكام التي ترى فيها مجافاة للعدالة أو مخالفة للدستور كما تفهمه هي⁽⁹⁰⁾.

فضلاً عن أن هذه الرقابة ستحل الهيئة القضائية مكانة أعلى من الهيئات الأخرى باعتبارها السلطة الوحيدة ذات الحق البرلماني في إقرار القوانين، مما يجعلها في مركز أسمى من البرلمان الذي يعد في النظام الديمقراطي ممثل الأمة صاحبة السيادة⁽⁹¹⁾.

إن إقرار الرقابة يؤدي إلى قيام القاضي الدستوري بتفسير النص الخاضع لرقابته توجي لصدوره عن المشرع بصورة غير مكتملة، مستندة إلى إرادة المشرع نصاً لم يصدر عنه أصلاً، وهو أمر لا يخلو من تجاوز

(85) المادة (6/ثالثاً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا.

(86) د. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية في مصر، ج 1 ص 2، دار أبو المجد، القاهرة- 2000، ص78.

(87) د. محمد ماهر أبو العينين، المصدر السابق، ص78.

(88) د. عبد الحفيظ الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بلا سنة نشر، ص123.

(89) د. هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، القاهرة، 1999، ص47.

(90) حسين جبر حسين الشويلي، قرينة دستورية التشريع، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، 2014، ص48.

(91) د. هشام محمد فوزي، المصدر السابق، ص47.

اختصاص المشرع، كونه يمثل إضافة غير مبررة للنص لم يذهب إليها المشرع الذي لو أراد إقرار حكم معين لأقره صراحة(92).

يقول أحد الفقهاء بصدد هذا الموضوع (إن كل ما ليس جزءاً من النص الخاضع للرقابة، لا يمكن اعتباره قاعدة قانونية موجودة، ولا يمكن بناء على ذلك نسبته للبرلمان). كما ذهب اتجاه آخر من الفقه للقول بأنه (لا شك في أن مجال تحرك المحكمة الدستورية يتسم بالسعة ولكن ليس باللامحدودية فهي تستطيع بالتأكيد هدم ما أقامه البرلمان بالمخالفة لأحكام الدستور، لكنها لا تستطيع إقامة ما لم يقيمه البرلمان ذاته، كما يرى بعض الفقه أن رقابة الامتناع تبدو أمراً غريباً، لأنه من شأنها إدانة ما سكت النص عن قوله وليس ما قاله النص)(93). ومن ناحية أخرى تعد الرقابة على حالة الامتناع حلول القاضي محل المشرع في تقدير الأمور، منها مدى الحاجة إلى القانون، ومدى ضرورة هذا القانون، وتقدير الظروف الملائمة لصدور القانون، وهذه الأمور هي من سمات السلطة التشريعية(94). عليه فإن تنظيمها يعد رخصة من حق المشرع أن يستخدمها أو لا يستخدمها وله أن يتخير الوقت المناسب وفقاً للقانون، لذلك تعد هذه الظاهرة سياسية وليست قانونية ولا يسأل عنها المشرع أمام القاضي الدستوري(95).

2.1.2.3: الفريق المؤيد لفكرة الرقابة

يرى الفقه(96) إمكانية مراجعة القاضي الدستوري لامتناع المشرع عن التدخل لتنظيم مسألة معينة يفرض عليه الدستور تنظيمها، تقييداً بالنص الدستوري وسموه على باقي أشكال القوانين الذي لا يقف عند رقابة السلوك الإيجابي للمشرع من خلال معرفة مدى تطابق القانون مع أحكام ومضمون الدستور، وإنما يمتد إلى السلوك السلبي للمشرع المتمثل في الامتناع عن سن القوانين مما يترك فراغاً قانونياً قد تستغله السلطة التنفيذية، بما ينتج عن ذلك تداخل في الاختصاص.

إذ يضع الدستور على عاتق المشرع مجموعة من الالتزامات القانونية التي يجب الوفاء بها من قبله. إلى جانب ذلك فإن النصوص الدستورية ترسي الأسس الجوهرية للموضوعات التي تتناولها في التنظيم، متجاهلة

(92) د. عزيزة الشريف، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع، المركز الإسلامي الثقافي، الكويت، 1995، ص55.

(93) د. عيد احمد الفغول، المصدر السابق، ص118.

(94) د. عيد احمد الفغول، المصدر السابق، ص118.

(95) د. هالة محمد طريح، المصدر السابق، ص251.

(96) سهام صديق : الاغفال التشريعي وسبل معالجته، مقال منشور على الموقع الالكتروني،

<https://www.droitentreprise.com/?p=1964> تاريخ الزيارة : 2020/8/5

البحث في التفاصيل تاركة الأمر على عاتق البرلمان(97)، إذ أن الدستور يتضمن توجيهات عامة موجهة للهيئات، فليست أحكام الدستور محلاً للتطبيق الفوري، ولكنها بصفة عامة تعد الخطوط الأساسية للحكم(98) وبامتناع المشرع عن هذا يكون قد أدخل بهذه الالتزامات التي أسندها له الدستور.

وانطلاقاً من هذا الرأي يقول (CASTSA) إن رقابة الإغفال التشريعي يمكن أن تكون وسيلة فعالة في يد المحكمة الدستورية من خلال وضع النصوص التي تنظمها موضع التنفيذ، وضمان استمرار كفاءتها في النظام القانوني حيث تترتب على البرلمان من خلال هذه النصوص التزام مزدوج إيجابي وسلب في الوقت ذاته، فالبرلمان ينبغي عليه التدخل عن طريق ما يصدره من تشريعات لوضع المبادئ الدستورية(99).

إضافة إلى ذلك فإن تدخل المشرع لنفاد لحكم الدستوري لأغراض التنظيم لحق معين يجب أن يكون متكاملًا لكافة الضمانات الدستورية لهذا الحق بحيث إذا أغفل جانباً فإنه من شأنه أن يقلل من الحماية الدستورية لهذا الحق بما يخالف الدستور، فضلاً عن أن كل مخالفة للدستور، سواء تعمد المشرع أم لم يتعمدها تعين إزالتها وأنه إذا كان القضاء الدستوري يراقب النشاط الإيجابي للبرلمان ويتجاهل 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(100).

مما تقدم نخلص إلى أن البرلمان أداة لصياغة القانون، والإغفال التشريعي ما هو إلا تعبير عن القانون التي لم تتم صياغته بمعرفة البرلمان، ومن ثم تشكل عدم الصياغة مخالفة دستورية إذ تشكل الرقابة عليها رد السلطة التشريعية إلى حدودها الدستورية وقد التزم أصحاب هذا الاتجاه بتفنيدهم الحجج التي نادى بها أنصار الاتجاه المنكر لهذا النوع من الرقابة(101).

إذ يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن رقابة الإغفال التشريعي ليست رقابة على قواعد غير موجودة، ذلك أن من الواجب تفسير سكوت المشرع عن تسوية مسألة معينة على أنها قاعدة سلبية وليست قاعدة غير موجودة، والقاعدة السلبية هي التي يفهم منها اتجاه نية مصدرها إلى وضع بعض القيود على استعمال حق معين من

(97) د. عيد أحمد الحسان، قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة ال البيت، المفرق، المملكة الأردنية الهاشمية، العدد الثامن والأربعون، أكتوبر، 2011، ص174.

(98) علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر مع المقارنة في الأنظمة الدستورية الأجنبية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1978، ص127.

(99) د. عبد الحفيظ الشيمي، المصدر السابق، ص104.

(100) د. هشام محمد فوزي رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، القاهرة، 1999، ص47.

(101) د. عيد احمد الغفول، المصدر السابق، ص122.

جانبا الأفراد أو ترك مسألة معينة أو مجموعة من المسائل دون تنظيم رغم التزامه بالتدخل لتنظيمها من حيث المبدأ، وفي الحالتين يجب على القاضي الدستوري التدخل لمراقبة هذه القاعدة السلبية بالرجوع إلى أحكام الدستور التي توجب ضرورة التدخل لتنظيم هذه المسألة(102).

2.2.3: موقف الدساتير

إذا كانت رقابة الإغفال التشريعي قد اعتمدت على جهود الفقه وتفسير القضاء الدستوري في وجودها فإن بعض الدساتير المعاصرة قد أقرتها، وذلك بجعل امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصاته التشريعية وجها من وجوه عدم الدستورية، قاطعة الطريق أمام أية اختلافات في وجهات النظر حول قيام القاضي الدستوري بهذا النوع من الرقابة وبذلك أعطت الجهات الرقابة على دستورية القوانين حق الرقابة على امتناع المشرع عن إصدار تشريع معين.

ومن خلال مطالعة بعض الدساتير لاستخلاص الأساس الذي تستند عليه المحكمة في ممارستها لهذا النوع من الرقابة، نجد أنها قد تباينت في المنهج الذي اتبعته، حيث تبنت بعض الوثائق الدستورية صراحة الرقابة على الإغفال التشريعي، بينما اعترف القضاء الدستوري في دول أخرى بحقه في رقابة الإغفال التشريعي رغم غياب النص الصريح عليها، بينما لم تعلق بعض الدساتير على هذه الظاهرة.

بناء على ما سبق سنقوم في هذا المطلب بتقسيم أنواع الدساتير إلى ثلاث اتجاهات ففي الفرع الأول سنتطرق إلى الدساتير التي أقرت الرقابة، وفي الفرع الثاني الدساتير التي لم تقر الرقابة، بينما سنتطرق في الفرع الثالث إلى الدساتير التي سكتت عن هذه الظاهرة، وكالاتي:

1.2.2.3: دساتير أقرت الرقابة

أقرت بعض الدساتير صراحة بحق المحكمة في الرقابة على إغفال وامتناع المشرع عن اتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لوضع القواعد الدستورية موضع التطبيق، وهذا ما يجب أن يطلق عليه (الإقرار الصريح باعتبار حالة الامتناع وجه من وجوه عدم الدستورية) ويكاد أن يكون منهجاً متفرداً، تحقق في بعض التشريعات الدستورية.

ومن الدساتير التي اتبعت هذا النهج الدستور البرتغالي لسنة 1976 المعدل الذي عبر عنه بالامتناع التشريعي، ودستور دولة البرازيل لسنة 1988 المعدل الذي وصفها بحالة غياب الإجراءات التشريعية التي تقلل من

(102) د. محمد ماهر ابو العينين، المصدر السابق، ص86.

فعالية النص الدستوري، ودستور جنوب أفريقيا لسنة 1996 الذي اصطلح عليه بإخلال البرلمان بالتزام دستوري.

ورغم تبني هذين الوثيقتين الدستوريتين للمنهج ذاته، إلا أنها تباينت في تحديد محتوى المعالجة لحالة الإغفال والامتناع التشريعي ومعيار تحققها وحدودها، إذ عالجها الدستور البرتغالي بشكل جزئي قاصر على حالة الامتناع مع وجود التزام دستوري صريح لتدخل المشرع، وفي حدود الأعمال الصادرة من البرلمان، فضلاً عن أن أثرها يتحدد في مجرد الكشف عن وجود امتناع تشريعي، وإخطار السلطة التشريعية بوجوده، بمعنى أنها تجعل من قرارات المحكمة الدستورية حبيسة أدراج السلطة التشريعية، إن شاءت قامت بتنفيذها وإن شاءت لا تلقي لها بال(103).

2.2.2.3: دساتير منعت الرقابة

تطرقت بعض الدول إلى حالة الإغفال التشريعي ومشروعية حق المحكمة المختصة بالرقابة على دستوريته. إذ يقتصر دورها على تنظيم المبادئ العامة والقواعد الأساسية لها تاركة التفاصيل المتعلقة بتحديد مضمونها وصورها، إلى القوانين المكملة للدستور لتتولى معالجتها وتنظيمها، وقد تم إطلاق تسمية هذا النهج (الإقرار الضمني باعتبار حالة الامتناع وجه من وجوه عدم الدستورية).

وقد مثلت نصوص دستور دولة المجر لسنة 1989 هذا الاتجاه، إذ خلت صراحة من النص على حالة الإغفال والامتناع التشريعي مكتفية في الفقرة الأولى من المادة (32) منه، بالنص على اختصاص المحكمة الدستورية المجرية بالرقابة على دستورية القوانين وما في حكمها من القواعد القانونية الأخرى، بينما وسع القانون الذي أحال إليه دستور دولة المجر من معنى ونطاق حالة الامتناع التشريعي حينما منح المحكمة الدستورية الحق في التصدي لأي إخلال دستوري يقع من أي عضو تشريعي، مثلما لم يقصر إعمال هذه الرقابة على حالة وجود التزام دستوري بتدخل المشرع بالتشريع، وإنما حتى في غياب هذا الالتزام الصريح(104).

3.2.2.3: دساتير سكتت عن تنظيم الرقابة

قصد واضعي الدساتير في بعض الدول، إرساء فلسفة تؤسس للمشرع دور أكبر تجاه القواعد الدستورية، حيث يقع على عاتقه تطوير وتنمية هذه النصوص لاسيما وأنها وضعت التحكم وتنظم أوضاع قانونية وسياسية

(103) علي السيد ألباز، المصدر السابق، ص126.

(104) عبد الحفيظ علي الشيمي، المصدر السابق، ص35.

لفترة طويلة، كما وأنه يملك مساحة كبيرة من الحرية في هذا الجانب، من هنا لم تقرر دساتيرها صراحة الرقابة على حالة الامتناع التشريعي، مكتفياً قضاءها بالإعلان بعدم اختصاصه النظر به في فترة معينة، أو رد الامتناع إلى أنه بمثابة إخلال المشرع بالتزام قانوني في فترة أخرى، وقد تحقق هذا الاتجاه في دستور جمهورية مصر العربية سنة 2014. وقريب من هذا الاتجاه كان دستور جمهورية العراق سنة 2005، حيث جاءت نصوص هذه الوثائق الدستورية، وكذلك القواعد التي تضمنها قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005، وقانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم (48) لسنة 1979، خالية من نص ينظم هذه الحالة والجزاء المترتب عليها⁽¹⁰⁵⁾.

3.3: الرقابة على الإغفال التشريعي في العراق

تبدو مسألة الإغفال التشريعي في العراق ملحوظة الأمر الذي يستلزم بالضرورة إيجاد آلية للرقابة على الإغفال التشريعي بما يضمن الحد منه، ويوجد في العراق هذه الرقابة من خلال المحكمة الاتحادية العليا. وعليه سنقوم خلال هذا المبحث بالتطرق إلى نشأة المحكمة الاتحادية العليا من خلال مطلب أول، ثم مجالات تطبيق رقابة الإغفال من قبل المحكمة الاتحادية العليا في مطلب ثانٍ، وكما يلي.

1.3.3: نشأة المحكمة الاتحادية العليا

إن نشأة المحكمة الاتحادية العليا في العراق بعد عام ٢٠٠٣ مر بمرحلتين، الأولى كانت ضمن قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤، أما الثانية فكانت ضمن دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ لتكون بذلك هي المحكمة الأعلى في النظام القضائي العراقي ولتتولى مهمة ضمان احترام بنود الدستور وتعمل على ترسيخ مبدأ سيادة القانون من خلال رقابتها لدستورية القوانين وتفسير أحكامه إضافة إلى اختصاصات أخرى عقدت لها.

وسوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول بالبحث في الفرع الأول الإطار التشريعي لنشأة المحكمة، وفي الفرع الثاني نتطرق إلى اختصاص المحكمة بالتفسير والرقابة.

1.1.3.3: الإطار التشريعي لنشأة المحكمة

نص قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية في المادة (44) منه على ما يلي: يجري تشكيل محكمة في العراق بقانون وتسمى المحكمة الاتحادية العليا. واستناداً إلى أحكام المادة (44) من قانون إدارة الدولة العراقية

(105) عبد الحفيظ علي الشيمي، المصدر السابق، ص37.

للمرحلة الانتقالية والقسم الثاني من ملحقه، وبناءً على موافقة مجلس الرئاسة، قرر مجلس الوزراء إصدار الأمر الآتي:

المادة (1): (تنشأ محكمة تسمى المحكمة الاتحادية العليا ويكون مقرها في بغداد وتمارس مهامها بشكل مستقل لا سلطان عليها لغير القانون).

المادة (2): (المحكمة الاتحادية العليا مستقلة مادياً وإدارياً). (106)

وبالعودة لنص المادة (89) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 النافذ إذ اعتبرت المحكمة الاتحادية العليا ضمن السلطة القضائية الاتحادية، حيث نصت على أنه (تتكون السلطة القضائية الاتحادية من مجلس القضاء الأعلى، والمحكمة الاتحادية العليا، ومحكمة التمييز الاتحادية، وجهاز الإيداع العام، و هيئة الإشراف القضائي، والمحاكم الاتحادية الأخرى التي تنظم وفقاً للقانون).

أما فيما يخص تكوين المحكمة، فقد نصت المادة (44/هـ) على أنه (تتكون المحكمة الاتحادية من تسعة أعضاء، ويقوم مجلس القضاء الأعلى أولاً وبالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم بترشيح ما لا يقل عن ثمانية عشر إلى سبعة وعشرين فرداً لغرض ملء الشواغر في المحكمة المذكورة، ويقوم بالطريقة نفسها فيما بعد بترشيح ثلاثة أعضاء لكل شاغر لاحق يحصل بسبب الوفاة أو الاستقالة أو العزل، ويقوم مجلس الرئاسة بتعيين أعضاء هذه المحكمة وتسمية أحدهم رئيساً لها. وفي حالة رفض أي تعيين يرشح مجلس القضاء الأعلى مجموعة جديدة من ثلاثة مرشحين).

أما المادة (45) من قانون إدارة الدولة العراقية للفترة الانتقالية، فقد أشارت إلى تأسيس مجلس أعلى للقضاء ويكون رئيس المحكمة الاتحادية العليا عضواً في هذا المجلس، حيث قضت بأنه (يتم إنشاء مجلس أعلى للقضاء ويتولى دور مجلس القضاة، يشرف المجلس الأعلى للقضاء على القضاء الاتحادي، ويدير ميزانية المجلس. يتشكل هذا المجلس من رئيس المحكمة الاتحادية العليا، ورئيس ونواب محكمة التمييز الاتحادية، ورؤساء محاكم الاستئناف الاتحادية، ورئيس كل محكمة إقليمية للتمييز ونائبه. يترأس رئيس المحكمة الاتحادية العليا المجلس الأعلى للقضاء، وفي حال غيابه يترأس المجلس رئيس محكمة التمييز الاتحادية).

2.1.3.3: اختصاصات المحكمة بالتحكيم والرقابة

لم يكن تفسير النصوص الدستورية من بين اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا بموجب قانونها رقم (30) لسنة 2005 ، إلا أن الدستور الدائم قد أضاف هذا الاختصاص للمحكمة وتحديداً في المادة (93/ثانياً) منه.

إن الجدل المتعلق بتفسير بعض النصوص الدستورية بخصوص الديمقراطية وثوابت أحكام الإسلام والحقوق الأساسية للحريات والأفراد وتوزيع إيرادات مصادر الطاقة وإدارتها بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات قد أثرت بين الكتل السياسية والمنظمات المدنية ولحل هذا الجدل اسند الدستور هذا الاختصاص للمحكمة الاتحادية العليا، وهي مهمة جسيمة لأنها ستكون المرجع لأي خلاف يثور حول تفسير أي نص دستوري. إذ لم يتضمن قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 بيان من له حق طلب التفسير، لأن الاختصاص بتفسير الدستور لم يكن من اختصاصات المحكمة بموجب قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية وقانون المحكمة الاتحادية العليا، فقد أضيف الاختصاص بموجب دستور العراق الدائم لسنة 2005 في المادة (93/ثانياً) منه، وفي ضوء إضافة اختصاص تفسير النصوص الدستورية للمحكمة الاتحادية العليا كان لابد من تعديل قانون المحكمة الاتحادية والنظام الداخلي الصادر بموجبه مما ينسجم وهذا الاختصاص.

لقد اختلفت قوانين المحاكم الدستورية في موضوع من يحق له تفسير النصوص الدستورية وذلك بسبب اختلاف أنظمتها السياسية فحصر البعض طلب التفسير في وزير العدل بناء على طلب مجلس الوزراء أو رئيس المجلس التشريعي أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية، إلا أن هذا الاتجاه يتقاطع مع مبدأ فصل السلطات في ظل الأنظمة التي تأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات واستقلال السلطة القضائية وخاصة في العراق وبالتالي يصح أن يقدم طلب التفسير مباشرة من أي من يمثل السلطتين التشريعية والتنفيذية.

ومجلس النواب كونه يمثل السلطة التشريعية فإن الطلب يقدم من رئيس مجلس النواب كما يقدم الطلب من قبل رئيس مجلس القضاء الأعلى باعتباره ممثلاً للسلطة القضائية وكما يقدم الطلب من رئيس الوزراء باعتباره يمثل السلطة التنفيذية، وبالتالي ينحصر طلب التفسير في سلطات الدولة دون إعطاء هذا الحق لغيرها وهذا ما سارت عليه قوانين أغلب المحاكم الدستورية.

ولقد نصت المادة (94) من الدستور الدائم لسنة 2005 على أنه (قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة) يتضح لنا مما تقدم أن قرار التفسير الذي تصدره المحكمة الاتحادية العليا بات وملزم للسلطات كافة.

2.3.3: مجالات تطبيق رقابة الإغفال من قبل المحكمة الاتحادية العليا

إن حداثة القضاء الدستوري في العراق وبعد تشكيل المحكمة الاتحادية العليا بموجب الأمر (35) لسنة 2005 والذي كان متزامناً مع دخول العراق في مرحلة العمل الديمقراطي المؤسساتي على وفق مبدأ الفصل بين السلطات فكان التشريع يصدر عن السلطة التشريعية (مجلس النواب) ولأن هذه التجربة حديثة ولم تصل إلى مرحلة النضج الكامل مع ما يحيطها من ظروف وعند ممارستها لعملها اصدرت عدد من القوانين وكان بعضها لم تراخ فيه فنون الصياغة التشريعية، مما شاب بعضها النقص والغموض، وبعض هذه القوانين كانت مهمة ومفصلية في بناء العراق الديمقراطي الجديد مما دعا بعض الناشطين في المجتمع المدني إلى الطعن في هذه القوانين أمام المحكمة الاتحادية العليا التي تصدت للفصل في هذه الطعون على وفق المبادئ الحديثة في علم التفسير وفنون القانون وصواب الاجتهاد وكان لها دور كبير في معالجة النقص في هذه التشريعات بإكمالها بأحكام قضائية اصدرتها وكان تطبيقها لنظرية الإغفال التشريعي تطبيقاً اتسم بحكمة المجتهد ومعرفة العالم، واعطت لنا أحكام ذكرتنا بما كان يتسم به القضاء العراقي من رصانة في الأحكام فضلاً عن حمايتها للدستور من عبث التأويل وجعلها صمام أمان لحماية الحقوق وسنعرض فيما يلي عدداً من الأحكام التي راعت فيها تطبيق نظرية الإغفال التشريعي، وكما يأتي⁽¹⁰⁷⁾:

1. قرار المحكمة الاتحادية، رقم (56/اتحادية/2010) في 2010/10/24، الذي ألغى الجلسة المفتوحة لمجلس النواب حينما تضمن إجراءً تنظيمياً يتعلق بكيفية انتهاء جلسة مجلس النواب عندما لم يحصل التوافق لعدم وجود نص في التشريعات النافذة فكان القرار بمثابة إنشاء نص تشريعي سعياً من المحكمة الاتحادية العليا لتدارك النقص بما يتفق والهدف الذي توخاه كاتب الدستور عند جعل التشريع في مجلس النواب بوصفه سلطة تشريعية.
2. القرار رقم (13/اتحادية/2007) في 2007/7/31، الذي حدد نسبة الكوتا النسائية في مجالس المحافظات عندما لم يشرع لها نص في القوانين التي تنظم عملية انتخابات مجالس المحافظات إذ تلمس روح الدستور وغاية النصوص الدستورية تجاه المرأة فأوجد حكماً يعد بمثابة تشريع مكمل للقوانين النافذة التي تتعلق بالانتخابات.

(107) سالم روضان الموسوي، دو القضاء الدستوري في معالجة النقص التشريعي بحث منشور على الانترنت <https://www.hjc.iq/view.1871/> تاريخ الزيارة: 2020/7/13.

3. القرار رقم (15/اتحادية/2008) في 2008/4/21، الذي ألزم السلطات باعتماد اللغات السريانية والتركمانية في المناطق التي فيها كثافة سكانية للمكونات التركمانية والسريانية حينما لم يصدر قانون ينظم ذلك فكان القرار علاجاً لذلك النقص التشريعي.
4. القرار رقم (9/اتحادية/2009) في 2009/2/5، الذي تضمن حكماً ينظم عمل رئاسة مجلس النواب عند خلو منصب الرئيس أثناء دورة الانعقاد حيث لم يرد في النظام الداخلي لمجلس النواب نص يتصدى لهذه الحالة.
5. القرار رقم (27/اتحادية/2009) في 2009/8/11، الذي عرف مفهوم الأغلبية البرلمانية المطلوبة للتصويت على قرار رفع الحصانة عندما لم يجد أحد نصاً يعالج تلك الحالة.
- كما مارست المحكمة الاتحادية مهامها على وفق رقابة الإغفال التشريعي باتباع صورة أخرى من صور هذه الرقابة والتي تسمى الرقابة الإيعازية وفي هذه الصورة لا يقتصر دور القاضي الدستوري على مجرد الكشف عن وجود إغفال تشريعي وإنما يخاطب المشرع ويوجه إليه نداء لسد هذا العجز أو الإغفال، وهذا الخطاب له أساليب وصيغ عديدة منها توجيه طلب مباشر أو توصية أو نصائح وقد تتضمن تأنيباً ويمكن أن يلجأ القاضي الدستوري إلى صيغة أمره بأن يوجه ما يشبه الأمر لكن في النهاية ليس هناك إلزام على السلطة التشريعية بأن تستجيب لهذا الأمر أو حتى النداء أو التوجيه.
- وكان للمحكمة الاتحادية العليا في العراق أثراً واضحاً في تطبيق هذه الصورة من النظرية في العديد من قراراتها وأحكامها ومنها ما يأتي (108) :
1. القرار رقم (10/اتحادية/2009) في 2009/5/26، الذي أوعز إلى لجنة التعديلات الدستورية بتدارك حكم أغفله كاتب الدستور يتضمن كيفية انتخاب رئيس مجلس النواب أو أحد نائبيه في حالة شغور المنصب.
2. القرار رقم (6/اتحادية/2010) في 2010/3/3، الذي تضمن حكماً بالإيعاز إلى مجلس النواب لإصدار تشريع ينظم كوتا الأقليات من مكونات الشعب العراقي.
3. القرار رقم (59/اتحادية/2011) في 2011/11/21، الذي أوعز للسلطة التشريعية باعتماد الآراء الفقهية لكافة المذاهب الإسلامية عند إصدار تشريع ينظم الأحوال الشخصية.

وهذه بعض النماذج على تطبيقات نظرية الإغفال التشريعي والدور الرقابي للقضاء الدستوري العراقي الذي كان مواكباً لكافة التطورات في الفقه الدستوري.

الخاتمة

أولاً- الاستنتاجات:

1. لم يتفق الفقه المقارن على تعريف جامع ومانع للإغفال التشريعي، ويرى الباحث بأنه يمكن تعريفه بأنه حالة قيام المشرع بتنظيم موضوع كلفه المشرع الدستوري بالتنظيم، ولكن جاء هذا التنظيم قاصراً عن الإحاطة الكاملة بجميع جوانب الموضوع مما أثر سلباً على تمتع الفرد بضماناته المثبتة دستورياً.
2. إن مصطلح الإغفال التشريعي قريب المعنى من مصطلحات أخرى وتدخل في باب عدم الاختصاص السلبي للمشرع ولكن في جزئية منه وذلك لأن مصطلح الإغفال يدل على أن المشرع قد نظم موضوعاً ما من المواضيع التي كلفه الدستور ولكن جاء هذا التنظيم ناقصاً وغير قادر على الإحاطة بجميع جوانب الموضوع مما أثر سلباً على الحقوق والحريات الدستورية الممنوحة للفرد.
3. للإغفال التشريعي تقسيمات، ويعد التقسيم المبني على أساس نطاق الإغفال هو الدارج فيما بين الفقه الدستوري المتمثل بالإغفال الكلي والإغفال الجزئي، وذهب البعض إلى إطلاق تسمية الإغفال التشريعي على حالة الإغفال الجزئي فقط دون الإغفال الكلي الذي اعتبره بعض الفقه امتناعاً تشريعياً وليس إغفالاً تشريعياً.
4. انقسم الفقه الدستوري بشأن الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، فذهب رأي إلى عدم خضوع الإغفال التشريعي للرقابة الدستورية استناداً إلى أن الرقابة يجب أن ترد على قاعدة قانونية صريحة، وفي الاتجاه المضاد، ذهب رأي آخر إلى إمكانية الرقابة الدستورية على حالة الإغفال التشريعي باعتبار أن القاعدة القانونية التي تخضع للرقابة لا يشترط أن تكون صريحة بل قد تكون قاعدة قانونية ضمنية.
5. اتخذت المعالجة القضائية للإغفال التشريعي صوراً عدة منها المعالجة الثنائية للإغفال التشريعي، ويقصد به المعالجة من خلال التعاون فيما بين السلطتين القضائية والتشريعية وتتمثل صورها بالأحكام الكاشفة التي يقتصر دور القاضي فيها على مجرد الكشف عن وجود إخلال دستوري بصفة عامة دون أن يضيف شيئاً إلى التشريع، والأحكام الإيعازية، وهنا لا يقتصر دور القاضي الدستوري على مجرد الكشف عن وجود إغفال تشريعي وإنما يخاطب المشرع ويوجه إليه نداءً لسد هذا الإغفال.
6. في صورة المعالجة القضائية الفردية يستفرد القاضي الدستوري في معالجة الإغفال التشريعي دون تدخل المشرع، وتتمثل صورها بالأحكام المضيئة أو المنشئة، في هذه الحالة يقوم القاضي الدستوري بتفسير النص التشريعي إضافة إلى النص على ما أغفله أو سكت عنه المشرع حتى يكون متطابقاً

مع الدستور، والحكم ببطلان النص التشريعي الضمني المخالف للدستور وفي هذه الصورة من المعالجة يصدر القاضي الدستوري حكماً بإلغاء النص التشريعي الضمني غير الدستوري.

ثانياً- التوصيات:

1. اعتبار الرقابة على الإغفال التشريعي من المسائل الدستورية التي تخضع للولاية العامة للقضاء الدستوري، واعتماد المحكمة الاتحادية العليا على هذا المبدأ والاستناد إلى النصوص العامة في الدستور لمد صلاحيتها لتشمل الرقابة على دستورية الإغفال التشريعي في الدعاوى الدستورية التي تعرض عليها.
2. إضافة فقرة إلى نص المادة (93) من الدستور العراقي لسنة 2005 عند تعديله، لينص صراحة على حالة الإغفال التشريعي باعتبارها مخالفة لنصوص الدستور ومنح المحكمة الاتحادية العليا صلاحية الرقابة على دستوريته. وإمكانيتها للإيعاز إلى البرلمان بإصدار القانون الذي نص عليه الدستور بصورة إلزامية.
3. أن يسلك المشرع العراقي مسلك المشرع المجري في النص في قانون المحكمة الاتحادية العليا على حالات عدم الدستورية الناتجة عن امتناع المشرع أو إغفاله بما لا يتماشى مع التزامه بضرورة ممارسة اختصاصه على الوجه المبين في الدستور. والنص بصلاحيات المحكمة الدستورية بالرقابة على هذا الامتناع والإيعاز إلى البرلمان بإصدار القانون الذي يلزمه الدستور بضرورة إصداره.
4. جعل الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي إحدى وسائل التوازن الذي يعد من أهم خصائص النظام البرلماني الذي أخذ به دستور جمهورية العراق لسنة 2005، وجعل الإغفال التشريعي في القوانين الأساسية والمكملة للدستور حالة من الحالات التي تستوجب حل البرلمان.
5. اعتبار حالة الإغفال التشريعي حالة واردة التحقق لذلك نوصي القاضي الدستوري بمنح نفسه جراً أكبر بالتصدي لها حتى مع سكوت الدستور عن تنظيم ذلك، باعتباره حامياً للدستور ولحقوق وحرية المواطن بأن يوسع من نطاق رقابته على جميع حالات الإغفال التشريعي الكلي والجزئي .
6. توسع القضاء الدستوري في العراق بصدد رقابته على صورة الإغفال التشريعي الجزئي من خلال عدم الاكتفاء بالأحكام الإيعازية وإنما إصدار أحكام منشئة أيضاً لسد النقص الموجود في التشريع الذي جاء قاصراً عن الإحاطة بالموضوع من كافة الجوانب، وأيضاً ممارسة الرقابة حتى على النص التشريعي الضمني وأن يصدر القاضي الدستوري حكماً بإلغاء النص التشريعي الضمني غير الدستوري.
7. لم ينص الدستور وقانون المحكمة الاتحادية العليا على جواز تعويض الأضرار التي تنتج عن الإغفال لبعض نصوص القوانين والأنظمة المخالفة للدستور، وأن عدم النص على ذلك فيه جفاء للعدالة

التي تأتي أن يترك ضرر دون تعويض فالضرر يجب أن يزال في مطلق الأحوال ما لم يكن ناشئاً عن عمل مشروع وعلى هذا نقترح إضافة نصوص إلى الدستور وقانون المحكمة المذكورة، يسمح بتعويض تلك الأضرار .

المصادر

أولاً- القرآن الكريم.

ثانياً- الكتب:

1. د. إبراهيم عبد العزيز شيخا، النظم السياسية، الدول والحكومات، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2006.
2. د. إبراهيم عبد الغريرشي، القانون الدستوري، بيروت، 1983.
3. د. إحسان المفرجي و د.كطران زغير نعمه و د.رعد ناجي الجده، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، مطبعة دار الحكمة، بغداد، 1990.
4. د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، 1999.
5. د. إسماعيل مرزة، القانون الدستوري، دراسة مقارنة للدستور الليبي و دساتير الدول العربية الأخرى، دار صادر، بيروت، 1969.
6. السيد عبدالحميد فوده، جوهر القانون بين المثالية والواقعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
7. الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، باب العين، ط2، 1407هـ، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، بيروت ودار الريان للتراث.
8. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، القسم الأول - النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت 1993.
9. جواهر عادل عبدالرحمن، الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
10. حسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، مادة (شرع)، ط1، 1412هـ، تحقيق صفوان عدنان داوودي، دار القلم، دمشق، والدار الشامية، بيروت .
11. خليل الهندي وأنطوان الناشف، المجلس الدستوري في لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان، 1998.
12. د. جابر محمد صبحي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2012.
13. د. حمدان حسن فهمي، اختصاصات القضاء الدستوري في مصر وحجية احكامه وتنفيذها واثارها، مع نصوص الدستور وحدث تعديلات قانون المحكمة، مطبعة ابو مجد، القاهرة، 2009.

14. د. رعد الجده، التشريعات الدستورية في العراق مطابع دار الشؤون الثقافية العامة، بيت الحكمة - بغداد، 1998.
15. د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مطابع دار السياسية، الكويت 1972.
16. رمزي علي دراز، السكوت التشريعي في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، 2004.
17. زهدي يكن، القانون الدستوري والنظم السياسية، حققه وقدم له محمد زهدي يكن، دار يكن للنشر، بيروت، 1982.
18. د. سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، الطبعة الثانية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2006.
19. د. سعد عصفور، القانون الدستوري، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1954.
20. طارق عبد العال، تنظيم التشريع في غيبة البرلمان وآثاره في الحقوق والحريات الأساسية، القاهرة، 2015.
21. د. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، دراسة مقارنة، المجلس العلمي للنشر ولجنة التأليف والتعريب، جامعة الكويت، 2000.
22. د. عبد احمد الفضلول، فكرة عدم الاختصاص السلب للمشروع، ط 8، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
23. عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، د.ت.
24. عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1978.
25. د. عبد الحفيظ الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في المحكمة الدستورية العليا، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
26. د. عبد الغني بسيوني عبد الله النظم السياسية والقانون الدستوري، بلا دار نشر، 1997.
27. د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2006.
28. د. عبد اللطيف الشيخ، إجراءات القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
29. د. عبد المجيد إبراهيم، السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار الجامعات الجديدة، القاهرة، 2010.

30. د. عبد المنصف عبد الفتاح، رقابة الملائمة في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2011.
31. عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، الدعوى الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2002.
32. د. عزيزة الشريف، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع، المركز الإسلامي الثقافي، الكويت، 1995.
33. د. عصام البرزنجي و د.علي محمد بدير و د. مهدي ياسين السلامي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، 1993.
34. د. علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر مع المقارنة بالأنظمة الدستورية الأجنبية، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، 1982.
35. د. عماد الفقي، الدستور – الحالة المصرية، المنظمة العربية لحقوق الإنسان، القاهرة، 2012.
36. د. عوض المرة، الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الأساسية، مركز رينيه - جان دديوي للقانون والتنمية، بدون سنة طبع.
37. عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ، د.ت.، بلا.
38. د. فتحي فكري، القانون الدستوري - الكتاب الأول (المبادئ الدستورية العامة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
39. د. فتحي فكري، القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة دستور 1971، الكتاب الأول، المبادئ الدستورية العامة وتطبيقاتها في مصر، دار الكتب المصرية، القاهرة ، 2007 .
40. د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.
41. د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات، الإسكندرية، 1997.
42. د. محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، دار النشر بلا، 1987.
43. محمد بن الحسن بن العربي بن محمد الحجوي الثعالبي، الفكر السامي في تاريخ التشريع الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1995.
44. د. محمد عبد الحميد أبو زيد، توازن السلطات ورقابتها، دراسه مقارنة، بلا دار نشر، 2003.
45. د. محمد علي سويلم، رقابة على دستورية القانون وتطور الأنظمة الدستورية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2013.

46. د. محمد كامل ليله، الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية) الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، بيروت، 1968.
47. د. محمد كامل ليله، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971.
48. د. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية في مصر، ج ١ ج ٢، دار أبو المجد، القاهرة، 2000.
49. د. محمود حلمي، المبادئ الدستورية العامة، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1966.
50. مصطفى محمد جمال وعبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت 1987.
51. د. منذر الشاوي، القانون الدستوري، نظرية الدستور، بغداد، 1980.
52. د. ميادة عبد القادر إسماعيل، الرقابة السابقة على دستورية القوانين، الطبعة الثانية مزيدة ومنقحة، 2015.
53. د. نبراس المعموري، محنة الدستور وإشكالية التعديل، العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 2015.
54. د. نزيه كباره، السلطة التنظيمية وضوابطها، جروس برس، طرابلس لبنان، 1985.
55. د. نعمان أحمد الحطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004.
56. د. هالة محمد طريح، حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات العامة والضمانات المقررة لممارستها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
57. د. هشام محمد فوزي رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، القاهرة، 1999.
58. هيو رشيد علي، الفصل بين السلطات جدوى تطبيق النظام الرئاسي والبرلماني في الحكم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2016.

ثالثاً- الرسائل والأطاريح الجامعية:

1. إبراهيم محمد صالح الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، اطروحة دكتوراه، جامعة صلاح الدين، أربيل.

2. أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الالغاء، رسالة ماجستير، جامعة الموصل، 2005.
3. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، رسالة دكتوراه، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1960.
4. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، أطروحة دكتوراه، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1960.
5. أورده يعيش مجيد، دور السكوت في التصرفات القانونية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008.
6. بالجيلالي خالد، السلطة التقديرية للمشرع دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، تلمسان، - 2016.
7. حسين جبر حسين الشويلي، قرينة دستورية التشريع، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، 2014.
8. د. صلاح محمد حسن إبراهيم : نظرية الفصل بين السلطات كضمان لسيادة القانون في النظم السياسية المعاصرة والنظام السياسي الإسلامي ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، مصر ، 2003 .
9. د. عبد الحليم حسن عبد الله، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1974.
10. دانا عبدالكريم سعيد، حل البرلمان وآثاره القانونية على مبدأ استمرارية أعمال الدولة، رسالة ماجستير، جامعة السليمانية، 2007.
11. سعاد حافظي، الضمانات القانونية لتطبيق القواعد الدستورية، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان-، الجزائر، 2006-2007.
12. عادل جلال حمد امين، دور القضاء في ترسيخ سيادة القانون، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة جامعة صلاح الدين، - اربيل، 2015.
13. علي السيد ألباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر مع المقارنة في الأنظمة الدستورية الأجنبية ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية ، 1978 .
14. محمد بن محمد كامل زين، نظرية التفويض التشريعي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2002.

رابعاً- البحوث:

1. أحمد حمزة ناصر، حق رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين وفق دستور العراق لعام 2005 النافذ، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، الكلية الإسلامية الجامعة في النجف، عدد خاص، العدد (36)، 2015.
2. حسين جبار عبد، القوانين المكملة للدستور، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (7)، العدد (2)، 2015.
3. حيدر حسن شطاوي، اقتراح مشاريع القوانين في ظل دستور العراق 2005 النافذ، مجلة اوروك، العدد الثالث، المجلد الثامن، 2015.
4. حيدر محمد حسن عبد الله، معالجة امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع / السنة السابعة 2015
5. د. ثروت بدوي، الدولة القانونية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد (3)، السنة الثالثة، 1959.
6. د. خاموش عمر عبد الله، دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات، بحث منشور في مجلة القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، كلية القانون والسياسة، السنة العاشرة، العدد 11 ، حزيران، 2012.
7. داره نور الدين بهاء الدين، دور الدستور في حماية استقلال قرار القاضي في إصدار الحكم والعوامل الخارجية التي تؤثر في قراره وسبل مكافحة الفساد الإداري في النظام القضائي، بحث منشور في كتاب دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد، ط1، مطبعة بويد، نيويورك، 2005.
8. د. سعد عبد الجبار العلوش، ثقافة في الرقابة القضائية على دستورية القوانين، بحث منشور في كتاب دراسات دستورية عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد، ط1، مطبعة بويد، نيويورك، 2005.
9. د. سيفان باكراد ميسروب، هيمنة السلطة التنفيذية على الوظيفة التشريعية للبرلمان في الأنظمة الدستورية المعاصرة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة صلاح الدين - أربيل، السنة (14)، العدد (20)، كانون الأول، 2016.
10. طارق عبدالرزاق شهيد الحمامي، دور العرف في سد الفراغ التشريعي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة التاسعة، 2017.

11. د. عاصم خليل و أنور بدير، دور المحاكم الدستورية والمحاكم العليا في تحديد ملامح الحق في الخصوصية وضمان احترامه من قبل باقي سلطات الدولة، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد (9)، السنة الثالثة، مارس 2015.
12. عبد الرحمن عزوي، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع: الإغفال التشريعي نموذجاً، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد- تلمسان-، نشر ابن خلدون، الجزائر، العدد (10)، 2010.
13. د. عبد العزيز محمد سلمان، رقابة الإغفال التشريعي في القضاء الدستوري، المجلة الدستورية للمحكمة الدستورية المصرية، العدد (15)، السنة (8)، 2011.
14. د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، سمو الدستور ودستورية القوانين، مجلة العلوم القانونية، المجلد الخامس عشر، العددان الأول والثاني، بغداد، 2000.
15. د. علي يوسف الشكري، م. ليلي حنتوش ناجي الخالدي، أسباب أمتناع رئيس الدولة عن تصديق مشروعات القوانين، مجلة جامعة بابل، المجلد (24)، العدد (2)، 2016.
16. د. عيد أحمد الحسيان، قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة ال البيت، المفرق، المملكة الأردنية الهاشمية، العدد الثامن والأربعون، أكتوبر، 2011.
17. د. محمد عباس، النشر في الجريدة الرسمية مكون تشريعي أم إجراء تنفيذي لا ضرورة له، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد الأول، 2014.
18. د. محمد علي سالم جاسم، ضوابط محاكمة رئيس الجمهورية أمام المحكمة الاتحادية العليا، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الخامسة، 2013.
19. د. محمد ماضي، اختصاص مجلس شورى الدولة في صياغة مشروعات الأنظمة والتعليمات والأنظمة الداخلية، بحث منشور في مجلة القانون والقضاء، بغداد.
20. د. محمد نجيب أحمد الكبتي، النظام القانوني للوائح الادارية التنفيذية، مجلة البحوث القانونية، جامعة مصراتة، العدد الأول، 2013.
21. د. مدحت المحمود، استقلال القضاء في العراق ودور الدستور الدائم في حماية استقلال القضاء، بحث منشور في كتاب دراسات عراقية حول موضوعات أساسية للدستور العراقي الجديد، الطبعة الأولى، مطبعة بويد، نيويورك، 2005.
22. د. مصدق عادل طالب، درنا محماد، اختصاص مجلس الوزراء في إصدار الأنظمة في التشريع العراقي، مجلة كلية الحقوق جامعة النهريين، المجلد (17)، العدد (1)، 2015.

23. د. منذر الشاوي، معنى الرقابة على دستورية القوانين، بحث منشور في كتاب تأملات، منشورات دار العدالة، بغداد، 2003.
24. هزيل جلول، الأستاذة عطار نسيم، شرط المصلحة في تحريك رقابة المجلس الدستوري للعملية الدستورية دراسة مقارنة، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الخامس، يونيو 2015.
25. هيو عمر حسين، م. سليمان كريم محمود، ضرورة وضع دستور لإقليم كردستان وتداعيات استنخاره، دراسة تحليلية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (5)، العدد (18)، 2016.

خامساً- المصادر الإلكترونية:

1. معجم اللغة العربية المعاصرة، متاح على الموقع الإلكتروني:
<http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar>
2. سالم روضان الموسوي، دور القضاء الدستوري في معالجة النقص التشريعي بحث منشور على الانترنت <https://www.hjc.iq/view.1871>
3. سهام صديق، الإغفال التشريعي وسبل معالجته بحث منشور على الموقع الإلكتروني:
4. عادل عامر، ظاهرة الإغفال التشريعي، 2016 ، مقال متاح على العنوان الإلكتروني:
<http://www.diwanalarab.com> .
5. عزو محمد عبد القادر ناجي، مفهوم عدم الاستقرار السياسي في الدولة www.ahewar.org.
6. د. محمد عبد العزيز سلمان، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري www.f-law.net
7. مهند عبد الوهاب، مجلس النواب، متاح على الموقع الإلكتروني
<http://www.alsabaah.iq> بتاريخ 8 / 7 / 2017

سادساً- الدساتير والقوانين والأنظمة:

1. الدستور الفرنسي لعام 1958.
2. الدستور البرتغالي لعام 1976 المعدل.
3. دستور البرازيل لعام 1988 المعدل.
4. دستور جمهورية العراق لعام 2005.
5. قانون المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم (30) لسنة 2005.
6. النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم (1) لسنة 2005.

سابعاً- أوراق المؤتمرات:

1. إطلالة على الرقابة القضائية على دستورية القوانين، ورقة مقدمة من وفد جمهورية مصر العربية إلى المؤتمر العالمي الثاني- حول العدالة الدستورية، ريودي جانيرو، البرازيل 18 يناير - 2011

ثامناً- المصادر الأجنبية:

1. Burdeau, Traite de science politique, paris, 1969, T.4.
2. Favoreu et Philip, les grandes décisions du conseil constitutionnel, ED. Dalloz, ge ed, 1997.
3. George Schmitter, L'incompétence negative du le'gislateur et des autorites administrative, A. I. J. C. Economica, 1989.
4. Sirat (C). La loi organique et la constitution de 1985, D, 1960 p154, Camby (J.P), La loi organique dans la constitution 4 October. 1958. R.D.P. 1989.

Omission of Parliament to Exercise its Legislative Competence

ORIGINALITY REPORT

18%	4%	0%	16%
SIMILARITY INDEX	INTERNET SOURCES	PUBLICATIONS	STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1	Submitted to Ajman University of Science and Technology Student Paper	3%
2	Submitted to Tikrit University Student Paper	3%
3	Submitted to University of Bahrain Student Paper	3%
4	iacqa.org Internet Source	1%
5	Submitted to University of Al-Qadisiyah Student Paper	1%
6	Submitted to University of Jazeera in Dubai UAE Student Paper	1%
7	Submitted to Amman Arab University for Graduate Studies Student Paper	1%
8	Submitted to Al Quds University Student Paper	1%



NEAR EAST UNIVERSITY
INSTITUTE OF GRADUATE STUDIES
PUBLIC LAW PROGRAMS / ARABIC

To the Institute of Graduate Studies

Mr. Hewa Nasuldeen Mustafa (20186127), studying in Public law Arabic Program has finished the master thesis titled "**Omission of Parliament to Exercise its Legislative Competence**" and used literature review in Research Methodology in writing the thesis. For this reason, ethical Review board report permission will be needed for the designed research.

Sincerely,

Prof.Dr. Weadi Sulaiman Ali