دور القاضي الدستوري في إصلاح القصور التشريعي

الباحث/ محمد نجم محسن

(ISSN: 2537 - 0758)

دور القاضي الدستوري في إصلاح القصور التشريعي

الباحث/ محمد نجم محسن

ملخص البحث:-

التشريع على وفق النظرية الحديثة قاصر بطبعه، وقصوره هذا مستمد من قصور مشرعه فالمشرع مهما كان ثاقب البصر، واسع الخيال، محيط بالحوادث، يبقى قاصر عن استيعاب الحوادث كلها، فضلاً عن تلك التي تستجد في أعقاب التشريع، فواحدٌة من أبرز أسباب استبدال التشريع بغيره، كثرة الحوادث التي تعجز التعديلات عن ملاحقتها، هذا إضافة إلى أن التشريع في معالجته متناهي تحيطه الحدود، في حين أن الحوادث والمستجدات غير متناهية، وليس لمتناهي أن يحيط باللامتناهي أو يحكمه، ويعد التفسير أمر لازم للتشريع كما التعديل، والقول بغير ذلك يعني مخالفة الطابع البشري وسمات القانون الوضعي، بل أن التفسير بنطاقه ينسجم عكسياً مع قصور التشريع، فكلما كان التشريع أكثر قصوراً، كلما نشطت حركة التفسير واتسع نطاق عمل المفسر، وكلما كان التشريع أكثر دقة وأوسع معالجة كلما تراجع نشاط المفسر، لكن نطاقه يبقى قائم محجوز لا يمكن تجاوزه.

ويقصد بالقصور التشريعي عدم ملائمة النصوص التشريعية للحياة الاجتماعية والسياسية السائدة في المجتمع وقت تطبيق تلك النصوص، وعدم تضمن النص التشريعي لما تقوم الحاجة اليه من احكام تفصيلية او جزئية في ظل تغيرات جوهرية، ويعبر تحقق القصور التشريعي عن تطور المجتمع تطوراً جوهرياً وعدم قدرة النصوص القانونية التي وضعت في زمن سابق على مواكبة هذا التطور، ويتحقق القصور التشريعي متى كانت القاعدة التي تعالج المسألة المطروحة على القاضي موجودة ولكنها غير عادلة أو غير منسجمة مع الظروف الاجتماعية والسياسية. ويتحقق القصور التشريعي نتيجة تبني دستور جاء بقيم وقواعد ومبادئ جديدة، إلا أن القوانين النافذة بقيت على حالها دون يمسها التعديل او الالغاء، ذلك ان مجرد وضع دستور جديد ومهما كان مثاليا لن تكون له أية قيمة قانونية أو اجتماعية ما لم تترجم النصوص والمبادئ التي جاء فيها ذلك الدستور الى قوانين تحل محل القوانين التي خلفتها الدكتاتورية، ونظرا لحداثة فكرة القصور التشريعي كأحد أوجه عيوب عدم الدستورية، واعتمادها في الظهور على اجتهادات الفقه الدستوري، فلم يتفق الفقه على تحديد معناه ومضمونه، وانما تعددت هذه التعريفات.

Research Summary

Legislation according to modern theory is minor in nature, and its shortcomings are derived from the shortcomings of the legislature. The legislator, no matter how piercing and imaginative, surrounding accidents, remains short of understanding all the incidents, in addition to those that arise in the wake of the legislation, one of the main reasons for replacing legislation with others, The large number of incidents that the amendments are unable to pursue, in addition to the fact that the legislation in dealing with it is infinite and surrounded by limits, while accidents and developments are infinite, and infinite does not surround or govern the infinite, and interpretation is necessary for the legislation as the amendment, and saying otherwise means violating the character The human interpretation and the characteristics of positive law. Indeed, interpretation in its scope is inversely consistent with the deficiency of legislation, so the more short the legislation, the more active the interpretation movement and the breadth of the work of the interpreter, and the more accurate and broad-based the legislation, the more the interpreter's activity recedes, but its scope remains reserved and cannot be exceeded.

Legislative deficiencies mean the inadequacy of legislative texts for the prevailing social and political life in society at the time of applying those texts, and the failure of the legislative text to include detailed or partial provisions that are needed in light of fundamental changes. It was developed in an earlier time to keep pace with this development, and the legislative deficiency is achieved whenever the rule that addresses the issue before the judge is present, but is not fair or inconsistent with the social and political conditions. Legislative deficiency is achieved as a result of adopting a constitution that brought new values, rules and principles, but the laws in force

(ISSN: 2537 - 0758)

remained unchanged without being affected by amendment or abolition, because merely creating a new constitution, no matter how ideal it is, will have no legal or social value unless the texts and principles in it are translated. That constitution refers to laws that replace the laws left by the dictatorship, and given the newness of the idea of legislative deficiencies as one of the defects of unconstitutionality, and its apparent reliance on the jurisprudence of constitutional jurisprudence, jurisprudence did not agree to define its meaning and content, but rather these definitions multiplied.

المقدمة:-

إذا كان اختصاص القضاء الدستوري بالفصل في دستورية القوانين ينحصر في النصوص القانونية التي أوردها المشرع في مجال تنظيمه لموضوع معين، أم يتعداه إلى النصوص التي أهملها، ولا يكتمل التنظيم القانوني للحق أو للحرية بدونها، وهل يعد خروجاً من القاضي الدستوري عن وظيفته أن يبحث فيما وراء العبارات التي صاغ بها المشرع النص ليضيف إليها ما لم يتضمنه النص وإن كان من حقه ذلك، فما هو معيار تحديد القصور، وما هي الوسيلة لإكمال هذا القصور، وكيفية تحديد القصور في التنظيم التشريعي؟ حيث اختلفت النظم الدستورية في كيفية معالجتها لمشكلة قصور المشرع لأنها تطرح بصورة مباشرة طبيعة العلاقة بين جهة الرقابة والسلطة التشريعية وحدود الرقابة القضائية، وهل يحل القاضي الدستوري محل المشرع عند قيامه برقابة القصور التشريعي؟ وما هي الوسائل الفنية التي يستطيع عن طريقها ان يراقب القاضي الدستوري مسألة القصور التشريعي دون ان يتجاوز حدود وظيفته؟ وللأهمية الموضوع نجد انه لم تلق مشكلة قابلية القصور التشريعي للرقابة من جانب القاضي الدستوري أي اهتمام على المستوى الفقهي، كما لم تكن مادة خصبة للدراسة المتعمقة حتى عهد قريب، بدأ أن أغلب الفقه الدستوري يسلم بإمكانية الرقابة من جانب القاضي الدستوري على قصور المشرع، وعن طريق الفصل بين النص والقاعدة يمكن للقاضي الدستوري أن يفصل في المضامين القاعدية غير الصريحة، ولكن المستنبطة وذلك عن طريق تفسير القانون، والاجابة على هذه التساؤلات، سنتناول دراسة تحديد معنى النشاط الإيجابي للمشرع في ظاهرة القصور التشريعي، ودراسة فقهية قضائية مدعمة بما اصدرته المحكمة الدستورية العليا المصرية، والمحكمة الاتحادية العليا العراقية من احكام، على النحو التالي:

المطلب الأول
ماهية القصور التشريعي

يرى الفقه الدستوري الغالب إمكانية، بل وضرورة مراجعة القاضي الدستوري لقصور المشرع لتنظيم مسألة معينة يفرض عليه الدستور تنظيمها، تقيُداً بمرتبة النص الدستوري وسموه على باقي اشكال القوانين الذي لا يقف عند رقابة السلوك السلبي للمشرع من خلال معرفة مدى تطابق القانون مع أحكام ومضمون الدستور، وإنما يمتد إلى السلوك الإيجابي للمشرع المتمثل في القصور عن سن القوانين مما يترك فراغاً قانونياً قد تستغله السلطة التنفيذية، بما ينتج عن ذلك تداخل في الاختصاص، ذلك أن الدستور يضع على عاتق المشرع مجموعة من الالتزامات القانونية التي يجب عليه الوفاء بها، بجانب أن النصوص الدستورية تُرسي الأصول العامة والأسس الجوهرية للموضوعات التي تتناولها بالتنظيم، دون أن تبحث في التفاصيل والجزئيات تاركةً ذلك للمشرع، بعبارة أخرى أن الدستور يتضمن توجيهات عامة موجهة للهيئات، فليست أحكام الدستور ما عدا القليل منها محلاً للتطبيق الفوري، ولكنها تبين بصفة عامة الخطوط الأساسية للحكم[١].

ويقصد بالقصور التشريعي عدم كفاية النص التشريعي الموجود فعلاً للوفاء بتغطية ومعالجة المسالة والموضوع الذي تولى تنظيمه بشكل جيد، سواء من حيث حجم التغطية او نوعها او مستواها، بمعنى ان المشرع قد قام بسلوك إيجابي من خلال وضعه القانون محل البحث والتعليق، وتناول كل موضوع ولكن بصورة سطحية، ولا تنازل عن اختصاصه لغيره[٢]. وهو كل حالة يضطر فيها القاضي وهو يرمي لتحقيق العدالة او تثبيت الحق الركون بعيداً عن المعنى الحرفي لنص القانون مستخدماً القياس أو مستعيناً بالمبادئ العامة للقانون وغيرها للوصول للحكم المناسب واكمال نصوص القانون[٣].

وعرف الفقه الدستوري مصطلح القصور التشريعي بأنه الحالة التي يكون فيها تنظيم القانون لا كما ينبغي أن يكون وفقا للقواعد والمعايير العامة للقانون والذي يتمثل

---

[١] د. علي السيد علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٨، ص١٢٧– ١٢٨.

[٢] د. عبد الرحمن عزاوي، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع الاغفال التشريعي نموذجاً، مجلة العلوم القانونية الادارية والسياسية، المجلد ٢٠١٠، العدد ١٠، جامعة ابو بكر بلقايد، كلية الحقوق، الجزائر، ص٨٧.

[٣] ينظر بهذا المعنى: أز س كاناريز. سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الألماني منه، ترجمة د. عبد الرسول الجصاني، منشور في مجلة القضاة، ع ١، س ٢٨، ١٩٧٣، ص٧٥ وما بعدها.

(ISSN: 2537 - 0758)

في ثغرات تخل في تكامل النظام القانوني وآلياته[٤]، أو بالمعنى الواسع عدم وجود قاعدة محددة لقضية بعينها تحتاج إلى تنظيم، نتيجة لغياب متطلبات تنفيذ العمل الإيجابي المفروض من قبل سلطة صنع الدستور على المشرع[٥]، وعرف ايضاً بوجود فجوة في القانون تمنع الممارسة السليمة للحق المكفول دستوريا[٦]، وأن الفجوة التشريعية الناجمة عن عدم امتثال المشرع لالتزام دستوري صريح يلزمه بالتدخل لجعل القواعد الدستورية فعالة[٧]، وينبغي ضرورة قيام المشرع باستنفاذ اختصاصه التشريعي على اعتبار أنه أكثر الهيئات العامة في الدولة قدرة على استجلاء جوانب المصلحة العامة، واستنفاذ المشرع لاختصاصه التشريعي ضرورة التدخل تشريعياً كلما استدعت المصلحة العامة ذلك، بحيث لا ينطوي النظام القانوني على فراغ تشريعي من أي نوع كما يعني عدم تخلي المشرع عن جزء من اختصاصه للسلطة التنفيذية تحت ستار التفويض التشريعي إلا في الحالات وبالشروط المنصوص عليها في دستور الدولة[٨]، والقصور التشريعي إنما يتم عن إغفال او قصور جانب من جوانب الموضوع محل التنظيم بما يؤدي إلى الحد من فاعليته، دون أن يكون مصحوباً بإحالة التنظيم إلى سلطة أخرى، عكس حالة عدم الاختصاص السلبي للمشرع فإنه يشمل تخلي المشرع عن اختصاصه لصالح السلطة التنفيذية دون سند من الدستور[٩]، وأن تناول المشرع موضوع معين بصورة مبتسرة أو على نحو منقوص، فيمكن الطعن بعدم دستورية النص القانوني، محل الطعن فيما تضمنه من حكم قاصر، أو فيما لم يتضمنه من حكم كان يتعين أن يتضمنه، لكونه

(4) PROBLÈMES DE L'OMISSION LÉGISLATIVE DANS LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE/ Questionnaire/pour le XIVe Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes/ p1.

(5) Juan Luis REQUEJO: The problems of legislative omission in, constitutional jurisprudence, Paper from the Constitutional Court of Spain, XIV Conference of Constitutional Courts of Europe,Vilnius - May 2008 .p4 - 6.

(6) Denise TEIXEIRA DE OLIVEIRA: LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES OMISSIONS LÉGISLATIVES INCONSTITUTIONNELLES AU BRÉSIL, Congrès Français de Droit Constitutionnel – AFDC - Lyon 2014, P 1.

(7) GILMAR MENDES: Constitutional Jurisdiction in Brazil: the Problem of, UnconstitutionalLegislativeOmission: p4-6.

(٨) د. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية في مصر، ج٢، دار أبو المجد، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٧٦؛ د. عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٣٦.

(٩) د. عبد الحفيظ الشيمي، رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٢٢.

أيضاً يتضمن قاعدة سلبية مخالفة للدستور، هذا ويستوي في القصور الجزئي لا يرتب اثره بعدم الدستورية، أن يكون جاء من عمد من المشرع ام عن خطأ لأنه ليس جزاءً للمشرع على غفلته، وإنما هو جزاء على النقص التشريعي في التنظيم وعدم الاحاطة بكافة جوانب المسالة محل التنظيم، وفق النموذج الدستوري لها[١٠].

لذا نتفق وما ذهب إليه بعض الفقه الدستوري أن قصور التشريع يتمثل في قصور المشرع في تنظيم بعض الجوانب للموضوعات التي كفلها الدستور، وأن المشرع قد يتخلى عن قصداً أو سهو، وان كان البعض يميز بين سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، وهو ما يعتبر عيباً قصدياً في التشريع يتصل بالأغراض التي يتوخاها المشرع من وراء تبنيه لها، وبين خطئها في تقدير واقعة أو سوء فهمها لأوضاع قام القانون عليها، أو قصد إلى تنظيمها. وذلك أن خطأها في التقدير، وسواء كان بيناً أو محدوداً، هو خطأ بتقييم مداخل العملية التشريعية ذاتها، وهو بالتالي غير مقصود، أما إساءة استعمال السلطة إذ هو الخروج قصداً عن ضوابط المصلحة العامة في العملية التشريعية، وتحريفاً لها من خلال أغراض مخالفة للدستور تخالطها وهي أغراض يتعين تجنبها بالنظر إلى حماية الدستور وتقرير الحماية الكاملة لأحكامه لا يتحقق بغير التقييد بالأغراض التي تربط قواعده ببعضها، وتضمها لبعض في إطار وحدة عضوية تجمعها[١١]، فيترتب بذلك فراغ تشريعي لا يتماشى مع التزام المشرع بضرورة ممارسة اختصاصه التشريعي على الوجه المبين في الدستور، يوَجب على القاضي الدستوري التصدي لمعالجة هذا الفراغ بوصفه حامياً للدستور، من خلال الإعلان بوجود مخالفة دستورية يتوجب على المشرع التدخل لرفعها من خلال التشريع، انطلاقاً من التزام المشرع بضرورة أن يفرغ محتوى النصوص الدستورية في قانون يحقق أهدافها وتقييد بمضمونها ويلتزم الأغراض الكلية التي لا يعارضها[١٢]، ولمعرفة ما إذا كان المشرع قد قصد تحقق إحدى هذه الحالات، يضطر القاضي إلى القيام بتفسير النصوص الدستوري الذي يدعي أن المشرع قد أهمله ليقرر فيما إذا كان المشرع قد خالف حقيقة الدستور،

---

[١٠] د. محمد باهي أبو يونس، أصوال القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٣، ص٣٠.

[١١] د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه– جان ديوي للقانون والتنمية، دون ذكر مكان وسنة الطبع، ص ١٣٨١.

[١٢] د. عيد احمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص١٥٩.

(ISSN: 2537 - 0758)

لتحقيق التوازن من خلال الآثار السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي من شأنها أن تحدث في حالة قيامه بذلك، ثم يقوم باختيار الحل القانوني الذي يوافق بين الحفاظ على المشروعية الدستورية وضمان التزام المشرع بأحكام الدستور في التشريعات التي يصدرها، وحماية المجتمع ذاته وتجنب الأزمات التي يمكن أن تتعرض لها[١٣].

وأن القاضي بإرادته يحدد المعنى الحقيقي للنص التشريعي الذي يدعي أن المشرع قد خالفه، أي أنه يتستر وراء النصوص ليقول بوجود مخالفة من قبل القانون وهو ما يجعل وقع حكمها مقبولاً لدى السلطة التشريعية[١٤]، وأن القضاة لا يصبحون رقُباء فقط على مضمون ممارسة السلطة، بل هم يسهمون أيضا في ممارستها، من حيث أن مكنة القاضي في أداء دوره كحامي للدستور هي من تبرر تدخله في إلزام المشرع بتشريع قوانين لا يكتمل التنظيم القانوني للحقوق إلا بها، وبناءً عليه فإن طبيعة وظيفة القضاء قد تغيرت، من هيأة المفروض بها أن تراقب القانون لهيئة تراقب العمل التشريعي، وهذا يعني أنها أصبحت هيأة تحكم، لان من أنجح وسائل الحكم هو وضع قواعد قانونية المجتمع[١٥].

<u>السؤال الذي يطرح بصدد الموضوع</u> هل ان النقص الدستوري يعني فقدان ارادة المشرع في داخل الوثيقة الدستورية؟ أو ان المشرع الدستوري أغفل نقل تلك الارادة إلى هذه الوثيقة؟ أو أنه نقلها بصياغة يصعب الكشف عنها أو تحريرها بيسر؟ يرى بعض الفقه الدستوري ان النقص او القصور مثلما يكون بفقدان حكم، فانه بالوقت ذاته يعني فقدان لفظ او عبارة كان الاجدر أدراجها بمضمون النصوص الدستورية، بحيث لا يمكن للنص الدستوري القائم ان يستوعب حالة او فرضاً بذاته من دون ذكر ذلك اللفظ او تلك العبارة. وأيا كانت صفة النقص أو القصور فان التساؤل عن ارادة المشرع يبدوا منطقياً، حيث يرى البعض أن فقدان النص لا يعني فقدان الإرادة بالأحوال كافة، لكون الارادة الدستورية مثلما تكون ظاهرية فقد تكون ضمنية خفية، وتظهر هذه وتلك من توجهات المشرع في صياغة النصوص، إيراده النصوص في سياق ضرب المثل بدلا من إيراده سياق الحصر، او عندما يختار الصياغة المرنة بدلا من الصياغة الجامدة او عندما

---

[١٣] د. يسري محمد العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص١٣٣.

[١٤] د. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص ٣٦٤.

[١٥] د. منذر الشاوي، فلسفة الدولة، الذاكرة للنشر، بغداد، ٢٠١٣، ص٤٧٧.

يختار الصياغة العامة بدلا من الصياغة الخاصة، او عندما يختار الصياغة المطلقة بدلاً من الصياغة المقيدة، وهكذا يتم الوصول الى مقاصد النصوص واجلاء خفاياها من خلال البحث عن أي من الإرادتين، سواء كانت الصريحة الظاهرة ام الضمنية الباطنة[١٦].

وجانب اخرى يرى لامجال للبحث عن الارادة الدستورية في حالة قصور التشريع، لان هذه الارادة مفقودة والمسالة المعروضة لم ينظمها المشرع، واسباب القصور التشريعي يكون أما بفقدان لفظ او عبارة كان من الواجب تضمينها بنص دستوري أو النقص يكون بفقدان حكم في الدستور، وهنا يميز بين نوعين من القصور هما القصور المطلق والقصور النسبي، والقصور المطلق هو الذي لا يمكن أن يكون محلاً للرقابة القضائية والسبب في ذلك يعود الى القاعدة التي يمكن الطعن ضدها غير موجودة، أما القصور النسبي فهو الذي يتجلى في الحالات التي يتقيد بها المشرع بالتطبيق الجزئي للدستور وبالتالي يكون القصور النسبي للتشريع محلاً لرقابة القاضي الدستوري[١٧].

والدساتير عامة إذا تتخلل فقدان بعض الأحكام وعدم وجودها بالوثيقة الدستورية يعد نقص او قصور يؤدي الى ضبابية موقف المشرع، وعدم الوقوف على الارادة الدستورية بيسر، اما النقص او القصور بسبب فقدان لفظ او عبارة فيكون الدستور متضمناً الحكم الدستوري لكنه افتقد لفظ او عبارة لا يفهم معنى النص الدستوري بدونها او يؤدي إلى خفاء الارادة الدستورية مما يتطلب معه تدخل المفسر بإجلاء ما خفي وتبيان ما أشكل، وان استجلاء الارادة الدستورية الخافية يمكن أن يتم باستخدام نصوص دستورية ذات صلة أو اتباع قواعد دستورية لا يتخللها الشك، لذا اتباع طريقة الاشكال المتوازية أو المتقابلة التي تعارف عليها الفقه الدستوري، يمكن الكشف عن الحكم الدستوري الخافي[١٨]. وإذا كان اختصاص القضاء الدستوري بالفصل في دستورية القوانين ينحصر بالنصوص القانونية التي أوردها المشرع بمجال تنظيمه لموضوع معين أم يتعداه إلى النصوص التي أهملها، ولا يكتمل التنظيم القانوني للحق أو للحرية بدونها، وهل يعد

---

[١٦] د. علي هادي عطية الهلالي، المستنير من تفسير أحكام الدساتير، منشورات زين الحقوقية والادبية، بيروت، ٢٠١٦، ص ٤١ وما بعدها.

[17] Di Manno, Le Juge constitutionnel et. La Technique des décisions interprétatives en France et Lolie, Economica, 1997, P.232.

[١٨] د. علي هادي عطية الهلالي، المستنير من تفسير أحكام الدساتير، مرجع سابق، ص ٤٢ وما بعدها.

(ISSN: 2537 - 0758)

خروجاً من القاضي الدستوري عن وظيفته أن يبحث فيما وراء العبارات التي صاغ بها المشرع النص ليضيف إليها ما لم يتضمنه النص وإن كان من حقه ذلك، فما هو معيار تحديد القصور وما هي الوسيلة لإكمال هذا القصور، وكيفية تحديد القصور في التنظيم التشريعي؟ للإجابة على هذا الاستفسار الجوهري نتطرق الى ما ذهب اليه بعض الفقه الدستوري بالقول: يتحقق القصور في التنظيم التشريعي أو ما يسمى "بالإغفال التشريعي" الذي يكون محلاً للرقابة من القضاء الدستوري، بأن تناول المشرع أحد الموضوعات التي يختص بها بالتنظيم، لكن يأتي هذا التنظيم– سواء عن عمد أو إهمال– غير مكتمل أو قاصراً عن أن يحيط بكافة جوانبه بما يؤدى إلى الإخلال بالضمانة الدستورية للحق محل التنظيم، وإذا نظم المشرع حق من الحقوق أو حرية من الحريات تنظيماً قاصراً أو منقوصًا بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها، كان ذلك إخلالاً بضماناتها التي هيأها الدستور لها، وبذلك مخالفة للدستور يتعين قمعها عن طريق الرقابة القضائية على دستورية القوانين هذا القصور في التنظيم التشريعي اصطلح على تسميته فقهاً بـ الإغفال التشريعي وهو مصطلح غير دقيق لأنه يطلق على عدم التنظيم الجزئي والكلي، وعدم التدخل التشريعي في تنظيم الموضوع، فهو لفظ مطلق والمصطلح الأدق هو قصور التنظيم التشريعي وتحديد ما إذا كان التنظيم التشريعي لحق أو حرية مكتملاً أو قاصراً مرجعه إلى القضاء الدستوري[١٩].

هذا بالإضافة الى أن تدخل المشرع نفاذاً لحكم الدستور بالتنظيم لحق معين فإن تدخله يجب أن يكون متكامل الجوانب مفعلاً لكافة الضمانات الدستورية لهذا الحق بحيث إذا أغفل او قصر جانباً فإن ذلك من شأنه أن يقلل من الحماية الدستورية لهذا الحق بما يخالف الدستور، فضلاً عن أن كل مخالفة للدستور، سواء تعمد المشرع أم انزلق إليها بغير قصد يتعين قمعها وأنه إذا كان القاضي الدستوري يراقب النشاط الإيجابي للمشرع ويهدر التشريع المخالف للدستور فمن باب أولى يستطيع أن يراقب القصور التشريعي إذا كان من شأنه أن يتضمن مخالفة دستورية، وأن فكرة الدولة القانونية تكفل خضوع جميع سلطات الدولة للقانون سواء في تصرفاتها الإيجابية أو السلبية التي تشكل مخالفة دستورية، وعلى افتراض صحة القول بأن القانون تعبير عن الإرادة العامة، فإن البرلمان هو أداة صياغة هذا التعبير، والقصور التشريعي ما هو إلا

[١٩] د. عبد العزيز محمد سالمان، الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي، دراسة فقهية قضائية مدعمة بجميع ما اصدرته المحكمة الدستورية العليا من احكام، الطبعة الاول، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة،٢٠٢١، ص٨٠ وما بعدها.

تعبير عن الإرادة العامة لم تتم صياغته بمعرفة المشرع، ومن ثم تشكل عدم الصياغة مخالفة دستورية[٢٠]، وانطلاقاً من ذلك يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن رقابة القصور التشريعي ليست رقابة على قواعد غير موجودة، لأن من الواجب تفسير قصور المشرع على تسوية مسألة معينة على أنه قاعدة سلبية وليس قاعدة غير موجودة، والقاعدة السلبية هي التي يفهم منها اتجاه نية مصدرها إلى وضع بعض القيود على استعمال حق معين من جانب الإفراد 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[٢١].

أما القول بأن جهة الرقابة غير مخولة بأن تزنً نفسها ومعاييرها ما إذا كان القانون لازماً، وما إذا كان إقراره ملائماً، لأن ذلك يدخل في السلطة التقديرية للمشرع، التي يتمثل جوهرها في المفاضلة بين بدائل تتزاحم جميعها على تقديم الحلول المختلفة[٢٢]. وإلا كان ذلك عدواناً على هذه الموضوعات التي ينظمها القانون، مجانباً حدود تنظيمها، ومنتهياً إلى مصادرتها أو تقيدها[٢٣].

وهكذا فإذا كان المشرع يظل مقيدا بأحكام الدستور في المجال الخصب إعمال سلطته التقديرية، فلا شك أن درجة تقيده بأحكام ومبادئ الدستور في غير هذا الموضع تكون أشد، خصوصاً بالنسبة للأحكام التي تلقي على عاتق السلطة التشريعية التزامات صريحة لا لبس فيها، لدرجة القول بانعدام سلطته التقديرية فيها، ومن ذلك التزامه بضرورة ممارسة اختصاصه بالتشريع بنفسه وعلى الوجه المبين في الدستور وإلا كان في تصرفه مساس بالموضوع الذي كفله الدستور، مما يبرر الطعن بعدم دستوريته[٢٤].

---

[٢٠] د. عبد العزيز محمد سالمان، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، دون ذكر أرقام صفحات بحث منشور على الموقع الإلكتروني: http://www.startimes.com.

[٢١] د. محمد ماهر ابو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص ٨٦.

[٢٢] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية- دستورية، جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥، قاعدة رقم ١٠/٧ ص ١١٤، من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

[٢٣] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦، قضائية- دستورية، جلسة ٦ أبريل ١٩٩٦، قاعدة رقم ٣٣، ص ٥٥١، من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

[٢٤] د. عادل الطباطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٠، ص ٤٣٢.

(ISSN: 2537 - 0758)

لان البرلمان ليس مالكاً لاختصاصه التشريعي بل يتلقاه من الدستور بغرض ممارسته فعلياً وعلى الوجه الأكمل تحقيقاً للمصلحة العامة، فليس من المصلحة العامة في شيء أن 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 لفترة زمنية طويلة، يترتب على ذلك فراغ تشريعي يضر بالمصلحة العامة، والبرلمان أن فعل ذلك يكون قد أنكر اختصاصه التشريعي[٢٥]، وأن ما يساعد القاضي الدستوري على المضي قدماً في إعمال فكرة الرقابة على حالة القصور التشريعي، هو أن قواعد توزيع الاختصاصات بين السلطات بصورة عامة، تتعلق بالنظام العام، وبالتالي فأن الدفع بإدانة قصور المشرع عن ممارسة اختصاصاته التشريعية أو أخلاله بجزء منها، يعَد من الدفوع المتعلقة بالنظام العام التي ينبغي على القاضي الدستوري إثارتها من تلقاء نفسه، حتى وإن لم يطلب إليه المدعين ذلك[٢٦].

لأن القواعد القانونية الأدنى لا يجوز لها أن تخالف نصوص الدستور، كما لا يجوز لها أن تعدلها، ومن ثم فأن بطلان القوانين المخالفة لأحكام الدستور نتيجة ترتبط اساساً بتقرير مبدأ سمو الدستور[٢٧].

إلا أن تنوع صور القصور التشريعي يؤدي إلى اختلاف شكل وطبيعة الحكم الدستوري الصادر بإدانة قصور المشرع عن الإخلال بجزء من اختصاصه، فإذا كان المشرع قد قصر أو أحجم عن التدخل لتنظيم مسألة أو مجموعة من المسائل، كان ينبغي عليه التدخل لتنظيمها وفقاً للدستور أو تدخل بالفعل لتنظيمها، ولكن بصورة قاصرة لا تفي بالغرض المطلوب بحيث يترتب على موقفه فراغ تشريعي كامل أو جزئي،

---

[٢٥] د. عيد احمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص ١٢٦.

[٢٦] قيام المحاكم الدستورية بالتصدي من تلقاء نفسها في حالة قصور المشرع، حتى ولو أدى ذلك إلى خروجها عن نطاق الدعوى المعروضة عليها، وفي إيطاليا واجهت المحكمة الدستورية منذ إنشائها عام ١٩٥٢ مشكلة هامة تتمثل في حالة الفراغ أو القصور التشريعي الناتجة عن إحجام البرلمان الإيطالي عن ممارسة اختصاصاته التشريعية، نتيجة حالة عدم الاستقرار السياسي التي تميزت بها إيطاليا منذ وضع الدستور عام ١٩٤٨. **لمزيد من التفاصيل ينظر:** د. عيد احمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص٤١.

[٢٧] د. جابر جاد نصار، الوسيـط في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص١٥٨.

فأن الحكم الصادر من القاضي بإدانة هذا المسلك يتخذ شكلاً تفسيرياً، يقوم القاضي من خلاله بإجراء تقييم شامل للموقف منتهياً، أما إلى حث المشرع على التدخل لتنظيم المسألة أو المسائل التي لم يتدخل لتنظيمها، أو إلى تفسير النص الخاضع لرقابته بصورة تسمح له بإكمال النقص والقصور الذي يعتريه، والناتج عن تنظيم المشرع للمسألة موضوع هذا النص بصورة جزئية لا تفَي بالغرض[٢٨]، وأن اختصاص القاضي الدستوري في الرقابة على حالة القصور التشريعي، يجد أساسه في فكرة التصدي، والتي مفادها أن يقوم القاضي الدستوري من تلقاء نفسه بإثارة مسألة من المسائل أو دفع من الدفوع المتصلة بموضوع معين، ثم يحكم القاضي بشأن هذه المسألة أو هذا الدفع ويطبق الدستور عليها، ليزن بينها وبين محتوى نصوصه وروحها ليقرر فيما إذا كان وجودها يشكل عدوانا على الموضوعات التي ينظمها فيحكم بإنزال حكم الدستور عليها، وهي ذات الفكرة التي عبر عنها الفقه الفرنسي بالدفع المتعلق بالنظام العام، محددا محتواها بأنه الدفع الذي يثيره القاضي الدستوري مستنداً إلى وجود مخالفة للقانون بمعناه العام والمتعلقة بتنظيم المجتمع[٢٩].

وبذلك يلعب دور رئيس بهذا الخصوص، حيث ينبغي عليه من خلال قضائه أن يراعي مقتضيات النظام العام بأن يستلهم المصلحة العامة وأن يتقيد بالنظم السائدة في المجتمع، وأن يضمن لها ما قد غفل أو قصر التشريع ضمانة من حماية كافية[٣٠]، وبذلك يكون هذا الدفع قد صدر من أجل تحقيق مصلحة المجتمع في مجموعه، والهدف من هذا الدفع في النهاية، هو وضع نهاية لهذه المخالفة لأن استمرارها من شأنه أن يضر بالمصلحة العامة للمجتمع[٣١].

وأن تصدي القاضي بناءً على الأصول العامة للتقاضي لإثارة دفع من الدفوع المتعلقة لمخالفة المشرع للقانون بمعناه العام، مثلاً قصوره عن تنظيم موضوع معين أو إخلاله بأصول تنظيمه، يجد أساسه من ناحية في نصوص ذلك القانون، ومن ناحية

---

[٢٨] د. عيد احمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص٤٦.

[٢٩] د. يسري محمد العصار، التصدي في القضاء الدستوري، دراسة تحليلية مقارنة لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٥ .

[٣٠] د. عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية، دراسة مقارنة، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٠ وما بعدها.

[٣١] د. يسري محمد العصار، المرجع السابق، ص١٦.

(ISSN: 2537 - 0758)

أخرى في السلطة التقديرية للقاضي التي تخوله اعتبار دفع معين، كما لا يعد تجاوزا على سلطة المشرع لأن المحكمة حين تقضي بعدم دستورية النصوص، لا تقوم بوظيفة تشريعية إيجابية فهي لا تتعدى على وظيفة السلطة التشريعية، وإنما من الجائز أن يقال إنها تقوم بوظيفة تشريعية سلبية تتمثل في إبطال التشريع، ولكن الوظيفة التشريعية الأصلية المنشأة للقواعد القانونية تظل بعيدة عن سلطة المحكمة واختصاصاتها[٣٢].

موقف المحكمة الدستورية العليا المصرية على رقابة قصور تنظيم التشريعي

تعرضت المحكمة الدستورية العليا منذ أوائل أحكامها الى رقابة القصور في التنظيم التشريعي وترددت في بداية هذه الأحكام في أعتباره عيباً يمكن أن يضم التشريع المطروح عليها بعدم الدستورية، فقد أعتبرت إغفال المشرع أو قصوره في التنظيم لأحد الموضوعات من قبيل الملائمات التي يستقل بتقديرها المشرع[٣٣].

وتغيرت سياسة المحكمة الدستورية العليا في مواجهة القصور التشريعي في العدول عن اتجاها، حيث نجد أن المحكمة سرعان ما عدلت عن هذا الاتجاه وباشرت رقابتها الكاملة على ما إغفال المشرع تنظيمه بإعتبار أن التنظيم القاصر في ذاته يشكل مخالفة دستورية، ويحد من فعالية الحقوق والحريات العامة التي ينظمها المشرع تنظيماً قاصراً، والمحكمة بذلك لا تراقب إلا الإغفال الجزئي ولا تتدخل في مراقبة السكوت عن التنظيم أو ما يسمى في الفقه الدستوري الإغفال الكلي، والمحكمة أيضاً لا تكتفي برقابتها على المشرع العادي بل مدت رقابتها الى ما إغفال المشرع اللائحة تنظيمه فجاء

---

[٣٢] د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري،، دار النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٦٠، ص٥٨١. د. يحيى الجمل، الرقابة على دستورية القوانين في المملكة الليبية، دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية، يصدرها أساتذة كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد الأول، السنة الرابعة والثلاثون، مارس سنة ١٩٦٤، ص ٢٣٦.

[٣٣] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٣ لسنة ١ قضائية– دستورية جلسة ١٦ فبراير ١٩٨٠. حيث جاء في حيثيات هذا الحكم أن ما يقرره المدعى بشأن إغفال النص المطعون فيه تنظيم طريق لإشهار صفة المستأجر للأراض الزراعية حتى يتبين من تعامل معه التزامه بالإخطار عن دينه لا يعدو أن يكون جدلاً حول ملاءمة التشريع وما قد يترتب عليه من إجحاف بحقوق طائفة من الدائنين، وإن ما ينعاه المدعى بهذا الشأن لا يشكل عيباً دستورياً يوصم به النص المطعون فيه وتمتد إليه الرقابة على دستورية القوانين.

تنظيمه قاصراً[٣٤]. وأن أول الأحكام التي واجهت فيها المحكمة الدستورية العليا قصور التنظيم أو الإغفال التشريعي المتضمن أعتداء على الحقوق والحريات العامة، حيث قضت بعدم دستورية القرار بقانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ إذ نص في مادته الأولى على أيلولة ملكية الأراضي الزراعية التي تم الاستيلاء عليها طبقاً لإحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعي، والقرار بقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ المعدل له الى الدولة دون مقابل، فشكل بذلك اعتداء على هذه الملكية الخاصة ومصادرة لها بالمخالفة لحكم كل من المادة (٣٤) من دستور سنة ١٩٧١ التي تنص على أن الملكية الخاصة مصونة، والمادة (٣٦) منه التي تحضر المصادرة العامة للأموال ولا تجيز المصادرة الخاصة الا بحكم قضائي، حيث ان استيلاء الدولة على ملكية الأراضي الزراعية الزائدة على الحد الاقصى الذي يقرره القانون للملكية الزراعية يتضمن نزعاً لهذ الملكية الخاصة بالنسبة للقدر الزائد جبراً عن صاحبها، ومن ثم وجب أي يكون حرمانه من ملكه مقابل تعويض، وإلا كان إستيلاء الدولة على أرضيه بغير مقابل مصادرة خاصة لا يجوز إلا بحكم قضائي وفقاً لنص المادة (٣٦) من الدستور النافذ، واقامت المحكمة قضاؤها على دعامة رئيسية مقتضاها ان القرار بقانون المقضي بعدم دستوريته قد إغفل تقرير حق الملاك في التعويض عن أراضيهم المستولى عليها، وأن التنظيم القاصر بذاته يشكل مخالفة للدستور، ويحد من فعالية الحقوق التي ينظمها المشرع تنظيماً قاصراً، والمحكمة بذلك لا تراقب إلا الإغفال الجزئي ولا تتدخل في مراقبة السكوت عن التنظيم[٣٥].

---

[٣٤] د. عبدالعزيز سالمان، الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي، مرجع سابق، ص١٤٠.

[٣٥] **لمزيد من التفاصيل ينظر**: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣ لسنة ا قضائية– دستورية، جلسة ٢٥ يونيو ١٩٨٣. ويجد الباحث الاشارة الى **مبدأ صون الملكية الخاصة**: حيث إن الدساتير المصرية المتعاقبة قد حرصت جميعها منذ دستور سنة ١٩٣٢ على النص عليه وحرمتها بإعتبارها في الاصل ثمرة النشاط الفردي وحافزه على الانطلاق والتقدم، وأنها مصدر من مصادر الثورة القومية التي يجب تنميتها والحفاظ عليها لتؤدي وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي، ومن أجل ذلك، حظرت تلك الدساتير نزع الملكية الخاصة جبراً عن صاحبها إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقاً للقانون– المادة (٩) من كل دستور سنة ١٩٢٣ ودستور ١٩٣٠ والمادة (١١) من دستور سنة ١٩٥٦ والمادة (٥) من دستور سنة ١٩٨٥ والمادة (١٦) من دستور سنة ١٩٦٤ والمادة (٣٤) من دستور ١٩٧١، والمادة (٣٥) من دستور سنة ٢٠١٤ التي تضمنت حظر التأميم إلا لاعتبارات الصالح

(ISSN: 2537 - 0758)

وكذلك من الأحكام واضحة الدلالة في رقابة المحكمة الدستورية العليا حكمها الصادر بشأن المحميات الطبيعية، حيث أكدت على أن إغفال نشر خريطة المحميات التي تبين حدود كل محمية من شأنه أن يجهل بالركن المادي لجريمة الاعتداء على المحميات، بما يفقد التجريم خاصية اليقين ويجعله مخالفاً للدستور[٣٦]. وحكمها الصادر بعدم دستورية نص المادة (٢٣) من قانون الجمارك الصادر بقرار من رئيس الجمهورية رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ فيما لم يتضمنه من وجوب تسبيب قرار مصلحة الجمارك بإطراحها البيانات المتعلقة بقيمة البضائع المستوردة المثبتة في المستندات والعقود والمكاتبات والفواتير المقدمة من صاحب البضاعة[٣٧].

كذلك حكمت المحكمة الدستورية العليا في حكم لها يتضمن: عدم دستورية نص المادة (١٧) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١، في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الاماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، فيما تضمنه من قصر استمرار عقد الإيجار على الزوجة المصرية وأولادها من زواجها المستأجر غير المصري عند انتهاء إقامته بالبلاد فعلاً او حكماً دون الزوج المصري وأولاده من زوجته المستأجرة غير المصرية، وأكدت المحكمة بكل وضوح في هذا الحكم أن مبدا المساواة كان يحتم أن يمد مظلة حكم النص المطعون فيه الى الزوج المصري واولاده، من المستأجرة الأجنبية عند انتهاء إقامتها بالبلاد إن فعلاً او حكماً، وإذ لم يفعل النص ذلك فأنه يكون مخالفاً لمبدأ المساواة ويتصادم وحكم المادة (٤٠) من الدستور[٣٨]. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على رقابتها على قصور التنظيم التشريعي في مجال قانون إيجار الأماكن، وذلك في مجال سريان التشريعات الاستثنائية على الأماكن المؤجرة للأشخاص الاعتبارية لاستعمالها في غير غرض السكنى، الذي خلص في منطوقه الى الحكم بعدم

العام وبقانون ومقابل تعويض، وكذلك المادة (٣٦) منه، تضمنت حظر المصادرة العامة حظراً مطلقًا، ولا يجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي.

[٣٦] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية– دستورية، جلسة ١ أكتوبر ١٩٩٤.

[٣٧]حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٥٩ لسنة ٢٠ قضائية– دستورية، جلسة ١٣ اكتوبر ٢٠٠٢.

[٣٨]حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٦ لسنة ٢٠ قضائية– دستورية، جلسة ١٤ أبريل ٢٠٠٢.

دستورية صدر الفقرة الأولى من المادة (١٨) من قانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شان بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر فيما تضمنه من اطلاق عبارة "لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها في العقد" لتشمل عقود إيجار الأماكن المؤجرة للأشخاص المعنوية لأستخدمها في غير غرض السكن[٣٩].

وفي حكم حديث حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية عجزة الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم ١٤٤ لسنة ٢٠٠٦ في شأن تنظيم هدم المباني والمنشآت غير الآيلة للسقوط والحفاظ على التراث المعماري، فيما لم يتضمنه من تحديد قواعد وضوابط تقدير التعويض المقرر به وصرفه لمستحقيه، على سند من أن صحة تقرير التعويض المستحق للمالك يكون رهيناً بكفالة حق المالكين في التعويض العادل عن القيود التي يتضمنها هذا التنظيم، وهذا لا يأتي الا بتضمين المشرع النص المقرر للتعويض، أسس وقواعد وضوابط التقدير، وتوقيت التقدير والصرف، وأن يكون معادلاً للقيمة الحقيقية لما تحمله المالك في ملكه فقد اوردت المحكمة[٤٠].

---

[٣٩] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١١ لسنة ٢٣ قضائية- دستورية، جلسة ٥ مايو ٢٠١٨.

[٤٠] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣٩ لسنة ٣٩ قضائية- دستورية، جلسة ٢ مارس ٢٠١٩. ومن احداثيات الحكم يجد الباحث: إن الدفع بعدم قبول الدعوى المبدئ من هيئة قضايا الدولة لانتفاع المصلحة، ذلك أن المصلحة في الدعوى الدستورية هي شرط لقبولها مناطها- وأن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يؤثر الحكم في المسألة الدستورية على الطلبات المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع، ويستوى في شأن توافر المصلحة أن تكون الدعوى قد اتصلت بالمحكمة عن طريق الدفع أو عن طريق الإحالة، والمحكمة الدستورية العليا هي وحدها التي تتحرى توافر شرط المصلحة في الدعوى الدستورية للتثبت من شروط قبولها، وأن الإحالة من محكمة الموضوع إلى المحكمة الدستورية العليا لا تفيد بذاتها توافر المصلحة، بل لازمه أن هذه الدعوى لا تكون مقبولة إلا بقدر انعكاس النص التشريعي المحال على النزاع الموضوعي، فيكون الحكم في المطاعن الدستورية لازما للفصل في ذلك النزاع، وأنه لا تلازم بين الإحالة من محكمة الموضوع وتوافر هذه المصلحة فإذا لم يكن للفصل في دستورية النص الذي ثارت بشأنه شبهة عدم الدستورية لدى محكمة الموضوع انعكاس على النزاع الموضوعي، فإن الدعوى الدستورية تكون غير مقبولة، وأن المصلحة في الدعوى الدستورية قوامها أن يكون الحكم في المسألة الدستورية لازما للفصل في مسألة كلية أو فرعية تدور حولها الخصومة بأكملها أو في شق منها في الدعوى الموضوعية.

(ISSN: 2537 - 0758)

وحيث إن الرقابة على دستورية القوانين من حيث مطابقتها للقواعد الموضوعية التي نظمها الدستور، إنما تخضع لأحكام الدستور القائم دون غيره، إذ إن هذه الرقابة تستهدف أصلا صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه، ذلك أن نصوص هذا الدستور تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام، التي يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من التشريعات باعتبارها أسمى القواعد الآمرة، متى كان ذلك، وكانت المناعي التي تضمنها حكم الإحالة على النص المحال تندرج تحت المطاعن الموضوعية التي تقوم على مخالفة نص تشريعي لقاعدة في الدستور من حيث محتواها الموضوعي ومن ثم فإن هذه المحكمة تباشر رقابتها القضائية على دستورية النص المذكور– الذي مازال قائما ومعمولا بأحكامه– من خلال أحكام الدستور الحالي الصادر سنة ٢٠١٤ باعتباره الوثيقة الدستورية السارية، وحيث إن الدستور إعلاء من جهته لدور الملكية الخاصة، وتوكيداً لإسهامها في صون الأمن الاجتماعي– حرص في المادتين (٣٣، ٣٥) منه على جعل حمايتها وصونها التزاما دستوريا على عاتق الدولة، كما كفل حمايتها لكل فرد– وطنياً كان أم أجنبياً– ولم يجز المساس بها إلا على سبيل الاستثناء، وفي الحدود التي يقضيها تنظيمها، باعتبارها عائدة في الأغلب الأعم من الأحوال إلى جهد صاحبها، بذل من أجلها الوقت والعرق والمال، وحرص بالعمل المتواصل على إنمائها، وأحاطها بما قدره ضروريا لصونها، معبدا بها الطريق إلى التقدم كافا للتنمية أهم أدواتها، محققا من خلالها إرادة الإقدام، هاجعاً إليها لتوفر ظروفا أفضل لحرية الاختيار والتقرير، مطمئناً في كنفها إلى يومه وغده، مهيمنا عليها ليختص دون غيره بثمارها ومنتجاتها وملحقاتها، فلا يرده عنها ممتد، ولا يناجز سلطته في شأنها خصيم ليس بيده سند ناقل لها، ليعتصم بها دون الأخرين، وليلتمس من الدستور وسائل حمايتها التي تعينها على أداء دورها، وتقيئها تعرض الأغيار لها سواء بنقصها أو بانتقاصها من أطرافها[٤١].

وحكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص الفقرتين الاولى والثانية من المادة (١٢) من قانون تنظيم شؤون أعضاء المهن الطبية العاملين بالجهات التابعة

[٤١] د. عبدالعزيز سالمان، الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي، مرجع سابق، ص٤٩٨ وما بعدها.

لوزارة الصحة والسكان من غير المخاطبين بقوانين أو لوائح خاصة الصادر بقرار من رئيس الجمهورية بالقانون رقم (١٤) لسنة ٢٠١٤[٤٢].

[٤٢] للمزيد من التفاصيل ينظر حكم حديث المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٢٦ لسنة ٣٨ قضائية- دستورية، جلسة ٤ يناير ٢٠٢٠. فيما يتضمنه من قصر صرف حافز مناطق نائية على المغتربين وغير المغتربين من الفئات المخاطبة بحكم المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون المشار إليه دون الأطباء البيطريين وخريجي كليات العلوم من الكيميائيين والفيزيقيين، وعدم دستورية قرار وزير الصحة والسكان رقم (٥٧٥) لسنة ٢٠١٤ بشأن صرف حافز مناطق نائية للمخاطبين بأحكام قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم (١٤) لسنة ٢٠١٤ المشار اليه، وبسقوط نص المادة (١٥) من قرار وزارة الصحة والسكان رقم (٢٣٦) لسنة ٢٠١٤ بإصدار اللائحة التنفيذية لقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم (١٤) لسنة ٢٠١٤ بتنظيم شؤون أعضاء المهن الطبية، في مجال تطبيق نص الفقرتين الاولى والثانية من المادة(١٢) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون المشار اليه. ويجد الباحث: إن المصلحة الشخصية المباشرة تعد شرطاً لقبول الدعوى الدستورية، ومناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم في المسألة الدستورية لازما للفصل في الطلبات المرتبطة بها المطروحة أمام محكمة الموضوع- متى كان ذلك.

وكانت المدعية قد أقامت دعواها الموضوعية بطلب أحقيتها في صرف حافز المناطق النائية المقررة للفئات المخاطبة بأحكام قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٤ لسنة ٢٠١٤ المشار إليه، وكانت المادة (١٢) منه بفقرتيها الأولى والثانية، والمادة رقم (١) من قرار وزير الصحة والسكان رقم ٥٧٥ لسنة ٢٠١٤ السابق بيانه، قد حالت بينها وبين صرف ذلك الحافز، ومن ثم فإن المصلحة الشخصية والمباشرة للمدعية يتحدد نطاقها في نصي الفقرتين الأولى والثانية من المادة (١٢) من قانون تنظيم شئون أعضاء المهن الطبية العاملين بالجهات التابعة لوزارة الصحة والسكان من غير المخاطبين بقوانين أو لوائح خاصة الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٤ لسنة ٢٠١٤، والمادة رقم (١) من قرار وزير الصحة والسكان رقم(٥٧٥) لسنة ٢٠١٤ بشأن صرف حافز مناطق نائية للمخاطبين بأحكام قرار رئيس الجمهورية بقانون رقم (١٤) لسنة ٢٠١٤ والجدول المرافق له. وحيث إن المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا أن الاستيثاق من توافر الأوضاع الشكلية التي يطلبها الدستور في قانون ما يعتبر سابقا بالضرورة على الخوض في أمر اتفاقهما أو تعارضهما مع الأحكام الموضوعية للدستور، وقضاء هذه المحكمة قد استقر على أن: "**الأوضاع الشكلية للنصوص التشريعية المتصلة باقتراحها أو إقرارها أو إصدارها، إنما يتحدد على ضوء ما قررته في شأنها أحكام الدستور المعمول به حين صدورها**. وحيث إن قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٤ لسنة ٢٠١٤ بتنظيم شئون أعضاء المهن الطبية العاملين بالجهات التابعة لوزارة الصحة والسكان من غير المخاطبين بقوانين أو لوائح خاصة،

(ISSN: 2537 - 0758)

وعن مدى توافق النصوص التشريعية التي تحدد فيها نطاق الدعوى المعروضة، مع الضوابط الموضوعية التي حواها الدستور، فأن الاصل في السلطة التي يملكها المشرع في مجال تنظيمه الحقوق هو اطلاقها ما لم يقيدها الدستور بضوابط معينة، منها ان هذا التنظيم ينبغي الا يؤدي الى اجراء تمييز تحكمي فيما بين اصحاب المراكز القانونية المتكافئة بلا اساس موضوعي يبرره وأن إخطار المخاطبين بالقاعدة القانونية بمضمونها يعتبر شرطاً لإنبائهم بمحتواها، وكان نفاذها من ثم يفترض إعلانها من خلال نشرها وحلول الميعاد المحدد لبدء سريانها، وأن دخول القاعدة القانونية مرحلة التنفيذ مرتبط بواقعتين تجريان معاً وتتكاملان، هما نشرها وانقضاء المدة التي حددها المشرع لبدء العمل بها، وأن كل قاعدة قانونية لا تكتمل في شأنها الأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور فيها كتلك المتعلقة باقتراحها أو إقرارها أو إصدارها أو شروط نفادها، إنما تفقد مقوماتها باعتبارها كذلك، فلا يستقيم بنيانها، وكان تطبيقها في شأن المشمولين بحكمها

عمل به اعتبارا من ٩/٢/٢٠١٤، ومن ثم فإن أوضاعه الشكلية تحكمها المادة (١٥٦) من الدستور الحالي الصادر في ١٨ يناير ٢٠١٤، وحيث إن المادة (١٥٦) من الدستور تنص على أنه: إذا حدث في غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، يدعو رئيس الجمهورية المجلس الانعقاد طارئ لعرض الأمر عليه، وإذا كان مجلس النواب غير قائم، يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين، على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوما من انعقاد المجلس الجديد، فإذا لم تعرض وتناقش أو إذا عرضت ولم يقرها المجلس، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة، أو تسوية ما ترتب عليها من آثار". وحيث إن مفاد نص المادة (١٥٦) من دستور ٢٠١٤ أنه وإن جعل لرئيس الجمهورية اختصاصاً في اصدار قرارات تكون لها قوة القانون اذا كان مجلس النواب غير قائم، فقد رسم لهذا الاختصاص الاستثنائي حدودًا ضيقة تفرضها الجمهورية اختصاصًا في إصدار قرارات تكون لها قوة القانون إذا كان مجلس طبيعته الاستثنائية، منها ما يتعلق بشروط ممارسته، ومنها ما يتصل بمال ما قد يصدر من قرارات استناداً إليه، فأوجب لإعمال سلطة التشريع الاستثنائية أن يكون مجلس النواب غير قائم، وأن تطرأ خلال هذه الغيبة ظروف تتوافر معها حالة الضرورة التي تسوغ لرئيس الجمهورية سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير إلى حين انعقاد مجلس النواب، باعتبار أن تلك الظروف هي مناط هذه السلطة وعلة تقريرها، وإذ كان الدستور يتطلب هذين الشرطين لممارسة ذلك الاختصاص التشريعي الاستثنائي، فقد تغيا بهما ألا يتحول هذا الاختصاص إلى سلطة تشريعية كاملة مطلقة لا قيد عليها.

مع افتقارها لقوالبها الشكلية– لا يلتئم ومفهوم الدولة القانونية التي لا يتصور وجودها ولا مشروعية مباشرتها لسلطاتها، بعيداً عن خضوعها للقانون وسموه عليها باعتباره قيداً على كل تصرفاتها وأعمالها[٤٣]، ونلاحظ أن سياسة المحكمة الدستورية العليا في مواجهة القصور التشريعي أن نقف لنتأمل سياسة هذه المحكمة بمواجهة هذا الموضوع الهام والذى لا يقل أهمية عن رقابة النشاط الإيجابي للمشرع والباحث المدقق لا بد أن يشيد بالسياسة التي انتهجتها المحكمة الدستورية العليا في مواجهة قصور المشرع في التنظيم أو ما يسمى بـ الإغفال التشريعي، والمنطلق الأول للرقابة أن الدستور يكفل لكل حق أو حرية نص عليها الحماية من جوانبها العملية وليس معطياتها النظرية وتتمثل هذه الحماية في الضمانة التي يكفلها الدستور لحقوق المواطنين وحرياتهم، والتي يعتبر إنفاذها شرطاً للانتفاع بها في الصورة التي تصورها الدستور نطاقاً فاعلاً لها، وشرط ذلك لطبيعة الحال أن يكون تنظيمها كافلاً تنفسها في مجالاتها الحيوية وأن يحيط بكل أجزائها التي لها شأن في ضمان قيمتها العملية، وأن كل مخالفة للدستور سواء تعمدها المشرع أو انزلق إليها بغير قصد يتعين قمعها[٤٤].

وأن المحكمة الدستورية العليا التزمت من وجهة نظر بعض الفقه الدستوري– المنهج الصحيح لرقابة الاغفال التشريعي، حيث قصرت نطاق رقابتها على الاغفال الجزئي، فإحكامها تقضي بعدم دستورية النصوص فيما لم يتضمنه أو فيما أغفله، أو فيما تضمنه من قصور دون أن تمتد رقابتها الى كامل ما ورد بالنص التشريعي من أحكام، بحيث لا يكون على المشرع– فيما بعد ونفاذ للحكم إلا أن يكمل هذا النقص ويغدو بعد ذلك النص كاملاً وموافقاً للدستور. وبهذا الاتجاه تتجه المحكمة نحو التزامها لذات القيود الذاتية التي أعملتها في نطاق رقابة دستورية القوانين، واتخذت من مبد سمو الدستور اساساً أقامت عليه اختصاصها في الرقابة، فضلاً عن اسباغها اكبر قدر من الحماية للحقوق والحريات العامة وفقاً لأوسع نطاق ومحددة مضمون كل حق أو حرية وفقاً لما تعارفت عليه أكثر الدول الديمقراطية عراقة، وهو كذلك أيضًا نفس الأساس الذي تراقب من خلاله دستورية القوانين، وأن المحكمة الدستورية العليا التزمت في حدود الرقابة على

---

[٤٣] د. عبدالعزيز سالمان، الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي، مرجع سابق، ص٥١٨ وما بعدها.

[٤٤] د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص١٤١٦.

(ISSN: 2537 - 0758)

الإغفال التشريعي فلم تتعرض الى رقابة سكوت المشرع– الامتناع التشريعي عن التنظيم أو ما يسمى في الفقه الدستوري بالإغفال الكلي، لان مراقبة هذا النوع من الإغفال يعد تدخلاً مباشر في وظيفة المشرع وفي أخص مظاهر سلطته التقديرية ولا يمكن القول كما ذهب البعض أن على المحكمة أن تواجه هذا السكوت وتمارس دورها إعلاه للشرعية، لأن هذا الدور ليس دور المحكمة ولا علاقة لها بها لأنه تشريع والمحكمة الدستورية العليا تراقب التشريع ولكنها لا تشرع؛ وأن المحكمة حافظت من خلال رقابتها للأغفال التشريعي على الحدود الدستورية للعلاقة بينها وبين السلطة التشريعية فلم تخاطب المشرع من خلال أحكامها ولم تستعمل طريقة الاحكام الايعازية او المناشدة لسد النقص التشريعي كما لم تلتزم بتنفيذ ما يصدر عنها من أحكام لأنها تخاطب الكافة ومنهم المشرع بموجب احكام الدستور، وكما حافظت للمشرع سلطته التقديرية في تنظيم الحقوق ولم تحاول التدخل فيها طالما كان التشريع الصادر عنه ملتزماً حدود الدستور[٤٥].

موقف المحكمة الاتحادية العليا العراقية على رقابة قصور تنظيم التشريعي: كان تطبيقها لرقابة قصور تنظيم التشريعي تطبيقاً يتسم بحكمة المجتهد ومعرفة العالم، واعطنت لنا احكام تتسم بالرصانة لحماية الدستور من التأويل وجعلها صمام أمان لحماية الحقوق والحريات العامة، كذلك فقد جاهرت المحكمة الاتحادية في العراق مراراً بمراقبتها على القصور التشريعي، ومالت إلى توجيه رسائل أو توصيات إلى المشرع لسد النقص أو القصور لضرورة إجراء التنظيم التشريعي مستقبلاً حتى في ظل القضايا التي تبين لها عدم دستورية نصوص القانون المطعون فعلى سبيل المثال قضت: "بعدم دستورية الفقرة (ج) من البند/ ثالثاً/ من المادة/ الأولى/ من القانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٩ قانون تعديل قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ لتعارضها مع المادة (١٤) و(٢٠) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ، واشعار السلطة التشريعية بتشريع نص جديد يكون موافقاً لأحكام المادتين أعلاه من الدستور"[٤٦].

ودأبت على هذا التوجه بقرارات أخرى[٤٧]، وأصدرت المحكمة الاتحادية العليا قرارها الذي قضت فيه بعدم دستورية الفقرة (١) من المادة (٩٧) من قانون إدارة البلديات رقم

---

[٤٥] د. عبدالعزيز سالمان، الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي، مرجع سابق، ص ١٥٦ وما بعدها.

[٤٦] قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية في الدعوى رقم ٦/ اتحادية/ ٢٠١٠ في ٢٠١٠/٣/٣.

[٤٧] قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية في الدعوى رقم ٣/ اتحادية/ ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٣/١٠.

١٦٥ لسنة ١٩٦٤ المعدل التي جاء فيها الآتي: "تسجل باسم البلدية بدون عوض كافة الشوارع الواقعة داخل حدودها والمتروك استعمالها للنفع العام الموجودة عند نفاذ هذا القانون أو التي تحدث بعد ذلك وفق القوانين المرعية او التي يدخل ضمن حدودها عند تغييرها وعلى دوائر الطابو تصحيح تسجيل هذه الشوارع باسم البلدية مباشرة ان كانت مسجلة باسم غيرها بلا رسم"، وكان من أسباب الحكم بعدم الدستورية عمومية النص الوارد في الفقرة المطعون فيها لأنها بصياغتها التشريعية لم تشخص صنف وجنس العقارات وملكية العقارات التي تذهب جميعها أو جزء منها إلى الشوارع وتسجل بدون عوض باسم البلديات ما دامت واقعة في حدودها البلدية، وان هذه العمومية في صياغة النص أدت إلى جعل نص الفقرة (١) من المادة (٩٧) من قانون إدارة البلديات يتعارض وأحكام المادة (٢٣) من الدستور التي منعت مصادرة الملكية الخاصة لأغراض النفع العام إلا بعوض عادل وعلى وفق النص الآتي: **أولاً**– الملكية الخاصة مصونةٌ، ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها، في حدود القانون. **ثانياً**– لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويضٍ عادل، وينظم ذلك بقانون"، وفي هذا الحكم اعتبرت المحكمة الاتحادية العليا إن الصياغة التشريعية تكون سبباً من أسباب الطعن بعدم دستورية النص حيث أن الغموض في النص القانوني يؤدي إلى إرباك في تطبيقه وأشارت المحكمة الاتحادية العليا في قرارها أعلاه بان المحاكم العراقية ترددت في دلالة النص ما بين شموله للعقارات المملوكة ملكية خاصة وبين اقتصار حكمه على العقارات المملوكة العقارات العائدة للدولة وهذا الحال في غموض النص كان له حضور في قرارات المحاكم والمجالس الدستورية، وإن الفقه الدستوري أطلق عليه مبدأ "النص التشريعي غير المفهوم أو النص التشريعي غير القابل للفهم"[٤٨].

[٤٨] قرار المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى رقم ١٠٨ وموحدتها ١٢٤/اتحادية/٢٠١٩ في ٢٠٢٠/١/٢٠ **وعليه، يمكن للباحث القول:** أن الوضوح هو نقيض الغموض والعكس صحيح، لكن ما هو معيار كل من الوضوح والغموض، وكيف يمكن تحديد أي منهما؟ ما هو واضح لرجل القانون قد يبدو غير واضح لغير المتخصص في القانون، وأن عدم وضوح النص لا يعني أن النص غير مفهوم، بل المقصود أن النص هو غير قابل للفهم بمعنى إن النص غير المفهوم هو الذي يتوقف عدم فهمه على الشخص الذي يقرأه، أي أن العلة تكون في الشخص الذي يطبقه او يفسره، وأن وضوح القانون يقاس بالنسبة للأشخاص الموجه إليهم، في حال كان القانون يعني فئة معينة بعينها، بينما النص غير القابل للفهم هو النص الذي لم يفقه معناه الجميع وهو القانون الذي بلغ حداً من عدم الدقة والغموض

(ISSN: 2537 - 0758)

لكن قد يرى بعض الفقه الدستوري إن ما قام به المشرع، باعتباره سلطة تشريعية وهو الذي يشرع القوانين حصراً وأن له الصلاحية في ذلك على وفق مفهوم الخيار التشريعي، الذي كان للمحكمة الاتحادية العليا أكثر من قرار أقرت فيه للمشرع سلطة التشريع وفق خياراته التشريعية، إلا أن هذا القول يجانب الصواب، لان الخيار التشريعي للمشرع هو صورة من صور السلطة التقديرية التي يتمتع بها، إلا انه يمتاز بكونه يمثل خيارات متاحة لحلول وبدائل عدة تطرح أمام المشرع لكنه مقيد بعدة قيود دستورية منها منع المشرع من سن أي قانون يتعارض مع ثوابت الإسلام ومبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان، وهذا يعد قيد دائم لأنه غير محدد بزمن ويبقى قائم طالما النص الدستوري قائم، فإذا حاول المشرع إن يشرع قانون خلاف ما ورد في ذلك النص فانه سيكون عرضه للطعن بعدم دستوريته وتعطيل أحكامه من المحكمة الاتحادية العليا، وفي هذا القرار محل التعليق نجد إن ميل المحكمة الاتحادية العليا كانت الأقرب إلى الأخذ بمبدأ رقابة الملاءمة وكان واضحاً في القرار أعلاه والتي تعتمد على فكرة الخطأ في التقدير من قبل المشرع عند ممارسته لسلطته التقديرية في اختيار البدائل لإيجاد الحلول التشريعية، وتعتبر من العيوب الموضوعية وتمثل هذه الرقابة تطور في الرقابة الدستورية

بحيث يتيح المجال للتعسف في تطبيقه لان النصوص القانونية يجب أن تكون بصورة كافية تزيل الغموض عنها حتى لا يصبح القانون عرضة لتفسيرات متضاربة، مما يفسح المجال للتعسف في تطبيقه أو مخالفة المبادئ الدستورية ومنها حقوق الإنسان وحقه في الملكية الخاصة، وأن القانون يجب أن يكون واضحاً بصورة كافية ليكون المتقاضون على بينة من حقوقهم وواجباتهم، وعدم وضوح النص وقابليته على الفهم من الأفراد أو على الأقل من المختصين فيه يقع تحت بند المخالفة لان القانون افترض علم الجميع بالقانون تحت قاعدة "الجهل في القانون لا يعد عذراً" وهذا ما ورد في المادة (١/٣٧) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل التي جاء فيها الآتي: "ليس لأحد أن يحتج بجهله، بأحكام هذا القانون أو أي قانون عقابي آخر، ما لم يكن قد تعذر علمه بالقانون الذي يعاقب على الجريمة بسبب قوة قاهرة"، لذلك فان غموض النص وتأثير ذلك الغموض على تطبيقات المحاكم عند التصدي إليه يؤدي إلى فقدان النص لقيمته الدستورية وينحرف بالتشريع عن غاية الدستور وغاية المشرع أحيانا، وبما أن النص المطعون فيه قد آل من حيث النتيجة إلى مصادرة الأملاك الخاصة دون تعويض عادل لأنه لم يوضح ما المقصود بالعقارات التي تخضع لأحكامه فان هذا أصبح يتقاطع ومبدأ الملكية العامة مصونة ولا يجوز مصادرتها إلا بتعويض عادل والوارد في المادة (٢٣) من الدستور ٢٠٠٥ النافذ، وهذا ما استندت إليه المحكمة الاتحادية العليا في قرارها محل التعليق وإنها أخذت بمبدأ النص غير القابل للفهم يكون سببا للحكم بعدم دستوريه.

على ركن السبب في التشريع ويكون الغلط البين في التقدير يؤدي إلى بطلان التشريع ولو لم يتعلق الأمر بانحراف السلطة التشريعية أو وجود المخالفة الدستورية في الشكل والموضوع إذ يكفي لان يقع المشرع في الغلط البين في التقدير ليقرر القضاء الدستوري عدم الدستورية في النص المطعون فيه.

ولما تقدم نأمل أن يراعي المشرع العراقي موضوع الصياغة التشريعية الاهتمام الكافي لان من أهم مهام السلطة التشريعية هي تشريع القوانين، لذلك لابد من أن تكون على معرفة ودراية في فن الصياغة التشريعية الذي أصبح علم قائم بذاته، **ويمكن القول:** نستطيع تشبيه تقنين القوانين بالهندسة المعمارية والمقنن بمهندس القانون ومعماره، ويظهر اثر الصياغة التشريعية جلياً وواضحا عند إصدار الأحكام القضائية ويؤدي عدم الوضوح في مفردات النص القانوني إلى صدور اجتهاد قضائي متباين ومتعدد ويخلق مراكز قانونية مختلفة تخالف مبدأ المساواة بين الأفراد، كما أن اثر الصياغة التشريعية كبير في حفظ الحقوق وصيانتها لأنها من الممكن أن تكون وسيلة لفقدانها أن قننت بصياغة مرتبكة لا تراعى فيها أصول علم الصياغة التشريعية، والآثار المتعددة للتشريع إنها تدور وجوداً وعدماً مع الحاجة الإنسانية ولأنها متشعبة وعديدة فإن هذه الآثار غير محددة أو معدودة، مما يحتم على المختصين بمراعاة الصياغة التشريعية مراعاة الأصول الفنية ولتعزيز متانة وجزالة وقوة التشريع[٤٩].

<u>وإخيراً راي الباحث فيما يتعلق بمصطلح القصور التشريعي في القضاء الدستوري:</u>

اتجه الباحث الى إمكانية تحديد مفهوم مصطلح القصور التشريعي الى تحديد معنى النشاط الإيجابي للمشرع، فمن خلال القراءة الدقيقة لتلك التعريفات التي أوردها الفقه الدستوري، يجد الباحث إن كان البعض منهم كما أتضح يرى أن لكل من هذه الاصطلاحات ذاتية تتميز بها إلا إنا نرى بأنها مترادفات متقاربة، ولكن كل منهما قد استعمل أو جرت العادة على استعماله في مجال معين، فالتصق به هذا الاستعمال، حتى كدنا نتصور أنه أي المصطلح يختلف عن بقية المصطلحات، ونستدل على ذلك في أنها تتحَّد في موضوعها والأثر المترتب على تحققها من حيث كونها بمثابة تخلي المشرع عن الامتثال لالتزام دستوري صريح بضرورة التدخل بالتشريع وعدم التخلي عنه للسلطة التنفيذية في تنظيم موضوع معين.

---

[٤٩] القاضي سالم روضان الموسوي، حجية احكام المحكمة الاتحادية العليا في العراق، مطبعة السيماء، ط ١، بغداد،٢٠١٧، ص وما بعدها.

(ISSN: 2537 - 0758)

الخاتمة

أن الرقابة الدستورية تنهض في ظل ظاهرة القصور تشريعي كون الدستور يكفل الحقوق والحريات وضرورة قيام المشرع بوضع التنظيم المناسب والمتكامل لها، فإن أغفل، او قصر، عمداً أو سهواً، إيراد النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها كان ذلك إخلالاً ضمانتها التي هيأها الدستور لها وفي ذلك مخالفة له، ويعد النقص او القصور من الصفات التي تتصف بها النصوص التشريعية ولعل مرد ذلك الى جملة من الاسباب، ومنها كثرة الحالات المستجدة بعد نفاذ التشريع عجز التعديل عن ملاحقة الحالات المستجدة لهذا أصبح التفسير أمر لازم للتشريع كالتعديل، وأن التفسير القضائي بالإضافة ينسجم عكسياً مع قصور التشريع فكلما كان التشريع اكثر قصوراً كلما نشطت حركة التفسير واتسع نطاق عمل القاضي الدستوري، وكلما كان التشريع اكثر دقة وأوسع معالجة كلما تراجع نشاط القاضي الدستوري في مجال التفسير وبالمقابل نجد جانب آخر من الفقه الدستوري يذهب باتجاه امكانية رقابة القاضي الدستوري على قصور التشريع من خلال الفصل بين النص والقاعدة من خلال تمييز المضامين القاعدية غير الصريحة من خلال سلطته في تفسير النصوص التشريعية.

قائمة المراجع:

١. **د. أحمد كمال أبو المجد**، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، دار النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٦٠.

٢. **أز س كاناريز**. سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الألماني منه، ترجمة د. عبد الرسول الجصاني، منشور في مجلة القضاة، ع ١، س ٢٨، ١٩٧٣.

٣. **د. جابر جاد نصار**، الوسيـط في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

٤. **القاضي سالم روضان الموسوي**، حجية احكام المحكمة الاتحادية العليا في العراق، مطبعة السيماء، ط ١، بغداد،٢٠١٧.

٥. **د. عادل الطباطبائي**، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٠ .

٦. **د. علي السيد علي الباز**، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٨

٧. **د. علي هادي عطية الهلالي**، المستنير من تفسير أحكام الدساتير، منشورات زين الحقوقية والادبية، بيروت، ٢٠١٦.
٨. **د. عبد الحفيظ الشيمي**، رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
٩. **د. عبد العزيز محمد سالمان**، الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي، دراسة فقهية قضائية مدعمة بجميع ما اصدرته المحكمة الدستورية العليا من احكام، الطبعة الاول، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٢١.
١٠. **د. عبد العزيز محمد سالمان**، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، دون ذكر أرقام صفحات بحث منشور على الموقع الإلكتروني: http://www.startimes.com
١١. **د. عبد الرحمن عزاوي**، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع الاغفال التشريعي نموذجاً، مجلة العلوم القانونية الادارية والسياسية، المجلد ٢٠١٠ العدد ١٠، جامعة ابو بكر بلقايد كلية الحقوق، الجزائر
١٢. **د. عيد أحمد الغفلول**، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
١٣. **د. عيد أحمد الغفلول**، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية، دراسة مقارنة، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
١٤. **د. عوض المر**، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه– جان ديوي للقانون والتنمية، دون ذكر مكان وسنة الطبع.
١٥. **د. محمد ماهر أبو العينين**، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية في مصر، ج٢ ، دار أبو المجد، القاهرة، ٢٠٠٦.
١٦. **د. محمد باهي أبو يونس**، أصوال القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٣.
١٧. **د. منذر الشاوي**، فلسفة الدولة، الذاكرة للنشر، بغداد، ٢٠١٣.
١٨. **د. يحيى الجمل**، الرقابة على دستورية القوانين في المملكة الليبية، دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية، يصدرها أساتذة كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد الأول، السنة الرابعة والثلاثون، مارس سنة ١٩٦٤.
١٩. **د. يسري محمد العصار**، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

(ISSN: 2537 - 0758)

٢٠.د. **يسري محمد العصار**، التصدي في القضاء الدستوري، دراسة تحليلية مقارنة لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

الأحكام والقرارات القضائية:-

- احكام المحكمة الدستورية العليا المصرية، موسوعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.
- احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا العراقية، اصدارات جمعية القضاء العراقي، بغداد.

المراجع باللغة الإنجليزية:-

1. PROBLÈMES DE L'OMISSION LÉGISLATIVE DANS LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE/ Questionnaire/pour le XIVe Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes.
2. Juan Luis REQUEJO: The problems of legislative omission in, constitutional jurisprudence, Paper from the Constitutional Court of Spain, XIV Conference of Constitutional Courts of Europe, Vilnius - May 2008 .
3. Denise TEIXEIRA DE OLIVEIRA: LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES OMISSIONS LÉGISLATIVES INCONSTITUTIONNELLES AU BRÉSIL, Congrès Français de Droit Constitutionnel – AFDC - Lyon 2014.
4. GILMAR MENDES: Constitutional Jurisdiction in Brazil: the Problem of, UnconstitutionalLegislativeOmission.
5. Di Manno, Le Juge constitutionnel ET. La Technique des décisions interprétatives en France ET Lolie, Economica, 1997.