# الاختصاص الرقابي للقضاء الدستوري ودوره في حماية الحقوق والحريات-(*)-

# The Supervisory Jurisdiction of the Constitutional Judiciary and its Role in Protecting Rights and Freedoms

**محمد ذنون يونس**
**كلية الحقوق/ جامعة الموصل**
Mohammad Thannoon Yonus
College of Law University of mosul

**نشوان عز الدين علي**
**كلية الحقوق/ جامعة الموصل**
Nashwaan Ezuldeen Ali
College of Law University of mosul
Correspondence:
Nashwaan Ezuldeen Ali
E.mail: Legalmohamad2@gmail.com

## المستخلص

يعد الاختصاص الرقابي ابرز اختصاصات القضاء الدستوري وأهمها على الاطلاق. حتى أن بعض الاتجاهات الفقهية تذهب الى ضرورة حصر وظيفة القضاء الدستوري بالجانب الرقابي فقط. ويحقق هذا الاختصاص الرقابي حماية فاعلةً للحقوق والحريات سواءً في صورة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح أو في صور الرقابة على الاغفال التشريعي أو الانحراف التشريعي.

وقد حقق القضاء الدستوري إنجازات لا بأس بها في هذا الصدد من خلال تصدية للتشريعات التي ثبت له انتهاكها للدستور سواءً من خلال ممارسة الرقابة الدستورية على التشريعات المشوبة بعيب انتهاك الدستور ، أو من خلال ممارسة الرقابة على الاغفال أو الانحراف التشريعي الذي قد تقع فيه السلطة التشريعية بصوره المختلفة.

(*) أستلم البحث في ٢٠٢٢/١/١٧ *** قبل للنشر في ٢٠٢٢/٣/١٥.
(*) Received 17/1/2022 *Revised 15/3/2022* Accepted 15/3/2022.
Doi: 10.33899/alaw.2022.132796.1187
© Authors, 2022, College of Law, University of Mosul This is an open access articl under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0).

ومعلوم أن الدستور هو مصدر ومنبع الحقوق والحريات التي على جميع السلطات احترامها والتي كفل لها مبدأ سمو الدستور حصانةً شكلية وموضوعية من الانتهاك ويتولى القضاء الدستوري الرقابة على ديمومة تلك الحصانة وسلامتها من الانتهاك بصوره المختلفة.

**الكلمات المفتاحية: الرقابة على الدستورية، الاغفال التشريعي، الانحراف التشريعي، الحقوق والحريات.**

## Abstract

The supervisory jurisdiction is considered one of the constitutional judiciary's most prominent and important functions. Some jurisprudential perspectives even point to the necessity of limiting the function of the constitutional judiciary to this supervisory role.This could be understandable, especially since this supervisory role achieves effective protection of rights and freedoms, whether it is in the form of oversight over the constitutionality of laws and regulations, or in the form of oversight over the 'omission' or 'deviation' of the legislation. Undoubtedly, the achievements of the constitutional judiciary in this regard is clearly noticeable; especially, its approaches to addressing the problem of 'unconstitutionality of the legislations'. Whether exercised through the constitutional oversight over the legislation that are 'unconstitutional' or the oversight that is performed over the 'omission' or 'deviation' of the legislative powers. In the final analysis, the constitution is the source of the rights and freedoms that all authorities must respect, and for which the principle of the supremacy of the constitution guarantees formal and objective immunity from violation.

**key words**: Oversight of the constitutionality of laws, Oversight of legislative omission, Oversight of legislative deviation, Rights and freedoms.

## المقدمة

يعد تمتع الإنسان بحقوقه وحرياته بشكل كامل الغاية المثلى التي تسعى الدول إلى تحقيقها في العصر الحديث، ولا يكفي مجرد النص على الحقوق والحريات في المواثيق الدولية او في دساتير الدول لتمتع الافراد بها، لأن هذه النصوص تبقى مجرد حبر على ورق اذا لم تطبق على ارض الواقع، إذ لا يتمتع الافراد في هذه الدول الا بالحد الادنى من حقوقهم وحرياتهم، بل اتخذت هذه الدول من النص في دساتيرها على هذه الحقوق والحريات ستاراً للانتهاكات التي تمارسها على هذه الحقوق والحريات، إذ مارست بعض هذه الدول ابشع انواع الانتهاكات لحقوق الإنسان وحرياته، لذلك لابد من وجود جهة تراقب تصرفات السلطات العامة في الدولة وتعمل على تحقيق التوازن بين حقوق الإنسان وحرياته، وهذه الجهة هي القضاء الدستوري الذي يمكنه القيام بهذه المهمة الخطيرة، لما يتمتع به من استقلال عن الجهات القضائية الاخرى وعن سلطات الدولة كافة، إذ يقوم القضاء الدستوري بهذه المهمة باختصاصه بالرقابة على دستورية القوانين والانظمة واللوائح واختصاصه بتفسير الدستور والقوانين واختصاصه بالفصل في المنازعات، ويقوم القضاء الدستوري بذلك بتشكيله للمحاكم العليا في الدول التي اختلفت الدول في تسميتها فمنها من اطلقت عليها المحكمة الدستورية العليا ومنها من اطلقت عليها المحكمة الاتحادية العليا وغيرها من التسميات الاخرى، وتكون هذه المحاكم على اختلاف تسمياتها اعلى هيئة قضائية في الدولة التي تتشكل فيها وتتمتع باستقلال مالي وإداري مما يمكنها من اداء هذه المهمة الخطيرة التي أنيطت بها.

## أهمية البحث:-

تتمثل أهمية البحث في إبراز الدور الرقابي للقضاء الدستوري وأثره في حماية الحقوق والحريات في مواجهة السلطة التشريعية وإبراز الآليات والوسائل المختلفة التي يسلكها القضاء الدستوري لممارسة اختصاصه.

## إشكالية البحث:-

تتمثل إشكالية البحث في السعي للإجابة على السؤال الاتي:-

هل استطاع القضاء الدستوري أن يحقق حماية شاملة للحقوق والحريات في مواجهة السلطة التشريعية، باختصاصه الرقابي على دستورية القوانين واللوائح وعلى الانحراف والإغفال التشريعي؟

## فرضية البحث:

تتمثل فرضية البحث في أن ممارسة القضاء الدستوري لاختصاصه الرقابي بأنواعه المختلفة بمواجهة السلطة التشريعية من شأنه أن يضفي حماية حقيقية وفعالة على الحقوق والحريات.

## منهجية البحث:

لمعالجة موضوع بحثنا اعتمدنا المنهج التحليلي للنصوص والقرارات القضائية ذات الصلة، وتطرقنا للنظم القضائية للدول المختلفة التي تناولها البحث، وبحسب ما تقتضيه الضرورة وسياقات البحث.

## هيكلية البحث:

تمت هيكلة البحث بتقسيمه على مبحثين تناولت الموضوع، فتم تخصيص المبحث الأول لتناول الاختصاص الرقابي للقضاء الدستوري على دستورية القوانين واللوائح ودوره في حماية الحقوق والحريات. كما تم تخصيص المبحث الثاني لمعالجة الاختصاص الرقابي للقضاء الدستوري على كل من الاغفال التشريعي والانحراف التشريعي ودوره في حماية الحقوق والحريات. كما تضمن البحث استنتاجات وتوصيات تكللت بها خاتمة البحث.

## المبحث الاول

## الاختصاص الرقابي للقضاء الدستوري على دستورية القوانين واللوائح ودوره في حماية الحقوق والحريات

ان القصد من الرقابة مهما اختلفت انوعها وطرائقها هو التأكد من خضوع القوانين العادية لأحكام الدستور.(١)

كانت مهمة حماية الحقوق والحريات الاساسية دافعاً رئيساً في عديد من الدول كألمانيا وإسبانيا والبرتغال وايطاليا بأنشاء قضاء دستوري متخصص، إذ اصبح وجود هذا القضاء مسألة ضرورية لتطهير النظام القانوني من التشريعات او القرارات التي تشكل انتهاكاً او عدواناً على حقوق الانسان والحريات الاساسية وتهدف هذه الرقابة الى حماية هذه الحقوق والحريات في مواجهة السلطات جميعاً فهذه الحماية هي الهدف الرئيس في الرقابة القضائية على دستورية القوانين في نموذجيها الامريكي والاوربي, فمنذ أن تمت العدالة الدستورية في جانبها الموضوعي نزع القضاء الدستوري الى إقصاء المهام الاخرى, كالدستورية الشكلية او المنازعات الانتخابية الى المصف الثاني, على انه اذا تم استقراء اساليب الرقابة الدستورية فإن هذا الهدف الدستوري يتجلى بوضوح في النظم التي أخذت بأسلوب الدعوى الدستورية التي يتم رفعها بوساطة الأفراد إذ ينصب الطعن على القانون بصورة مباشرة ومجردة لأن القانون لا يعد سوى أداة لحماية الحقوق والحريات العامة والخاصة(٢).

وتأييداً لما تقدم فأن تقرير الرقابة على دستورية القوانين واللوائح يعد ضماناً للحقوق والحريات العامة, بما يكفله من التزام المشرع العادي بالمبادئ الدستورية في مجال الحقوق والحريات العامة.(٣)

---

(١) د.محمد عبدالله الشوابكة، رقابة الامتناع على دستورية القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٢، ص١٢٢.

(٢) ينظر: د.عصام سعيد عبد احمد، الرقابة على دستورية القوانين، المؤسسة الحديثة للكتاب في لبنان، ٢٠١٣، ص٢١٨-٢١٩.

(٣) د.عماد ملوخية، الحريات العامة، دار الجامعة الجديد،٢٠١٢، ص١٢٢.

**تعني رقابة الدستورية التأكد من خلو أي نص تشريعي صادر عن السلطة التشريعية أو التنفيذية من عيب يخالف نصوص الدستور، أي انه يجب ان تصدر القوانين واللوائح كافة في ظل الشرعية الدستورية التي تتمثل في عدم الخروج على نصوص الدستور وأحكامه، بوصفه القانون الأول والاعلى والاساس في الدولة.(١)**

**ويؤكد البعض ان الاختصاص الرقابي للهيئة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين ينبغي ان يمتد ليس الى مواجهة السلطة التشريعية الاصلية (أي البرلمان) فحسب بل بمواجهة السلطات الاخرى على وجه الدقة السلطة التنفيذية فلا يمكن ان تتحقق دولة الدستور ما لم تلزم السلطات العامة كافة باحترام الدستور إذ ينبغي ان تخضع أعمال السلطتين التشريعية والتنفيذية للرقابة على دستورية القوانين.(٢)**

**تهدف الرقابة على دستورية القوانين واللوائح الى ان تخضع السلطات العامة كافة الى النصوص الدستورية التي من ضمنها النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات حتى تضمن عدم تجاوز هذه السلطات على الحقوق والحريات وانتهاكها بأية طريقة كانت. ولا تثار الرقابة على دستورية القوانين إلا في الدول ذات الدساتير الجامدة، أما في الدول ذات الدساتير المرنة مثلا انكلترا فإنه لا مجال لإثارة مشكلة الرقابة، لأن السلطة التشريعية يمكنها ان تضع قانوناً يخالف الدستور إذ تملك في الوقت نفسه أن تضع قواعد دستورية.(٣)**

(١) أ. حميد ابراهيم الحماوي، الرقابة على دستورية القوانين في دولة الامارات العربية المتحدة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١١، ص١٦٥.

(٢) د.عصام سعيد عبد، مرجع سابق،ص٢٣٥.

(٣) سحر محمد نجيب، التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الانسان وحرياته، أطروحة دكتوراه، غير منشورة، ٢٠٠٣، ص١٤٧.

وتعد الرقابة القضائية على اعمال الادارة شكلاً من اشكال الحماية للحقوق والحريات وضماناتها، وتعد هذه الرقابة الوسيلة لمواجهة تصرفات الادارة التي من شأنها ان تمس حقاً ينطوي على مخالفة للقانون او اساءته في استعمال السلطة.(١)

ومن الجدير بالذكر أن هناك من يجد انه من الخطأ التمييز داخل الرقابة على دستورية القوانين بين نوعين من الرقابة: احدهما سياسية والاخرى قضائية، إذ ان الرقابة على دستورية القوانين هي رقابة دائما قضائية وسياسية في ان واحد.(٢)

فأساس عملية الرقابة قرار قضائي ويجب ان يترجم في تشكيل جهاز الرقابة والحالة القانونية للأعضاء غير ان نتيجة هذه الرقابة هي وحدها سياسية، فلا يمكن ان تكون الرقابة على دستورية القوانين رقابة دستورية خالصة وإنما هي قانونية وسياسية في الوقت نفسه لسبب بسيط هو ان مادة الرقابة نفسها سياسية بطبيعتها لأنها تنصب على عمل السياسة التنظيمية لشؤون الدولة العامة، ولذا قيل بحق ان كل قرار قضائي وكل تفسير للنصوص التشريعية ليعطي الفرصة للتدخل في حياة السياسية القومية وان الرقابة سواء تمت بطريقة سياسية أو قضائية بحسب تشكيل الهيئة التي تقوم بها، ومهما كان تشكيل جهاز الرقابة فإنه يدعي الى فحص شرعية قاعدة قانونية في علاقتها بقاعدة اسمى ومما يعني القيام بعملية قضائية أساساً، ولذا فلا يجب عند الحديث على الرقابة على الدستورية ان نغفل طبيعة الرقابة السياسية حتى لو كانت تتم بجهاز قضائي وان تشكيل المحاكم العليا في البلدان المختلفة ان هو الا تشكيل تغلب عليه الاعتبارات السياسية.(٣)

وتشكل الرقابة على دستورية القوانين احدى الاليات القانونية الهامة لحماية الحقوق والحريات، إذ اجريت تعديلات على التشريعات المتعلقة بالحقوق والحريات الواردة في العهدين الدوليين الصادرين سنة ١٩٦٦، لتتلاءم مع المواثيق الدولية، وإن كان هذا التقييد

(١) د. رياض عزيز هادي، حقوق الانسان، شركة العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٩،ص١١٣.

(٢) ينظر: د.محمد ماهر ابو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة ،٢٠١٣،ص٥٣١.

(٣) المصدر نفسه، ص٥٣٢.

وتلك التعديلات لم تكن كافية لكفالة ممارسة الحقوق الحريات المنصوص عليها دستورياً.(١)

وهناك من ذهب بالقول الى ان الخصومة وان كانت تعد من العناصر الضرورية للقضاء لتحديد طبيعته الا إنها لا تكفي لوحدها للدلالة على معنى القضاء، اذ لابد من اضافة عناصر اخرى معها مثل صدور العمل من الجهة القضائية المختصة بذلك، تتبع في ذلك القواعد والاجراءات الاصولية في سياق حسمها للمنازعة المعروضة عليها، لأن النظر في القضاية اعم من ان تكون هذه القضايا بخصومة أو مجردة عنها.(٢)

وتمارس الرقابة على دستورية القوانين واللوائح في الانظمة المقارنة على وفق ثلاثة نماذج هي: النموذج الامريكي والنموذج الاوربي والنموذج المختلط ويقوم النموذج الامريكي على رقابة الامتناع في حين يقوم النموذج الاوربي على رقابة الإلغاء، ويقوم النموذج المختلط على فقف بين النموذجين الامريكي والاوربي. وسنتناول هذه النماذج في ثلاثة مطالب وعلى وفق ما يأتي :-

## المطلب الأول

## النموذج الأمريكي للرقابة

تتميز الرقابة على دستورية القوانين بكونها لا مركزية تمارسها المحاكم كلها, وبكونها ملموسة : لأن القاضي يفصل فيها عن طريق الدفع بمناسبة تطبيق قانون ساري المفعول. مع الاشارة الى ان النموذج الامريكي لم ينص عليه دستور الولايات المتحدة الامريكية, ولم يتقرر دفعة واحدة وانما جاء نتيجة اجتهاد القضاء وتأييد الفقه له.(٣)

---

(١) ينظر: د.عصام علي الدبس، الحقوق والحريات العامة وضمانات حمايتها، دار الثقافة للنشر،٢٠١١، ص١٠٧-١١٢.

(٢) ينظر: القاضي فاخر بايز مخموري، استقلال القضاء، دار الكتب القانونية مصر،٢٠١٠،ص٢٦.

(٣) بوسالم رابح، المجلس الدستوري الجزائري تنظيمه وطبيعته،رسالة ماجستير منشورة على شبكة الانترنت على الموقع تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٨/١٧ BU.UMC.EDU.DZ

ويوكل هذا النموذج من الرقابة هذه المهمة الى المحاكم القضائية العادية، ويكون الحكم الصادر بعدم دستورية القانون ذا حجية نسبية مقصورة على اطراف النزاع اي ان القانون يبقى اخذاً في الدعاوى الاخرى التي لا تنسحب اليها حجية الحكم، وهناك من يرى ان الولايات المتحدة الامريكية تعد المصدر الاول الذي نشأة فيه الرقابة القضائية على الدستورية[1]. ويتبع النموذج الامريكي ثلاث اساليب عند مراقبة دستورية القوانين وهذه الأنواع تعرف بأسلوب الرقابة عن طريق الامتناع وهي: [2]

**(١) أسلوب الرقابة عن طريق الدفع:**

ويتم ذلك بناء على طلب الخصوم في دعوى مرفوعة أمام المحكمة, ولا يترتب على الحكم بعدم دستورية القانون إلغاءه بالنسبة للكافة, وانما يقتصر أثر الحكم على استبعاد تطبيقه في الدعوى المنظورة أمامه عندما تصرح ان القانون مخالف للدستور, حيث يجب ان يكون القانون يطبق على شخص في دعوى قضائية, فيبادر هذا الشخص الى الطعن بعدم دستورية هذا القانون.

وان الدفع بعدم الدستورية تبرر أهميته من الناحيتين النوعية والكمية في ظل القضايا والمنازعات القائمة بين ولايتين او اكثر أمام المحكمة الاتحادية العليا ومن الامثلة الحديثة على ذلك قضية ولاية يومنج ضد اوكلاهوما لعام (١٩٩٢) (Wyomingv.oklahoma) وتتلخص بأن احد قوانين ولاية اوكلاهوما منذ صدوره عام (١٩٨٦), ألزم المرافق الكهربائية للولاية بشراء ١٠٪ على الاقل من الفحم الذي تستخدمه من مناجم الولاية والذي ادى الى انخفاض في كمية الفحم الذي تشتريه ولاية اوكلاهوما من ولاية يومنج حيث ادى ذلك خفض ايرادات يومنج من الضرائب على أعمال استخراج الفحم من المناجم, ولذلك قامت ولاية يومنج برفع دعوى اصلية ضد ولاية اوكلاهوما حيث قامت هذه الولاية بالدفع بعدم دستورية هذا القانون لانتهاكه لفقرة التجارة

(١) ينظر: المحامي كمال ملا علو، دراسات دستورية عراقية حول موضوعات اساسية للدستور العراقي الجديد،٢٠٠٥،ص٢٧٢.

(٢) د. عصام سعيد عبد، مرجع سابق، ص١٥١

في الدستور الأمريكي, ولذلك قررت المحكمة العليا, بعد اعداد تقرير من قبل الموظف او القاضي الخاص, بعدم دستورية هذا القانون.(١)

**(٢) أسلوب الرقابة عن طريق الأمر القضائي:**

وهو طلب إيقاف تنفيذ القانون من الفرد قبل تطبيقه أو تنفيذه، على اساس أنه غير دستوري، فإذا اتضح للمحكمة أنه غير دستوري تصدر امراً قضائياً للموظف بالامتناع عن تنفيذ موضوع الطعن ويتعين عليه تنفيذ الحكم، وتكون المحكمة الاتحادية هي المختصة بتنفيذ الطعن، ويجوز الطعن بالأحكام الصادرة عنها، أمام المحكمة الاتحادية العليا.(٢)

وتعد هذه إحدى صور رقابة الامتناع بحسب هذه الصورة يحق لأي شخص أن يلجأ إلى المحكمة ويطلب منها أن توقف تنفيذ قانون ما على اساس إنه غير دستوري، ويلحظ أن مهمة إصدار الأمر القضائي في الولايات المتحدة هو من اختصاص محكمة اتحادية تتكون من ثلاثة قضاة، ويجوز الطعن في قرارات هذه المحكمة أمام المحكمة الاتحادية العليا.(٣)

تمنح هذه الصورة من الرقابة حماية لحقوق الأفراد وحرياتهم بالسماح للأفراد بالطعن بعدم دستورية القانون إذ يكون لذلك أثر إيجابي كبير على تمتع الأفراد بحقوقهم وحرياتهم.

**٣- اسلوب الرقابة عن طريق الحكم التقريري(الاعلان القضائي) :**

يلجأ الفرد لطلب إصدار حكم يقرر ما إذا كان القانون المراد تطبيقه عليه دستوري أم غير دستوري ويترتب على ذلك توقف الموظف المختص بتطبيق القانون عن

---

(١) ينظر: المرجع نفسه، ص٤٢٩-٤٣٠.

(٢) بوسالم رابح، المجلس الدستوري الجزائري تنظيمه وطبيعته، مرجع الكتروني سابق.

(٣) بحث حول الرقابة على دستورية القوانين منشور على شبكة الانترنت على الموقع: address.com تاريخ الزيارة ٨/٢٠ /٢٠١٨.

التطبيق إلى ان تصدر المحكمة حكمها بشأن دستورية القانون، وقد بدأ العمل بهذا الاسلوب ابتداء من عام ١٩١٨.[١]

وتصدر المحكمة حكماً تقريرياً عن طريق اعلان قضائي تبين رأيها في القانون، وبعد صدور هذا الاعلان يستطيع ان يعرف المدعي ومن يريد تطبيق القانون الى أي مدى يستطيع تطبيقه، أي معرفة اجزاء القانون الموافقة للدستور واجزائه المخالفة للدستور، فالإعلان القضائي، اذن هو طريقة توضيحية لمضمون قانون معين من حيث دستوريته، تتم عن طريق اقامة دعوى امام القضاء وهذه الطريقة من طرق الرقابة على دستورية القوانين تعتبر احدث طرق الرقابة في الولايات المتحدة الامريكية.[٢]

على الرغم من تسليم المحكمة الاتحادية العليا بمراجعة الاحكام التقريرية الا انها ترددت كثيرا في قبول إصدار هذه الأحكام في عديد من قراراتها ومثالها قضية شواندر ضد هيئة وادي تنيس عام ١٩٣٦ وقضية اتحاد عمال الاباما لعام ١٩٤١ إذ قررت المحكمة العليا في كلتا القضيتين بان توافر الخصومة يشترط لإصدار الاحكام التقريرية بالدقة نفسها التي يشترط بها لإصدار سائر الاحكام القضائية فلا يمكن ان تمتد الوظيفة القضائية للبت في المسائل النظرية المجردة وعلى الرغم من ذلك فقد انتقد جانب من الفقه الدستوري الأمريكي هذا الشرط بالقول انه ليس في موضعه لأنه يؤدي الى تأخير الفصل في دستورية القوانين.[٣]

لهذا النموذج من الرقابة على دستورية القوانين واللوائح دور مهم وفعال في حماية حقوق الافراد وحرياتهم إذ يمنح هذا النموذج من الرقابة الحق للأفراد في الدفع بعدم دستورية القانون المخالف للدستور مما يؤدي الى قيام المحكمة بمراجعة القانون والتأكد من دستوريته وعدم انتهاكه لحقوق الافراد وحرياتهم مما يوفر حماية لحقوق الافراد وحرياتهم

---

(١) د.حميد حنون، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، مكتبة السنهوري، بغداد، ص١٧٢-١٧٣.

(٢) د.أحسان حميد المفرجي د.كطران زغير نعمة د.رعد ناجي الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، الطبعة الثانية،٢٠٠٧، ص١٨٨.

(٣) ينظر: د. عصام سعيد عبد، مرجع سابق،ص٤٣٩.

واستبعاد القوانين التي تتضمن هذه الانتهاكات بالامتناع عن تطبيقها وهي توفر حماية حقيقة لحقوق الافراد وحرياتهم لأنها تسمح بالدفع بعدم دستورية القوانين بعد تطبيقها، إذ تنتج القوانين أثارها بعد تطبيقها مما قد يظهر ان هذه القوانين مخالفة للدستور حيث يمكن الدفع بعدم دستوريتها، الا أن حمايتها تكون غير شاملة ونسبية لان حجية الحكم الصادر بعدم الدستورية هي حجية نسبية مقتصرة على اطراف النزاع اي يمكن تطبيق القانون في دعاوى اخرى لأن المحكمة لا تلغي القانون وانما تمتنع عن تطبيق القانون في الدعوى المنظورة امامها فحسب.

وقد ضرب الفقه الدستوري أمثلة عديدة لتوضيح رقابة النموذج الامريكي على دستورية القوانين ومن ابرزها ما قدمه الفقيه جورج بوردو (G.BURDEAU) كأن ينص دستور دولة معينة على حرية التجارة والصناعة وان تسن السلطة التشريعية على الرغم من وجود هذا النص قانونا يقضي باحتكار صناعة من الصناعات فلو فرضنا بأن تاجر خالف هذا القانون لعلمه بعدم دستورية فأنشأ مصنعاً لصناعة هذه المادة المحتكرة فإنه حين يقاضى على هذه المخالفة فانه سيدفع بعدم دستورية هذا القانون ويطلب عدم تطبيق هذا القانون عليه.[1]

## المطلب الثاني

## النموذج الاوربي للرقابة

ويقوم هذا النموذج على إلغاء القانون المخالف للدستور، ويكون الحكم الصادر بعدم دستورية القانون له حجية مطلقة في مواجهة الكافة، ويتميز بمركزية الرقابة الدستورية : لأنها تمارس من محكمة واحدة منصوص عليها في الدستور، وقد تسند مهمة الرقابة على دستورية القوانين للمحكمة العليا في البلاد... أو الى محكمة متخصصة يراعي في تشكيلها بعض العوامل للمهمة الخاصة التي تسند اليها، والنمسا هي الأولى بتأثرها بأفكار هانس كيلسن (Hans Kelsen) في ممارسة رقابة مركزه (controle concetre) مع انشاء محكمة دستورية عليا بموجب دستور ١٩٢٥ واقتدت بها ايطاليا وألمانيا وفرنسا

(١) ينظر: د. عصام سعيد عبد، مرجع سابق، ص٤٣٩.

ومصر والكويت وغيرها من الدول وسنتناول المحكمة الدستورية العليا في مصر كأحد صور هذا النموذج على وفق ما يأتي[١]

وقد تبنى المشرع المصري ثلاثة اساليب حددها قانون المحكمة الدستورية العليا يمكن فيها بسط رقابتها على القوانين المخالفة للدستور وهذه الاساليب على وفق ما يأتي:-

**١- الدفع بعدم الدستورية من قبل الخصوم :-**

ومؤداه أن للخصوم في اثناء نظر دعواهم ان يدفعوا بعدم دستورية النص المراد تطبيقه في الدعوى، وإن كان هذا النص قانوناً أم لائحة، أي يشترط انتظار الدافع حتى يطبق النص الطعين على قضيته اولا وبالضرورة، وان على المحكمة في هذه الحالة ان تقرر جدية الدفع، وبالنظر في قصد الخصم الدافع بعدم الدستورية بأن لا يكون مجرد كسب وقت بإطالة امر التقاضي، او ان يكون الغرض منه الكيد للطرف الاخر وان يكون النص المطعون فيه لازم التطبيق في هذه الدعوى، وان للحكم بعدم دستوريته مصلحة محققة للطرف الطاعن، ويجب على المحكمة اذا تحققت من جدية الدفع ان تحدد ميعاداً للخصوم لرفع دعواهم امام المحكمة الدستورية العليا على الا يتجاوز ثلاثة أشهر، وقد الزمت المحكمة الدستورية العليا محكمة الموضوع في عدم النظر في القضية الى حين صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا في النص القانوني المطعون في دستوريته.[٢]

تعد القاعدة العامة في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح من المحكمة الدستورية العليا رقابة لاحقة لصدور القانون واللائحة، ولقد اتجه المشرع الدستوري نحو تبني شكل من اشكال الرقابة السابقة عندما تم تعديل المادة (٧٦) من دستور ١٩٧١ في عام ٢٠٠٥ إذ قصرها على قانون انتخاب رئيس الجمهورية، وفي دستور ٢٠١٢ تقرر

(١) ينظر: بوسالم رابح، المجلس الدستوري الجزائري تنظيمه وطبيعته، مرجع الكتروني سابق.

(٢) ينظر: أ.حميد ابراهيم الحماوي، مرجع سابق،ص١٧١-١٧٤.

خضوع مشروع قوانين الانتخابات الرئاسية والمحلية والبرلمانية، قبل اصدارها لرقابة المحكمة الدستورية وذلك على سبيل الاستثناء من الاصل وهي الرقابة اللاحقة.(١)

لهذا الاسلوب من الرقابة الدستورية دور كبير في حماية الحقوق والحريات، إذ يسمح للأفراد الطعن بعدم دستورية القانون المطبق عليهم وفي ذلك توفير لحماية حقوق الافراد وحرياتهم، ولكنها جعلت هذا الحق مرهون بموافقة المحكمة التي تنظر النزاع بعد تأكدها من جدية الطلب كما ان هذه الطريقة تضمن حق التقاضي بطريقة غير مباشرة.

**٢- الاحالة من محكمة الموضوع :-**

وقد نظمت هذه الوسيلة الفقرة (أ) من المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لعام ١٩٧٩، ومؤدى هذه الوسيلة أن تكون هناك منازعة منظورة أمام القضاء العادي او الاداري، أو حتى امام اية جهة من جهات القانون التي لها اختصاص قضائي، ويكون لدى هذه المحكمة شك في دستورية النص القانوني الذي يحكم النزاع، فتتوقف عن النظر في المنازعة، فتحيل النص المشكوك في دستوريته الى المحكمة الدستورية العليا للبت فيه، اي تتم احالة مسألة الدستورية هنا، من تلقاء المحكمة نفسها، من دون دفع مقدم من أحد الخصوم، وهذه الطريقة لا تتقيد بمدة محددة كالثلاثة اشهر، وهي لا تقتصر على درجة من درجات التقاضي من دون غيرها إذ يجوز رفعها من قاضي أول درجة، وقاضي استئناف او نقض، او حتى القضاء العسكري أو قضاء امن الدولة.(٢)

ولقد استحدث المشرع هذه الطريقة لتحريك الدعوى الدستورية لعلة معينة وضحتها المذكرة الايضاحية لقانون المحكمة، وتتمثل هذه العلة بتثبيت التزام الاحكام القضائية بالقواعد الدستورية فقد اجاز المشرع لمحكمة الموضوع ان تحيل من ذاتها مشكلة عدم دستورية اي نص تشريعي او لائحة لازمة للفصل في الدعوى المنظورة امامها، الى المحكمة الدستورية العليا لأنها (اي محكمة الموضوع) ادرى من الخصوم بوجود شبهة عدم الدستورية وتلتزم محكمة الموضوع بتطبيق القاعدة الدستورية الاعلى وترجيحها على

(١) ينظر: د. حسام مرسى، مرجع سابق،ص٦١١-٦١٢ .
(٢) ينظر: أ. حميد ابراهيم الحماوي، مرجع سابق،ص١٧٦-١٧٧.

القاعدة التشريعية الادنى، وقد يغفل الخصوم عن عيب عدم الدستورية، و حتى لا يفلت النص التشريعي من الرقابة التي قررتها هذه الطريقة.[١]

يوفر هذا الاسلوب من الرقابة الدستورية حماية حقيقة وفاعلة لحقوق الافراد وحرياتهم لأنه يمنح للمحاكم التي تنظر بنزاع معين على درجاتها المختلفة إحالة القانون المشكوك بعدم دستوريته الى المحكمة الدستورية افضل من الاساليب الاخرى لأن محكمة الموضوع هي التي يعرض عليها نزاعات الافراد فتكون هي التي ممكن ان تطبق القوانين على النزاعات الخاصة بالأفراد اكثر من المحكمة الدستورية التي قد تحكم بعدم دستورية قانون معين بمناسبة تفسير قانون في قضية معينة.

**٣- حق التصدي للمحكمة الدستورية :**

وقد نص قانون المحكمة العليا على اعطاء المحكمة الدستورية العليا الحق في ان تتصدى وتتعرض للنظر في دستورية اي نص او لائحة من تلقاء نفسها[٢], وتطبيقاً لذلك إذا ما رأت المحكمة الدستورية العليا عند ممارستها لاختصاصاتها من تفسير النصوص القانونية, او البت في تنازع الاختصاص والاحكام, من النصوص التي تتعلق بالنزاعات المعروضة عليها ما يتعارض وأحكام الدستور, قضت بعدم دستورية هذه النصوص.[٣]

ولاستعمال المحكمة الدستورية لرخصتها في التصدي ينبغي ان تلتزم باتباع الاجراءات المقررة في تحضير الدعاوى الدستورية أي بإحالة اوراق القضية الى هيئة المفوضين لتقوم بدورها في تهيئة الدعوى وابداء الرأي القانوني في المسألة الدستورية إذ لا يعني استعمال حق التصدي لعدم دستورية قانون معين من المحكمة الدستورية ان هذه المحكمة قضت بعدم دستورية النص وإنما يعد ذلك مجرد رأي أولي للمحكمة الدستورية

(١) ينظر: د. عصام سعيد عبد، مرجع سابق،ص٤٥٧-٤٥٨.
(٢) المادة (٢٧) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ النافذ، منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٣٩٩٦ لسنة ٢٠٠٥.
(٣) أ. حميد ابراهيم الحماوي، مرجع سابق،ص١٨٠-١٨١.

بوجود شبهة عدم الدستورية في النص التشريعي او اللائحي الذي له صلة مؤثرة في النزاع المعروض أمامها. [١]

ويكون للحكم الصادر من المحكمة الدستورية أثراً رجعياً يلزم المحاكم جميعها بالامتناع عن تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته في المستقبل وعلى الوقائع السابقة على صدوره.[٢]

ويتضح ان النموذج الاوربي في الرقابة على دستورية القوانين واللوائح يوفر حماية لحقوق الافراد وحرياتهم بالسماح لهم بالدفع بعدم دستورية القوانين واللوائح في الدعوى المنظورة امام القضاء وكذلك من خلال قيام محكمة الموضوع بإحالة القانون المشكوك في عدم دستوريته الى المحكمة الدستورية العليا للبت فيه وكذلك بقيام المحكمة الدستورية العليا بالتصدي للقانون والحكم بعدم دستوريته اذا وجدت انه يخالف الدستور وذلك في النزاع المعروض عليها لتفسير القانون والفصل في تنازع الاختصاص بين المحاكم ويكون القانون معرضاً للرقابة الدستورية والتأكد من عدم مخالفته لنصوص الدستور أو انتهاكه لحقوق الأفراد وحرياتهم مما يوفر حماية شاملة وحقيقية وفاعلة لهذه الحقوق والحريات, إذ يكون حكم المحكمة بعدم دستورية القانون ذا حجية مطلقة و لا يمكن تطبيق القانون من قبل اي محكمة اخرى.

## المطلب الثالث

## النموذج المختلط للرقابة (النموذج الامريكي الاوربي)

ويتم المزج في هذا النموذج بين عناصر النموذج المركزي و اللامركزي في الرقابة القضائية، فعلى الرغم من ان الدستور ينص على سلطة رقابة الدستورية التي تعود الى المحكمة دستورية خاصة او محكمة عليا في النظام القضائي العادي فأنه في الوقت ذاته على المحاكم كلها اذا تبين لها, في اثناء نظر قضية، ان القانون يخالف الدستور فان عليها ان تمتنع عن تطبيقه في النزاع القائم امامها, وتكون الرقابة الدستورية في هذا النموذج ذات

(١) ينظر د. عصام سعيد عبد، مرجع سابق،ص٤٦٠-٤٦١.

(٢) ينظر: د. عصام انور سليم، دور القضاء في تفعيل ثوابت الشريعة الاسلامية، دار الجامعة الجديد،٢٠١٤، ص٣٠٠.

خصائص متنوعة بحيث قد تكون رقابة لاحقة لصدور القانون أو رقابة سابقة لصدور القانون, وتحرك الدعوى بأساليب متنوعة كالدعوى الدستورية والدفع, ومن ابرز الدول التي اخذت بهذا النموذج هي دولة سويسرا الاتحادية في ظل دستورها الصادر عام ١٨٧٤, فعلى الرغم من ان المادة (١١٣) منه تنص حصرا على سلطة المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية قوانين الكانتونات بالدعوى الدستورية لحماية الحقوق والحريات الاساسية الا ان محاكم الكانتونات جميعها قد استقرت في واقعها العملي على سلطتها في رفض تطبيق القانون غير الدستوري في الدعوى المنظورة وتحت مراجعة المحاكم الاتحادية وعلى رأسها المحكمة الاتحادية العليا.[١]

ومن الواضح أن هذا النموذج المختلط يحقق المزيد من الحماية للحقوق والحريات من خلال جمعه لأسلوبي الرقابة في النموذجين الأمريكي والأوربي. وهذا بالتأكيد يفضل على أحد الأسلوبين الواردين في النموذجين السابقين.

نخلص مما تقدم ان رقابة النموذج الاوربي توفر حماية شاملة وفاعلة لحقوق الافراد وحرياتهم افضل من النموذجين الامريكي والمختلط لان حجية الاحكام الصادرة بعدم دستورية القانون تكون مطلقة في مواجهة الكافة مما يمنع تطبيق القانون من المحاكم جميعها مما يوفر حماية لحقوق الافراد وحرياتهم على عكس النموذج الامريكي الذي يكون للحكم الصادر من المحكمة حجية نسبية على اطراف النزاع القائم امام المحكمة فحسب مما يمكن تطبيق القانون في نزاع اخر إذ تكون الحماية التي يوفرها هذا النموذج هي حماية نسبية على اطراف النزاع القائم امام المحكمة فحسب.

(١) ينظر: د. عصام سعيد عبد. مرجع سابق،ص١٧٢-١٧٣. وقد صدر الدستور السويسري الحالي لعام ١٩٩٩ وقد تكررت الاشارة فيه الى ذلك في الفصل الرابع منه.

## المبحث الثاني

## الاختصاص الرقابي للقضاء الدستوري على الانحراف والإغفال التشريعي ودوره في حماية الحقوق والحريات

سنتناول في هذا المبحث ممارسة الرقابة الدستورية على كل من الانحراف التشريعي في البحث عن غاية المشرع من تشريع القانون وممارسة الرقابة الدستورية على الحالات التي يغفل فيها المشرع في تشريعه لقانون معين عن بعض الجوانب التي كان عليه ذكرها، وينقسم هذا المبحث الى مطلبين هما: المطلب الاول الرقابة الدستورية على الانحراف التشريعي، والمطلب الثاني الرقابة الدستورية على الاغفال التشريعي.

### المطلب الاول

### الرقابة الدستورية على الانحراف التشريعي

تظهر هذه الصورة عندما يعهد الدستور الى القانون بتنظيم حرية من الحريات العامة من دون قيد دستوري صريح على سلطة المشرع في تنظيمها، ويعطي هذا النوع من تنظيم الحرية المشرع سلطة تقديرية واسعة ازاء تنظيم الحرية، إذ يترتب عليه كثيراً من المشكلات، ويسمح بقدر كبير من الانحراف بالتشريع عن غايته وهو كفالة ممارسة الحقوق والحريات العامة التي يناط به تنظيمها، فهذه الحريات القابلة للتنظيم التشريعي قد احالها الدستور الى التشريع لينظمها على شرط الا يؤدي التدخل التشريعي الى أمر من الامور الاتية:[1]

١. الانتقاص من الحق او الحرية.

٢. إهدار الحق او الحرية اهداراً تاماً بمصادرة الحق او الحرية.

٣. فرض قيود على الحرية على نحو يجعل استخدامها شاقاً على الفرد.

(١) د. راغب جبريل خميس، الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١١، ص٤٠٠.

ويتضح من ذلك ان الرقابة الدستورية على الانحراف التشريعي تعد من أهم انواع الرقابة الدستورية إذ يكون هذا الانحراف في الحالات التي يعهد بها الدستور للمشرع العادي بتنظيم حق معين او حرية معينة من دون ان يضع قيود على المشرع ازاء هذا التنظيم اي ان المشرع يتمتع بسلطة تقديرية واسعة مما تؤدي به الى الانحراف عن الهدف الرئيس الذي قصده الدستور مما يستوجب وضع رقابة دستورية على عمل المشرع لضمان عدم انحرافه عن الهدف من النص على هذا الحق والحريات في الدستور وهي كفالتها وضمان تمتع الأفراد بها، إذ يجب أن لا يكون تنظيم المشرع العادي للحقوق والحريات يؤدي إلى اهدارها أو الانتقاص منها أو فرض قيود عليها مما يجعل الانتفاع بها شاقاً مرهقاً للأفراد أو عدم إمكانية الانتفاع بشكل كامل.

وتبرز معالم الرقابة القضائية على دستورية القوانين عند ممارسة السلطة التشريعية سلطتها المقيدة، فالدستور عند ما ينص على حق معين، لا يقبل التقييد او الانتقاص مثل النصوص الدستورية التي تحمي الحق في المساواة أو حظر المصادرة العامة للأموال، ولا يجوز المصادرة الخاصة إلا بأمر قضائي وحرية العقيدة فمثل هذه الحقوق تكون عامة ولا يجوز أن يرد عليها قيد، فإذا صدر تشريع يقيدها، كان هذا التشريع باطلاً لمخالفته نصوص الدستور، ولكن في المقابل هناك مجموعة أخرى كبيرة من الحقوق والحريات العامة يملك المشرع حق تنظيمها، لتمكن الأفراد من استعمالها كالحق في التنقل وحرية التعبير في التعليم ---- الخ، وفي هذه الحالة، على المشرع أن يقصر دوره في عملية التنظيم بما يتيح للأفراد التمتع بهذه الحقوق من دون إهدارها، أو الانتقاص منها، مالم يتم ذلك فإن عمله يشوبه ما يسمى الانحراف في استعمال الحق، ويكون عرضه للرقابة القضائية، ويستطيع المشرع العادي التدخل بتنظيم الحق الذي كفله الدستور وبما يتفق مع ظروف الدولة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ثم تقرير عقوبة على من يخالف هذا التنظيم، على شرط الا يصل المشرع في تنظيمه لاستعمال هذا الحق أو الحرية إلى اهداره أو الانتقاص منه، إذ يصبح النص مشوباً بالانحراف وعدم المشروعية لذا يكون عرضة للرقابة والحكم بعدم الدستورية.[1]

(١) ينظر: نبيل عبدالرحمن، ضمانات حقوق الانسان وحمايتها، المكتب الجامعي الحديث،٢٠٠٨، ص١٧٩.

وذهب البعض إلى أن عيب الانحراف بالسلطة التشريعية ابتدعه مجلس الدولة الفرنسي سبباً لإلغاء القرارات الإدارية منذ أكثر من قرن ونصف، الا أنه عولج حديثاً في فقه القانون الدستوري ومن أوائل من عالجه الفقيه المصري الدكتور عبد الرزاق السنهوري في إطار القانون الدستوري في مقال نشر في مجلة مجلس الدولة في السنة الثالثة يناير سنة (١٩٥٢) بعنوان مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التقديرية.(١)

اي ان هناك حقوق لا يمكن للمشرع المساس بها بأي وجه من الوجوه وتسمى هذه الحقوق بالحقوق الأساسية أو الحقوق المطلقة فهذه الحقوق قد كفلها الدستور ومنع اي تنظيم بخصوصها من المشرع العادي لأن هذه الحقوق تعد الأساس بالنسبة للحقوق الأخرى وهناك حقوق أخرى يمكن للمشرع العادي أن ينظم الانتفاع بها من قبل الأفراد ولكن من دون أن يقيد هذه الحقوق أو يهدرها وإلا يعد عمله منحرفاً في استعمال هذا الحق او الحرية.

هناك من يجد أن المشرع العادي يضمن ممارسة الحقوق والحريات التي يحميها الدستور على وجه معين في حدود سلطته التقديرية، إذ تتم الموازنة بين احترام الحقوق والحريات، وبين حماية النظام العام أو المصلحة العامة، التي من دونها لا يمكن ضمان ممارسة هذه الحقوق والحريات.(٢)

ويتمتع المشرع بسلطة عامة في تنظيم عديد من الحقوق والحريات العامة إذ ينص الدستور على وجوب تنظيم هذه الحقوق والحريات بقانون ولذا يجب على المشرع الا ينحرف عن الغرض الذي قصد إليه الدستور وهو كفالة الحقوق والحريات العامة، فإذا أدى تنظيم المشرع لهذه الحقوق والحريات إلى نقضها أو الانتقاص منها أصبح تشريعه مشوباً بالانحراف، فالمشرع بدلاً من أن ينظم الحق نقظه أو انتقص منه تحت ستار التنظيم، فكل حق وكل الدستور إلى المشرع تنظيمه بقانون قد رسم الدستور للقانون الذي ينظمه غاية مخصصة لا يجوز الانحراف عنها وهي تنظيم الحق على وجه لا ينتقص معه الحق ولا ينقض والمعيار هنا موضوعي فلسنا في حاجه كي نتثبت من وجود انحرافاً

(١) د. محمد عبدالله الشواكبة، مصدر سابق، ص٧٨.

(٢) ينظر: د. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات دار الشرق، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٥٨.

في استعمال السلطة إلى الكشف عن الاغراض والنوايا المستترة التي اقترنت بالتشريع وقت صدوره بل يكفينا ان نتبين على وجه موضوعي محض أن الحق العام الذي ينظمه التشريع قد أصبح بعد هذا التنظيم منتقصاً من أطرافه إذ لا يحقق الغاية التي قصد اليها الدستور.[١]

نستنتج من ذلك أن المشرع عند تنظيمه للحقوق والحريات يجب الا يخرج أو ينحرف عن الغاية التي رسمها الدستور وهي أن يكون تنظيمه للحق أو الحرية لا ينتقض معه هذا الحق او الحرية ولا ينتقص، ولسنا بحاجة الى الكشف عن نية المشرع وقت التشريع حتى نثبت الانحراف في استعمال المشرع لسلطته طالما أن الحق أو الحرية قد اصبح منتقصاً بعد هذا التنظيم.

فلقد تباينت الآراء حول مدى سلطة المشرع هل هي تقديرية أم مقيدة وانقسم الفقه في ذلك الى ثلاثة اتجاهات هي:[٢]

**أولاً: رأي الفريق الاول:**[٣]

الذي ذهب الى ان سلطة المشرع هي سلطة تقديرية، ولكن يرد عليها قيد واحد عند تنظيمه لحرية او حق معين وهو عدم اهدارها او إلغائها كلياً، فالدستور حين يخول للمشرع حق تنظيم حرية من الحريات انما يخول له الحق في أن ينتقص من هذه الحريات فإن من له حق التنظيم كان له حق وضع قيود على تلك الحريات والقيود تنطوي بداهة على الانتقاص من هذه الحرية، ومن ثم يعد التشريع مخالفا للدستور متى ما خرج على النص الدستوري والغى أو اهدر الحرية التي هو بصدد تنظيمها.

**ثانياً: رأي الفريق الثاني**[٤]

الذي ذهب الى ان السلطة المشرع العادي تقديرية يمكن ان يسيئ استخدامها فينحرف في استعمال وظيفته التشريعية، والانحراف بالسلطات عند هذا الفريق يكون في

---

(١) ينظر: د. محمد ماهر ابو العينين، مرجع سابق، ص ٢١٨.

(٢) ينظر: د. محمد عبدالله محمد الركن، التنظيم الدستوري للحقوق والحريات العامة، ص٤٠٥-٤٠٧.

(٣) يمثله د.عبد الحميد متولي.

(٤) يمثله د.عبد الرزاق السنهوري.

مجال الحريات القابلة للتنظيم التشريع من دون قيود دستورية صريحة، فإن الحريات والحقوق العامة التي نص الدستور على تنظيمها بقانون فإن المشرع قد خول في شأنها سلطة تقديرية ليقوم بهذا التنظيم على الا ينحرف، عن الغرض الذي قصد اليه الدستور وهو كفالة هذه الحريات والحقوق العامة في حدودها الموضوعية، فإذا نقضها المشرع او انتقض منها وهو في صدد تنظيمها كان تشريعه مشوباً بالانحراف، فالتشريع المتجاوز سلطته الدستورية وبنقضها وانتقاصه لها انما يعد عند هذا الفريق باطلاً لا لمخالفته الدستور فحسب وإنما لانحراف المشرع عن سلطته التقديرية في تنظيم الحق أو الحرية.

**ثالثاً: رأي الفريق الثالث** :[١]

ذهب فريق ثالث في الدفاع عن الحقوق والحريات العامة الى حد اعتباره سلطة المشرع في تنظيمه للحقوق والحريات القابلة للتنظيم التشريعي سلطة مقيدة ونفى كونها سلطة تقديرية، فتعد السلطة التقديرية للمشرع في هذا المجال المهم، بحسب رأيه، النواة لهدم فكرة ضمانات الحقوق والحريات العامة والتي ارستها الدساتير، لذا يكون المشرع المتجاوز نطاق سلطته الدستورية يكون مخالفا للدستور في تشريعه.

ونحن نميل الى رأي العميد السنهوري لان الدستور قد ترك المجال في الفئة الثالثة للمشرع لتنظيم هذه الحريات على وفق سلطته التقديرية على شرط عدم اهدارها او الانتقاص منها او تقيدها بقيود تجعل التمتع بها شاقاً.

هناك من يجد بأن اوضح صور الانحراف واظهرها هي تلك الصورة التي يتفق ظاهر التشريع فيها مع الدستور في حين انه في حقيقة الأمر قصد به غرضاً يخالف الاغراض التي ينص عليها الدستور.[٢]

---

ولا يكفي لضمان التزام المشرع العادي باحترام القواعد الدستورية الموضوعية التي تتعلق بالحقوق والحريات الاساسية، كفالتها بنصوص دستورية صريحة ودقيقة ومنضبطة فحسب بل لابد من تنظيم رقابة دستورية على القوانين تقوم بها جهة مستقلة ومحايدة وهذا ما يتوفر في الغالب في القضاء الدستوري فبهذا التنظيم الرقابي مع تطبيقه بصورة متزنة

---

(١) يمثله د.محمد عصفور.

(٢) د.محمد ماهر ابو العينين، مرجع سابق، ص٢٨٨.

تتحول الحقوق والحريات من مجرد حقوق دستورية نظرية الى حقوق دستورية فاعلة ومطبقة حقيقة لا وهماً.[١]

ويظهر بجلاء ان الرقابة على الانحراف التشريعي ليست من الناحية النظرية ضمن حدود الرقابة وضوابطها التي لا يجوز للقاضي التطرق اليها بل هي احد الحدود الواجب التطرق اليها لخطورة انطباع الغاية الحقيقية للتشريع على محل التشريع نفسه بل وعلى ركن الاختصاص.[٢]

ننتهي إلى أن الرقابة الدستورية على الانحراف التشريعي توفر حماية شاملة ومباشرة للحقوق والحريات لأن هذه الرقابة تمنع المشرع من انتهاك هذه الحقوق والحريات او الانتقاص منها او منع احد وجوهها إذ تقوم هذه الرقابة بإلغاء التشريع المنحرف وتعويض الافراد عن الاضرار التي تصيبهم نتيجة هذه الانحراف وضمان تمتع الافراد بحقوقهم وحرياتهم وان الرقابة الدستورية على الانحراف التشريعي قد تؤدي بالمشرع الى الالتزام بنصوص الدستور وبالطريق الذي رسمه الدستور لهذا المشرع لتنظيم الحقوق والحريات التي يحيلها اليه وعدم الخروج عن الغاية التي قصدها الدستور من النص على هذه الحقوق والحريات ويكون هذا الانحراف في الحالات التي يحيل فيها الدستور للمشرع تنظيم حق معين او حرية معينة من دون ان يضع للمشرع قيودا أو حدوداً في تنظيمه لهذا الحق او الحرية مما قد يؤدي بالمشرع الى تقييد هذا الحق أو الحرية وانتقاصها واهدارها إذ يصبح من الصعب على الأفراد التمتع بهذه الحقوق والحريات والانتفاع بها.

## المطلب الثاني

## الرقابة الدستورية على الاغفال التشريعي

يكون النقص في التشريع ي اما عن غفلة من المشرع او سهواً ولتدارك هذا النقص ظهرت في فضاء القانون الدستوري وتطبيقاته القضائية نظرية (الاغفال التشريعي) وهي نظرية تعالج ما سهى عنه المشرع، إذا تناول المشرع احدى الموضوعات التي يختص بها للتنظيم، لكنه يأتي سواء عن عمد او إهمال غير مكتمل أي تنظيماً قاصراً عن ان يحيط

(١) نبيل عبدالرحمن ناصر، مرجع سابق، ص١٨٢.

(٢) د.محمد ماهر ابو العينين، مرجع سابق، ص٥٢٤ ص٥٢٩.

بكافة جوانبه وبما يؤدي بالإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التشريع، بجوانبه كافة بالقضاء الدستوري الذي يتدارك النقص بإيجاد احكام قضائية تعالجه في خلق مراكز قانونية لإكمال ذلك النقص في التنظيم، وهذا العمل لم يقتصر على بلد من دون آخر وانما تعددت صوره تبعاً للدستور النافذ فهناك بعض الدساتير اعطت للقضاء الدستوري صلاحيات اكمال النصوص القانونية التي غفل عنها المشرع ومثال ذلك دستور جنوب أفريقيا لكن أغلب الدساتير في بلدان العالم لم تذكر ذلك صراحة إلا أن القضاء الدستوري فيها عمل بنظرية الاغفال التشريعي وسد النقص الحاصل في التشريع ومثال ذلك القضاء الدستوري المصري في العديد من أحكامه.[١]

ويجد البعض انه يترتب على الإغفال التشريعي قصور في التنظيم التشريعي للحقوق والحريات بما يؤدي إلى الحرمان او انتقاص منها على خلاف أحكام الدستور.[٢] ان القضاء الدستوري يوفر الحماية للحقوق والحريات بالرقابة الدستورية التي يمارسها على التشريع وسد النقص الذي يغفل عنه المشرع ولذا يوفر حماية للحقوق والحريات حيث ان هذا النقص قد يكون في قانون ينظم حقاً من الحقوق او الحريات مما يؤدي الى نقض هذا الحق او انتهاكه فيقوم القضاء الدستوري بلفت نظر المشرع الى هذا النقص في التشريع او يقوم في بعض الأحيان بإكمال هذا النقص وحماية الحقوق والحريات من هذا النقص التشريعي.

تمثل الرقابة على دستورية القوانين السلوك الإيجابي للمشرع في مدى تطابق القانون مع أحكام الدستور ومضمونه، وتمتد الى السلوك السلبي المتمثل في الامتناع عن سن القوانين، مما يترك فراغاً قانونياً قد تستغله السلطة التنفيذية، وينتج عن ذلك تدخل وتراكب في الاختصاص، وفي هذا الإطار لقد عرفت الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي

(١) ينظر: القاضي سالم روضان الموسوي، دور القضاء الدستوري في العراق في معالجة النقص التشريعي، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.hjc.iq تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٨/١٧.

(٢) د. محمد عبد الوهاب الخفاجي، مقالة بعنوان هل السلطة التشريعية مطلقة في اصدار القوانين ام مقيدة، منشورة على شبكة الانترنت على الموقع www.ahram.org.eg تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٨/١٧

تطوراً، فبعد ان كان القضاء الدستوري متردداً بالأخذ بها على اساس أن امتناع المشرع عن التشريع تدخل ضمن سلطته التقديرية. ليتطور موقفه فيما بعد من خلال اعتبار الإغفال التشريعي مخالفاً للدستور.[١] ومن ثم يخضع لرقابته.[٢]

وتبدو اهمية دراسة الإغفال التشريعي في النقطتين الآتيتين:[٣]

**الأولى**: أن كل مخالفة للدستور سواء كانت عمداً او من دونه او عن اهمال يتعين منعها.

**الثانية**: تتعلق بكون الدستور يكفل الحماية لكل حق او حرية اعترف بها من جوانبها النظرية والعملية. وهذه الكفالة هي الضمانة الوحيدة لحقوق المواطنين وحرياتهم. مما يتعين انفاذ هذه الحقوق والحريات العامة بالطريقة التي تتضمن الانتفاع بها كما تصورها الدستور.

وتثير دراسة الإغفال التشريعي مجموعة من التساؤلات تتعلق بما هو المقصود منه؟ وما هي آليات الحد منه؟

وهو ما سنحاول الإجابة عليه في النقاط الاتية:-

## أولاً: ماهية الإغفال التشريعي:

يعد مصطلح الإغفال التشريعي من المصطلحات الحديثة نسبياً، ولقد أثار جدلاً فقهياً حول مضمونه ولذلك سنوضح مفهومه فيما يأتي:

### مفهوم الإغفال التشريعي:-

يمكن تعريف الإغفال التشريعي بأنه (اتخاذ المشرع موقفاً سلبياً من اختصاص الدستور في ما يمارسه كلياً أو جزئياً في حالات معينة أو لأسباب معينة).

---

(١) ينظر: سالم روضان الموسوي، مرجع الكتروني سابق.
(٢) ينظر: سالم روضان الموسوي، مرجع الكتروني سابق.
(٣) ينظر: المرجع نفسه.

وهناك من عرفه بأنه (قيام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات الواردة بالدستور على نحو منقوص وقاصر لا يحيط به من جوانبه كافة التي لا يكتمل التنظيم إلا بها وهو الأمر الذي يؤدي الى عدم الإحاطة بالموضوع محل التنظيم ومخالفة أحد نصوص الدستور أو بعضها).[١]

نستنتج من هذه التعريفات ان المشرع لم ينظم المواضيع التي تدخل في اختصاصه والتي كان عليه واجب تنظيمها إما عن عمد او إهمال منه مما يؤدي الى الاخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم.

لذا يعد الإغفال التشريعي إخلالاً بالتزام سياسي قانوني يقع على عاتق المشرع سواء كان تنظيم هذه المسألة يدخل ضمن انفراده المطلق او النسبي. او في دورة عامة او استثنائية. او في مقترح النواب او في الحكومة. ويرجع ذلك لوجوب ان يكون التنظيم التشريعي للحق او الحرية المقررة دستورياً فعالاً ويبطل كل تنظيم قانوني يحد من هذه الفعالية. وفي المقابل يكون القانون باطلاً ومخالفاً للدستور فيما انتقص به من ضمانات هذا الحق او الحرية.

يجد البعض انه في التعريفات السابقة للإغفال التشريعي نجد ان بعض المصطلحات المشابهة له قد يقع خلط بينه وبينها لذا لا بد من تمييزه عنها على وفق الآتي:[٢]

أ. **الإغفال التشريعي والتسلب من الاختصاص.**

نكون في صدد التسلب من الاختصاص في الحالة التي يسند الدستور الى السلطة التشريعية تنظيم مسألة معينة إما بصورة مباشرة او الاكتفاء بوضع الخطوط العريضة لها، فتقوم بإحالته برمته الى السلطة التنفيذية بوساطة الافراط بالعمومية او كثرة الإحالة إلى السلطة التنفيذية في التفويض التشريعي المبطن وهذا في حالة عدم اعتراف الأنظمة به. وهذا

(١) جواهر العبد الرحمن، الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، مملكة البحرين، منشور على شبكة الانترنت على الموقع: alwatannws.net تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٨/١٧.
(٢) ينظر: سالم روضان الموسوي، مرجع الكتروني سابق.

بالنسبة للدول التي اخذت به كبريطانيا وفرنسا ومصر. وهو على خلاف الإغفال التشريعي إذ يتخذ المشرع موقفاً سلبياً من اختصاصه.

**ب. الإغفال التشريعي والقصور التشريعي**

يقصد بالقصور التشريعي عدم كفاية النص الموجود فعلاً لتغطية الموضوع الذي يعالجه بشكل جيد سواء من حيث مستوى التغطية وحجمها ونوعية الصياغة الفنية والقانونية وهذا يختلف عن الإغفال التشريعي لأن المشرع قام بسلوك إيجابي في وضع القانون في مسألة معينة. ونجد ان القصور التشريعي هو جزء من الإغفال التشريعي لأن الإغفال التشريعي يمكن ان يكون بطريق سلوك ايجابي أيضاً كما هي الحال في القصور التشريعي.

هناك من يجد ان الإغفال التشريعي يشكل مخالفة للدستور سواء في ما لم يتضمنه من حكم او في انتقاص لحقوق الأفراد وحرياتهم.[١]

**ثانياً : أنواع الإغفال التشريعي**

ينقسم الإغفال التشريعي الى ثلاثة انواع تتمثل فيما يأتي:

**أ : الإغفال التشريعي الكلي:**

يقصد به: حالة الغياب الكلي او عدم الوجود الكلي للتشريع او القاعدة القانونية التي تتعلق بحالة قانونية محددة بالدستور. وتطرح الرقابة على الإغفال الكلي مشكلة في الدول التي تأخذ بالرقابة اللاحقة على القوانين لاشتراطها وجود نص قانوني مكتوب لممارسة الرقابة فيما تضمنه صراحة او ضمنا من مخالفة الدستور.[٢] ويبرز اتجاه من الفقه يربط بين تنظيم حق من الحقوق واختصاص السلطة التشريعية. ويؤدي إغفال تنظيم هذا الحق إلى الاخلال به وتركه تحت اهواء السلطة التنفيذية، ويعد هذا خرقاً للدستور، إلا

(١) جواهر العبد الرحمن، الرقابة على الاغفال التشريعي، مرجع الكتروني سابق.
(٢) ينظر: القاضي سالم روضان الموسوي، مرجع الكتروني سابق.

أن هناك بعض الدول تعد القاضي الدستوري شريكاً مع السلطة التشريعية في عملية التشريع كما هي الحال في جنوب إفريقيا.

ويجد البعض ان في الإغفال الكلي لا يتناول المشرع احدى الموضوعات الدستورية بالتنظيم من الأساس على الرغم من التزامه دستورياً بذلك.(١)

**ب : الإغفال التشريعي النسبي:**

نكون بصدده في حالة صدور قانون من السلطة التشريعية لا يتضمن تنظيماً كاملاً ووافياً للموضوع محل التنظيم. ويعد ذلك مخالفاً للدستور لأنه يسبب عدم المساواة بين المراكز القانونية المتماثلة.

**ج : الإغفال التشريعي بالطريق الملتوي**

يتجسد الإغفال التشريعي بالطريق الملتوي في ممارسة المشرع اختصاصه ظاهرياً، لكنه يتبع منهجية في سن القوانين تجعله يتنازل بشكل بين عن اختصاصه لغيره من السلطات ولاسيما السلطة التنفيذية ويكون ذلك فيما يأتي :(٢)

١. الافراط في العمومية حتى في المسائل ذات القواعد التفصيلية، مما يجعل القانون عديم الفائدة على أرض الواقع.

٢. الإكثار من الإحالة إلى السلطة التنفيذية، وذلك عن طريق اللائحة او التنظيم وهو ما يعد خرقاً لقواعد توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية.

ويتضح مما تقدم ان انواع الإغفال التشريعي جميعها فيها خطر على الحقوق والحريات لأسباب عديدة هي :

١. قد يؤدي الإغفال التشريعي الى عدم تمتع الأفراد بحقوقهم وحرياتهم لأن الإغفال التشريعي قد يؤدي إلى عدم سن القوانين التي تنظم الحقوق والحريات.

(١) جواهر العبد الرحمن، الرقابة على الاغفال التشريعي، مرجع الكتروني سابق.
(٢) ينظر القاضي سالم روضان الموسوي، مرجع الكتروني سابق.

٢. يؤدي الإغفال التشريعي الى عدم المساواة بين الأفراد في التمتع بالحقوق والحريات العامة.

٣. قد ينتهك المشرع الحقوق والحريات في إحالة القوانين إلى السلطة التنفيذية لتقوم بتنظيم الحقوق والحريات على خلاف النص الدستوري مما يشكل ذلك إغفالاً تشريعياً.

٤. وسيتوجب الإغفال التشريعي إيجاد رقابة دستورية عليا كي تكفل هذه الرقابة للأفراد التمتع بحقوقهم وحرياتهم في مراقبة عمل المشرع العادي من ان يغفل عن تنظيم القوانين التي اوكل الدستور إليه تنظيمها ومنها القوانين التي تنظم الحقوق والحريات العامة.

٥. وتوفر هذه الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي ضمانة في حماية شاملة وفاعلة لحقوق الأفراد وحرياتهم من ان تنتهك من السلطة التشريعية.

**ثالثاً: آلية معالجة الإغفال التشريعي:-[١]**

تثير مسألة الرقابة على الإغفال التشريعي اعتبارات يجب أن تؤخذ بالنظر، من بينها تحقيق التوازن بين السلطة التقديرية للمشرع وحق هيئة الرقابة في حماية الدستور من الخروقات،

تنقسم الية ممارسة رقابة الإغفال التشريعي إلى الدعوى الموضوعية التي تتمثل في دعوى الإلغاء الدستورية بمحكمة مختصة كمصر وايطاليا والمجر، ومجرد الإخطار كما هي الحال بالنسبة للجزائر وفرنسا والمغرب وتونس، ففي مصر تعرضت المحكمة الدستورية العليا الإغفال التشريعي في بداية عهدها إلا انها ترددت في اعتباره يؤدي إلى عدم الدستورية وادخلته ضمن الملائمات ألتي يستقل المشرع في تقديرها لكنها سرعان ما غيرت اتجاهها واعتبرته خاضع لرقابتها الكاملة، وانه يخالف للدستور، وتراقب المحكمة الدستورية الإغفال الجزئي ولا تتدخل بمراقبة الإغفال الكلي، اما في فرنسا فأن المجلس الدستوري يراقب

(١) ينظر: سالم روضان الموسوي، دور القضاء الدستوري في معالجة النقص التشريعي، مصدر إلكتروني سابق.

الإغفال التشريعي، وتتصف رقابته بالتوسع اذ لم تقتصر على الحالة التي يكون فيها المشروع مخالفاً لنص تشريعي سابق متأثراً بموقف الفقه الفرنسي.

قد ذهب البعض بشأن إعمال الرقابة على الإغفال التشريعي في الأنظمة المقارنة في فرنسا ومصر والبحرين فإن تبني القضاء الدستوري فيها لرقابة الإغفال لم تكن مؤكدة بنصوص دستورية أو تشريعية وإنما تبناها استناداً إلى سمو الدستور وإلى حماية الحقوق والحريات.(١)

يلحظ على المعالجات التي اتبعتها هذه الدول في الإغفال التشريعي انها تمنح حماية للحقوق والحريات، لأنها تؤدي إلى سد هذا النقص في التشريع الذي قد يهدر الحقوق والحريات وينتهكها لذا وفرت هذه المعالجات حماية لحقوق الافراد وحرياتهم من الانتهاكات التي قد تتعرض لها.

**الأحكام الصادرة في مجال رقابة الإغفال التشريعي:**

لقد قسم البعض صور المعالجة القضائية للأغفال التشريعي إلى أربع صور تتمثل فيما يأتي:(٢)

**أولاً: الأحكام الكاشفة او الإعلان القضائي**

يقتصر دور القضاء في هذه الحالة على مجرد الكشف على وجود إخلال دستوري بصفة عامة وإخطار السلطة التشريعية به من دون أن يكون له الحكم بعدم دستوريته ولقد أخذ النظام الدستوري البرتغالي بهذه الطريقة.

(١) ينظر جواهر العبد الرحمن، الرقابة الدستورية على الاغفال التشريعي، مرجع الكتروني سابق.

(٢) ينظر: سالم روضان الموسوي، دور القضاء الدستوري العراقي في معالجة الإغفال التشريعي، مرجع الكتروني سابق.

**ثانياً: الأحكام الايعازية**

تعد هذه الأحكام أكثر صرامة من الأحكام الكاشفة حيث يوجه القاضي الدستوري نداء إلى المشرع لسد هذا العجز أو الإغفال مستعملاً صيغ وأساليب عديدة، وقد اخذت بهذه الطريقة المحكمة الدستورية في مصر والمجلس الدستوري في فرنسا .

**ثالثاً: الأحكام الاستئنافية:**

وتكون هذه الأحكام لمعالجة الإغفال التشريعي من دون توجيه نداء أو خطاب أو توصية أو إعطاء مهلة لتصحيح الإغفال، وبإصدار حكم يتضمن إلغاء الجزء المتضمن الإغفال من دون النص بصيغة كلية، وقد اخذت بهذه الطريقة ألمحكمة الدستورية المصرية والمجلس الدستوري الفرنسي. وهي أفضل الصور لمعالجة الإغفال لأنها تحافظ على توازن العلاقة بين القاضي الدستوري والمشرع.(١)

**رابعاً: الأحكام المكملة أو المضيفة:**

ففي هذه الحالة يقوم القاضي الدستوري بتفسير النص التشريعي، مع اضافة ما اغفله أو سكت عنه المشرع حتى يكون مطابقاً للدستور.(٢)

ونخلص إلى أن الأحكام أو الصور المتبعة جميعها في معالجة الإغفال التشريعي تتضمن حماية شاملة وفاعلة لحقوق الأفراد وحرياتهم، إذ تؤدي هذه الاحكام في صورها جميعاً سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى حماية الحقوق والحريات وذلك لأنها تؤدي في النهاية إلى سد النقص الحاصل في التشريع والذي قد يؤدي إلى انتهاك الحقوق والحريات لذا منحت هذه الأحكام حماية لحقوق الأفراد وحرياتهم ومنعت التعدي عليها، وأن الأحكام المكملة أو المضيفة هي أفضل صور الأحكام لمعالجة النقص التشريعي التي توفر حماية شاملة وحقيقية لحقوق وحريات الأفراد لأنها تكون صادرة من القضاء الدستوري لإكمال النقص التشريعي من دون الرجوع إلى السلطة التشريعية إذ أن باقي صور الأحكام، تقوم

(١) جواهر العبد الرحمن، الرقابة الدستوري على الاغفال التشريعي، مرجع الكتروني سابق.
(٢) ينظر: سالم روضان الموسوي، مرجع الكتروني سابق.

بمخاطبة السلطة التشريعية بسد النقص الحاصل في التشريع وهي لا تقوم بإكمال هذا النقص.

## الخاتمة

بعد الانتهاء من بحثنا الموسوم بـ(الاختصاص الرقابي للقضاء الدستوري ودوره في حماية الحقوق والحريات) تم التوصل الى النتائج والتوصيات الآتية:-

### أولاً: الاستنتاجات

١. للقضاء الدستوري دور كبير وفعال في حماية الحقوق والحريات وذلك من خلال الرقابة على دستورية القوانين وإلزام سلطات الدولة بالالتزام بالدستور وعدم الخروج عنه.
٢. القضاء الدستوري مصطلح قانوني حديث تطور مفهومه، واستقل عن اساس نشأته التي تتمثل بالرقابة على دستورية القوانين، واصبح بمثابة سلطة مستقلة عن باقي السلطات التي يتمثل اختصاصها الاساس في حماية الدستور وتأكيد سيادته وعلويته، وضمان تطبيق نصوصه وإنزال حكمها، على العلائق والروابط القانونية كلها في الدولة.
٣. تنوع الرقابة على دستورية القوانين من دولة لأخرى فهناك من مزج بين الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة في حين ان البعض اتبع الرقابة اللاحقة فقط.
٤. يمارس القضاء الدستوري مهمة الرقابة على الانحراف التشريعي باستبعاد النص القانوني المنطوي على هذا الانحراف الذي قام بتشريعه المشرع العادي وذلك باستخدام سلطته التقديرية التي منحها له المشرع الدستوري وتؤدي هذه الرقابة الى حماية شاملة وفاعلة للحقوق والحريات باستبعادها النص القانوني المحتوي على الانحراف التشريعي من التطبيق.
٥. يقدم القضاء الدستوري حماية شاملة وفاعلة للحقوق والحريات في ممارسة الرقابة الدستورية على الاغفال التشريعي واكمال النقص في التشريع او توجيه السلطة التشريعية الى إكماله.

٦. لقد اختلف القضاء الدستوري من دولة لأخرى في منحه للأفراد حق اللجوء اليه مباشرة فهناك دول سمحت للفرد تقديم شكاوى الى المحكمة الممثلة للقضاء الدستوري وهناك دول لم تمنح هذا الحق للأفراد بل قصرته على سلطات الدولة.

٧. استقلال المحكمة الدستورية الممثلة للقضاء الدستوري عن السلطات القضائية في الدولة وباقي السلطات العامة تعزيز لمكانة هذه المحكمة وتقوية لإرادتها.

٨. تؤدي المحكمة الاتحادية العليا دور حيوي وأساس في حماية حقوق الافراد وحرياتهم من خلال اختصاصاتها الواسعة والمتنوعة المنصوص عليها في الدستور مما يتضح في عديد من القرارات التي اصدرتها هذه المحكمة.

٩. لا تمارس المحكمة الاتحادية العليا عملها في الرقابة على دستورية القانون من تلقاء نفسها، وإنما يجب تقديم طلبات اليها حتى تتمكن من ممارسة عملها.

١٠. تمارس المحكمة الاتحادية العليا رقابة الإلغاء على القوانين النافذة ولا تمارس رقابتها على مشروعات القوانين.

**ثانياً: التوصيات**

١. إعطاء الحق للأفراد في تحريك الدعاوى امام محاكم القضاء الدستوري في الدول جميعها لأن ذلك اكثر حماية لحقوق الأفراد وحرياتهم.

٢. فرض شروط صعبة لتولي منصب القاضي الدستوري، ولاسيما فيما يتعلق بعنصر الكفاءة والخبرة والتخصص، وفتح المجال امام اساتذة القانون الدستوري ليكونوا اعضاء في القضاء الدستوري بعد وضع ضوابط معينة.

٣. منح الحصانة للقاضي الدستوري وعدم إمكانية رفعها إلا بقرار من المحكمة مما يشكل عنصر الأساس من عناصر استقلاليته.

٤. عدم إمكانية تجديد ولاية القاضي الدستوري، مما يجعله اكثر استقلالية في اتخاذ القرار ويحرره من العمل على إرضاء السلطة لتجديد ولايته.

٥. ندعو الى إصدار قانون جديد للمحكمة الاتحادية العليا يوضح تشكيل المحكمة وشروط العضوية فيها واختصاصاتها بدقة والا يتناقض مع الدستور.

٦. رفع فئة خبراء الشريعة الاسلامية وفقهاء القانون من تشكيلة المحكمة المقررة بالدستور حتى لا تصبح المحكمة محطة للصراعات الطائفية ويمكن الإفادة من آرائهم ومشوراتهم دون ادراجهم بعضوية المحكمة إذ نصت المادة (٤) من النظام الداخلي للمحكمة رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ على انه بإمكان المحكمة الاستعانة بخبراء من خارجها لأخذ رأيهم بأية مسألة تجد فيها ضرورة لذلك.

٧. أن تسري احكام المحكمة الاتحادية العليا بعدم الدستورية بأثر رجعي من تأريخ صدور القانون المقضي بعدم دستوريته، لأن في ذلك ضمانة حقيقية لحقوق الأفراد وحرياتهم.

**The Authors declare That there is no conflict of interest**

## المصادر


**-القرآن الكريم**

**أولاً الكتب:-**

١. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشرق، القاهرة، ٢٠٠٠ .

٢. احسان حميد المفرجي. د.كطران زغير نعمة. د.رعد ناجي الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق الطبعة الثانية،٢٠٠٧ .

٣. د.إيناس محمد البهجي. د. يوسف المصري، الرقابة على دستورية القوانين، المركز القومي للدراسات القومية، ٢٠١٣ .

٤. د.حسام موسى، القانون الدستوري، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٤ .

٥. أ.حميد ابراهيم، الرقابة على دستورية القوانين في دولة الامارات العربية المتحدة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١١ ..

٦. د. حميد حنون خالد، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢ .

٧. د. راغب جبريل خميس، الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١١ .
٨. رياض عزيز هادي، حقوق الإنسان، شركة العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٩ .
٩. د.عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية، مجلس النشر العلمي، ٢٠٠٠.
١٠. د.عبد العزيز محمد سالمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، دار الفكر الجامعي ٢٠١١.
١١. د.عصام أنور سليم، دور القضاء في تفعيل ثوابت الشريعة الاسلامية، دار الجامعي الجديد، ٢٠١٤ .
١٢. د.عصام سعيد عبد احمد، الرقابة على دستورية القوانين، المؤسسة الحديثة للكتاب في
لبنان، ٢٠١٣ .
١٣. د.عصام الدبس، الحقوق والحريات العامة وضمانات حمايتها، دار الثقافة للنشر.
١٤. د.عمار ملوخية، الحريات العامة، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، ٢٠١٢ .
١٥. القاضي فاخر صابر بايز مخموري، استقلال القضاء، دار الكتب القانونية، مصر،٢٠١٠.
١٦. المحامي كمال ملا علو، دراسات دستورية عراقية حول موضوعات اساسية للدستور
العراقي الجديد، ٢٠٠٥ .
١٧. د.محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، دار الجامعة الجديد ٢٠١١.
١٨. د.محمد عبدالله الشوابكة، رقابة الامتناع على دستورية القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٢ .
١٩. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٣ .
٢٠. د.محمد عبدالله محمد الركن، التنظيم الدستوري للحقوق والحريات العامة.
٢١. نبيل عبد الرحمن، ضمانات حقوق الانسان وحمايتها، المكتب الجامعي الحديث،٢٠٠٨..

**ثانياً– البحوث والمقالات**

١. دولة أحمد عبدالله. وبيداء عبد الجواد، دور المحكمة الاتحادية في حماية حقوق
٢. الانسان، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق / كلية الحقوق/ جامعة الموصل المجلد (١٣) العدد(٤٩) لسنة (١٦) .
٣. عدنان عجيل عبيد، ميسون طه حسين، طبيعة القضاء الدستوري، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد(٢)، السنة الثامنة، ٢٠١٦ .
٤. ـــــــــــــ .الاختصاص التفسيري للقضاء الدستوري، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد(٤) ،السنة الثامنة، ٢٠١٦.
٥. بحث منشور في مجلة القانون الكويتية العالمية، العدد (٤)، السنة الخامسة، لسنة٢٠١٧.

**ثالثاً  الرسائل والأطاريح الجامعية**

١. سحر محمد نجيب، التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الانسان وحرياته، رسالة ماجستير، غير منشورة ، كلية القانون ، جامعة الموصل،٢٠١٣ .
٢. القضاء الدستوري ودوره في تطبيق احكام الشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير، غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الموصل ، ٢٠١٢.

**رابعاً– الدساتير والقوانين**

١. دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ .
٢. قانون المحكمة الاتحادية رقم(٣٠) لسنة ٢٠٠٥.

**خامساً– المواقع الالكترونية**

١. ابراهيم موحي، دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات، بحث منشور على الموقع الالكتروني Meknes.bLogspot.com تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٨/١٣.
٢. أحمد التميمي، دور المحكمة الاتحادية العليا في العراق في تعزيز وحماية الحقوق والحريات في ضوء الاتفاقيات الدولية، بحث منشور على المواقع الالكتروني: www.dorar-aLiraq.net تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٨/٢٤.

٣. اسامة بن سعيد القحطاني ، تنازع اختصاص المحاكم، منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.aLeqt.com تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٧/١٧ .

٤. إياس الساموك، نظرة على القضاء الدستوري، منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.azzaman.com تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٨/٢٠.

٥. □□□□، المحكمة الاتحادية العليا، منشور على شبكة الانترنت على الموقع Iraqfsc.iq تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٨/٢٢.

٦. بوسالم رابح، المجلس الدستوري الجزائري تنظيمه وطبيعته، رسالة ماجستير منشورة على شبكة الانترنت على الموقع Bu.umc.edu.dz تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٨/١٧.

٧. جواهر العبد الرحمن، الرقابة الدستورية على الانحراف التشريعي، رسالة ماجستير

٨. منشور على شبكة الانترنت على الموقع aLwatannews.net تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٨/١٧.

٩. رفاه طارق جاسم، اختصاص القضاء الدستوري بالتفسير، بحث منشور على الموقع

١٠. الالكتروني nharainuniv.edu.iq تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٨/٢٣.

١١. رياض السندي، حقيقة التفسير في العراق، منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.raialyoum.com تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٨/٢٤.

١٢. القاضي سالم روضان الموسوي ، دور القضاء الدستوري في العراق في معالجة النقص

١٣. التشريعي، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.hic.iq تاريخ الزيارة ١٧ / ٨ / ٢٠١٨.

١٤. المستشار سعد محمد عقيلة، ولاية تفسير الدستور، منشور على الموقع الالكتروني: Libyanjadgesorganization تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٨/٢٢.

١٥. عمار كوسة، محاضرات في القضاء الدستوري. منشورة على شبكة الانترنت على الموقع amarKoussa تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٨/١٤

١٦. فوزي حسين سلمان، الاختصاص التفسيري للمحكمة الاتحادية العليا. بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.iasj.net تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٨/٢٠

.

١٧. منعم العفلوكي، التنظيم القانوني للقضاء الدستوري. بحث منشور على الموقع

الالكتروني qu.edu.iq تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٧/١٥.

١٨. مها بهجت يونس الصالحي، التعريف بالقضاء الدستوري، بحث منشور على الموقع الالكتروني almerja.com تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٨/١٣.

١٩. القاضي ناصر عمران، المرجعية الدستورية واثارها في عمل مجلس النواب، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع www.hic.iq تاريخ الزيارة ٢٠١٨ /٧/١٧.

٢٠. نبأ نزار الطبيعي، الاختصاص التفسيري للقضاء الدستوري، منشور على الموقع الالكتروني www.iobabyLon.edu.iq تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٨/٢١

٢١. محامي ميشال شماس، اصلاح القضاء الدستوري في سوريا. منشور على الموقع

٢٢. الالكتروني syrauntoLd.com تاريخ الزيارة ٢٠١٨ /٨/١٥

٢٣. بحث حول الرقابة على القوانين ، منشور على شبكة الانترنت على الموقع Eddirasa.com تاريخ الزيارة٢٠١٨/٨/٢٠ .

٢٤. بحث بعنوان دعوى التنازع الدستوري، منشور على شبكة الانترنت على الموقع Ar.m.wiklbooks.org تاريخ الزيارة ٢٠١/٧/١٥

٢٥. مقالة بعنوان الاساس القانوني للتفسير القضائي لنصوص الدستور والقوانين منشور على شبكة الانترنت على الموقع Kilaw.edu.kw تاريخ الزيارة٢١ /٢٠١٨/٨

٢٦. دراسة حول اهم اربعة قرارات مصيرية اصدرتها المحكمة الاتحادية العليا، منشورة على شبكة الانترنت على الموقع Oneiraqnew.com تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٨/٢٥

٢٧. الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا Iraqfsc.iq تاريخ الزيارة٢٠١٨/٨/٢٥

٢٨. محمد عبد الوهاب الخفاجي، هل السلطة التشريعية مطلقة في اصدار القوانين ام مقيدة، مقالة منشورة على شبكة الانترنت على الموقع www.ahram.org.eg تاريخ الزيارة ٢٠١٨ /٨/١٧.

٢٩. المستشار سعد محمد عقيلة ، ولاية تفسير الدستوري، منشور على شبكة الانترنت على الموقع Libyan judges organiztior تاريخ الزيارة٢٠١٨/٨/٢٢.

٣٠. هلمت ستوينبرجر، نمادج عن القضاء الدستوري، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.venice.coe.int تاريخ الزيارة ٢٠١٨ /٨/٢٢.