جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا
النجف الاشرف

دور القضاء الدستوري في الرقابة على الامتناع التشريعي

دراسة مقارنة

رسالة قدمها الطالب

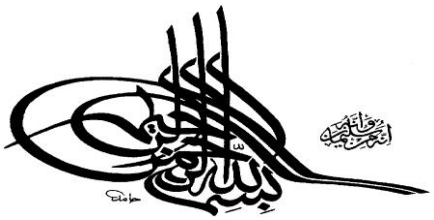
محمد هاشم محمد الحسيناوي

إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا وهي من متطلبات نيل شهادة
الماجستير في القانون العام

باشراف

أ. م . د . حيدر محمد حسن الوزان

١٤٣٩ هـ _____ ٢٠١٨ م



وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ

فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ .)

الاهداء

ـ إلى بلد الحضارة و الأنبياء والأوصياء والعلم والعلماء ....العراق .

ـ إلى أرواح شهداء العراق .. أحياء عند ربهم يرزقون .

ـ إلى من كانوا سندي ومن علموني المثابرة على حب العلم وغرسا فيَّ نفسي روح الصبر والإرادة أبي و أمي .. براً وإحساناً ... رحمهم الله وأسكنهم فسيح جنانه .

ـ إلى من رافقتني في مشوار حياتي ، وسارت معي الدرب خطوة خطوة ولاتزال ترافقني حتى ألان زوجتي الغالية ..

ـ إلى رياحين حياتي في الشدة والرخاء فلذت كبدي، أبنائي من البنين والبنات.

ـ إلى أساتذتي ومعلمي في معهد العلمين للدراسات العليا في النجف الأشراف انحني إمامكم بأدب واحترام .

ـ إلى من أشدّ بهم أُزري وأشركهم في أمري ويكتمل بهم بعضي وتَسعدُ برؤيا هم خلجات وجداني ،إخوتي الأعزاء ..حباً وحناناً ..

ـ إلى كل إنسان ساعدني في أنجاز هذا البحث العلمي .

أهدي هذا الجهد المتواضع

الباحث

شكر و عرفان

لا يسعني إلا أنّ أتقدم بأسمى عبارات الشكر وَالامتنان والثناء إلى أ.م.د حيدر محمد حس ، المشرف العلمي ، لما بذله معي من جهد وما قدّمه لي من نصيحة ومعرفة ، طيلة انجاز هذا البحث .

- إلى القائمين على معهد العلمين للدراسات الُعليا، مؤسّساً، وعميداً ، ورئاسة الفرع، وأساتذة، ومقوماً لغويا، وأمين المكتبة ، والعاملين كلهّم .

- إلى من أسهم في مد يد العون لي ، ونخص بالذكر أساتذتنا الكرام الذين قدموا المشورة العلمية ،والنصيحة في أوقات الدراسة .

- إلى كل الذين كانواً عوناً لي في البحث وزرعوا التفاؤل فيَّ نفسي لا نجاز هذا الجهد، فلهم كل الشكر والتقدير وأخص منهم (الأستاذ ثامر مالو يحيى المحترم والأستاذ عمّار كامل ياسر المحترم والأستاذ حسن عباس محسن المحترم) ..

- إلى مكتبة جامعة بغداد ، جامعة النهرين ، جامعة بابل ، جامعة القادسية ، جامعة الكوفة ، جامعة كربلاء ، جامعة البصرة ، وجامعة ذي قار.

توصية المشرف

أشهد أنّ رسالة الماجستير للطالب (محمد هاشم محمد) الموسومة بـ (دور القضاء الدستوري في الرقابة على الامتناع التشريعي "دراسة مقارنة") قد جرى بأشرافي في قسم القانون العام معهد العلمين للدراسات العليا في النجف الأشرف وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون العام .

الإمضاء :
اللقب العلمي : استاذ مساعد .
الاسم : حيدر محمد حسن
الكلية : كلية القانون - جامعة الكوفة
التاريخ : ٢٩/ ٩ / ٢٠١٨

توصية رئيس القسم

بناء على التوصية أعلاه أرشح هذه الرسالة للمناقشة .

الإمضاء :
اللقب العلمي : أ . م . د
الاسم : كفاح عبود عباس
التاريخ : ٢٩/ ٩ / ٢٠١٨

إقرار المقوم اللغوي

أشهد أنّ رسالة الماجستير للطالب **(محمد هاشم محمد)** الموسومة

دور القضاء الدستوري في الرقابة على الامتناع التشريعي

(دراسة مقارنة) قد تمت مراجعتها لغةً وأجدها سليمة

لغةً واسلوباً.

الإمضاء :

اللقب العلمي : م.م.

الاسم : إسراء عبد الله

الكلية :

التاريخ : / / ٢٠١٨

المحتويات

الموضوع	الصفحة
القران الكريم	
إقرار الخبير اللغوي	أ
توصية المشرف ورئيس القسم	ب
شكر وتقدير	ج
الإهداء	د
المحتويات	ه
المستخلص	ط
المقدمة	١
الفصل الأول	٣
المبحث الأول : ماهية الامتناع التشريعي .	٤
المطلب الأول : معنى الامتناع التشريعي ونشأته .	٥
الفرع الأول : معنى الامتناع التشريعي .	٦
الفرع الثاني : نشأة الامتناع التشريعي .	٨
المطلب الثاني : خصائص الامتناع التشريعي وصوره .	١٢
الفرع الأول: خصائص الامتناع التشريعي .	١٢
الفرع الثاني : صور الامتناع التشريعي .	١٤
المبحث الثاني : ذاتية الامتناع التشريعي .	٢٥
المطلب الأول: تميز الامتناع عن الانحراف التشريعي .	٢٥
الفرع الاول : التميز من حيث الوسيلة .	٢٧
الفرع الثاني : التميز من حيث الغاية .	٢٩
المطلب الثاني : تميز الامتناع التشريعي عن عدم الاختصاص السلبي	٣٢
الفرع الاول : التميز من حيث الوسيلة .	٣٣
الفرع الثاني : التميز من حيث الغاية .	٣٤

الفصل الثاني **أسس سلطة القضاء الدستوري في الرقابة على الامتناع التشريعي**	**٣٨**
المبحث الأول : الأساس الفلسفي لرقابة القضاء على الامتناع التشريعي	**٣٨**
المطلب الأول : الأساس الفكري لرقابة القضاء على الامتناع التشريعي	**٣٨**
الفرع الأول : طبيعة وظيفة القضاء الدستوري .	**٣٩**
الفرع الثاني : خضوع الدولة للقانون .	**٤٦**
المطلب الثاني : الأساس الواقعي لرقابة القضاء على الامتناع التشريعي .	**٥١**
الفرع الأول : الأسس العامة .	**٥١**
الفرع الثاني : الأسس الخاصة .	**٥٣**
المبحث الثاني : الأساس القانوني لرقابة القضاء على الامتناع التشريعي .	**٥٦**
المطلب الأول : الاساس الدستوري .	**٥٦**
الفرع الأول: مبدا سمو الدستور .	**٥٨**
الفرع الثاني: مبدأ فصل السلطات .	**٦١**
المطلب الثاني : الاساس التشريعي .	**٦٥**
الفرع الأول : القوانين الأساسية .	**٦٦**
الفرع الثاني : الأنظمة الداخلية .	**٧١**

الفصل الثالث **طرق مواجهة القضاء الدستوري لحالة الامتناع التشريعي**	٧٦
المبحث الأول : المواجهة القضائية المباشرة للامتناع التشريعي .	٧٦
المطلب الأول: التعريف بالمواجهة القضائية المباشرة .	٧٦
الفرع الأول : معنى المواجهة القضائية المباشرة .	٧٧
الفرع الثاني : سمات المواجهة القضائية المباشرة .	٨٠
المطلب الثاني : تطبيقات المواجهة القضائية المباشرة .	٨٣
الفرع الأول : دستور جمهورية هنغاريا لسنة ٢٠١١ المعدل لسنة ٢٠١٣ .	٨٤
الفرع الثاني : دستور جمهورية البرتغال لسنة ١٩٧٦المعدل لسنة ٢٠٠٥ .	٨٨
المبحث الثاني : المواجهة القضائية غير المباشرة للامتناع التشريعي .	٩٢
المطلب الأول : التعريف بالمواجهة القضائية غير المباشرة .	٩٣
الفرع الدول : معنى المواجهة القضائية غير المباشرة .	٩٤
الفرع الثاني : سمات المواجهة القضائية غير المباشرة .	٩٧
المطلب الثاني : تطبيقات المواجهة القضائية غير المباشرة .	١٠٠
الفرع الأول : دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .	١٠١
الفرع الثاني : دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٢ والمعدل لسنة	١٠٤
الخاتمة .	١١٠
المصادر .	١١٤
الملخص باللغة الانكليزية	١٢٣

المُستخُلص

قد يمتنع المشرّع عن تشريع ما أمر به الدستور ، او قد يمارس سلطته لكن بنحوٍ منقوص لا يحيط بكامل جوانب الموضوع محل التنظيم ، التي لا يكتمل إلا بها ، مما يجعل التصرف الصادر منه مخالفاً لبند من بنود الدستور. فيثار الامر امام القضاء الدستوري ليحكم بمدى دستوريته .

وعليه فإنّ مشكلة هذه الدراسة تكمن في ممارسة البرلمان لسلطته في تشريعِ قانونٍ ما، فيمتنع عن التنظيم، أو ينظّمه بنحوٍ منقوصٍ؛ ما يؤدي إلى وجود فراغ تشريعيٍّ، لا يتماشى مع التزام المشرِّع بضرورة ممارسة تخصّصه على الوجه المُبيَّن في الدستور.

أمَّا أهمية البحث فتكمن في التحديات التي تواجه القضاء الدستوري في سدِّ النقص التشريعي ، وفرض رقابته على ما أمتنع المشرّع تنظيمه ، وحدود سلطته في فرض جزاءات على المشرّع المقيدة بالمُدد الزمنية التي تكفل سد الثغرات التي أوجدها .

وعليه فان أهم الوسائل المقترحة لحلّ هذه المشكلة، تكمن في رقابة القضاء الدستوري على ما يصدر من المشرّع ، ولاسيما فيما يخص موضوع الحقوق والحريات العامة؛ وذلك نظراً لمرونة النصوص الدستورية، واتِّساع سلطة المشرّع التقديرية.

وبناءً على ذلك ارتأى الباحث تقسيمَ بحثه على ثلاثة فصول : خُصِّص الفصل الأول منه لمفهوم الامتناع التشريعي، أمّا الفصل الثاني منه فخصص لأُسُس سلطة القضاء الدستوري في الرقابة على الامتناع التشريعي، على حين خُصّص الفصل الثالث لطرق مواجهة القضاء الدستوري لحالة الامتناع التشريعي.