AL-NAHRAIN JOURNAL OF LWGAL SCIENCE Vol.26 (NO. 1) 2024, pp. 301-320

AL-NAHRAIN UNIVERSITY
COLLEGE OF LAW

ISSN:3006- 0605 DOI:10.58255

مجلة النهرين للعلوم القانونية العدد: ١ المجلد: ٢٦ كانون الثاني ٢٠٢٤

Received:1/11/2023 Accepted :1/12/2023 Published:1/1/2024

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)

The role of the Federal Supreme Court in bridging the legislative deficiency

Dr. Iqbal Abdullah Amin
Ministry of Education/First Director of Rusafa
Dr.iqbal.aa@gmail.com

Abstract:

The basic task of the constitutional judiciary is to monitor the constitutionality of the legal legislation regulating the lives, rights and freedoms of individuals, and the jurisdiction of judicial oversight is generally manifested in scrutinizing the explicit legislative texts with which the legislator addresses the regulation of an issue and indicating the extent to which those legislative texts are compatible or not with the constitution. However, the ordinary legislator These legislations may be formulated in an incomplete way, as those legal legislations were and still are riddled with shortcomings and deficiencies, and they may not keep pace with all the facts of life, because the legislative authority, as we know, is composed of natural persons, and the issue of deficiency in legislation is very likely despite the legislator's attempt from time to time to try to fill it. The deficiency is caused by amending or abolishing laws. However, the problem of deficiency remains. In this case, the constitutional judge cannot invoke the absence of a legislative text to treat certain new cases. Rather, he must follow

specific means in order to fill and address the legislative deficiency and avoid it, provided that the constitutional judge intervenes. In addressing the legislative deficiency, this would affect the discretionary authority of the legislator because he fills the deficiency from outside legislation and other sources of law. He also tries to adapt his provisions to be consistent with the legal system. Therefore, this role played by the constitutional judiciary must be done with great caution so as not to accuse the constitutional judiciary. By interfering in the work of the legislative authority, and that the constitutional judge, in order to carry out this task, must rely on means and supports in order to address that deficiency in a way that is consistent with the will of the ordinary legislator and in a way that achieves the desired interest from legislating laws.

Keywords: Federal Court, Constitution, Imperfection.

دور المحكمة الاتحادية العليا في سد النقص التشريعي

أ.م.د اقبال عبدالله امين
وزارة التربية/ مديرة الرصافة الاولى
Dr.iqbal.aa@gmail.com

الملخص:

ان مهمة القضاء الدستوري الأساسية هي مراقبة مدى دستورية التشريعات القانونية المنظمة لحياة الافراد وحقوقهم وحرياتهم ، واختصاص الرقابة القضائية تتجلى بصفة عامة في تدقيق النصوص التشريعية الصريحة التي يعالج بها المشرع تنظيم احد المسائل وبيان مدى توافق تلك النصوص التشريعية من عدمه مع الدستور ، الا ان المشرع العادي قد يصوغ تلك التشريعات بطريقة ناقصة ، حيث كانت ولا زالت تلك التشريعات القانونية تعتريها النقص والقصور ، وقد لا تواكب كل وقائع الحياة ، لان السلطة التشريعية وكما نعلم مكونة من اشخاص طبيعية وان مسألة النقص في التشريع امر وارد جدا رغم محاولة المشرع بين الفترة والأخرى بمحاولة سد النقص بتعديل القوانين او الغائها ، ومع ذلك تظل مشكلة النقص قائمة ، ففي هذه الحالة ان القاضي الدستوري لا يمكنه الاحتجاج بعدم وجود النص التشريعي لعلاج حالات معينة مستجدة ، بل عليه ان يتبع وسائل محددة من اجل سد ومعالجة النقص التشريعي وتلافيه ، على ان تدخل القاضي الدستوري في معالجة النقص التشريعي من شأنها المساس بالسلطة التقديرية للمشرع لأنه يقوم بسد النقص من خارج التشريع والمصادر الأخرى للقانون ، كما يحاول ملائمة احكامه لتكون منسجمة مع النظام القانوني ، لذا فأن هذه الدور الذي يقوم به القضاء الدستوري يجب ان يكون بحذر كبير لكي لا يتهم القضاء الدستوري بالتدخل في عمل السلطة التشريعية ، وان القاضي الدستوري لكي يقوم بهذه المهمة ينبغي ان يستند الى وسائل واسانيد من اجل معالجة ذلك النقص بما ينسجم مع إرادة المشرع العادي وبما يحقق المصلحة المرجوة من تشريع القوانين .

الكلمات المفتاحية: المحكمة الاتحادية، الدستور، النقص

أهمية البحث

تتجلى أهمية الدراسة في اظهار أهمية دور القضاء الدستوري في العراق المتجسد بالمحكمة الاتحادية العليا في مواجهة ومعالجة النقص الذي يعتري النصوص التشريعية ، مما يلقى على عاتقه الدور في القيام بمهمة الاجتهاد والتفسير واستنباط الاحكام لسد النقص التشريعي عن طريق استخلاص المبادئ القانونية وإيجاد الحلول المناسبة لسد الثغرات التي تعتري النصوص القانوني.

إشكالية البحث

تتجسد مشكلة البحث في معرفة مدى الدور الذي تقوم به المحكمة الاتحادية العليا في سد ومعالجة النقص التشريعي ؟ وماهي الوسائل التي تتبعها لمعالجة هذا النقص ؟ وكيف يتم سد هذا النقص التشريعي هل يعتمد على التفسير ام الاجتهاد ام استنباط الاحكام واستخلاصها من النصوص القانونية ؟ وهل تقوم بسد النقص التشريعي مباشرة عن طريقها؟ ام تحيل ذلك الى

المشرع لتلافي النقص التشريعي؟ كل هذه التساؤلات دفعتنا الى البحث والتقصي عن موضوع بحثنا

منهجية البحث

لقد اعتمدنا في دراسة بحثنا على المنهج الوصفي الاستقرائي التحليلي التطبيقي عن طريق وصف واستقراء دور المحكمة الاتحادية العليا في معالجة النقص التشريعي ، والوقوف على معالجة النقص والثغرات التي تعتري النصوص التشريعية باستخدام المنهج الفلسفي والتحليل التأملي والعقلي للتوصل الى مقترحات المعالجة الصائبة ، وذكر اراء الفقهاء وتحليلها مع الوقوف على رأينا كلما تطلب الامر ذلك ، وذكر التطبيقات العملية التي اتبعتها المحكمة لمعالجة النقص التشريعي عن طريق الاحكام التي اصدرتها.

خطة البحث

سوف يتم تقسيم البحث الى مطلبين وكالاتي:

المطلب الأول : تحديد ماهية النقص التشريعي وتمييزه عن غيره

الفرع الأول : مفهوم النقص التشريعي لغة واصلاحا

الفرع الثاني : تمييز التقص التشريعي عما يشابهه من المصطلحات

المطلب الثاني : دور المحكمة الاتحادية العليا في معالجة النقص التشريعي

الفرع الأول : الوسائل التي تتبعها المحكمة الاتحادية العليا لمعالجة النقص التشريعي

الفرع الثاني : التطبيقات القضائية لمعالجة النقص التشريعي

المطلب الأول

تحديد ماهية النقص التشريعي وتمييزه عن غيره

يختلط مفهوم النقص التشريعي مع مصلحات أخرى قد ترادفه في المعنى مما قد يقع الباحث بإشكالات في طريقة التمييز بين هذه المصطلحات ، وسنحاول في هذا المطلب ان نحدد معنى ومفهوم النقص التشريعي الذي قد يقع به المشرع العادي ، وكيفية تمييزه عن غيره من المصطلحات وذلك في فرعين :

الفرع الأول : مفهوم النقص التشريعي لغة واصطلاحا

الفرع الثاني : تمييز مفهوم النقص التشريعي عما يشابهه من المصطلحات

الفرع الأول

مفهوم النقص التشريعي لغة واصطلاح

يعد النقص التشريعي من المواضيع الهامة والتي تستلزم الوقوف على تحديد معناه والمقصود به ، لان المشرع مهما بالغ في الالمام الكافي والمعرفة الوافية فأن عمله سوف ينتابه القصور ، وقد اختلف الفقه في إيجاد تعريف شامل له لان البعض يعترف بوجود النقص ، وينكره اخرون ، وعليه سنقسم هذا الفرع الى تحديد معنى النقص لغا واصطلاحا وكالاتي :

أولا : تحديد معنى النقص التشريعي لغا

يعني النقص في اللغة بما يدل على الخلو فيقال نقص نقصا أي واسع المشي وسمي بذلك لأنه كأنه خال من كل شيء فخفف عدوه ومشيه[١] ، ويقال نقص الاناء أي تقليل مما فيه وان المقصود من لفظة النقص في كتب اللغة يعني ان يوجد الشيء في المكان لكن ليس كما ينبغي ان يوجد ويعد ذلك شغور لحكمها اذ كثيرا ما يقال ان القاعدة قد شغرت عن حكم الواقعة او شغر النص عن حكم الحالة، وهو لفظ مساو للنقص في الأثر أي المعنى المقصود منه ، فالشغور في اللغة يعني النقص[٢] .

ويظهر جلياً اشتراك لفظ النقص مع لفظ الشغور ، ففي القانون فأن شغور الواقعة يعني نقصها من نص او قاعدة تحكمها ، وبذلك فأن تلك القاعدة القانونية لا تستطيع إيجاد الحل للواقعة لوجود ثغرة فيها ـ وبذلك فأن معنى الثغرة لها نفس معنى النقص [٣] .

ومن المعان الأخرى للنقص في اللغة: الخسران في الحظ، والنقصان ايضاً: اسم للقدر الذاهب من المنقوص، و"شهرا عيدٍ لا ينقصان" أي: في الحكم وإن نقصا عدداً[٤]، والمنقصة

---

[١]) أبو الحسين احمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، رتبه وصححه إبراهيم شمس الدين ، ط١ ، شركة الاعلمي للمطبوعات ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٢١ ، ص٧٠٧ .

[٢]) فخر الدين الطريحي ، معجم مجمع البحرين ، ضبطه وصححه نضال علي ، ط١ ، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٩ ، ص٩٩٤ .

[٣]) ينظر: س.ف كاناريز، سد الفراغ في القانون ، وموقف النظام القانوني الالماني منه، ترجمة: د. عبد الرسول الجصاني، بحث منشور في مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقيين، العدد الاول، السنة الثامنة والعشرون، مطبعة العاني، بغداد، سنة ١٩٧٣.

[٤] مجد الدين الفيروز آبادي، المعجم الوسيط ، مادة (نقص)، بلا ناشر ، مصر ، بلا سنة نشر ، ص١٢٣٦.

بفتح الميم والقاف النقص، و(النقّيصة) العيب[١]، والنقصان المصدر، ونقصته فهو منقوص، قال تعالى: **"وَإِنَّا لَمُوَفُّوهُمْ نَصِيبَهُمْ غَيْرَ مَنقُوصٍ"**[٢]، **"ثُمَّ لَمْ يَنقُصُوكُمْ شَيْئًا"**[٣] ،وقوله تعالى: **" قَدْ عَلِمْنَا مَا تَنقُصُ الْأَرْضُ"**[٤] هو رد لاستبعادهم الرجوع أي علمنا ما تأكل الارض من لحومهم وتبليه من عظامهم فلا يتعذر علينا رجعهم وإحياؤهم[٥] .

ثانيا: تحديد معنى النقص التشريعي اصطلاحا

لم نجد تعريف جامع مانع بين فقهاء القانون لتحديد معنى النقص التشريعي حيث ظهرت هناك مفاهيم عدة يمكن ان نشير اليها :

حيث ان النص القانوني لا يمكن ان يوصف بالنقصان الا اذا كانت الفاظه خالية من بعض العبارات التي لا يستقيم المعنى الا بوجودها ، او هو كل ما يصيب النص القانوني من فراغات او ثغرات ، مما يجعل المعنى لا يستقيم بدونها[٦] .

في حين عرفه اخرون بأنه اغفال لفظ في النص بحيث لا يستقيم الحكم بدونه وقد يكون النقص مقصودا وهو ما تقتضيه السياسة التشريعية ، او ان طبيعة الموضوع ترغم المشرع ان يضع قاعدة عامة ويترك للقاضي تفصيل معانيها من اجل تحقيق العدالة في التطبيق[٧] .

وإن هذا التعريف قد وضع تمييز بين فقدان القواعد القانونية بعمومها وبين القصور في القاعدة النصية ، أي انه لم يفرق بين ان المشرع لم يعالج حالة او واقعة بأكملها ، وبين ان يعالج حالة وواقعة معينة لم يحيط بجميع جوانبها.

وجاء في تعريف اخر بأن النقص التشريعي هو عدم وجود نص يمكن تطبيقه على النزاع المعروض امام القاضي ، او افتقار النص على الاحكام التفصيلية التي يستلزم وجودها[٨]،

ونجد ان هذا التعريف يركز على جانب واحد هو ان القانون افتقر لنص يطبق على النزاع المعرض على القاضي .

وفي هذه الحالة ينبغي على القاضي الحكم في الخصومة المعروضة امامه والفصل فيها ولا يمكنه الامتناع عن اصدار الحكم بحجة وجود نقص بالقاعدة القانونية لأنه يتعرض الى جريمة الامتناع عن احقاق الحق وانكار العدالة[١].

---

[١] محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مادة (نقص)، دار الرسالة، الكويت، سنة ١٤٠٢هـ-١٩٨٢، ص٦٧٦.

[٢] سورة هود، آية ١٠٩.

[٣] سورة التوبة، آية ٤.

[٤] سورة ق، آية ٤.

[٥] الراغب الاصفهاني، مفردات الفاظ القرآن، مادة (نقص)، تحقيق: صفوان عدنان داوودي، منشورات طليعة النور، ط١، قم المقدسة، ايران، سنة ١٤٢٦هـ، ص٨٢١.

[٦] نجاة بضراني ، مدخل لدراسة القانون ، ط٢ ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ،٢٠٠١ ، ص٢٨٢.

[٧] حسن محمود محمد حسن ، دور القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، جامعة أسيوط ، ٢٠٠٥ ، ص٢٧١ .

[٨] ضياء شيت خطاب، فن القضاء، بحث منشور في معهد البحوث والدراسات العربية ، قسم البحوث والدراسات القانونية، بغداد، ١٩٨٠، ص٧.

وبذلك فأن هناك اعتراف واضح بوجود نقص في القواعد القانونية ، وتسليم بوجوب ان يلجأ القاضي لوسائل وطرق محددة لسد هذا النقص وإيجاد الحكم المناسب للنزاع المعروض امامه[٢].

كما ان من التعريفات الأخرى التي أوردها الفقهاء هو ان النقص في التشريع يكون عندما يرد النص مختصراً أو تنقصه كلمة أو جملة يجب اضافتها إليه ليتم معناه[٣].

وكذلك عرفه البعض ان النقص التشريعي هو حالة من توسع المصالح وتعارضها وحدوث وقائع جديدة لم يكن للمشرّع عند وضعه التشريع علم بتلك المستجدات التي ستحصل[٤].

حيث ركز هذا التعريف على حالة ان المشرع عندما وضع النص في حينها لم يكن يعلم ان هذا القانون لم يعد يستوعب كل الحالات المستجدة التي ستظهر نتيجة تطور الحياة وتضارب المصالح وتوسعها.

وبذلك نتوصل ان النقص في القانون لا يعد من قبيل العيب في القانون، فهو لا يعاب على واضعه بشيء كما لا يعد خطأ او تقصير من قبله لان حصول هكذا حالات هو امر متوقع لتغير الوقائع والاحداث في المستقبل ومرور فترة بين التطور الحاصل ووضع القوانين ، لذلك لا بد من وجود وسائل تستلزم سد النقص ومعالجة المستجدات اما عن طريق المشرع ذاته عند تنبهه إلى ذلك، او عن طريق القضاء الدستوري الذي يلعب دور كبير في ذلك[٥].

ومن كل ما تقدم يمكن لنا ان نعرف النقص التشريعي بأنه غياب او انعدام النص او القاعدة القانونية اما بإرادة المشرع او بسبب التطور الذي حصل كما قد يتضمن النقص التشريعي غياب النص القانوني الذي يستلزم وجوده للحكم في النزاع المعروض امام القاضي ، لا سيما وان القاضي ملزم بإصدار الحكم والا اعتبر مرتكبا لجريمة الامتناع عن احقاق الحق ، اذن ان النقص التشريعي وباختصار هو عدم ورود نص قانوني او قاعدة قانونية في المواضيع التي يستلزم وجودها .

ونجد ان تعريفنا للنقص التشريعي قد تضمن ما يلي :

١- ان النقص التشريعي قد يكون في نص قانوني او قد يكون في قاعدة قانونية .

٢- ان التعريف كان جامع مانع لكل الحالات التي يشملها النقص التشريعي .

الفرع الثاني

تمييز مفهوم النقص التشريعي عما يشابهه من المصطلحات

بعد ان حددنا مفهوم النقص التشريعي لغة واصطلاحا فلازال هذا المصطلح قد يختلط مع المصطلحات الأخرى كالقصور والفراغ والاغفال والانحراف والتعارض والتناقض والخطأ الذي يرد في النصوص القانونية مما قد يوقع الباحث في اللبس والغموض لا سيما اذا

---

[١] د. علي جمعة محارب، دور الاجتهاد القضائي في تطوير القاعدة القانونية، بحث منشور في مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقيين، ع١، ٢، س٤٦، بغداد، سنة ١٩٩١م، ص١٠١.

[2] Claus – Wilhelm Canaris, Die feststellung von lücken im Gesetz, Zweite, überarbeitete Auflage, Duncker & Humblot. Berlin, germany, 1983,p.354.

[٣] محمد صالح القويزي، انواع التفسير وطرقه والقواعد العامة في تطبيقه، بحث منشور في مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقيين، ع٣، س٢٥، سنة ١٩٧٠، ص١٤٣.

[٤] د. محمد علي عرفه، مبادئ العلوم القانونية، مكتبة عبدالله وهبة، بلا مكان نشر، ١٩٤٢، ص١٧٠.

[٥] د. مصطفى النشار، نظرية المعرفة عند ارسطو، ط٤ ، دار قباء، القاهرة، بلا سنة نشر، ص٩٤.

علمنا ان هناك بعض المسائل المشتركة بين تلك المصطلحات ، لذا سنحاول في هذا الفرع الى نوضح اهم نقاط التمييز بين النقص التشريعي والمصطلحات الأخرى وكالاتي :

أولا: التمييز بين النقص التشريعي والقصور التشريعي

القصور التشريعي هي ظاهرة قانونية موجودة في كل القوانين الوضعية يتمخض عنه حالة من النقص في الصياغة او المفهوم في النص التشريعي او يكون بسكوت المشرع عن تنظيم حالة معينة وقد يعود ذلك لعدة عوامل قد تكون العلاقات الاجتماعية في حالة تطور ، كما ان في اغلب الأحيان ان القاعدة القانونية تصاغ بصورة عامة[١] .

كما ان القاعدة القانونية تمتاز بصفة التجريد أي انها سمو القاعدة دون الاعتداد بالتفصيلات والفروق الفردية ، وانما تعتد فقط بالاعتبارات العامة الرئيسة التي تطبق على الجميع ، مما يخلق حالة من القصور التشريعي وتعذر وجود النص القانوني للمنازعة التي تعرض امام القاضي[٢].

ثانيا : التمييز بين النقص التشريعي والفراغ التشريعي

ان هناك العديد من الفقهاء قد يخلط بين النقص التشريعي والفراغ التشريعي ، وفي الواقع ان الفراغ ليس الا اغفال مقصود من ناحية المشرع الغاية منه من اجل إعطاء المرونة الكافية للنص لكي يستوعب جميع التطورات والمتغيرات التي قد تحصل في المجتمع[٣] .

وبذلك فهو عبارة عن مساحة من الفراغ يتركها المشرع عند وضع النص القانوني ، من اجل ترك مساحة للقاضي ان يعالجها وفق ما متوفر من الوسائل .

وبذلك فهو يختلف عن النقص التشريعي الذي يراد به اغفال حرف او كلمة تؤدي بدورها الى الاختلال في المعنى المطلوب مما يستلزم العمل على اكمال النص بالصيغة التي أرادها المشرع[٤] .

ثالثا : التمييز بين النقص التشريعي والاغفال التشريعي

يعرف الاغفال التشريعي بأنه الموقف السلبي الذي يتخذه المشرع في ممارسة اختصاصه التشريعي فلا يمارسه بشكل كامل ، أي بمعنى لم يقم بتنظيم المواضيع التي تدخل في اختصاصه اما متعمدا او عن طريق الإهمال[٥] .

ويكون الاغفال التشريعي على ثلاثة أنواع اما ان يكون كلي أي في حالة الغياب الكلي للتشريعات والقواعد القانونية المنظمة لحالة قانونية معينة[٦] او يكون اغفال نسبيا وتكون في حالة صدور التشريع من المشرع العادي ولكن لم ينظم بشكل مستوفي لحالات معينة[١] .

---

[١]) د. سليمان مرقص ، شرح القانون المدني ، المجلد الأول ، بلا ناشر ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص١٦ .

[٢]) د. عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٨٩ ، ص٣٩ .

[٣]) د. عوض محمد عوض ، الفقه والقانون ومناطق الفراغ ، بلا ناشر ، الإسكندرية ، بلا سنة نشر ، ص٦٥٩.

[٤]) د. عادل يوسف الشكري ، فن صياغة النص العقابي ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٧ ،ص٣١٢ .

[٥]) جواهر العبدالله ، الرقابة الدستورية على الاغفال التشريعي ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة البحرين ، ٢٠١٦ ، ص١٦٠ .

[٦]) Hendrik Jan Van Eikema Hommes, Major trends in the history of Legal philosophy, N.H.P.C., Amsterdam, Holland, 1979, P.199.

وأخيرا هناك نوع من الاغفال يسمى الاغفال التشريعي العكسي وفي هذا النوع من الاغفال فان السلطة التشريعية تمارس اختصاصها بسن القوانين شكليا الا ان الواقع هي تفوض اختصاصها الى السلطات الأخرى ولاسيما السلطة التنفيذية[٢].

ونجد ان النقص والقصور والاغفال يوجد بينهما عامل مشترك وهو ما يتعلق بوجود شيء أريد الحصول عليه وظهر عدم وجوده بكونه مفقوداً أو معدوماً، فاذا قلنا يوجد نقص في القانون أو قصور، أو اغفال القانون أو عوزه، أي بمعنى عجز القانون أو عدم وجود حكمه بخصوص حالة ما أو واقعة معينة.

رابعا : التمييز بين النقص التشريعي والانحراف التشريعي

يعرف الانحراف التشريعي بأنه سلوك قانوني سلبي او إيجابي[٣] ، في حين يعرفه البعض هو قيام السلطة التشريعية بإصدار قانون مخالف للهدف الذي من اجله منحت هذه السلطة او هو قيام المشرع باستخدام سلطته التقديرية لتحقيق أغراض واهداف غير التي منحت تلك السلطة لأجلها[٤] .

وبذلك نجد ان الانحراف التشريعي المشرع فيه ينحرف عن الغاية والهدف الذي منحت له السلطة لإصداره لذلك فهو يمتاز بصعوبة اثباته كونه امر استنباطي يستلزم البحث عن نوايا المشرع وغايته من اجل الكشف عن هدفه [٥] .

خامسا: التمييز بين النقص التشريعي والتناقض والتعارض

يعد التعارض والتناقض الذي يصيب النص التشريعي من العيوب التي تطال القاعدة التشريعية ، وقد يتسبب في التناقض بين نصوص التشريع الواحد او بين نصوص تشريعين او اكثر مما يستلزم ترجيح احد التشريعات على الأخرى[٦].

حيث إنّ التعارض بين النصوص القانونية قد يكون بين نصوص تشريع واحد، أي بين نصين فيه أو اكثر، او بين نصين تشريعيين مختلفين في موضوعهما العام ،أو بين نصوص اكثر من تشريعين[٧].

---

[١]) توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، ط٢ ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، بلا مكان نشر ، ١٩٨١ ، ص٩٧.

[٢]) د. عبد الحفيظ علي الشيمي ، رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا ، دراسة مقارنة ، ط١ ، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠٠٣ ، ص١٤٠ .

[٣]) Geny, Francois, Method d'interprotation et sources en droit prive positif, 2me ed., nouvead triage, T.2, L.G.D.J., Pares, 1954, p.366.

[٤]) عبد المنعم عبد الحميد شرف ، المعالجة القضائية والسياسية لعيب الانحراف التشريعي ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص١٣ .

[٥]) ميسون طه حسين ، انحراف البرلمان في ممارسة وظيفته التشريعية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠٠٩ ، ص١٢٧ .

[٦] د. رافد خلف هاشم البهادلي ود. عثمان سليمان غيلان العبودي، التشريع بين الصناعة والصياغة، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠١٢، ص٦٧.

[٧] د. عابد فايد عبدالفتاح فايد، الوجيز في مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧-٢٠٠٨، ص١٩٥.

حيث قد يحصل التعارض بين نصوص تشريعية تتفاوت في قوة الزاميتها ودرجاتها، كما لو حصل التفاوت بين نص دستوري ونص عادي؛ فان التشريع الاسمى (الدستور) هو الذي يطبق اعمالاً لقاعدة تدرج القواعد القانونية ، او قد يحصل التعارض بين قواعد قانونية في مرتبة واحدة من حيث قوة الزاميتها ، كما لو حصل التعارض بين قانونين صادرين من السلطة التشريعية ذاتها، فيرجح في التطبيق القانون اللاحق لأنه اعتراف من المشرع برغبته في رفع التناقض ، اما اذا كان القانونين الصادرين من ذات الجهة ، صدرا أيضا بذات التاريخ ، ففي هذه الحالة نتجه الى اعتماد قواعد التفسير[١].

كما توجد حالة أخيرة التي يقترب فيها التعارض والتناقض مع النقص التشريعي عندما تصدر نصوص قانونية من درجة واحدة وفي ذات التاريخ صدرت ولكن التشريعين مختلفين ، ففي هذه الحالة لا نستطيع تفضيل احدهما على الاخر ويمتنع تطبيق احكامها لوجود التعارض ، وتقترب وتتشابه هذه الحالة من النقص التشريعي لان عدم العمل بها سيؤدي من حيث النتيجة الى نقص التشريع[٢] .

سادسا: التمييز بين النقص التشريعي والخطأ المادي

قد يتعرض النص القانوني الى بعض الأخطاء المادية كإضافة حرف زائد او انتقاص حرف مما يصبح معه النص غير مستقيم المعنى ، وقد يكون الخطأ في نص قانوني واحد او قد يقع في عدة نصوص[٣] .

والخطأ اما ان يكون لغوي او مطبعي بحيث لا يؤثر على جوهر النص ومضمونه وبالإمكان ازالته بتصحيحه لغويا عن طريق تصويب النص من قبل جهة إصداره دون حاجة الى إعادة التصويت عليه ، كونه لا يؤثر على معنى النص.

وقد يكون خطأً جوهرياً في التشريع فيغير معناه ويُسمّى الخطأ المعنوي حيث يمس جوهر النص التشريعي ولكي يتم إزالة هذا الخطأ ينبغي ان يتم اتباع ذات الطريقة التي استخدمت في تشريعه[٤] .

لذلك فأن النقص التشريعي يختلف عن الخطأ المادي الذي يرد على النص القانوني فقط ، اما النقص التشريعي فهو ينطبق على كل قواعد القانون ، كما يختلفان في طريقة علاج كل منهما كما اوضحنا .

---

[١] د. رافد خلف هاشم البهادلي ود. عثمان سليمان غيلان العبودي ، مصدر سابق ، ص٧١ .

[٢] Hans Kelsen, Pure theory of law translated from the second german edition by Max Knight, University of California press, Losangelss, U.S.A., 1978, p.244.

[٣] د. رمضان ابو السعود، مقدمة القانون المدني، ط٣، بلا ناشر ، بلا مكان نشر، ١٩٨١، ص٥٨٠.

[٤] د. حسام الدين كامل الاهواني، اصول القانون، بلا ناشر، القاهرة، ١٩٨٨، ص١١٨.

المطلب الثاني
دور المحكمة الاتحادية العليا في معالجة النقص التشريعي

ان الدور الرئيسي للقاضي الدستوري هو الاصلاح التشريعي من خلال التفسير الذي يمارسه في معرض اداء اختصاصاته الدستورية ولاسيما الرقابة على دستورية القوانين اذ يعمل القاضي الدستوري على محاولة التقليل من الاحكام الصادرة بعدم الدستورية وذلك من خلال دوره في معالجة الغموض والقصور التشريعي للنصوص القانونية وذلك باتباع اسلوب التفسير القضائي بالإضافة الى الوسائل الأخرى المتاحة لها.

حيث ان المحكمة ملزمة في البت في القضية المعروضة امامها ، حتى في حالة افتقار وجود النص القانوني استنادا لقاعدة احقاق الحق وعدم جواز الامتناع عن احقاقه بحجة عدم وجود قاعدة قانونية تحكمه ، ففي البدء يقع على عاتقها تكييف الواقعة محل النزاع ، ثم اذا تأكدت وجود نقص في القانون يجعلها عاجزة عن التطبيق على تلك القاعدة تحاول ان تسد هذا النقص عن طريق احد الوسائل التي يتبعها .

فيشترط على المحكمة ان لا تعتمد كليا على التشريع الذي قد ينتابه النقص وتصبح مهنتها الية ، بل ينبغي عليها ان تجري عملية تفاعل ذهني ونفسي من اجل الوصول الى مدى توافق تلك النصوص مع مختلف القضايا وسنحاول في هذا المطلب تحديد الوسائل التي تتبعها المحكمة الاتحادية العليا لسند النقص التشريعي ومن ثم نتطرق الى اهم تطبيقاتها بهذا الخصوص من خلال فرعين وكالاتي :

الفرع الأول
الوسائل التي تتبعها المحكمة الاتحادية العليا لمعالجة النقص التشريعي

ان عمل المحكمة الاتحادية العليا لسد النقص التشريعي هو عملاً قضائيا من صميم واجبها، وذلك لان النقص التشريعي من المسائل التي يجب ان لا يسهى عنها القضاء الدستوري وهو يمارس مهمته في الرقابة على دستورية القوانين ، وذلك لان النقص التشريعي له تأثير واضح على الضمانات الدستورية التي يجب التمتع بها فضلا على تأثيره على مبدأ المساواة حيث ان أي نقص سواء اكان عمدا او اهمالا هو عبارة عن تجاوز البرلمان لسلطته حيث المحكمة ملزمة بالفصل في النزاع من دون ان تفرض عليها وسيلة محددة تتمكن من خلالها في سد النقص التشريعي اذا وجد ، ففي حالة وجود تشريع واضح ينبغي تطبيقه ، اما اذا كان يعتريه النقص او الغموض فيجب أولا التعمق في نصوصه ، واتباع الوسائل التي من خلال تتمكن المحكمة من سد النقص وكالاتي[1]:

أولا: طريقة الاستنباط

تسعى المحكمة الاتحادية العليا عند عدم وجود قاعدة قانونية الى طريقة الاستقراء والاستنباط لتطبيقها اذ يجب عليها تحليل الاحكام الجزئية من اجل الوصول الى المبدأ العام

[1]) ان الشريعة الإسلامية قد استخدمت عدة وسائل لمعالجة وسد النقص التشريعي من ابرزها صلاحية القاضي بتخصيص عموم النص والتقيد بالمصلحة كلما استلزمت العدالة ذلك ، مبدأ تغير الاحكام بتغير الازمان ، وحرية مناقشة حكم القاضي ، وعدم تغيير حكم القاضي للواقعة ، ودوران الحكم مع علته وجودا وعدما . وعدم تفويت النص لمصلحة اهم ، وللمزيد ينظر د. مصطفى الزلمي ، المبادئ العامة لعدالة القضاء في الإسلام ، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية ، دار الحكمة ، بغداد ، عدد ٢/ سنة ١٩٩٩ ، ص٢٨

الذي يحكم تلك الاحكام الجزئية ويعد الاستنباط منهج تقليدي معروف من مناهج الاستدلال في علم المنطق ، كما يعد الاستدلال منهج مهم من المناهج التجريبية الذي يقوم على البحث العلمي ، وتعد هذه الطريقة من اهم الطرق التي تتبعها المحكمة للوصول الى تحليل القواعد الجزئية ، ومن مجموع هذه القواعد تبرز القاعدة العامة التي توصلنا الى المبدأ العام [١] .

ثانيا : الاستدلال بطريق الاستنتاج

ان هذا المنهج يستلزم حسم الدعوى عن طريق الاستدلال بطريق الاستنتاج ، وهنا يكون دور المحكمة تطبيق القاعدة القانونية العامة المجردة على الحالات الجزئية والتفصيلية التي ينظر بها ، لأننا نعلم ان القاعدة القانونية تتصف بالعموم والتجريد لذلك يستلزم تطبيقها في الحكم القضائي عند توفر الشروط اللازمة لتطبيق النص القانوني[٢] .

ثالثاً : التفسير القضائي

تلعب المحكمة دورا مهما في تفسير النصوص القانونية المراد تطبيقها لما لها من أهمية من الناحية العملية ، بما تمتلكه المحكمة من سلطة بالرقابة على دستورية القوانين ، حيث ان الاجتهاد القضائي يلعب دور بارز في تطبيق القانون ، فهو يعد وسيلة تمارس بها المحكمة مهامها الأساسية.

كما يلعب التفسير القضائي دورا مهما في تطوير النصوص القانونية عبر الإشارة الى مواطن الخلل والنقص في تلك النصوص .

غير ان هناك حالات تصيب النص القانوني تستلزم معالجتها عن طريق التفسير الذي تلجأ اليه المحكمة كحالة الخطأ المادي[٣] والتعرض والغموض[٤] والخطأ القانوني [٥] والنقص التشريعي الذي يتميز بإغفال لفظ او نص بحيث لا يستقيم الحكم بدونه وقد يكون هناك خلل في الصياغة قد تكون مقصودة حسب ما تقتضيه السياسة التشريعية وقد تكون القواعد العامة مجردة مما يستلزم الدخول في تفاصيلها[٦] .

حيث ان العمل القضائي في هذه الحالة يعالج النقص التشريعي عن طريق الاستدلال باستنتاج القاعدة القانونية العامة المجردة وتطبيقها على جزئية والمتضمنة بها الحكم القضائي.

وتستعين المحكمة لسد النقص التشريعي عن طريق التفسير بالاتي :

١- طرق التفسير الداخلي حيث ان المحكمة تستعين بالنص نفسه دون ان تلجأ الى وسائل خارجية ، عن طريق الاستعانة بالمعني والدلالات اللغوية والاصطلاحية باستنباط

---

[١]) د. ثروت انيس الاسيوطي ، مبادئ الحق ، ج١ ، بلا ناشر ، القاهرة ، بلا سنة نشر ، ص٣٩٧

[٢]) د. علي جمعة محارب ، مصدر سابق ، ص٨٢ .

[٣]) ويراد بالخطأ المادي ان يرد حرف او لفظ زائد او تسقط كلمة سهواً ولا يستقيم المعنى الا بتصحيح الخطأ المادي وللمزيد ينظر : عليوة مصطفى فتح الباب ، الوسيط في صياغة وتفسير التشريعات ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، القاهرة ، مصر ، ٢٠١٢ ، ص٣٢٧ .

[٤]) وهو الخطأ غير المقصود الذي تدل عليه قواعد القانون والذي يستلزم تصحيحه وللمزيد ينظر : همام محمد محمود ، المدخل الى القانون ، منشأة المعارف ، مصر ، ٢٠٠١ ،ص ١٦٣ .

[٥]) وهو ما يتضمن في احكام تشريعين واختلاف في احكامهما للمزيد ينظر : حسن محمود محمد حسن ، مصدر سابق ، ص٢٧١ .

[٦])عليوة مصطفى فتح الباب ، مصدر سابق ، ٣٧١ .

المعاني لأنه كما نعلم ان النص التشريعي يوضع لتحقيق مبتغى واحد ، فلابد للمحكمة ان تولي النص مزيدا من التأمل والتعمق [١] .

او قد تلجأ المحكمة الى تفسير النص جملة واحدة دون تجزئته، وفهم معاني النص اجمالا بفقراته كلها التي تكمل بعضها البعض[٢] .

٢- طرق التفسير الخارجي : وهي الوسائل التي تستعين بها المحكمة خارج اطار النص القانوني وهي عدة وسائل كالاستناد الى حكمة التشريع أي الغاية التي كان يروم المشرع الوصول اليها من خلال وضع النصوص القانونية ، فلكل نص قانوني غاية وهدف يسعى المشرع للوصول اليه ، والمحكمة تتوصل الى تلك الغاية من اجل سد النقص التشريعي[٣].

او قد تلجأ الى تقريب النص التشريعي عن طريق القيام بالتفسير بطريقة منطقية من خلال البحث عن النظام القانوني جملة وتفصيلا ، فلا توجد قاعدة قانونية مستقلة ومنفصلة عن النظام القانوني ككل حيث هناك ترابط وتنسيق بينهما وهذا ما تبحث عنه المحكمة لغرس سد النقص التشريعي [٤] .

او قد تستعين بالمصادر التي لجأ اليها المشرع لوضع النص القانوني كأن يكون مصدر القانون الشريعة الإسلامية او قانون عربي او اجنبي ، لان القانون يستمد من مصادر فيجب الرجوع الى تلك المصادر[٥] .

او قد تسترشد المحكمة بالأعمال التحضرية والمذكرات الايضاحية للقانون وهي مجموعة الوثائق التي اعدت اثناء التشريع والمناقشات التي قامت بها اللجان البرلمانية قبل صيرورة القانون نهائي ، فتكون للأعمال التحضيرية أهمية في سد النقص القانوني[٦] .

وأخيرا قد تلجأ الى الظروف المحيطة بإصدار القانون كالظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والعوامل التي ساهمت في ولادة القانون ، لأنه نعلم جيدا ان القانون لا يوجد الا لسد حاجة ومتطلبات المجتمع ولمعالجة ظروفه[٧] .

---

[١] عمار عوايدي ، قضاء التفسير ، دار هومة ، الجزائر ، ٢٠٠٢ ، ص٣٤.

[٢] عمار بو ضياف ، المدخل الى العلوم القانونية ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، ٢٠٠٧ ، ص٢٠٨ .

[٣] عصمت عبد المجيد ، مجلس الدولة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط١ ، بلا ناشر ، العراق ، ٢٠١٣ ، ص١٠٩ .

[٤] عباس قاسم مهدي ، الاجتهاد القضائي ، ط١ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٥ ، ص١٥٨ .

[٥] ادريس العلوي العبدلاوي ، أصول القانون ، ج١ ، نظرية القانون ، دار القلم ، بلا مكان نشر ، ١٩٧١ ، ص٥٦٥ .

[٦] عباس قاسم مهدي ، مصدر سابق ، ٢٥٤ .

[٧] ادريس العلوي العبدلاوي ، مصدر سابق ، ص٥٦٦ .

الفرع الثاني
التطبيقات القضائية لمعالجة النقص التشريعي

لعب القضاء الدستوري في العراق المتجسد بالمحكمة الاتحادية العليا دورا مهما وبارزا في معالجة وسد النقص التشريعي الذي ينتاب النصوص القانونية اثناء ممارسة مهمته الأساسية في الرقابة على دستورية القوانين ، حيث ان البعض من القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية قد ينتابها النقص والغموض كونها من صنيعة البشر ، ولكن كان للمحكمة الاتحادية الدور الفعال في سد هذا النقص من خلال اتباع طريقتين وكالاتي :

الطريقة الأولى : بموجب هذه الطريقة تتبع المحكمة الوسائل التي ذكرناها في الفرع السابق من خلال الاستنباط والاستنتاج والتفسير الذي ساهم وبدرجة كبيرة في معالجة النقص وتلافيه وإعادة الحياة والفعالية الى تلك القوانين ، أي ان في ظل هذه الطريقة المحكمة تأخذ على عاتقها سد النقص التشريعي[١] ومن تلك الاحكام التي اتبعت فيها المحكمة هذه الطريقة على سبيل المثال لا الحصر :

١- أصدرت المحكمة الاتحادية العليا حكما عندما طلب مجلس النواب تفسير بعض النصوص الدستورية ومنها المادة (١١٥) من دستور ٢٠٠٥ الذي اكمل النقص الحاصل في التشريعات وأعطى صلاحية لمجلس المحافظات بسن التشريعات المحلية ، حيث تجد المحكمة ان من القواعد التي تتبع في تفسير أي مادة في تشريع ما وجوب دراسة كل مواد ذلك التشريع للوصول الى فلسفة وهدف ذلك التشريع الذي أراده المشرع . كما أوضح وفي ذات القرار ان نسبة تمثيل النساء في مجالس المحافظات هي ذات النسبة التي نص عليها الدستور في مجلس النواب الاتحادي[٢] وهي لا تقل عن ربع عدد أعضاء مجلس المحافظات لان القوانين الانتخابية لمجالس المحافظات لم تنص على ذلك ، والمحكمة تجد ان ذلك ما يجب العمل عليه نظراً لوحدة الهدف ولوحدة الاختصاصات في المجال التشريعي اذ تلمس روح الدستور وغاية النصوص الدستورية تجاه المرأة فأوجد حكما يعد بمثابة تشريع مكمل للقوانين النافذة التي تتعلق بالانتخابات[٣] .

٢- أصدرت المحكمة الاتحادية العليا بعد ان استوضح منها مجلس محافظة كركوك عن مفهوم (الكثافة السكانية) الواردة في المادة (٤/رابعا) من الدستور المتعلقة باللغات المستعملة في جمهورية العراق ، وبعد رجوعها الى المعاجم اللغوية حكما يقضي بأن تعبير (الكثافة السكانية) ينصرف الى الجماعات التي تشكل ثقلا وظهورا بارزا في المدن المتكونة من عدة قوميات ويكون لتلك الجماعات تأثيرها على مسيرة المجتمع ومشاركتها في حركته وحيث ان ذلك ينطبق على التركمان وعلى الناطقين باللغة السريانية في محافظة كركوك فيكونان ضمن مفهوم (الكثافة السكانية) وبذلك الزم السلطات باعتماد اللغات السريانية والتركمانية

---

[١]) القاضي سالم روضان الموسوي ، دور الق ضاء الدستوري العراقي في معالجة النقص التشريعي ، مقال منشور على شبكة النبأ الالكترونية على الموقع الالكتروني www.annabaa.org

[٢]) ينظر المادة (٤٩/رابعا) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ .

[٣]) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ١٣/ اتحادية /٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٧/٣١.

في المناطق التي فيها كثافة سكانية للمكونات التركمانية والسريانية حينما لم يصدر قانون ينظم ذلك فكان القرار علاجا لذلك النقص التشريعي[١] .

٣- أصدرت المحكمة الاتحادية العليا حكماً يقضي بتحديد مفهوم الأغلبية البرلمانية التي يجب توافرها عند التصويت على القرارات الخاصة برفع الحصانة وعالجت بذلك النقص التشريعي لعدم وجود نص قانوني يوضح الالية الأغلبية المطلوبة [٢] .

٤- أصدرت المحكمة الاتحادية العليا حكما ينص على ان جعل الجلسة الأولى لمجلس النواب مفتوحة الى زمن غير محدد ودون سند دستوري وقانوني قد يشكل خرق ، لذلك الغت هذا الاتجاه ، وينبغي لمجلس النواب ان يستأنف اعماله ويعقد جلساته دون تعليقها وجعلها مفتوحة ، حيث يعد ذلك امر تنظيمي يتضمن كيفية انتهاء جلسات مجلس النواب لعدم وجود نص قانوني في النظام الداخلي لمجلس النواب يوضح تلك الالية فجاء قرار المحكمة لسد ذلك النقص التشريعي[٣] .

٥- أصدرت المحكمة الاتحادية العليا حكما بناء على طلب مجلس الوزراء يقضي بتحديد الكتلة النيابية الأكثر عددا لعدم وجود نص في التشريعات النافذة يوضح ذلك فكان القرار عبارة عن نص قانوني من اجل قيام المحكمة الاتحادية العليا بمعالجة النقص الحاصل في التشريع بما يتفق والهدف الذي تسعى لتحقيقه المحكمة بتدارك نقص التشريع[٤].

الطريقة الثانية : بموجب هذه الطريقة تكون للمحكمة الاتحادية العليا وسيلة أخرى لمعالجة النقص التشريعي استنبطناها من دراسة احكامها وتحليلنا لها ، حيث هي لا تتدخل بنفسها لسد ومعالجة النقص التشريعي ، انما تتبع طريقة التوجيه والايعاز، فعندما تكتشف المحكمة الاتحادية بأن ثمة نقص تشريعي يعتري النص القانوني لا تقوم بسد ومعالجة هذا النقص انما يكون عن طريق الايعاز الى السلطة التشريعية للتدخل لمعالجة هذا النقص التشريعي بالطرق والوسائل المتاحة له كالتعديل او الإلغاء، وبذلك فأن السلطة التشريعية تكون ملزمة بقرارات المحكمة الاتحادية العليا كون قراراتها باتة وملزمة للسلطات كافة[٥] .

ومن القرارات الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا بهذا الخصوص على السبيل المثال لا الحصر ما يلي :

---

[١]) قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ١٥/اتحادية/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٤/٢١ .

[٢]) قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٢٧/اتحادية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٨/١١ وكذلك القرار بالعدد ٩/اتحادية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٢/٥ الذي حدد الية عمل رئاسة مجلس النواب عند خلو منصب الرئيس اثناء دورة الانعقاد حيث سد النقص التشريعي الذي جاء النظام الداخلي لمجلس النواب خالي من النص على تلك الالية ، والقرار بالعدد ٩٠/ اتحادية / ٢٠١٩ في ٢٠٢١/٤/٢٨ الذي حدد مفهوم الأغلبية المطلقة والبسيطة اللازمة لاتخاذ قرارات مجلس النواب .

[٣]) قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٥٦/اتحادية/٢٠١٠ في ٢٠١٠/١٠/٢٤ .

[٤]) قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٢٥/ اتحادية /٢٠١٠ في ٢٠١٠/٣/٢٥ والقرار ٤٥/اتحادية/ ٢٠١٤ في ٢٠١٤/٨/١١ والقرار في ٢٠١٩/١٢/٢٢ .

[٥]) ينظر المادة (٩٤) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ .

١- أصدرت المحكمة الاتحادية العليا حكماً يقضي بضرورة تدارك النقص الحاصل من قبل المشرع الذي لم يوضح الية انتخاب رئاسة النواب في حالة خلو المنصب من خلال تحديد تلك الالية من قبل المشرع في النظام الداخلي لمجلس النواب ، فنجد ان المحكمة لم تتوجه في قيامها بسد النقص التشريعي عن طريقها ، انما اوعزت للمشرع ذاته لتدارك هذا النقص[١] .

٢- أصدرت المحكمة الاتحادية العليا حكماً يقضي بضرورة قيام مجلس النواب بمعالجة النقص التشريعي الحاصل في قانون الانتخابات وان يتم تحديد كوتا الأقليات من جميع مكونات الشعب العراقي ، اذ وجدت المحكمة ان هناك نقص يعتري قانون الانتخابات ولم يتطرق الى كوتا الأقليات ، فلم تعالج هذا النقص انما اقتصرت على كشفه والايعاز لمجلس النواب بمعالجته[٢] .

٣- أصدرت المحكمة الاتحادية العليا حكماً يقضي بالزام مجلس النواب العراقي بالأخذ بكل الآراء الفقهية للمذاهب والفقهاء المسلمين عندما يصدر قانون الأحوال الشخصية كون تلك الآراء الفقهية الإسلامية لها دور بارز في تنظيم مسائل الاسرة ، فعندما وجدت المحكمة الاتحادية ان النقص واضح في النصوص التشريعية لم تعالجه وانما احالت الى السلطة التشريعية معالجته بوسائلها المعروفة[٣] .

كما اوضحنا ان هذه القرارات التي تم ذكرها انما هي نماذج على سبيل المثال لا الحصر للدور المهم والفعال الذي لعبته المحكمة الاتحادية العليا سعياً منها لمعالجة النقص التشريعي الذي يشوب النصوص القانونية لا سيما اذا علمنا ان مجلس النواب هو حديث العهد في التشريع وقد يصدر قوانين تشوبها النقص والغموض ، فلا بد ان تكون هناك جهة تعمل على معالجة ذلك النقص او تقتصر على كشفه والاحالة الى مجلس النواب لمعالجته ، وتتبع في تحقيق ذلك كافة الوسائل المتاحة لها العقلية والمنطقية والنقلية .

[١]) قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ١٠/اتحادية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٥/٢٦.

[٢]) قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٦/ اتحادية / ٢٠١٠ وكذلك قرار المحكمة بالعدد٧/ اتحادية / ٢٠١٠ في ٢٠١٠/٣/٣ الخاص بكوتا المكون الصابئي المندائي .

[٣]) قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٥٩/اتحادية/٢٠١١ في ٢٠١١/١١/٢١.

الخاتمة

بعد ان انتهينا من كتابة بحثنا الموسوم (دور المحكمة الاتحادية العليا في سد النقص التشريعي) توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات التي سوف نتطرق اليها وكالاتي:

الاستنتاجات:

١- برزت عدة تعاريف لتحديد مفهوم النقص التشريعي وكل تلك التعاريف لم تكن جامعة مانعة لتحديد مفهوم النقص التشريعي الذي يحول دون وضوحه وتحديد مفهومه .

٢- قد يختلط مفهوم النقص التشريعي مع مفاهيم قد تقترب منه من حيث المعنى ومفاهيم قد تختلف عنه فحاولنا توضحيها لتمييز النقص التشريعي عن غيره .

٣- على الرغم من ان المهمة الأساسية للمحكمة الاتحادية العليا هي الرقابة على دستورية القوانين الا انها تعتمد طرق عدة لسد النقص التشريعي لأنها ملزمة بالت بالدعاوي المرفوعة امامها .

٤- تستخدم المحكمة الاتحادية لمعالجة النقص التشريعي طرق التفسير الداخلية والخارجية وتبذل مجهود كبير لأهمية تفسيرها القضائي في سد العجز الذي يعتري القانون .

٥- تلجأ المحكمة الاتحادية العليا بما متاح لها من الوسائل ان تقوم بسد ومعالجة النقص التشريعي عن طريق الاحكام التي تصدرها .

٦- قد تكتفي المحكمة الاتحادية العليا بالكشف عن النقص الذي يعتري القانون ، ومن ثم تحيل الى السلطة التشريعية بمعالجة ذلك النقص من خلال قوتها الإلزامية لكافة سلطات الدولة .

التوصيات :

١- يعد موضوع النقص التشريعي الذي قد يعتري بعض النصوص القانونية من المواضيع التي تعد غاية في الأهمية لذا نقترح ان تكون هناك اهتمام بتحديد معناه وحالاته وكيفية معالجته .

٢- ينبغي ان يتم الفصل بين النقص التشريعي الذي يشوب النص القانوني وبين الحالات الأخرى المشابهة والمرادفة للنقص التشريعي كالغموض والفراغ والانحراف التشريعي .

٣- نقترح ان تختص المحكمة وهي في صدد قيامها بممارسة مهمتها الأساسية ان تقوم بمعالجة وسد النقص التشريعي لما لها من إمكانيات ووسائل تفسيرية في معالجة النقص التشريعي مباشرة ولما لأحكامها من قوة الزامية في مواجهة السلطات كافة .

٤- لا نؤيد الاتجاه الثاني الذي تسير به المحكمة الاتحادية العليا من الاكتفاء بالكشف عن النقص التشريعي واحالته الى السلطة التشريعية لإكماله ، لان ذلك سوف يأخذ وقت ، وقد تماطل السلطة التشريعية في سد ومعالجة النقص التشريعي .

المصادر

كتب اللغة:

١- أبو الحسين احمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، رتبه وصححه إبراهيم شمس الدين ، ط١ ، شركة الاعلمي للمطبوعات ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٢١

٢- الراغب الاصفهاني، مفردات الفاظ القرآن، مادة (نقص)، تحقيق: صفوان عدنان داوودي، ط١، منشورات طليعة النور، قم المقدسة، ايران، سنة ١٤٢٦ه.

الكتب القانونية :

١- ادريس العلوي العبدلاوي ، أصول القانون ، ج١ ، نظرية القانون ، دار القلم ، بلا مكان نشر ، ١٩٧١.

٢- توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، ط٢ ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، بلا مكان نشر ، ١٩٨١ .

٣- د. ثروت انيس الاسيوطي ، مبادئ الحق ، ج١ ، بلا ناشر ، القاهرة، بلا سنة نشر .

٤- د. حسام الدين كامل الاهواني، اصول القانون، بلا ناشر، القاهرة، ١٩٨٨

٥- د. رافد خلف هاشم البهادلي ود. عثمان سليمان غيلان العبودي، التشريع بين الصناعة والصياغة، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠١٢.

٦- د. رمضان ابو السعود، مقدمة القانون المدني، ط٣، بلا ناشر ، بلا مكان نشر، ١٩٨١.

٧- د. سليمان مرقص ، شرح القانون المدني ، المجلد الأول ، بلا ناشر ، القاهرة ، ١٩٩٣.

٨- د. عادل يوسف الشكري ، فن صياغة النص العقابي ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٧.

٩- د. عابد فايد عبدالفتاح فايد، الوجيز في مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧-٢٠٠٨.

١٠- عباس قاسم مهدي ، الاجتهاد القضائي ، ط١ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٥.

١١- د. عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٨٩.

١٢- د. عبد الحفيظ علي الشيمي ، رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا ، دراسة مقارنة ، ط١ ، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠٠٣.

١٣- عصمت عبد المجيد ، مجلس الدولة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط١ ، بلا ناشر ، العراق ، ٢٠١٣.

١٤- عليوة مصطفى فتح الباب ، الوسيط في صياغة وتفسير التشريعات ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، القاهرة ، مصر ، ٢٠١٢.

١٥- عمار بو ضياف ، المدخل الى العلوم القانونية ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، ٢٠٠٧.

١٦- عمار عوايدي ، قضاء التفسير ، دار هومة ، الجزائر ، ٢٠٠٢.

١٧- د. عوض محمد عوض ، الفقه والقانون ومناطق الفراغ ،بلا ناشر ، الإسكندرية ، بلا سنة نشر.
١٨- فخر الدين الطريحي ، معجم مجمع البحرين ، ضبطه وصححه نضال علي ، ط١ ، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٩.
١٩- محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مادة (نقص)، دار الرسالة، الكويت، سنة ١٤٠٢هـ-١٩٨٢.
٢٠- د. محمد علي عرفه، مبادئ العلوم القانونية، مكتبة عبدالله وهبة، بلا مكان نشر، ١٩٤٢.
٢١- مجد الدين الفيروز آبادي، المعجم الوسيط ، مادة (نقص)، بلا ناشر ، مصر ، ١٤٠٥ه-١٩٨٥ .
٢٢- د. مصطفى النشار، نظرية المعرفة عند ارسطو، ط٤ ، دار قباء، القاهرة، بلا سنة نشر.
٢٣- نجاة بضراني ، مدخل لدراسة القانون ، ط٢ ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ،٢٠٠١.
٢٤- همام محمد محمود ، المدخل الى القانون ، منشأة المعارف ، مصر ، ٢٠٠١.

الرسائل الجامعية والاطاريح :

١- جواهر العبدالله ، الرقابة الدستورية على الاغفال التشريعي ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة البحرين ، ٢٠١٦.
٢- ميسون طه حسين ، انحراف البرلمان في ممارسة وظيفته التشريعية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠٠٩ .
٣- حسن محمود محمد حسن ، دور القاضي في خلق القاعدة القانونية ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، جامعة أسيوط ، ٢٠٠٥.
٤- عبد المنعم عبد الحميد شرف ، المعالجة القضائية والسياسية لعيب الانحراف التشريعي ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠١.

البحوث القانونية :

١- ضياء شيت خطاب، فن القضاء، بحث منشور في معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، بغداد، ١٩٨٠ .
٢- د. علي جمعة محارب، دور الاجتهاد القضائي في تطوير القاعدة القانونية، بحث منشور في مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقيين، ع١، ٢، س٤٦، بغداد، سنة ١٩٩١.
٣- محمد صالح القويزي، انواع التفسير وطرقه والقواعد العامة في تطبيقه، بحث منشور في مجلة القضاء ، نقابة المحامين العراقيين، ع٣، س٢٥، سنة ١٩٧٠.
٤- د. مصطفى الزلمي ، المبادئ العامة لعدالة القضاء في الإسلام ، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية ، دار الحكمة ، بغداد ، عدد ٢/ سنة ١٩٩٩.

المصادر الأجنبية:

١- Claus – Wilhelm Canaris, Die feststellung von lücken im Gesetz, Zweite, überarbeitete Auflage, Duncker & Humblot. Berlin, germany, 1983.

٢- Geny, Francois, Method d'interprotation et sources en droit prive positif, 2me ed., nouvead triage, T.2, L.G.D.J., Pares, 1954.
٣- Hendrik Jan Van Eikema Hommes, Major trends in the history of Leg philosophy, N.H.P.C., Amsterdam, Holland, 1979.
٤- Hans Kelsen, Pure theory of law translated from the second german edition by Max Knight, University of California press, Losangelss, U.S.A., 1978.

المصادر المترجمة :

١- س.ف . كاناريز، سد الفراغ في القانون ، وموقف النظام القانوني الالماني منه، ترجمة: د. عبد الرسول الجصاني، بحث منشور في مجلة القضاء ، نقابة المحامين العراقيين، العدد الاول، السنة الثامنة والعشرون، مطبعة العاني، بغداد، سنة ١٩٧٣.

المصادر المنشورة على شبكة الانترنيت :

١- القاضي سالم روضان الموسوي ، دور القضاء الدستوري العراقي في معالجة النقص التشريعي ، مقال منشور على شبكة النبأ الالكترونية على الموقع الالكتروني www.annabaa.org

قرارات المحكمة الاتحادية العليا :

١- قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ١٣/ اتحادية /٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٧/٣١.
٢- قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ١٥/اتحادية/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٤/٢١ .
٣- قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٩/اتحادية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٢/٥.
٤- قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ١٠/اتحادية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٥/٢٦.
٥- قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٢٧/اتحادية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٨/١١ .
٦- قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٦/ اتحادية / ٢٠١٠ في ٢٠١٠/٣/٣ .
٧- قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٧/ اتحادية / ٢٠١٠ في ٢٠١٠/٣/٣ .
٨- قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٢٥/ اتحادية /٢٠١٠ في ٢٠١٠/٣/٢٥ .
٩- قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٥٦/اتحادية/٢٠١٠ في ٢٠١٠/١٠/٢٤ .
١٠- قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٥٩/اتحادية/٢٠١١ في ٢٠١١/١١/٢١.
١١- قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٤٥/اتحادية/ ٢٠١٤ قي ٢٠١٤/٨/١١.
١٢- قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٩٠/ اتحادية / ٢٠١٩ في ٢٠٢١/٤/٢٨.