القصور التام بالتشريع الاسباب والمعالجات
(دراسة تحليلية مقارنة)

الباحث احمد عبدالزهرة محمد
قسم القانون / كلية القانون/جامعة الاديان والمذاهب/ايران
ahmedalebadi91@gmail.com

أ.م.د حسين زروندي
كلية القانون /جامعة الاديان والمذاهب / ايران
Sarab1041361@gmail.com

الكلمات المفتاحية: القصور التام – التشريع – الاثر – الاسباب – المعالجات – تحليلية مقارنة.

كيفية اقتباس البحث

محمد ، احمد عبدالزهرة، حسين زروندي، القصور التام بالتشريع الاسباب والمعالجات (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة مركز بابل للدراسات الانسانية، أيلول ٢٠٢٥،المجلد:١٥ ،العدد:٥ .

هذا البحث من نوع الوصول المفتوح مرخص بموجب رخصة المشاع الإبداعي لحقوق التأليف والنشر (Creative Commons Attribution) تتيح فقط للآخرين تحميل البحث ومشاركته مع الآخرين بشرط نَسب العمل الأصلي للمؤلف، ودون القيام بأي تعديل أو استخدامه لأغراض تجارية.

مفهرسة في Indexed
IASJ

مسجلة في Registered
ROAD

Complete deficiency in legislation causes and remedies (comparative analytical study)

Researcher Ahmed Abdul Zahra Mohammed
Diwan of Babylon Governorate
College of Law / University of Religions and Sects / Iran

Asst. Prof. Dr. Hussein Zarundi
Faculty of Law / University of Religions and Sects / Iran

Keywords : Total deficiency - legislation - effect - causes – treatments.

How To Cite This Article
Mohammed, Ahmed Abdul Zahra , Hussein Zarundi , Complete deficiency in legislation causes and remedies (comparative analytical study),Journal Of Babylon Center For Humanities Studies, September 2025,Volume:15,Issue 5.

This is an open access article under the CC BY-NC-ND license (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

Abstract

The subject of complete legislative deficiency is one of the important subjects related to determining the legislative jurisdiction of the legislative authority and stating the most important reasons for deficiency in this jurisdiction, reaching appropriate treatments for it with the aim of applying constitutional texts and preserving them from being violated by the legislator and supporting the principle of constitutional legitimacy, which represent the solid pillar against legislative deficiency of the legislative authority, in addition to stating the impact that this legislative deficiency has on the reality of legislation and ensuring the real protection of rights and freedoms, as this will be addressed by stating the concept of legislative deficiency in general and the meaning of complete legislative deficiency as one of the jurisdictions of the legislative authority and stating the most important reasons for this complete legislative deficiency and the impact it has in the field of legislation. The research will also shed light on the most important ways to address this

deficiency by confronting its causes and monitoring for it what is possible from therapeutic solutions in a way that ensures that this deficiency is filled and avoided and that the legislative authority performs its legislative duty in the best way to achieve what society aspires to in terms of urgent public needs and interests.

الملخص

يعد موضوع القصور التام بالتشريع من المواضيع المهمة التي لها علاقة بتحديد اختصاص السلطة التشريعية التشريعي وبيان اهم اسباب القصور في هذا الاختصاص وصولا الى المعالجات الملائمة له بهدف تطبيق النصوص الدستورية والمحافظة عليها من أن تنتهك من قبل المشرع وتدعيما لمبدأ الشرعية الدستورية، اللذان يمثلان الدعامة الرصينة ضد قصور التشريع للسلطة التشريعية، فضلاً عن بيان الأثر الذي يرتبه ذلك القصور التشريعي على واقع التشريعات وضمان تحقيق الحماية الحقيقية للحقوق والحريات، اذ سيتم تناول ذلك من خلال بيان مفهوم القصور التشريعي بشكل عام ومعنى القصور التام بالتشريع كأحد اختصاصات السلطة التشريعية وبيان اهم اسباب ذلك القصور التام بالتشريع والاثر الذي يحدثه في مجال التشريع وكذلك سيسلط البحث الضوء على اهم طرق المعالجة لذلك القصور من خلال مواجهة اسبابه ورصد لها ما يمكن من حلول علاجية بما يضمن سد ذلك القصور وتلافيه وقيام السلطة التشريعية بواجبها التشريعي على احسن وجه لتحقيق ما يصبوا اليه المجتمع من حاجات ومصالح عامة ملحة .

المقدمة

بما ان السلطة التشريعية تمثل اهم السلطات ومنشأ لكثير من القوانين القائمة عليها بقية السلطات .وبما ان الدستور يلزم السلطة التشريعية ممارسة اختصاصها بتشريع القوانين سواء كانت أساسية أو عادية، يفترض أن المشرع العادي يكون ملزم بتنفيذ ذلك الخطاب الدستوري في تشريع تلك القوانين، وحيث ان طبيعة الانسان دائما ما تكون قاصرة عند ادراك التطورات والامور المستقبلية تجد هناك خلل في تنفيذ تلك الإرادة الدستورية من قبل المشرع العادي وقد يكون ذلك الخلل راجعاً إلى إهمال أو تعمّد ذلك المشرع لأسباب سياسية وحزبية تحكم الظرف القائم، كل ذلك يعرف بالقصور التشريعي. ومن الجدير بالذكر نجد أن هناك العديد من القوانين التي ألزم الدستور العراقي الحالي لسنة ٢٠٠٥ السلطة التشريعية المتمثلة بمجلس النواب العراقي بإقرارها وتشريعها ، باتت معطلة ، اما بسبب قلة الخبرة التشريعية والصياغة التشريعية او نتيجة الإهمال والتعمد، كل ذلك صار نتيجة حتمية لكثير من التشريعات والقوانين الناقصة، او المفقودة غير المشرعة، ناهيك من إن اكثر التشريعات باتت في معرض كثرة التعديلات وعدم انضباط المشرع

العادي في إيجاد النص القانوني الكامل بسبب الخلل في المنظومة التشريعية نتيجة ذلك القصور التشريعي الواضح .

اولا : اهمية البحث

تكمن اهمية موضوع القصور التام بالتشريع في مجال القانون الدستوري بغية معالجة القصور التشريعي في اداء السلطة التشريعية ضمانا لقيامها باختصاصها التشريعي وفق ما ينبغي متمثلة في نطاق بحثنا في اداء مجلس النواب العراقي وما سببه في مجال التشريع من فوضى تشريعية واهمال لتشريع اهم القوانين الاساسية والضرورية لبناء الدولة والمصلحة العامة.

ثانيا : اهداف البحث

ان الهدف الرئيسي من دراسة هذا البحث هو تحديد اسباب القصور التام بالتشريع في العراق ووضع المعالجات المناسبة لها لغرض قيام السلطة التشريعية باختصاصها في مجال التشريع بأحسن وجه مقتفيين بذلك ما سلكته الانظمة الدستورية في الدول المقارنة التي نجحت بذلك.

ثالثا : اشكالية البحث

يثير موضوع القصور التام بالتشريع في العراق اشكاليات منها، إن هناك العديد من القوانين المهمة التي الزم الدستور العراقي السلطة التشريعية اقرارها لم تشرع منذ صدور دستور عام ٢٠٠٥ ولغاية الوقت الحاضر، بالإضافة الى اثر ذلك القصور الذي تسبب بنقص وفراغ تشريعي في اغلب التشريعات والتي تستدعي مجلس النواب اجراء التدخل التشريعي والذي سكت عنها ،اذ اصبح ذلك ظاهرة تكشف الستار عن قصور تشريعي تام واضح المعالم يتطلب معرفة اسبابه، والذي يحتاج الى معالجات جذرية وانية، ناتج عن عدم قيام تلك السلطة بدورها التشريعي المطلوب.

رابعا : منهج البحث

إن منهج البحث الذي سنتبعه في هذه الدراسة " القصور التام بالتشريع الاسباب والمعالجات " هو المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية والقرارات القضائية والآراء الفقهية الخاصة بموضوع البحث ووصف الظواهر والمشكلات وما هو مناسب لحل المشكلة بالإضافة الى المنهج المقارن بين القانون العراقي وقوانين الدول المقارنة المختارة.

خامسا : خطة البحث

سنتناول موضوع البحث (القصور التام بالتشريع الاسباب والمعالجات – دراسة تحليلية مقارنة) بمقدمة ثم ثلاث مطالب وخاتمة تتضمن نتائج ومقترحات ومن ثم ابرز المصادر والمراجع ، حيث سنتناول في المطلب الاول: مفهوم القصور التام بالتشريع. والمطلب الثاني: سنتناول فيه

اسباب واثر القصور التام بالتشريع وبعض شواهده. وسنخصص المطلب الثالث: طرق معالجة القصور التام بالتشريع.

المطلب الاول

مفهوم القصور التام بالتشريع

إن مسألة القصور في التشريع ستكون ظاهرة حتمية في ظل الظروف الطبيعية في كل مجتمع بحكم التطور في الحياة الذي هو ليس امراً جامداً او ثابتاً على حال معين لكي يأتي أي نص تشريعي ليحتويه بشكل كامل، لكن نزعة الانسان المتجددة والتقدم العلمي الواسع والهائل والمستمر لا يمكن ان يقف عند حد معين ولا يمكن للمشرع مهما كان حريصا وحصيفا ان يتنبأ الا على سبيل الافتراض كما نوهنا انفا وبما ان الافتراض قاصر ومحدود ونسبي لذا فان مسالة القصور مسالة واردة لها اسبابها بحسب طبيعة المشرع القاصرة، اوقد تكون مقصرة بسبب تعمد واهمال منه[١]. وبناء على ما تقدم سنقسم هذا المطلب الى ثلاث فروع سنتناول في الفرع الاول: تعريف قصور التشريع لغةً ، وفي الفرع الثاني: تعريف قصور التشريع اصطلاحا، وفي الفرع الثالث: المقصود من القصور التام بالتشريع اصطلاحاً وكما يأتي:

الفرع الاول

تعريف قصور التشريع لغة

ستناولنا في هذا الفرع التعريف اللغوي والاصطلاحي لمفردة القصور بشكل عام وفقا لآراء فقهاء اللغة والقانون تمهيدا الى بيان مفهوم القصور التشريعي ومفهوم القصور الرقابي للسلطة التشريعية وكما يأتي:

اولا: تعريف القصور لغةً:

التعريف اللغوي للقصور يرجع الى "مفردة القاصر العاجز عن الشيء يقال قصر فلان عن الشيء يقصر قصورا اذا عجز عنه ، واصل القصور عدم بلوغ نهاية الشيء ، ويأتي القاصر بمعنى الشخص غير العاقل فالصبي المعتوه والمجنون ومنه سمي قاصرا لأنه عاجز عن التصرف بنفسه، والانثى قاصره وقد يقال قاصره ايضا وجمعه قصر"[٢]. و" قصر يقصر قصورا عن الامر تركة " و"عجزا السهم عن الهدف لم يبلغه، وقصر يقصر قصرا أي قيد الجمل ضيقه في الصلاة أي ترك منها قسما ولم يصل الا قسما اما قصر الشيء أي حبسه، وقصر يقصر قصرا في الشي أي جعله قصيرا في البيت أي حبسه ،وفي الامر أي رده عليه "[٣]. و"القصر واحد، القصور وقولهم قصرك ان تفعل كذا ،وقصارك بفتح القاف فيهما ،وقصاراك بضم القاف أي غايتك واخر امرك ،وما قتصرت عليه ، والقوصرة بالتشديد ما يكنز فيه التمر من البوادي

وقد تخفف ، والقصرة بفتحتين اصل العتق والجمع ومنه وقرأ ابن عباس قوله تعالى انها ترمي بشرر كالقصر وفسره بقصر النخل يعني اعناقها ، وقصر الشيء أي عجز عنه ولم يبلغه وبابه دخل يقال قصر السهم عن الهدف ، وقصر الشيء بالضم ضد طال يقصر قصرا بوزن عنب، واقتصرت المرأة ولدت اولادا قصارا "[٤].

وقد وردت كذلك هذه المفردة في كتاب الله العزيز في قولة تعالى: { **وَإِذَا ضَرَبتُم فِى ٱلأَرضِ فَلَيسَ عَلَيكُم جُنَاحٌ أَن تَقصُرُوا مِنَ ٱلصَّلَوٰةِ إِن خِفتُم أَن يَفتِنَكُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُوٓا إِنَّ ٱلكَـٰفِرِينَ كَانُوا لَكُم عَدُوًّا مُّبِينا** }[٥]، وكذلك في قولة عز من قائل:{ **واخوانهم يَمُدُّونَهُم فِى ٱلغَىِّ ثُمَّ لَا يُقصِرُونَ** }[٦].

ثانيا: تعريف التشريع لغةً:

اصل التشريع لغةً يرجع الى "مادة شَرَعَ ، والشريعة والتشريع معناهما واحد في اللغة ، فهو مصدر من شرّع بمعنى سنّ الأحكام والقواعد للناس" [٧].ومصدر شّرع في لغة المحاكم "سن القوانين او طائفة القوانين في بلد من البلدان"، والتشريعي" المجلس التشريعي او السلطة التشريعية : الهيئة التي تسن القوانين في البلاد"[٨].والتشريع يعني "سن القوانين في حقل معين فتشريع العمل : تشريع يرمي الى حماية العمال ورفع مستواهم .وكذلك ادارة الفتوى والتشريع: هيئة مستقلة لها حق اصدار القوانين ومراقبة ما تصدره الدولة من تشريعات ، وتشريعي(مفرد) اسم منسوب الى تشريع : متعلق بسن القوانين "[٩]، وقد ورد هذا المعنى ففي قوله تعالى" **وَاسْأَلْهُمْ عَنِ الْقَرْيَةِ الَّتِي كَانَتْ حَاضِرَةَ الْبَحْرِ إِذْ يَعْدُونَ فِي السَّبْتِ إِذْ تَأْتِيهِمْ حِيتَانُهُمْ يَوْمَ سَبْتِهِمْ شُرَّعاً وَيَوْمَ لاَ يَسْبِتُونَ لاَ تَأْتِيهِمْ كَذَلِكَ نَبْلُوهُم بِمَا كَانُوا يَفْسُقُونَ** " [١٠]،**وفي قوله تعالى:** " **ثُمَّ جَعَلنَـٰكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ ٱلأَمرِ فَٱتَّبِعهَا وَلَا تَتَّبِع أَهوَآءَ ٱلَّذِينَ لَا يَعلَمُونَ**"[١١].**وقوله تعالى:**" **شَرَعَ لَكُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِۦ نُوحا وَٱلَّذِىٓ أَوحَينَآ إِلَيكَ**"[١٢].

الفرع الثاني

تعريف قصور التشريع اصطلاحا

لبيان مفهوم التشريع وبيان معناه اللغوي ومعناه الاصطلاحي سنتناول ما تعنيه مفردة التشريع لغةً باقتفاء اراء فقهاء اللغة تارة وبيان معناه الاصطلاحي سواء كان قانوني او قضائي ان وجد ووفقا لآراء فقهاء القانون تارة اخرى وكما يأتي:

اولا: تعريف القصور اصطلاحاً:

من خلال البحث وفي حدود التعريف الاصطلاحي لمفردة (القصور) لم يتسنى العثور على تعريف اصطلاحي محدد قانونا او في الفقه القانوني او القضاء.

ومن اقرب المفردات للقصور هي مفردة (القاصر) ولها تعريفات شرعية ويقصد به "الانسان غير المكلف شرعا" وهو كل شخص لم يستكمل اهليته ،كالجنين والطفل والمجنون والمعتوه ونحوه" ، "وهو اما يكون فاقدا للأهلية كالطفل الصغير والمجنون واما ان يكون قاصرا، واما ان يكون ناقص الأهلية كالصبي المميز". والمراد بالأهلية "صلاحية الشخص بثبوت الحقوق له او عليه ، وتسمى اهلية الوجوب او لصدور الافعال منه وتسمى اهليه الاداء". ويرد مصطلح قاصر في الفقه في كتاب النكاح باب الولاية في النكاح ،وفي كتاب البيوع باب خيار الغبن وغير ذلك من الابواب ، ويطلق في كتاب الصلاة باب صلاه المسافر ويراد به من يصلي الصلاة الرباعية ركعتين، ويطلق في اصول الفقه ويراد به الخاص والمحدود ويقابله المتعدي ، يقال عباده قاصره اي خاصه لا يتعدى نفعها الى غير صاحبها ، وعلة قاصره اي خاصه بأصل ولا تتعدى الى اصل اخر "[١٣].

كما عرف القاصر اصطلاحا في القانون المقارن كما في القانون المدني المصري ما معناه ان المقصود بالقاصر هو "الصغير دون غيره" ،اما الصغير في القانون المصري هو "الشخص الذي لم يكمل سن الرشد" ويعتبر الشخص البالغ بلوغا قانونيا شخصا راشدا في الوقت نفسه[١٤] ، وسن الرشد في القانون المصري هو اكمال الحادي والعشرون من العمر[١٥].اما في القانون العراقي لم يعرف مصطلح القاصر في القانون المدني رقم (٤٠) لسنه ١٩٥١ رغم تناوله مسالة الولاية الوصاية والأهلية وحكم التصرفات القانونية للصغير في نصوصه لكن جاء تعريف القاصر في قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ في المادة(٣/ثانيا) "يقصد بالقاصر لأغراض هذا القانون الصغير والجنين ومن تقرر المحكمة انه قاصر الأهلية او فاقدها والغائب والمفقود الا اذا دلت القرينة على خلاف ذلك"[١٦].

وبذلك يمكن ان نعرف مصطلح القصور بأنه: عدم امكانية الاحاطة بما هو مناسب وكافي للحالة لوجود نقص وعلة بالإدراك.

ثانيا: تعريف التشريع اصطلاحاً:

كذلك بعد تتبع القوانين واحكام القضاء في العراق والقانون المقارن لم نجد تعريفا صريحا للتشريع في القانون والقضاء ،وسنعمد الى اقتفاء تعريفات الفقه القانوني :

ففي فقه القانون المقارن: في الفقه القانوني العربي يقصد بالتشريع " مجموعة من القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية حيث تسن القواعد من قبل سلطة مختصة ، وطبقاً لإجراءات معينة ، وتسبغ عليها الصفة الإلزامية لصدورها من سلطة رسمية ولهذا فهي تعد مصدراً من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية"[١٧]، ويعرف ايضا بأنه" القاعدة القانونية المكتوبة

ذاتها والصادرة عن سلطة عامة مختصة"[١٨] .اما في فقه القانوني الغربي يعرف بأنه "مجموعه من القواعد الملزمة الصادرة عن سلطه مختصه في وثيقه رسميه مكتوبه فهي عمليه وضع القوانين كعمليه متميزة في تطبيق قوانين"[١٩].

اما في العراق: من الثابت أن التشريع من اختصاص السلطة التشريعية في الدولة ، والدستور هو الذي يبين الهيئة التي لها سلطة التشريع وطريقة مباشرتها لهذه الوظيفة[٢٠]،حيث عُرِّف التشريع بأنه" قيام السلطة المختصة في الدولة بوضع قواعد جبرية مكتوبة تنظم المجتمع وذلك في حدود اختصاصها ، وفقا للاجراءات الدستورية المعمول بها في الدولة اي بمعنى المصدر"[٢١]، وعرف أيضاً بأنه " مجموعة الأحكام والقواعد القانونية العامة التي تنظم إحدى مجالات الحياة الانسانية ، مصاغة صياغة متسقة ، ومترابطة ، بحيث تشكل منظومة جزئية من منظومات النظام القانوني عامة " [٢٢]

نجد ان اغلب التعريفات انفة الذكر جاءت تحاول وضع تعريف واسع وضيق ، ومعنى سلبي وايجابي لتعريف التشريع لكن لم تضع تعريفا جامعا مانعا كما وبين انها يجب ان يصدر التشريع من جهة مختصة دون بيان ان اختلاف الجهات المختصة يوجب تفاوت في قوة النص التشريعي عن غيره بحسب سلم القواعد القانونية وفق ما يسمى مبدأ تدرج التشريع[*].

الفرع الثالث

المقصود من القصور التام بالتشريع اصطلاحاً

ولأجل بيان المقصود من القصور التام بالتشريع لابد من بيان تعريفه وإن كان من الصعوبة تعريف القانون نفسه فكيف بتعريف القصور الذي يرد عليه نتيجة عدم وجود او تحديد السلطة المختصة في تعيين ذلك القصور. والذي سيكون من خلال تقسيم هذا الفرع الى ثلاث نقاط سنعمد في الاولى الى بيان تعريفه في الفقه القانوني وفي الثانية تمييزه عن غيره من المصطلحات المشابهة له وكما يأتي:

اولا: تعريف القصور التام بالتشريع اصطلاحاً:

في فقه القانون المقارن : عرف بعض فقهاء القانون الغربيين القصور التام بالتشريع في نطاق المعنى الواسع " عدم وجود قاعدة محددة نصية بعينها تحتاج الى تنظيم ، نتيجة لغياب متطلبات تنفيذ العمل الايجابي المفروض من قبل سلطة صنع الدستور على المشرع"[٢٣] .اما في الفقه القانوني العربي عُرِّفَ القصور التام بالتشريع بانه "فقدان النص القانوني الذي يحكم او ينظم حالة معينة يتطلب النظام القانوني تنظيمها او هو عدم وجود قاعدة قانونية او وجودها ولكنها غير كاملة لحل مسالة يفترض فيها انها يجب ان تنظم بقاعدة قانونيه"[٢٤]،ويعرف بأنه" الحالة

التي لا يجد القاضي في نصوص القانون المكتوب قاعدة ليطبقها على النزاع المعروض عليه"[٢٥].

اما في العراق : عُرِّف القصور التام بالتشريع بأنه "هو حالة يواجهها القاضي خلال قيامة بمهمته في تفسير وتطبيق قواعد التشريع على الحالة المعروضة أمامه سواء أكان هذا التشريع موضوعيا ام جزائيا وقد تكون الحالة التي يواجهها القاضي (حالة النقص في التشريع) سواء أكان النقص في الصياغة ام في المفهوم وقد يكون القصور (لسكوت النص) عن الحالة القانونية المعروضة امامه"[٢٦]، وقد عرف أيضاً بأنه "عدم ورود حكم في التشريع يتناول النزاع المعروض أمام القاضي "[٢٧]،وعُرِّفَ أيضاً بانه "ندرة بالغة في القواعد بحيث لا يتوافر الحكم أذ ينبغي أن يتوافر فهو عدم احتواء التشريع مطلقاً على نص يعالج النزاع المعروض أمام القاضي أو أنه يحتوي على هذا النص بيد أنه تنقصه الاحكام التفصيلية اللازمة لحل ذلك النزاع "[٢٨]،ويلاحظ ان جميع ما تقدم من تعريفات كانت متناثرة ولم تحتوي على التعريف المانع الجامع .

ويرى الباحث ان القصور التام بالتشريع اذا ما كان بتعمد المشرع واهماله في الالتزام بالنص الدستوري الموجب الى تشريع القانون.

من هذا كله يمكن لنا ان نعرف القصور التام بالتشريع :بانه ذلك الخلل في النص بتقصير المشرع بصورة عمدية او بسبب الاهمال منه يؤدي الى نص تشريعي معدوم او غير منسجم مع متطلبات المجتمع وحاجة وحقوق الافراد والعامة حين تطبيقه سواء كان تشريعا دستوريا او عاديا او فرعيا.

ثانيا: تمييز القصور التام بالتشريع عما يشابهه من مصطلحات:

بما أن محل القصور التام بالتشريع من الناحية الموضوعية هو النص التشريعي نتيجة تعمد او اهمال المشرع متى ما كان هناك قيود دستورية على سلطته التقديرية لإقرار التشريع فيكون بذلك مقصرا فهناك مصطلحات قد تتشابه مع معنى القصور سنتناولها وكما يأتي:

١- القصور التام بالتشريع والسكـــــوت او الصمت التشريعي :

السكوت او الصمت التشريعي عن عدم وجود نص دستوري ملزم للمشرع بالتشريع فيسكت المشرع عن تنظيم مسألة ما أو عدم التدخل بالتشريع في موضوع معين هو ما يسميه الفقه بالإغفال الكلي ويخضعونه في بعض النظم لرقابة القاضي الدستوري بمعالجات مختلفة . أن تدخل المشرع بالتشريع أو عدم التدخل ،فإن تقرير الحاجة إلى التشريع ومن ثم التدخل لتنظيم الموضوع محل التشريع، أو عدم الحاجة إليه ومن ثم السكوت يعد أهم خصائص السلطة التقديرية للمشرع اذا ما قيد الدستور هذه السلطة التقديرية بالتدخل ومن ثم فإن السكوت عن

التنظيم لمسالة ما لا يمكن ان تكون قصورا او اغفالا إذ لا توجد صلة بين الحاجة إلى التشريع وبين دستوريته عندها يصبح النص ضرورة اجتماعية ويكون المشرع ملزما الزاما سياسيا لا قانونيا كحالات الصمت الطويل للمشرع[٢٩]. فقد عرف جانب من الفقه السكوت التشريعي بانه "حاله الغياب الكلي او عدم الوجود الكلي للتشريع او لقاعدة قانونيه تتعلق بحاله قانونيه محدده بالدستور"[٣٠]. وعموما فان وجه الاختلاف بين السكوت التشريعي و القصور التام بالتشريع نجد انه في القصور التام بالتشريع يكون فيه هناك الزام دستوري للمشرع لكنه يمتنع عن تشريع النص، اما السكوت التشريعي يكون عندما لا يتناول المشرع اية موضوع بالتنظيم من الاساس كونه غير ملزم دستوريا .بذلك ومن ناحيه اخرى فان مسلك المشرع بصدد سكوت تشريعي يعد مسلكا ارادياً بحسب الاصل بينما مسك المشرع بصدد قصوره التام هو بحسب الاصل غير ارادي[٣١].

٢- القصور التام بالتشريع والتسلـــــب مـــــن الاختصـــــاص :

يكون التسلب من الاختصاص عندما يكون هناك نص دستوري ملزم للمشرع في تنظيم حق من الحقوق إلى السلطة التشريعية والتي يجب عليه أن يتولى تنظيم هذا الموضوع عن طريق إصدار تشريع ينظم هذا الحق بصورة مباشرة أو باقل التقادير ينظم أطره العامة وخطوطه العريضة وعناصره الرئيسية فإذا لم يتولى المشرع هذا التنظيم ويقوم بإحالته بالمجمل إلى السلطة التنفيذية فهذا يعني تسلباً من اختصاص أناطه الدستور مباشرة بالمشرع وهو أمر مغاير تماماً لفكرة القصور التام بالتشريع الذي يتولى فيه المشرع تنظيم الموضوع لكن يأتي من دون تنظيم بصورة يكون فيها المشرع مقصرا في تنفيذ الالزام الدستوري بتشريع النص. وقد يكون التسلب من الاختصاص التشريعي بصورة غير مباشرة ،وبشكل مفرط من جانب المشرع بإحالته الى السلطة التنفيذية لغرض اصدار تشريع فرعي من خلال التفويض التشريعي ويسمى عندئذ (بعدم الاختصاص السلبي للمشرع) وهو بنفس النتيجة يكون مختلفا عن القصور التام بالتشريع[٣٢].

المطلب الثاني

اسباب واثر القصور التام بالتشريع وبعض شواهده

بما ان المشرع الدستوري قد منح الاختصاص التشريعي للمشرع وقيده بسن القوانين وفق ضوابط محددة سواء كان مخيراً او مقيداً ، فحتما ستكون اسباب لقصور التشريع التام منها ما يكون بقصد ومنها ما يكون من دون قصد ولأجل الوقوف على هذه الأسباب سنحاول في هذا الفرع بيانها وما هو الاثر المترتب عنه؟ وما هو شواهده في القوانين المقارنة والقانون العراقي؟ وكما يأتي:

الفرع الاول

الأسباب الناتجة عن قصد المشرع او بغير قصده:

تنقسم الأسباب الموضوعية للقصور التشريعي التام الى اسباب بقصد المشرع واسباب خارجة عن قصد المشرع وكما يأتي:

اولا: الأسباب الناتجة عن قصد المشرع:

وتتمثل هذه الأسباب بما تمليه العملية الديمقراطية من صعود ممثلين عن الشعب الى قبة البرلمان من دون وجود ضابطة او منهاج عملي محكم لاختيار النخبة البرلمانية التي تكون فيها مواصفات النائب المشرع الذي يفترض بهم أن يكونوا من اصحاب الاختصاص والكفاءة والخبرة في الصياغة والتشريع، اذ نجد عادة إن اغلب ممثلي ونواب المجالس النيابية هم حصيلة لما افرزته النتائج الانتخابية لثقة الناخبين بهم من عدد الاصوات الانتخابية ، فتكون النتيجة هي وصول عدد من النواب كم لا نوع [٣٣]،فإذا لم يتمتع النائب بمواصفات المشرع المختص او يكون مؤهلاً لذلك سيؤدي ذلك حتما الى انتاج سلطة تشريعية ضعيفة متعثرة في تشريع القوانين ، لعدم وجود الادراك لماهية المهنة المكلف بها والمسؤولية الملقاة على عاتق المجلس النيابي ،لأنه بالنتيجة سيكون قاصرا ومقصرا وفاقد الشيء لا يعطيه[٣٤].

بالإضافة الى الأيدولوجية الحزبية بما تفرضه من انضباط والتزام النائب داخل الحزب الذي ينتمي اليه ،والتي هو نتيجة للتعددية الحزبية التي افرزتها الممارسة الديمقراطية. لذلك نجد ان اغلب النواب هم عبارة عن اداة بيد رئيس الكتلة النيابية التي يتبع لها حزبياً فيتم فرض راي الحزب على موقف النائب ،وان لم يكن على قناعة بذلك الرأي وبالتالي يتجه النائب الى البرلمان وهو يعلم ما سوف يقوم به مسبقا ،مما يؤدي الى تحول المناقشات داخل قبه البرلمان الى خطب نارية ومهاترات كلامية من دون اي تغيير في نتيجة ما سوف يصوتون به او تحقيق الغاية التشريعية من الاختصاص التشريعي للبرلمان في ضوء الالزام الدستوري[٣٥].

من الجدير بالذكر ان هذه الأسباب تعد من اكبر الأسباب التي تنتج ظاهرة امتناع المشرع عن تأدية دوره التشريعي وحصول القصور التشريعي التام لما للتأثيرات الحزبية بالتوازي مع قلة الخبرة في المجال التشريعي على النائب البرلماني وهي احد المشاكل التي تعاني منها جميع الانظمة حديثة العهد بالديمقراطية.

ثانيا: الأسباب الخارجة عن قصد المشرع:

وهي الأسباب التي تنشأ من غير ان تكون لإرادة المشرع دخل في وجودها وتسمى بالأسباب الفنية لعلاقتها بطبيعة القاعدة القانونية وخصائصها التي تتمثل بكونها قاعدة عامة ومجردة[٣٦] ،

إضافة الى كونها تمثل خطابا موجها للأفراد لغرض تنظيم روابطهم الاجتماعية، فمن تلك الروابط ما يتسع نطاقها او تدق تفاصيلها لدرجة التعقيد مما يدفع المشرع الى تحاشي التعرض لها او المساس بها تاركاً بذلك مجالاً للاجتهاد القضائي او الفقهي لتولي مهمة تفصيلها [٣٧] والتي هي قد تكون سبباً في تأخر المشرع في انفاذ التشريع رغم وجود الالزام الدستوري، اضافة الى ما يمليه النص الدستوري في الخطاب الموجه للمشرع من مدد دستورية يجب عليه مراعاتها فتكون سببا لعدم انفاذ التشريع وحصول القصور التشريعي التام . او وجود مانع دستوري للمشرع بإنفاذ التشريع كما في الامور التي يقيد بها الدستور المشرع في المسائل الموضوعية والاجرائية التي تخض موضوعات يريد المشرع الدستوري حمايتها كالحقوق والحريات او تنظيمها بقوانين اساسية هي اعلى مرتبة من القوانين العادية كتنظيم المبادئ الاساسية الخاصة بشؤون السلطات[٣٨].

ومن بين الأسباب أخرى: عدم الاستقرار السياسي والأمني للدولة. يعد عدم الاستقرار السياسي والعامل الأمني للدولة أحد العوامل التي تؤثر سلباً على استقرار المؤسسات الدستورية للدولة، حيث تتولى السلطة التنفيذية مسؤولية الحفاظ على حالة الطوارئ خلال هذه الظروف بصورة عامة، مما يؤدي إلى تقليص دور البرلمان في ممارسة صلاحياته، فتمارس السلطة التنفيذية دورها في ذلك من خلال تنظيمات مستقلة للتعامل مع هذه الأوضاع الاستثنائية[٣٩].

الفرع الثاني

الاثر المترتب عن القصور التام بالتشريع

ان الاثر المترتب عن الأسباب الموضوعية للقصور التشريعي التام هو فقدان النص التشريعي او ما يسمى بالفراغ التشريعي الكلي، ويعرف في الفقه المقارن كما في مصر :بأنه "خلو التشريع او النظام القانوني من نص يبين الحكم تفصيلا حيال فعل او واقعه معينه"[٤٠] وكذلك عُرِّفَ في نطاق القانون الجنائي بانه "خلو قواعد عامة ذات مفاهيم مرنة تجعل سلطه القاضي التقديرية امراً لا مفر منه فالمشرع من خلال مثل هذه الالفاظ يفسح منطقه فراغ تشريعي يترك من خلالها لفطنه القاضي الجنائي مهمة العناية بتحديد السلوك الاجرامي وفقا لحاجات الحياة وتطوير العلوم ونوع الجرائم"[٤١].

اما في العراق بين بعض الكتاب بأن المقصود منه " حالة الغياب الكلي او عدم الوجود الكلي للتشريع او القاعدة القانونية المتعلقة بالحالة القانونية المحددة بالدستور"[٤٢]. فهو في مجال التشريع الدستوري" مسألة لم يتناولها الدستور بالتنظيم ولم يضع لها حكما" كذلك هو "سكوت المشرع الدستوري عن تنظيم حكم دستوري كان يتوجب تنظيمه بنصوص دستورية ومن خلال

التطبيق العملي ينجم عنه الفراغ في مضمون الدستور في تلك المسالة وتطبيقها" ، لذلك فهو يعني عدم معالجة النص الدستوري لموضوع ما برمته ،او عدم وجود نص دستوري يخاطب واقعة معينة بذاتها"، وهذه الحالة تسمى ايضا بسكوت الدستور[٤٣]. والتي عند عكسها في نطاق مجال التشريع العادي يتمثل بفقدان النص الذي يتسبب بفراغ تشريعي كلي عندما تتحقق الأسباب الموضوعية للقصور التشريعي التام او المطلق ، وهذه الحالة تعني خلو التشريع او النظام القانوني من حكم في وقائع كان فيها الزام دستوري[٤٤].

الفرع الثالث

بعض الشواهد على القصور التام بالتشريع

من الشواهد على القصور التشريعي التام في دول القانون المقارن : ما تناولته حكم المحكمة الدستورية المجرية بخصوص امتناع المشرع العادي من تشريع قانون يتعلق بالالتزام بالمعاهدات الدولية وما لها من اثار من عدم جدوى المعاهدات التي تبرمها الحكومة من دون قانون ينظمها[٤٥]. وفي المانيا القانون الاساسي الالماني[٤٦] لسنة ١٩٤٩ كان يوجب على المشرع العادي تحديد الضمانات الاساسية للسجناء في المؤسسات الاصلاحية والذي لغاية عام ١٩٧٢ كان التشريع الالماني يعاني من فراغ تشريعي لتنظيم القانون الخاص بذلك[٤٧]. في ايطاليا صدر قرار للمحكمة الدستورية بخصوص امكانية انطباق قانون السجون على حالة القاصرين ، اذ لم يكن هناك قانون ينظم حالة القاصرين وفق نظام السجون والذي مع مراعاة القانون العضوي – القانون الاساسي– المتوقع اصداره من المشرع بخصوص هذه الفئة ، إلا انه لم يشرع وتم اغفاله لأكثر من عشرين سنة[٤٨] .في اسبانيا ظل المشرع العادي صامتاً بخصوص تشرع قانون يضمن حرية التعبير والاتصال المكفول دستورياً حتى عام ١٩٩٤ والتي نظراً لطول مدة صمت المشرع كان ذلك سبباً لتدخل القضاء الدستوري وكذلك سكوت المشرع عن تنظيم تشريع ينظم سرية الاتصالات [٤٩].

اما في القانون العراقي هناك الكثير من التشريعات التي احالها المشرع الدستوري للسلطة التشريعية لتشريعها لكن نجد ان المشرع العادي العراقي قد اغفل او امتنع في تشريعها لأسباب تعود لإمور ذات طابع سياسي واعتبارات لا شأن لها بالامور القانونية منها على سبيل المثال : عدم تشريع المشرع العادي لقانون الشعائر الدينية بما فيها الشعائر الحسينية التي فرض الدستور بالمادة(٤٣) منه تنظم بقانون[٥٠] والتي صدر قرار للمحكمة الاتحادية العليا بخصوص طعن معروض امامها والذي اشارت فيه لإغفال المشرع انفاذ هذا القانون[٥١]. ومنها من القوانين التي مازال المشرع العادي العراقي ممتنعاً في تشريعها هو قانون النفط والغاز الذي أوجب الدستور

تنظيم قانون ينظم توزيع وارداتها بشكل منصف بالتناسب مع التوزيع السكاني في جميع انحاء البلاد [٥٢] . وكذلك ما جاء بالدستور العراقي من احالة تنظيم خدمة العلم بقانون والتي لم يتم تشريع هذا القانون لغاية الدورة الانتخابية الخامسة الحالية والمنتخبة في عام ٢٠٢١[٥٣].كما اوضحت المادة (٦٥) من الدستور العراقي آلية تكوين مجلس الاتحاد والتي تضمنت ان يتم انشاء مجلس تشريعي يدعى مجلس الاتحاد يضم ممثلين عن الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة بإقليم وينظم تكوينه وشروطه العضوية في اختصاصاته وكل ما يتعلق به بقانون بأغلبيه ثلثي اعضاء مجلس النواب ،والتي من الجدير بالذكر ان المادة (١٣٧) من الدستور قضت بتأجيل العمل بأحكام المواد الخاصة بمجلس الاتحاد اينما وردت في هذا الدستور الى حين صدور قرار من مجلس النواب بأغلبيه الثلثين بعد دورته الانتخابية الاولى التي يعقدها بعد نفاذ هذا الدستور[٥٤].اذ دخل الدستور العراقي حيز التنفيذ[٥٥] وانتهت اعمال الدورة الانتخابية الاولى لمجلس النواب ولم يتم اقرار هذا القانون.

ويلاحظ ان عدم تشرع هذا القانون امر يخل بتكوين السلطة التشريعية الاتحادية في العراق لان مجلس الاتحاد وهو المجلس الاعلى ويمثل ضمانه لحقوق الاقاليم والمحافظات غير المرتبطة في اقليم اذ يمثل ذلك شائبة تعود على المشرع العراقي لاسيما المشرع الدستوري الذي من المفترض به بالمادة (٦٥) ان يعهد في تشكيل مجلس الاتحاد الى نفس الاجراءات التي ذكرتها المادة (٤٩/اولا) من الدستور التي كونت مجلس النواب لا ان يعهد الى تشكيل هذا المجلس المهم الى مجلس النواب. وهناك العديد من القوانين التي لم تشرع مع وجود الزام دستوري بتنظيم قوانين تخصها[٥٦].والتي امتناع المشرع من تشريعها سبب قصورا تشريعيا تاماً كان ذكرها على سبيل المثال لا الحصر.

ويرى الباحث إن مسألة القصور التام بالتشريع في العراق بالإضافة الى ارتباط النائب بكتلته الحزبية التي سببت امتناع المشرع من سن وتشريع لأهم القوانين التي تخدم المواطنين وتصب في مصلحة تطور البلد يمكن ان نضيف سببا اخراً، يتمثل بعدم وجود نص دستوري يضيف اختصاصاً صريحا للمحكمة الاتحادية العليا في العراق برقابتها على امتناع المشرع العادي من تشريع القوانين التي فيها الزام دستوري اسوة ببقية دساتير الدول المقارنة التي اقرت هذا الاختصاص بصورة صريحة او ضمنية والذي يؤمل من المشرع العراقي اقتفائه بتعديل دستوري حتى لا تبقى اغلب القوانين المهمة حبيسة الرفوف في مجلس النواب.

المطلب الثالث

طرق معالجة القصور التام بالتشريع

فيما سبق تبين ان القصور التشريعي التام محله النص التشريعي جراء الامتناع الكلي للمشرع في مواجهة الخطاب الدستوري، والذي رتب فراغاً تشريعياً كلياً او فقدان للتشريع لأسباب قد يكون بعضها بإرادة المشرع او في غير ارادته ، وحيث ان ذلك يمثل مخالفة دستورية وضياع للحقوق والحريات التي يكفلها الدستور لذا يتطلب البحث في طرق المعالجة ،وحيث وكما مر علينا إن اثر القصور التام بالتشريعي فقدان وفراغ تشريعي مما يعني ان طرق المعالجة ستكون بعيدة عن التفسير بكافة أنواعه اذ سيكون مدار البحث مقتصرا على المعالجات القضائية ولكافة الأسباب الناتجة والخارجة عن قصد المشرع، مما سيتم تقسيم طرق المعالجة الى طريقتين والتي سنتناولها في فرعين وكما يأتي:

الفرع الاول

المعالجة بواسطة اجتهاد القاضي العادي

وتتمثل هذه الطريقة باتباع آليات الاجتهاد القضائي[٥٧] ،كالقياس والعدالة وكذلك بالرجوع الى العرف و المبادئ العامة للقانون، الفقه القانوني بشكل عام اتفق على معالجة القصور التام بالتشريع من خلال سلوك الاليات الاتية:

اولا: القياس : وهو "اعطاء الحالة غير المنصوص عليها حكمها حكم الحالة المنصوص عليها لتماثل سبب الحكم في الحالتين"[٥٨]،وعرف كذلك بانه "تطبيق نص قانوني على حاله لم ترد في عبارات النص ولكنها من نفس نوع الحالة التي وردت في النص"[٥٩]،كما عرفه احد المناطقة بانه "ان يستخدم الذهن القواعد العامة المسلم بصحتها في الانتقال الى مطلوبة وهو العمدة في الطرق"[٦٠]. إن الطريقة التي يتبعها القاضي بشكل عام تخضع لمجموعة من الطرق المعروفة في القياس في علم المنطق وهي :

الطريقة القضائية الأولى: طريقة الاستقراء: عندما لا توجد قاعدة قانونية يلجأ القاضي إلى طريقة الاستقراء لتطبيقها على النزاع المعروض عليه، حيث يجب عليه تحليل الأحكام الجزئية لاكتشاف المبدأ العام الذي يحكم تلك الأحكام الجزئية. إن الاستقراء الشكلي هو طريقة تقليدية معروفة في طرق الاستدلال في المنطق، وقد عرفه أرسطو بقوله: "إنه نوع من القياس ينظم حصر أنواع جنس معين لضرورة معرفة هذا الجنس المعين". وهذه الطريقة يستخدمها القاضي لتحليل القواعد الجزئية ومن مجموع هذه القواعد يكتشف القاعدة العامة ثم يصل إلى المبدأ العام.

الطريقة القضائية الثانية: الاستدلال عن طريق الاستنتاج : وهو "الفصل في الدعوى على أساس الاستدلال بطريق الاستنتاج". ومهمة القاضي تطبيق القاعدة القانونية التي تتسم بالعمومية على الحالات الجزئية والواقعية التي تظهر أو ينظر فيها. والقاعدة القانونية ليست شخصية وتنطبق على الحالات التي لا يوجد لها قاعدة. وهي قاعدة مجردة تتضمن الحكم القانوني الذي يجب تطبيقه عند توافر شروط تطبيق تلك القاعدة من حيث الأشخاص المخاطبين بها. وهذه العملية القضائية تضع في الغالب شكلاً من أشكال الاستدلال المنطقي المعروف بالقياس الشرطي. ولهذا القياس مقدمة كبرى (القاعدة القانونية) ومقدمة صغرى وهي القضية ونتيجة وهي حكم القاضي [٦١].

ثانيا: العدالة: حيث تعد من أهم الوسائل التي يمكن بها معالجة القصور التشريعي التام، فهي تلزم القاضي أن يصدر حكماً في أي نوع يعرض عليه، حتى ولو لم يجد له نصاً في القانون، وإلا كان القاضي جاحداً للعدالة. فالقاضي الذي يمتنع عن الحكم يعتبر منكراً للعدالة ومخلاً بواجبه الأساسي كقاضٍ، إلا أن واجبه أن لا يمتنع أو يؤخر الحكم في القضية، بل عليه أن يسعى إلى تفسير النص الغامض أو استكمال النص الناقص أو البحث عن القاعدة الواجب تطبيقها في غياب النص، وإلا كان جاحداً ومنكراً للعدالة[٦٢].وقد يلجأ القاضي في النصوص المعروضة عليه إلى المبادئ العامة للقانون، المتمثلة في الأفكار التي تنبثق عن الفكرة العامة للوجود والحياة في المجتمع، ومن أمثلة ذلك مبدأ الإباحة في الأشياء ومبدأ حسن النية في التعاملات، كما أن العادات المتبعة في مجتمع معين تساعد المفسر في كثير من الأحيان في تفسيره لبعض المصطلحات الواردة في القانون، مثل الرجل المعتاد، والفعل الفاحش، والتزامات الجوار، ومقتضيات العقد، وغيرها[٦٣].

ثالثا: العرف: والذي عُرِّف بانه "الاعتياد على سلوك معين بصفة عامة موحدة مستمرة مع الاعتقاد في الزامية هذه القاعدة"[٦٤]، وكما و عُرِّف بانه "ما تكرر استعماله من فعل او قول حتى اكتسب صفة الاستقرار في النفوس والتقبل في العقول والرعاية في التصرفات"[٦٥]، يتميز العرف عن التشريع بأنه يتولد تلقائيا في حياة المجتمع، بعكس التشريع ، فالعرف يتعامل مع مواقف قانونية تم التوصل إليها ولا يمكن أن ينشئ قاعدة قانونية للتعامل مع موقف مستقبلي، كما قد يؤدي العرف إلى تعدد القواعد القانونية بسبب اختلافه من مكان إلى آخر، حتى في البلد الواحد، فالعرف لا يأتي في صورة ذات صياغة واضحة ومحددة، بينما يأتي التشريع في صورة مكتوبة وبصيغة محددة، اما أسس القوة الملزمة للعرف، والتي تكمن عندما يأخذ صفة رسمية كمصدر للقاعدة القانونية، والتي قسمها الفقهاء إلى أربعة أسس: أساس الرضا المجتمعي ،والضرورة

الاجتماعية كأساس عام، وأساس تطبيق القضاء، وأساس رضا المشرع كأساس خاص[٦٦]. اما دور العرف في سد الفراغ التشريعي ومعالجة القصور التشريعي التام فان القضاء يلجا الى العرف حينما يفتقد النص التشريعي لمعالجة القضية المعروض امامه الا ان دوره لم يقتصر عند هذا الحد اذ قد يلجأ اليه لتحديد مفهوم معين او تفسير لفظ معين او تشخيص موضوع يتعلق بتطبيق نص تشريعي فحين افتقاد النص يكون للعرف دور مكمل للتشريع او دور مساعد في التشريع عند حصول الفراغ التشريعي[٦٧]. ويلاحظ ان للعرف هذه الصورة غير المباشرة لسد القصور التشريعي التام من خلال سد الفراغ في التشريع من خلال دوره التكميلي والمساعد.

رابعا: المبادئ العامة للقانون: فقد تم تعريفها بانها " هي المبادئ المنبثقة من المثل العليا وضمير المجتمع وروح التشريع والتي يسترشد بها القاضي عند النظر في المنازعة المعروضة كما تكون مصدر الهام للمشرع في تشريع القوانين"[٦٨]. يُفهم من هذا أن مبادئ القانون العام هي مُثُل وقواعد أخلاقية، منها ما هو ثابت لا يتغير بتغير الزمان والمكان، كإقامة العدل ومحاربة الظلم، ومنها ما هو متغير يختلف باختلاف الزمان والمكان والفلسفة المتبعة.

ومن تطبيقات ذلك وفيما تقدم كطرق لمعالجة القصور التام بالتشريع بواسطة اجتهاد القاضي العادي بواسطة آليات الاجتهاد القضائي المارة الذكر.

في دول القانون المقارن: ففي ألمانيا استقر الفقه والقضاء الألماني على أن يحاول القاضي إيجاد حكم من القانون الوضعي يمكن الاعتماد عليه بالقياس أو الاستدلال من باب أولى، أو أن يضفي على القانون الوضعي مبدأ من مبادئ النظام القانوني يمكن تطبيقه على القضية المعروضة التي لا يوجد لها نص في القانون. فإذا لم ينجح هذا فقد يحاول القاضي إحالة القضية المعروضة إلى حكم شرعي توجد فيه مصلحة مشتركة، أو التوسع في المعنى الجوهري لهذا الحكم الشرعي. وفي كل هذه الحالات يجب على القاضي أن يظل في نطاق حكمه على التشريع الوضعي، لأن هذا يضمن له عدم الخروج عن الوحدة الداخلية للنظام القانوني عند سد الفراغ التشريعي. ولكن إذا تعذر إدراك قصد المشرع بصورة ظاهرة، فمن الممكن البحث عنه في المبدأ العام للقانون أو بالاستعانة بأحد المبادئ التي استقر عليها الضمير القانوني بشكل عام أو عند بعض الفقهاء بشكل خاص[٦٩].

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن هذا يتم بعيداً عن الأفكار الشخصية للقاضي، بل من قبيل الاستناد إلى روح النظام القانوني ومراعاة مفاهيم الأخلاق السائدة والأهداف الاجتماعية السامية. كما ظهرت في ألمانيا مجموعة من الأحكام القضائية التي تتضمن اعتبارات أكثر تعتمد عليها، وتعطي الأفضلية للاعتبارات التي يرتكز عليها الحكم النهائي. وهذا الاتجاه لا يكتسب قناعة

كاملة لأنه لا يبين لنا الحجة القاطعة التي أملت الحل على المحكمة. إن هذه المسألة تشكل خطراً على نزاهة القضاء والعدالة.

وفي فرنسا قرر المشرع الفرنسي أن القاضي الذي يرفض الحكم بسبب الصمت أو الغموض أو عدم وجود التشريع يمكن محاكمته بتهمة إنكار العدالة، وذلك ما نصت عليه المادة (٤) من القانون المدني الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤ [٧٠].كما اتجه القضاء العادي إلى الاستلهام من المبادئ العامة للقانون العام والقانون المدني وقواعد العدالة في قضية الدكتور جيري(Giry) الذي لحق به ضرر أثناء قيامه بخدمة عامة لدى القضاء العادي للكشف عن احدى الجرائم في فندق بباريس وحدث انفجار ادى الى اصابة الدكتور جيري ،حيث طالب بالتعويض عن الضرر الذي لحق به أمام القضاء العادي (محكمة السين المدنية). حيث قضت المحكمة بأن الدكتور جيري يستحق التعويض لأن دور القاضي لا يقتصر على تطبيق القانون المدني وحده وأن طالب التعويض قد لحق به ضرر أثناء مساهمته بتنفيذ الخدمة العامة [٧١].

وفي مصر في المادة(٢٤٧) من القانون المدني المصري القديم التي كانت تقضي بأن المحررات الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل انكار الكتابة والامضاء كمثال القياس التشريعي بالقياس بالختم او بصمة الاصابع على الامضاء [٧٢]. وكما يلجأ القاضي إلى العرف كمصدر رسمي جعله المشرع تحفظاً يأتي بعد التشريع، حيث نص المشرع المصري في المادة (٢/١) من القانون المدني[٧٣] على أنه "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فإن لم يوجد فوفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية، فإن لم يوجد فوفقاً لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". وكما يعمل بالعرف في بعض الدول كالجزائر واليمن والأردن، وجعله يأتي بعد مبادئ الشريعة الإسلامية في هذه الدول، فلن يحصل القاضي على حكم شرعي، بل عليه أن يبحث عنه في مبادئ الشريعة ثم العرف[٧٤].

اما في العراق فقد اخذ المشرع العراقي بمبادي الاجتهاد القضائي لغايات متعددة منها لغرض تفسير النصوص القانونية او لغرض اسعاف القاضي في نظر النزاع حال نقص النص او وجود تعارض او غموض وكذلك في حالة فقدان النص ووجود فراغ تشريعي وهو ما يخدم نطاق البحث هنا هي النصوص القانونية او التطبيقات القضائية التي تعالج كيفية تعامل القاضي العادي عند فقدان النص وحصول الفراغ التشريعي الكلي الذي هو اثر القصور التشريعي التام باعتبار آليات الاجتهاد القضائي كوسيلة معالجة لذلك القصور. ابتداء القانون العراقي بالمادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية منع المحاكم من عدم النظر في أي دعوى او نزاع بعذر غموض القانون او عدم وجود نص او نقصه وعد القاضي الممتنع ،ممتنعا عن احقاق الحق

حتى في حالة تأخره في إصدار الحكم ،مما يعني اجازة قانونية لإقامة الشكوى ضد القاضي[٧٥]. وفي ذلك ضمانة لعدم اهدار أي حق او مصلحة للأفراد قد يكون المشرع امتنع عن تشريع قانون يلبي تلك الحاجات والمصالح المطلوبة مما يساهم بصورة غير مباشرة كعلاج لقصور المشرع التام في ذلك الموضوع .كما اردف المشرع العراقي القاضي وفي حالة فقدان النص او الفراغ التشريعي التام تبنيه آليات الاجتهاد القضائي والى مبادي اخرى ففي المادة(٢) من قانون المدني العراقي اقر بالاجتهاد في ما لم يرد فيه نص وذلك من فهم النص من باب المخالفة عندما نص على انه "لا مساغ للاجتهاد في مورد النص"[٧٦] وجاء بالمادة (٣) من القانون نفسه الإقرار للقاضي العمل بالقياس وايضا من مفهوم مخالفة عندما نص على انه" ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه"[٧٧]، ويكون بذلك قد اتفق مع المشرع المدني الاردني في نص المادة (٢٢١) منه، فإنه ما يثبت قياساً، فيجوز القياس عليه، وهذا نص ضمني من القانون، يعتمد القياس في إصدار القاضي لبعض الأحكام . وهنا يثور السؤال الاتي هل إن اعمال القياس امر مطلق؟ وهل للقاضي سلطة واسعة في استخدامه له؟ يرى الفقه العراقي إن حقيقة الامر كلا، حيث ان القاضي مقيد بطبيعة النصوص التي يطبقها وما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه[٧٨]. حيث ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في العراق في قرار لها بان القياس في تفسير ارادة طرفا الاتفاقية في العقد لابد وأن يكون وفق ضوابط معينة وضمن الشروط المحددة للقياس وفق مجريات الدعوى وما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين[٧٩] كما جاء في المادة (١) الفقرة (٢) من القانون المدني نفسه بشكل صريح الاقرار بالعرف ومبادئ الشريعة الاسلامية ومبادئ العدالة كأحد مصادر التشريع التي نصت على انه :" فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة"[٨٠]، وذكرت في الفقرة (٣) من المادة نفسها:" وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية"[٨١] بإشارة واضحة الى الاخذ بالسوابق القضائية في الوقائع التي لم يرد فيها نص والى اراء الفقه في العراق ومن الاسترشاد بالقوانين التي تتقارب مع القوانين العراقية من البلدان الاخرى. كما جاءت المادة (١)من القانون الاحوال الشخصية العراقي بنفس المضمون[٨٢].كما جاء في قواعد الاجراءات وجمع الادلة الملحقة بقانون المحكمة الجنائية العليا المعدل بالقاعدة رقم(٥٩/ثانيا) ما نصه :" ثانيا : عند عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق في الاثبات فلمحكمة الجنايات تطبيق قواعد الاثبات التي هي اكثر ملائمة لتقرير العدالة ومنسجمة مع روح القانون ومبادئ القانون

العامة "وهو النص القانوني الوحيد الذي اورده التشريع العراقي بخصوص العمل بمبادئ القانون العامة بشكل صريح.

مما تقدم يتضح ان اغلب دول القانون المقارن والتي اخذ المشرع العراقي والفقه والقضاء بنفس اتجاهها بالعمل بآليات الاجتهاد القضائي الخاصة بموضوع البحث والتي لها علاقة بحالة فقدان النص وحدوث الفراغ التشريعي الكلي الاثر المترتب عن القصور التام بالتشريع. مع ملاحظة ان هذه الطريقة في علاج القصور التشريعي تعد من الطرق غير المباشرة لمعالجة قصور المشرع التام كونها لا تلزم المشرع بالتدخل التشريعي وايجاد التشريع المفقود محل القصور التام لكنها لاتعدوا طريقة موجودة بالأصل ولابد منها عندما تتقطع السبل امام ذوي الشأن من المتضررين من فقدان التشريع.

الفرع الثاني

المعالجة بتفعيل رقابة القضاء الدستوري على امتناع المشرع

وتعد هذه الطريقة من الطرق المباشرة والتي تسعى الى الضغط على المشرع للتدخل تشريعيا وتشريع القوانين المعطلة الممتنع عنها .وفي نظرة سريعة الى رقابة القضاء الدستوري على امتناع المشرع عن مزاولة اختصاصه التشريعي وكما يأتي:

موقف دساتير الدول المقارنة التي تناولت رقابة الامتناع التشريعي او القصور التشريعي التام في دساتيرها فقد انقسمت الى عدة اتجاهات:

الاتجاه الأول: دساتير أشارت إلى حالة الامتناع التشريعي والرقابة الدستورية عليها، ويتحقق هذا الاتجاه بأن أقر الدستور صراحة بحق المحكمة في الرقابة على امتناع المشرع عن اتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لوضع القواعد الدستورية موضع التنفيذ، بالاعتراف الصريح بحالة الامتناع كوجه من وجوه عدم الدستورية [٨٣]، وهو توجه يكاد يكون فريداً من نوعه، تحقق في بعض التشريعات الدستورية؛ دستور البرتغال لسنة ١٩٧٦ المعدل الذي عبر عنها بالامتناع التشريعي، ودستور البرازيل لسنة ١٩٨٨ المعدل الذي وصفها بحالة غياب الإجراءات التشريعية التي تقلل من فاعلية النص الدستوري، ودستور جنوب أفريقيا لسنة ١٩٩٦ الذي وصفها بإخلال البرلمان بالتزام دستوري. ورغم تبني هذين الوثيقتين الدستوريتين لنفس التوجه إلا أنهما اختلفا في تحديد محتوى معالجة حالة الامتناع التشريعي ومعيار تحققها وحدودها. وقد اختار الدستور البرتغالي له معالجة جزئية تقتصر على حالة الامتناع مع إلزام دستوري صريح بتدخل المشرع، وفي حدود الإجراءات التي يصدرها البرلمان، فضلاً عن أن أثره يتحدد بمجرد الكشف عن وجود الامتناع التشريعي، وإخطار السلطة التشريعية بوجوده، أي أنه يجعل قرارات المحكمة الدستورية

محصورة في أدراج السلطة التشريعية، إذا رغبت في تنفيذها جاز لها ذلك، وإذا رغبت جاز لها عدم الالتفات إليها[٨٤].

والاتجاه الثاني: دساتير لم تشير صراحة وبشكل مباشر إلى حالة الامتناع التشريعي وحق المحكمة المختصة في مراقبة دستوريته، فإن دورها يقتصر على تنظيم مبادئه العامة وقواعده الأساسية، وترك التفاصيل المتعلقة بتحديد مضمونه وأشكاله للقوانين المكملة للدستور لمعالجتها وتنظيمها، بصورة اعتراف ضمني بحالة الامتناع كوجه من وجوه عدم الدستورية، وقد مثلت نصوص دستور دولة المجر لسنة ١٩٨٩ هذا الاتجاه، حيث خلت صراحة من النص على حالة الامتناع التشريعي، مكتفية في الفقرة الأولى من المادة (٣٢) بنص على اختصاص المحكمة الدستورية المجرية بمراقبة دستورية القوانين وغيرها من القواعد القانونية المماثلة لها، في حين أن القانون الذي أشار إليه دستور دولة المجر وسع معنى ونطاق حالة الامتناع التشريعي عندما منح المحكمة الدستورية الحق في معالجة أي مخالفة دستورية يرتكبها أي عضو تشريعي، كما لم يقتصر تطبيق هذه الرقابة على حالة وجود التزام دستوري للمشرع بالتدخل في التشريع، بل حتى في حالة عدم وجود هذا الالتزام الصريح[٨٥].

والاتجاه الثالث: دساتير لم تشير إلى حالة الامتناع التشريعي والرقابة الدستورية عليه ،ومن هنا فإن دساتيرهم لم تقرر صراحة مراقبة حالة الامتناع التشريعي، واكتفت قضاؤهم بإعلان عدم اختصاصها بالنظر فيه خلال فترة محددة، أو إرجاع الامتناع إلى كونه إخلالاً من المشرع بالتزام قانوني خلال فترة أخرى، وقد تحقق هذا الاتجاه في دستور اسبانيا لعام ١٩٧٨ ودستور النمسا لعام ١٩٢٠المعدل لغاية ٢٠١٣ودستور جمهورية مصر العربية سنة ٢٠١٤، حيث خلت نصوص هذه الوثائق الدستورية، والقانون الاساسي للمحكمة الدستورية الاسبانية الصادر ١٩٧٩ وقانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩، من أي نص ينظم هذه الحالة والعقوبة المترتبة عليها [٨٦].

اما في العراق فقد كان قريباً من هذا الاتجاه الذي سلكه دستور اسبانيا والنمسا ومصر فقد خلا دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، وكذلك القواعد الواردة في قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ المعدل والنظام الداخلي رقم ١ لسنة ٢٠٢٢ للمحكمة من أي نص ينظم الرقابة القضائية على الامتناع التشريعي أو أي جزاء مترتب على امتناع المشرع ، اذ راعى الدستور فقط ذكر الرقابة القضائية على دستورية القوانين مع بعض الاختصاصات الاخرى للمحكمة الاتحادية العليا، اذ نصت المادة (٩٢) من الدستور[٨٧] على تشكيل المحكمة الاتحادية العليا، وبينت المادة (٩٣) من الدستور[٨٨] أن المحكمة الاتحادية العليا تختص بالرقابة على

Journal Of Babylon Center For Humanities Studies 2025 Volume :15 Issue : 5
(ISSN): 2227-2895 (Print) (E-ISSN):2313-0059 (Online)

دستورية القوانين ،بالنسبة للقوانين والأنظمة المعمول بها، ويُعتبر من الممكن للمحكمة الاتحادية العليا في العراق فرض الرقابة على الامتناع أو القصور التشريعي التام، حيث لا تتعارض مع ذلك النصوص الخاصة بصلاحيات المحكمة الواردة في الدستور والقانون ونظامها الداخلي كون الرقابة على القصور التشريعي التام يعد نوع من الرقابة. بل على العكس من ذلك، هناك حاجة عملية لممارسة هذا النوع من الرقابة. لكن نجد المحكمة الاتحادية العليا بدلا من تفعيل ذلك الدور الرقابي المهم قد وقعت بتناقض كبير في هذا الشأن فهي من باب تقرر ان مسالة تشريع القوانين هي مسالة تقع تحت خيار المشرع التشريعي ويخرج عن اختصاصها النظر بالطعون المقدمة بامتناع المشرع تشريعيا [٨٩]، ومن باب اخر تقيد المشرع من ناحية ممارسة اختصاصه الاصيل في سن القوانين فسلبت بقرار لها في هذا الشأن حق البرلمان في اختصاصه باقتراح التشريعات التي يرى انها ضرورية وربطتها بضرورة ان تمر عن طريق الحكومة بشكل مشروع قانون بداعي ان الاقتراح مجرد فكرة لا ترقى الى مشروع قانون، معززه بذلك مبدأ هيمنة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية من ناحية حقها الدستوري بتشريع القوانين وما له ايضا من تبعات على هدر مبدأ الفصل بين السلطات[٩٠].

ويرى الباحث ولأجل تحقيق ما تقدم لابد على المشرع العراقي ان يقتفي اثر الدساتير في الدول المقارنة التي نصت بصورة مباشرة في الدستور على هذه الرقابة القضائية كما في البرتغال والبرازيل او الدساتير التي ذكرته بصورة ضمنية كما في المجر لما لهذه الرقابة القضائية على امتناع المشرع من ممارسة اختصاصه التشريعي من اثر كبير لحل مشكلة كبيرة يعاني منها البلد الا وهي مشكلة تعطيل اهم القوانين الاساسية والعادية بسبب تجاذبات سياسية وايدلوجية حزبية متحكمة وضياع كثير من الحقوق والحريات والقوانين المهمة لبناء البنى التحتية والقضاء على الفساد والقيام بدولة القانون التي يسودها الاستقرار السياسي والاداري والاجتماعي .كما ويرى الباحث ان مسالة تقييد السلطة التشريعية في اقتراح القوانين بمرورها عن طريق الحكومة بشكل مشروع هو سلب للاختصاص الاصيل للبرلمان في مزاولة اختصاصه التشريعي ويساهم سلبا في زيادة مظاهر القصور التشريعي بشكل عام مما يتطلب على المشرع القانوني والقضاء الدستوري تفادي هذا الشي تشريعياً وقضائياً .

الخاتمة

بعد أن وصلنا الى نهاية هذا الدراسة المتواضعة التي تم تسليط الضوء فيها على جانب مهم من جوانب اختصاصات السلطة التشريعية يتعلق بالقصور التام الذي يرد على الاختصاص التشريعي للسلطة التشريعية حيث خلصت الدراسة الى مجموعة من النتائج والمقترحات والتي

نضعها بين يدي المشرع العراقي علها تجد لها اهتماماً يناسب الحاجة الى سد القصور التام بالتشريع وكما يأتي:

اولا : النتائج :

١-وتبين أن القصور التام بالتشريع من ناحية موضوعية ناتج من اسباب موضوعية ناتجة عن الامتناع التشريعي للمشرع ويسمى بالقصور التشريعي التام او المطلق لأسباب لها علاقة بقصد المشرع او من دون قصده.

٢- اتضح أن الأثر المترتب عن القصور التام بالتشريع فقدان النص او فراغ تشريعي كلي .

٣-تبين أن هناك طرق ممكنة لمعالجة القصور التام بالتشريع منها ما يكون باجتهاد القاضي العادي او بتدخل القضاء والدستوري.

٤-تبين لنا ان الامتناع التشريعي هو مدار القصور التشريعي (التام او المطلق) لان هناك نص دستوري ملزم لكن المشرع امتنع بعمد او اهمال من تشريعه فكان القصور تاماً .

٥-تبين لنا أن ظاهرة امتناع المشرع عن تأدية دوره التشريعي وحصول القصور التشريعي التام سببه الرئيسي في العراق ناتج من التأثيرات الحزبية بالتوازي مع قلة الخبرة في المجال التشريعي لدى النائب البرلماني وهي احد المشاكل التي تعاني منها جميع الانظمة الحديثة العهد بالديمقراطية ومنها العراق.

٦-يتضح من خلال البحث ان المحكمة الاتحادية العليا العراقية لجات الى التفسير القضائي الانشائي بالإضافة محاولة منها في سد القصور التشريعي واي نقص تشريعي او اغفال مقتفية بذلك ما جاءت به المحاكم القضائية الدستورية في دول قضاء المقارن، والذي يمكن اعتباره وسيلة وطريقة ناجعة لمعالجه لقصور التشريع لما لأحكام المحكمة الاتحادية العليا من الزامية وثبات وفقا للمادة (٩٤) من الدستور.

ثانيا : المقترحات :

١-نقترح على المشرع العراقي اقرار قانون مجلس الاتحاد المنصوص عليه بالمادة (٦٥) من الدستور وجعل وضع تشكيله مشابه لتشكيل مجلس النواب في المادة(٤٩/اولا) من الدستور لما له من اثر واضح في سد القصور التام بالتشريع بتدخل تشريعي وتعديل دستوري مناسب.

٢-نقترح على المشرع الدستوري العراقي ان يقتفي اثر الدساتير في الدول المقارنة التي نصت بصورة مباشرة في الدستور على رقابة القضاء الدستوري على الامتناع التشريعي كما في البرتغال والبرازيل او الدساتير التي ذكرته بصورة ضمنية كما في المجر لما لهذه الرقابة القضائية على

امتناع المشرع في ممارسة اختصاصه التشريعي من اثر كبير لحل مشكلة كبيرة يعاني منها البلد الا وهي مشكلة تعطيل اهم القوانين الاساسية والعادية.

هوامش البحث:

(١)عواطف عبدالمجيد الطاهر، "القصور في التشريع"، مجلة دجلة، المجلد ٢، العدد ١،بغداد ،٢٠١٩، ص٦١.

(٢)مركز رواد الترجمة، موسوعة المصطلحات الاسلامية، مؤسسة رواد الترجمة للاتصالات وتقنية المعلومات،ج٦، الرياض، ٢٠٢٠،ص٣٨١.

(٣)جبران مسعود ، الرائد معجم لغوي عصري، ط٧ ، دار العلم للملايين ، بيروت، ١٩٩٢، ص ٦٣٤.

(٤)محمد بن ابي بكر عبدالقادر الرازي ، مختار الصحاح، طبعة مدققه، مكتبة لبنان، بيروت، ٢٠١٣، ص ٢٢٤-٢٢٥.

(٥)سورة النساء ، الآية (١٠١) .

(٦)سورة الاعراف ، الآية (٢٠٢) .

(٧)محمد بن ابي بكر بن عبدالقادر الرازي ، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، ١٩٨٣، ص ٣١٨.

(٨)جبران مسعود ، الرائد معجم لغوي عصري، المصدر السابق، ص ٢١٤.

(٩)احمد مختار عمر ، معجم اللغة العربية المعاصر،ط١،المجلد الاول، عالم الكتب، القاهرة،٢٠٠٨، ص ١١٨٨.

(١٠)سورة الاعراف ، الآية (٦٣) .

(١١)سورة الجاثية الآية(١٨).

(١٢)سورة الشورى الآية(١٣).

(١٣)مركز رواد الترجمة، موسوعة المصطلحات الاسلامية، المصدر السابق،ص٣٨١.

(١٤)ينظر: نص المادة(٢/١١١) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل .

(١٥)ينظر: نص المادة(٢/٤٤) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل .

(١٦)اكرم زاده الكوردي ،"مفهوم القاصر واهليته في القانون العراقي والمصري- دراسة مقارنه"، جامعة زيان عاشور الجلفة، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية ،المجلد الخامس، العدد ٢، الجزائر، ٢٠٢٠ ،ص٦٢٠.

(١٧)غازي كرم ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، ط١ ، اثراء للنشر ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص٢٢٠ ؛ وللمزيد ينظر : سليمان الناصري ، المدخل لدراسة القانون (دراسة مقارنة) ، ط١ ، دار وائل للنشر ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص٦٢ . وينظر : رمضان أبو السعود ومحمد حسين منصور ، المدخل إلى القانون ، منشورات الحلبي الحقوقية ، عمان ، ٢٠٠٣، ص٩١.

(١٨)السيد محمد السيد عمران ونبيل ابراهيم سعد ويحيى حسين مطر ، الاصول العامة للقانون ، ط١، الدار الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩١ ، ص ١٠١.

(١٩)لمزيد من التفاصيل ينظر: وضاح زيتون، المعجم السياسي، دار اسامه للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص ٢٦.

(٢٠)رياض القيسي ، علم أصول القانون ، ط١ ، بيت الحكمة ، بغداد ، ٢٠٠٢ ، ص٢٥٧-٢٥٨ .

(٢١) رياض القيسي، المصدر نفسه ، ص ٢٥٨.

(٢٢)محمود شاكر عبود الخفاجي ، منهج النظم الاسلامية بين المؤرخين والفقهاء ، ط١،مؤسسة السيدة معصومة، مطبعة ثامن الحجج ،بلا مكان طبع ،٢٠٠٨ ، ص٢٣.

(*) مفهوم مبدا تدرج التشريع يقصد بذلك ان القواعد القانونية تختلف من حيث القيمة القانونية لها وهي تتراتب على نحو هرمي بحيث القاعدة الاعلى تهيمن على القاعدة الادنى مما يفرض على هذه الأخيرة عدم مخالفتها او التناقض معها ويقتضي هذا المبدأ ضمان انسجام التشريع في المستويات المختلفة بما يكفل احترام التشريع الادنى للتشريع الاعلى وعند حدوث خلاف بذلك يطبق التشريع الاعلى ويهدر التشريع الادنى المخالف. ينظر: محمد جمال مطلق الذنيبات، المدخل لدراسة القانون، مكتبه القانون والاقتصاد ،الرياض، ٢٠١٢، ص ١١٢ – ١١٣.

(23)Juan Luis REQUEJO:The problem of iegislative omission in،constitutional jurisprudence، paper from the constiyutional court of spain،XTV conference of constitutional courts of Europe،Vilnius-May 2008 p4-6.

نقلا عن محمد نجم محسن الشحماني، دور القاضي الدستوري في اصلاح القصور التشريعي دراسة تحليلية مقارنة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، مصر، ٢٠٢٢، ص٤٩ وما بعدها.

(٢٤)عبد الحسين القطيفي، "فلسفه القانون محاضرات القيت على طلبه الدراسات العليا الماجستير"، جامعه بغداد، كليه القانون، ١٩٧٨ ، ص ١٢ وما بعدها.

(٢٥)عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مكتبة عبدالله وهبه، ج١، ، مصر، من دون سنة نشر، ص٥٣٧-٥٣٨.

(٢٦)عواطف عبدالمجيد الطاهر، مصدر سابق، ص٦٣. عامر ابراهيم احمد، " القصور التشريعي في المركز القانوني للمحافظ في القانون العراقي" ، مجلة المعهد، المجلد ١، العدد ٧، النجف الاشرف، ٢٠٢١، ص٦٤.

(٢٧)ضياء شيت خطاب، فن القضاء، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد ،١٩٨٤ ، ص٧٠ .

(٢٨)محمد أحمد رمضان ، دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد،١٩٨٥، ص٥٤.

(٢٩)حيدر محمد حسن ،"معالجة امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي في القانون الوضعي"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ،جامعة بابل، السنة السابعة، العدد٤، ٢٠١٥،ص٥٥٧.

(٣٠)عبد الحفيظ علي الشيمي ،رقابه الاغفال التشريعي في المحكمة الدستورية العليا- دراسة مقارنه، دار النهضة، القاهرة ، ٢٠٠٣ ،ص١٢٠.

(٣١)جابر محمد صبحي ، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا ،دار النهضة العربية، القاهرة ، ط١،٢٠١٢،ص ٤٠٠.

(٣٢)محمد وحيد ابو يونس ، "حدود الرقابة الدستورية على الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا" ،بحث منشور على موقع مجله الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ،كليه القانون ، جامعة الاسكندرية، مصر، من دون عدد، ٢٠٢٠ ، ص ٣٥٩-٣٦٠.

(٣٣)فمثلا في العراق في الدورة الانتخابية ٢٠١٤ -٢٠١٨ اكثر من ربع الدورة التشريعية من النواب دون المستوى الجامعي (١٩) نائب دبلوم (٥٨) نائب حاصل على شهادة اعداديه المجموع ٧٧ نائب دون مستوى البكالوريوس وهذا يترك للسلطة التنفيذية المجال للمبادرة بالقوانين . وفي الجزائر خلال العهدة التشريعية الرابعة ١٩٩٧- ٢٠٠٢ اكثر من ربع النواب دون المستوي الجامعي بنسبة ٢٦ - ٢٨ نائب . ينظر: عمار رحيم الكناني، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في بناء دولة المؤسسات –دراسة تطبيقية مقارنة، مكتبة القانون المقارن،ط١،بغداد،٢٠١٨،ص ٢٤٤-٢٤٥.

(٣٤)سعاد حافظي، الضمانات القانونية لتطبيق القواعد الدستورية، رسالة ماجستير في القانون العام مقدمة الى كلية الحقوق ،جامعة ابو بكر بلقايد، الجزائر،٢٠٠٧،ص٢١٧.

(٣٥)هيوا نصرالدين مصطفى، اغفال البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي، رسالة ماجستير في القانون العام مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الشرق الادنى ، معهد الدراسات العليا، نيقوسيا، قبرص،٢٠٢١،ص٢٤-٢٥.

(٣٦)العمومية وتعني :"ان القاعدة القانونية تصاغ بصيغة التعميم يستوعب ما تواجهه من فروض وحالات غير متناهية وتكون عامة حتى تفيد الشمول على افراد المجتمع كافة. اما التجريد : فهو الصفة الملازمة للعمومية وتعني في راي بعض الفقهاء" انها تحرر خطابا خالياً من الميل والهوى الشخصي وعدم ايثارها شخصاً معيناً او سعيها لحماية وضع معين ، "؟. عبد الباقي البكري وزهير بشير، المدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٨٩ ،ص ٣٩-٤٠.

(٣٧)عصمت عبدالمجيد بكر، مشكلات التشريع دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٣،ص ٢٠٧.

(٣٨)لمزيد من التفاصيل ينظر : عمار طعمة حاتم ،الامتناع التشريعي والرقابة عليه–دراسة مقارنة، اطروحة الدكتوراه مقدمة الى مجلس كليه الحقوق ،جامعة النهرين ، بغداد، ٢٠١٨ ص٧٢-١٢٠.

(٣٩)هيوا نصر الدين مصطفى، مصدر سابق، ص٢٤.

(٤٠)عوض محمد عوض، الفقه والقانون ومناطق الفراغ ،بحث منشور على موقع مجلة الفقه المقارن، العدد٢، على الموقع الالكتروني:https://x.com/AlfekhAlmuqaran/status/431859741380579328 تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٧/٢٧.

(٤١)دلشاد عبد الرحمن يوسف واحمد مصطفى علي ، "الفراغ التشريعي في القاعدة الجنائية"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١٨ ،العدد ٦٢،العراق، ٢٠٢٠،ص ١٩٦.

(٤٢)عمار رحيم الكناني، مصدر سابق ،ص ٢٢٣.

(٤٣)سلمى طلال عبد الحميد، التفسير القضائي للدستور واثره في سد الفراغ الدستوري، محاضرات القيت في كلية الحقوق، جامعة النهرين ، بغداد، ٢٠٢١ ،ص ٢٦.

(٤٤)دلشاد عبد الرحمن يوسف واحمد مصطفى علي ، المصدر السابق، الصفحة نفسها.

(٤٥)ينظر: قرار المحكمة الدستورية المجرية المرقم ٣٠ لسنة ١٩٩٠ المرفوع بتقريرها خلال رابطة مؤتمر المحاكم الدستورية المعقود في بروكسل والمنشور على الرابط الالكتروني: http://www.confcoconsteu.org/en/common/hom.html . نقلا عن : عمار طعمة حاتم، مصدر سابق،ص١٧٥.

(٤٦)نصت المادة (١٠٤) من الدستور الالماني لعام ١٩٤٩ المعدل: الحرمان من الحرية " ٢- القاضي فقط هو الذي يقرر بشأن السماح بالحرمان من الحرية ومدة هذا الحرمان واذا لم يستند هذا الحرمان الى امر قضائي، يصدر حكم قضائي بهذا الشأن دون تأخير ولا يجوز للشرطة ان تقوم من تلقاء نفسها باحتجاز اي شخص لذلك فترة تمتد الى نهاية اليوم التالي من القبض عليه وينظم بقانون تفاصيل خاصه بذلك ".

(٤٧)عبدالحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص١٤٨.

(٤٨)ينظرك: قرار المحكمة الدستورية الايطالية رقم ٤٣٦ لسنة ١٩٩٩ المنشور بتقرير المحكمة المقدم لمؤتمر المحاكم الدستورية لسنة ٢٠٠٨ على الموقع الالكتروني على الرابط:
http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/XI_Conferenza. نقلا عن : عمار طعمة حاتم، مصدر سابق،ص١٨٤.

(49)Report of the Conference of European Courts, Special Issue of the Bulletin of Constitutional Issues, Venice Commission, June 2008, p. 55.

ينظر: على وجه التحديد قرار المحكمة الدستورية الاسبانية رقم ١٨٤لسنة ٢٠٠٣ في ٢٣/ ١٠/ ٢٠٠٣ في التقرير،ص٥٥ . ينظر: عبدالحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص١٤٦.

(٥٠)نصت المادة(٤٣) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ:" اولا: أ. اتباع كل دين او مذهب احرار في ممارسة الشعائر الدينية بما فيها الشعائر الحسينية ".

(٥١)ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ٢٠/اتحادية/٢٠١٢ المنشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا العراقية على الرابط: https://www.iraqfsc.iq/index-ar.php. تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٧/٢٩.

(٥٢)ينظر :نص المادة(١١٢) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ النافذ.

(٥٣)ينظر: نص المادة (٩) من الدستور العراقي لعام نفسه.

(٥٤)ينظر : المادة(٦٥) و(١٣٧) من دستور العراق نفسه . لمزيد من التفاصيل ينظر: رافع خضر صالح شبر، ازدواجية السلطة في الدولة الاتحادية، منشورات زين الحقوقية،ط١،بيروت،٢٠١٨ ،ص ١٢٩ .

(٥٥)نصت المادة(١٤٤) من الدستور العراقي نفسه :"يعد هذا الدستور نافذاً، بعد موافقة الشعب عليه بالاستفتاء العام ، ونشره في الجريدة الرسمية، وتشكيل الحكومة بموجبه". حيث تم موافقة الشعب عليه بالاستفتاء العام بعد عشرة ايام من تاريخ الاقتراع في ٢٠٠٥/١٠/١٥، ونشر الدستور بالجريدة الرسمية في يوم ٢٠٠٥/١٢/٢٨ بجريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٠١٢، وتشكلت الحكومة بموجبه لأول مرة بتاريخ ٢٠٠٦/٥/٢٠.

(٥٦)ينظر: نص المادة(٨٦) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ التي اوجبت سن قانون ينظم تشكيل الوزارات ومهامها لم يشرع بعد وكذلك ينظر: نص المادة(١٨) من دستور العراق نفسه التي اوجبت تنظيم قانون يخص تعدد الجنسية الذي لم يشرع ايضا.

(٥٧)يقصد بالاجتهاد القضائي هو" إصدار القاضي حكماً ظنياً فاصلاً للخصومة بشأن واقعة متنازع فيها ، للإلزام به". ينظر: صالح خالد صالح، الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه وتطبيقاته في الشريعة والقانون، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية،٢٠٠٧،ص٤٦.

(٥٨)عبد الباقي البكري وزهير بشير ،مصدر سابق ،ص٦٧١.

(٥٩)ابراهيم حميد محسن الزبيدي، الفراغ التشريعي في احكام الضرائب المباشرة في العراق، اطروحة دكتوراه في القانون العام مقدمة الى مجلس كليه القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٧، ص ٢٠٢.

(٦٠)محمد رضا المظفر ،المنطق ، مؤسسة الرافد للطباعة والنشر، ط١ ، بغداد، ٢٠٠٩ ، ص ١٦٦.

(٦١)عواطف عبد المجيد الطاهر ،مصدر سابق ،ص ٦٨.

(٦٢)عصمت عبد المجيد بكر ،بحوث ودراسات قانونية (دور القاضي المدني في حاله انكار العدالة)، ط١ ،مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢٣ ،ص ٣٦.

(٦٣)عبد الباقي البكري وزهير بشير ،مصدر سابق ،ص٤٠٨. محمد كمال خميس الحولي ، تفسير النصوص القانونية في التشريع الفلسطيني دراسة تحليلية مقارنة في ضوء النظم القانونية وأحكام الشريعة الاسلامية ، رسالة ماجستير في القانون العام مقدمة الى كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية،غزة،٢٠١٧،ص١٢٥.

(٦٤)عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ٤٤٦.

(٦٥)مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، الخنساء للطباعة،ط١٠، بغداد، ٢٠٠٢،ص ٧٧.

(٦٦)طارق عبد الرزاق شهيد الحمامي ،"دور العرف في سد الفراغ التشريعي بحث مقارن بالشريعة الإسلامية "، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٩، العدد ٢، السنه ٩، ٢٠١٧ ،ص ٧١٨ – ٧٢٢.

(٦٧)طارق عبد الرزاق شهيد الحمامي ،المصدر نفسه، ص ٧٢٤.

(٦٨)عبد الباقي البكري وزهير بشير ،مصدر سابق ،ص٢١٢.

(٦٩)س.ف. كاناريز ، "سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الالماني منه "،ترجمة عبد الرسول الجصاني، مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقية، ع ١، س ٢٨، ١٩٧٣، ص ٨٦ .

(٧٠)عواد حسين ياسين العبيدي، "الاجتهاد القضائي واثره في سد الفراغ التشريعي" مجلة الباحث العربي، المجلد ٤ ،العدد ٣، ٢٠٢٣،ص ١٦٦ – ١٦٧.

(٧١)محمد رضا النمر، مسؤولية الدولة عن التعويض عن أخطاء القضاء–دراسة مقارنة في النظام القضائي المصري والفرنسي، المركز القومي للإصدارات القانونية،٢٠١٠،ص١٣٤ وما بعدها .نقلا عن: عبدالقادر حوبه، "اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية ،المجلد٨،العدد٢،الجزائر،٢٠٢١،ص٢٥.

(٧٢)عواد حسين ياسين العبيدي، المصدر السابق نفسه،ص١٦٥.

(٧٣)ينظر: نص المادة(١) الفقرة(٢) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل.

(٧٤)طارق عبد الرزاق شهيد الحمامي، مصدر سابق، ص٧٢٤ وما بعدها.

(٧٥)ينظر: نص المادة(٣٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٧٦)ينظر: نص المادة(٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٧٧)ينظر: نص المادة(٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٧٨)عواد حسين ياسين العبيدي، الاجتهاد القضائي واثره في سد الفراغ التشريعي ،مصدر سابق، ص ١٦٥.

(٧٩)ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية المرقم ٢٠٣٣ / هيئة استئنائية عقار / ٢٠٢١ في ٢٠٢١/٥/٢٣ قرار غير منشور. نقلا عن: عواد حسين ياسين العبيدي، الاجتهاد القضائي واثره في سد الفراغ التشريعي ،مصدر سابق، ص ١٦٥.

(٨٠)ينظر المادة (١) الفقرة(٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٨١)ينظر المادة (١) الفقرة(٣) من القانون المدني العراقي نفسه.

(٨٢)ينظر المادة (١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

(٨٣)حيدر محمد حسن، مصدر سابق، ص٥٧٧.

(٨٤)عبد الحفيظ علي الشيمي ، المصدر السابق ، ص ٣٥ – ص ١٣٧.

(٨٥)عمار طعمة حاتم، مصدر سابق، ص١٧٠.

(٨٦)عمار طعمة حاتم ،مصدر سابق، ص١٧٠. ولمزيد من التفاصيل ينظر :حيدر محمد حسن، مصدر السابق، ص٥٧٧ وما بعدها.

(٨٧)ينظر : نص المادة (٩٢) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ.

(٨٨)ينظر : نص المادة (٩٣) من الدستور العراقي نفسه.

(٨٩)ينظر: على سبيل المثال لا الحصر قرارات المحكمة الاتحادية العليا العراقية المرقمة ٦/اتحادية/٢٠٠٧ في ٢/ ٢٠٠٧/٧ و ٣٩/اتحادية/٢٠٠٨ في ١٢/ ٢٠٠٩/١ و ٨٣/اتحادية/٢٠١٤ في ٢٠١٤/١١/١٨ ،المنشورات على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا ،تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٨/١٣ ، على الرابط: https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php.

(٩٠)ينظر: قراري المحكمة الاتحادية العليا العراقية المرقمين ٤٣و٤٤/اتحادية/٢٠١٠ في ١٢/ ٢٠١٠/٧ ،المنشورين على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا ،تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٨/١٣ ، على الرابط: https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php

المصادر والمراجع

القران الكريم

اولا : كتب معاجم اللغة.

١-احمد مختار عمر ، معجم اللغة العربية المعاصر،ط١،المجلد الاول، عالم الكتب، القاهرة،٢٠٠٨.

٢-جبران مسعود ، الرائد معجم لغوي عصري، ط٧ ، دار العلم للملايين ، بيروت، ١٩٩٢.

٣-محمد بن ابي بكر عبدالقادر الرازي ، مختار الصحاح، طبعة مدققه، مكتبة لبنان، بيروت، ٢٠١٣.

٤-مركز رواد الترجمة، موسوعة المصطلحات الاسلامية، مؤسسة رواد الترجمة للاتصالات وتقنية المعلومات،ج٦، الرياض، ٢٠٢٠.

ثانيا : الكتب القانونية.

١-جابر محمد صبحي ، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا ،دار النهضة العربية، القاهرة ، ط١،٢٠١٢.

٢-حيدر محمد حسن ،"معالجة امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي في القانون الوضعي"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ،جامعة بابل، السنة السابعة، العدد٤، ٢٠١٥.

٣-رمضان أبو السعود ومحمد حسين منصور ، المدخل إلى القانون ، منشورات الحلبي الحقوقية ، عمان ، ٢٠٠٣.
٤-رياض القيسي ، علم أصول القانون ، ط١ ، بيت الحكمة ، بغداد ، ٢٠٠٢.
٥- سليمان الناصري ، المدخل لدراسة القانون (دراسة مقارنة) ، ط١ ، دار وائل للنشر ، عمان.
٦-السيد محمد السيد عمران ونبيل ابراهيم سعد ويحيى حسين مطر ، الاصول العامة للقانون ، ط١، الدار الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩١ .
٧-ضياء شيت خطاب، فن القضاء، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد ،١٩٨٤.
٨-عامر ابراهيم احمد، " القصور التشريعي في المركز القانوني للمحافظ في القانون العراقي" ، مجلة المعهد، المجلد ١، العدد ٧، النجف الاشرف، ٢٠٢١.
٩-عبد الباقي البكري وزهير بشير، المدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٨٩.
١٠-عبد الحفيظ علي الشيمي ،رقابه الاغفال التشريعي في المحكمة الدستورية العليا- دراسة مقارنه، دار النهضة، القاهرة ، ٢٠٠٣ .
١١-عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مكتبة عبدالله وهبه، ج١، ، مصر، من دون سنة نشر.
١٢-عصمت عبد المجيد بكر ،بحوث ودراسات قانونية (دور القاضي المدني في حاله انكار العدالة)، ط١ ،مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢٣ .
١٣-عصمت عبدالمجيد بكر، مشكلات التشريع دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٣.
١٤-عمار رحيم الكناني، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في بناء دولة المؤسسات -دراسة تطبيقية مقارنة، مكتبة القانون المقارن،ط١،بغداد،٢٠١٨.
١٥-عمار طعمة حاتم ،الامتناع التشريعي والرقابة عليه-دراسة مقارنة، اطروحة الدكتوراه مقدمة الى مجلس كليه الحقوق ،جامعة النهرين ، بغداد، ٢٠١٨ .
١٦-غازي كرم ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، ط١ ، اثراء للنشر ، عمان ، ٢٠٠٩ .
١٧-محمد جمال مطلق الذنيبات، المدخل لدراسة القانون، مكتبه القانون والاقتصاد ،الرياض، ٢٠١٢.
١٨-محمد رضا المظفر ،المنطق ، مؤسسة الرافد للطباعة والنشر، ط١ ، بغداد، ٢٠٠٩ .
١٩-محمد رضا النمر، مسؤولية الدولة عن التعويض عن أخطاء القضاء-دراسة مقارنة في النظام القضائي المصري والفرنسي، المركز القومي للإصدارات القانونية،٢٠١٠.
٢٠-محمود شاكر عبود الخفاجي ، منهج النظم الاسلامية بين المؤرخين والفقهاء ، ط١،مؤسسة السيدة معصومة، مطبعة ثامن الحجج ،بلا مكان طبع، ٢٠٠٨ .
٢١-مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، الخنساء للطباعة،ط١٠، بغداد، ٢٠٠٢.
٢٢-وضاح زيتون، المعجم السياسي، دار اسامه للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.

ثالثا: الأطاريح والرسائل الجامعية

١-ابراهيم حميد محسن الزبيدي، الفراغ التشريعي في احكام الضرائب المباشرة في العراق، اطروحة دكتوراه في القانون العام مقدمة الى مجلس كليه القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٧.
٢-سعاد حافظي، الضمانات القانونية لتطبيق القواعد الدستورية، رسالة ماجستير في القانون العام مقدمة الى كلية الحقوق ،جامعة ابو بكر بلقايد، الجزائر،٢٠٠٧.
٣-صالح خالد صالح، الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه وتطبيقاته في الشريعة والقانون، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية،٢٠٠٧.

٤-عمار طعمة حاتم ،الامتناع التشريعي والرقابة عليه-دراسة مقارنة، اطروحة الدكتوراه مقدمة الى مجلس كليه الحقوق ،جامعة النهرين ، بغداد، ٢٠١٨ .
٥-محمد أحمد رمضان ، دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد،١٩٨٥.
٦-محمد كمال خميس الحولي ، تفسير النصوص القانونية في التشريع الفلسطيني دراسة تحليلية مقارنة في ضوء النظم القانونية وأحكام الشريعة الاسلامية ، رسالة ماجستير في القانون العام مقدمة الى كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية،غزة،٢٠١٧.
٧-محمد نجم محسن الشحماني، دور القاضي الدستوري في اصلاح القصور التشريعي دراسة تحليلية مقارنة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، مصر، ٢٠٢٢.
٨-هيوا نصرالدين مصطفى، اغفال البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي، رسالة ماجستير في القانون العام مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الشرق الادنى ، معهد الدراسات العليا، نيقوسيا، قبرص،٢٠٢١.

رابعا: البحوث

١-اكرم زاده الكوردي ،"مفهوم القاصر واهليته في القانون العراقي والمصري- دراسة مقارنه"، جامعة زيان عاشور الجلفة، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية ،المجلد الخامس، العدد ٢، الجزائر، ٢٠٢٠ .
٢-حيدر محمد حسن ،"معالجة امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي في القانون الوضعي"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ،جامعة بابل، السنة السابعة، العدد٤، ٢٠١٥.
٣-دلشاد عبد الرحمن يوسف واحمد مصطفى علي ، "الفراغ التشريعي في القاعدة الجنائية"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١٨ ،العدد ٦٢،العراق، ٢٠٢٠.
٤-س.ف. كاناريز ، "سد الفراغ في القانون وموقف النظام القانوني الالماني منه "،ترجمة عبد الرسول الجصاني، مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقية، ع ١، س ٢٨، ١٩٧٣.
٥-طارق عبد الرزاق شهيد الحمامي ،"دور العرف في سد الفراغ التشريعي بحث مقارن بالشريعة الإسلامية "، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٩، العدد ٢، السنه ٩، ٢٠١٧ .
٦-عامر ابراهيم احمد، " القصور التشريعي في المركز القانوني للمحافظ في القانون العراقي" ، مجلة المعهد، المجلد ١، العدد ٧، النجف الاشرف، ٢٠٢١.
٧- عبد الحسين القطيفي، "فلسفه القانون محاضرات القيت على طلبه الدراسات العليا الماجستير"، جامعه بغداد، كليه القانون، ١٩٧٨ .
٨-عبدالقادر حوبه، "اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية ،المجلد٨،العدد٢،الجزائر،٢٠٢١.
٩-عواد حسين ياسين العبيدي، "الاجتهاد القضائي واثره في سد الفراغ التشريعي" مجلة الباحث العربي، المجلد ٤ ،العدد ٣، ٢٠٢٣.
١٠-عواطف عبدالمجيد الطاهر، "القصور في التشريع"، مجلة دجلة، المجلد ٢، العدد ١،بغداد ،٢٠١٩.
١١-محمد وحيد ابو يونس ، "حدود الرقابة الدستورية على الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا" ،بحث منشور على موقع مجله الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ،كليه القانون ، جامعة الاسكندرية، مصر، من دون عدد، ٢٠٢٠ .

خامسا: المقالات على شبكة الانترنت والمحاضرات:

١-عوض محمد عوض، الفقه والقانون ومناطق الفراغ ،بحث منشور على موقع مجلة الفقه المقارن، العدد٢، على الموقع الالكتروني:https://x.com/AlfekhAlmuqaran/status/431859741380579328 تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٧/٢٧.

٢-سلمى طلال عبد الحميد، التفسير القضائي للدستور واثره في سد الفراغ الدستوري، محاضرات القيت في كلية الحقـــــوق، جامعـــة النهرين ، بغداد، ٢٠٢١ .

سادسا: القرارات القضائية:

١-قرار المحكمة الدستورية الايطالية رقم ٤٣٦ لسنة ١٩٩٩ المنشور بتقرير المحكمة المقدم لمؤتمر المحاكم الدســـتورية لســـنة ٢٠٠٨ علـــى الموقـــع الالكترونـــي علـــى الـــرابط:
.http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/XI_Conferenza

٢-قرار المحكمة الدستورية المجرية المرقم ٣٠ لسنة ١٩٩٠ المرفوع بتقريرها خلال رابطة مؤتمر المحاكم الدســـتورية المعقـــود فـــي بروكســـل والمنشـــور علـــى الـــرابط الالكترونـــي:
http://www.confcoconsteu.org/en/common/hom.html

٣-قرار المحكمة الدستورية الاسبانية رقم ١٨٤لسنة ٢٠٠٣ في ٢٣/ ١٠/ ٢٠٠٣ .

٤- قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ٢٠/اتحادية/٢٠١٢ المنشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا العراقية على الرابط: https://www.iraqfsc.iq/index-ar.php. تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٧/٢٩.

٥-قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية المرقم ٢٠٣٣ / هيئة استئنائية عقار / ٢٠٢١ في ٢٠٢١/٥/٢٣ قرار غير منشور.

٦-قرارات المحكمة الاتحادية العليا العراقية المرقمة ٦/اتحادية/٢٠٠٧ في ٢/ ٢٠٠٧/٧ و ٣٩/اتحادية/٢٠٠٨ في ١٢/ ٢٠٠٩/١ و ٨٣/اتحادية/٢٠١٤ في ٢٠١٤/١١/١٨ ،المنشورات على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا ،تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٨/١٣ ، على الرابط:https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php .

٧-قراري المحكمة الاتحادية العليا العراقية المرقمين ٤٣و٤٤/اتحادية/٢٠١٠ في ١٢/ ٢٠١٠/٧ ،المنشورين علـــى الموقـــع الالكترونـــي للمحكمـــة الاتحاديـــة العليـــا ،تـــاريخ الزيـــارة ٢٠٢٤/٨/١٣ ، علـــى الـــرابط:
https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php

سابعا : الدساتير

١-الدستور الالماني لعام ١٩٤٩ المعدل.

٢-دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ.

ثامنا : القوانين

١-القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل .

٢-القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

٣-قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

٤- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

تاسعا: المصادر الاجنبية:

1-Juan Luis REQUEJO:The problem of iegislative omission in،constitutional jurisprudence، paper from the constiyutional court of spain،XTV conference of constitutional courts of Europe،Vilnius-May 2008 p4-6.

2-Report of the Conference of European Courts, Special Issue of the Bulletin of Constitutional Issues, Venice Commission, June 2008, p. 55.

Sources

1-Abdul-Baqi Al-Bakri and Zuhair Bashir, Introduction to the Study of Law, Legal Library, Baghdad, 1989.

2-Abdul-Hafiz Ali Al-Shimi, Control of Legislative Negligence in the Supreme Constitutional Court - A Comparative Study, Dar Al-Nahda, Cairo, 2003.

3-Abdul-Hay Hijazi, Introduction to the Study of Legal Sciences, Abdullah Wahba Library, Vol. 1, Egypt, without year of publication.

4-Ahmed Mukhtar Omar, Contemporary Arabic Dictionary, 1st ed., Volume 1, Alam Al-Kutub, Cairo, 2008.
5-Akram Zadeh Al-Kurdi, "The Concept of the Minor and His Eligibility in Iraqi and Egyptian Law - A Comparative Study", Ziane Ashour University, Djelfa, Journal of Legal and Social Sciences, Volume Five, Issue 2, Algeria, 2020.
6-Amer Ibrahim Ahmed, "Legislative Deficiency in the Legal Status of the Governor in Iraqi Law", Institute Journal, Volume 1, Issue 7, Najaf Al-Ashraf, 2021.
7-Ammar Rahim Al-Kanani, The Federal Supreme Court and its Role in Building a State of Institutions - A Comparative Applied Study, Comparative Law Library, 1st ed., Baghdad, 2018.
8-Ammar Taama Hatem, Legislative Abstention and Oversight Thereof - A Comparative Study, PhD Thesis Submitted to the Council of the College of Law, Al-Nahrain University, Baghdad, 2018.
9-Ammar Taama Hatem, Legislative Abstention and Oversight Thereof - A Comparative Study, PhD Thesis Submitted to the Council of the College of Law, University of Nahrain, Baghdad, 2018.
10-Diaa Sheet Khattab, The Art of Judiciary, Publications of the Institute of Arab Research and Studies, Baghdad, 1984.
11-Dilshad Abdul Rahman Yousef and Ahmed Mustafa Ali, "The Legislative Vacuum in the Criminal Rule", Al-Rafidain Journal of Law, Volume 18, Issue 62, Iraq, 2020.
12-Ghazi Karam, Political Systems and Constitutional Law, 1st ed., Ithraa Publishing, Amman, 2009.
13-Gibran Masoud, Pioneer Modern Linguistic Dictionary, 7th ed., Dar Al-Ilm Lil-Malayin, Beirut, 1992.
14-Haider Mohammed Hassan, "Addressing Parliament's Refusal to Exercise Its Legislative Jurisdiction in Positive Law", Al-Muhaqqiq Al-Hilli Journal for Legal and Political Sciences, University of Babylon, 7th year, Issue 4, 2015.
15-Haider Mohammed Hassan, "Addressing Parliament's Refusal to Exercise its Legislative Jurisdiction in Positive Law", Al-Muhaqqiq Al-Hilli Journal of Legal and Political Sciences, University of Babylon, Seventh Year, Issue 4, 2015.
16-Hiwa Nasreddin Mustafa, Parliament's Neglect of Exercising Its Legislative Jurisdiction, Master's Thesis in Public Law Submitted to the Faculty of Law, Near East University, Institute of Graduate Studies, Nicosia, Cyprus, 2021.
17-Ibrahim Hamid Mohsen Al-Zubaidi, The Legislative Vacuum in Direct Tax Provisions in Iraq, PhD Thesis in Public Law Submitted to the Council of the College of Law, University of Baghdad, 2007.
18-Ismat Abdul Majeed Bakr, Legal Research and Studies (The Role of the Civil Judge in the Case of Denial of Justice), 1st ed., Comparative Law Library, Baghdad, 2023.
19-Ismat Abdul Majeed Bakr, Legislation Problems, Theoretical and Comparative Applied Study, Dar Al-Kotob Al-Ilmiyyah, Beirut, 2013.
20-Jaber Mohammed Sobhi, Judicial Policy of the Supreme Constitutional Court, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1st ed., 2012.
21-Mahmoud Shaker Aboud Al-Khafaji, The Approach of Islamic Systems between Historians and Jurists, 1st ed., Sayyida Masouma Foundation, Thamin Al-Hujjat Press, no place of publication, 2008.
22-Mr. Muhammad Al-Sayyid Imran and Nabil Ibrahim Saad and Yahya Hussein Matar, General Principles of Law, 1st ed., Dar Al-Jamiah, Alexandria, 1991.
23-Muhammad Ahmad Ramadan, The Role of the Judge in Establishing the Legal Rule, A Comparative Study, Master's Thesis Submitted to the Council of the College of Law, University of Baghdad, 1985.
24-Muhammad bin Abi Bakr Abdul Qadir Al-Razi, Mukhtar Al-Sihah, revised edition, Lebanon Library, Beirut, 2013.
25-Muhammad Jamal Mutlaq Al-Dhanibat, Introduction to the Study of Law, Law and Economics Library, Riyadh, 2012.

26-Muhammad Kamal Khamis Al-Hawli, Interpretation of Legal Texts in Palestinian Legislation, A Comparative Analytical Study in Light of Legal Systems and Provisions of Islamic Sharia, Master's Thesis in Public Law Submitted to the College of Sharia and Law, Islamic University, Gaza, 2017.
27-Muhammad Najm Mohsen Al-Shahmani, The Role of the Constitutional Judge in Reforming Legislative Deficiencies, A Comparative Analytical Study, PhD Thesis Submitted to the Faculty of Law, Ain Shams University, Egypt, 2022.
28-Muhammad Redha Al-Muzaffar, Logic, Al-Rafed Foundation for Printing and Publishing, 1st ed., Baghdad, 2009.
29-Muhammad Redha Al-Nimr, State Responsibility for Compensating for Judicial Errors - A Comparative Study in the Egyptian and French Judicial System, National Center for Legal Publications, 2010.
30-Mustafa Ibrahim Al-Zalmi, Principles of Jurisprudence in its New Fabric, Al-Khansa for Printing, 10th ed., Baghdad, 2002.
31-Pioneers of Translation Center, Encyclopedia of Islamic Terminology, Pioneers of Translation Foundation for Communications and Information Technology, Vol. 6, Riyadh, 2020.
32-Ramadan Abu Al-Saud and Mohammed Hussein Mansour, Introduction to Law, Al-Halabi Legal Publications, Amman, 2003.
33-Riyad Al-Qaisi, Principles of Law, 1st ed., Bayt Al-Hikma, Baghdad, 2002.
34-S.F. Canaris, "Bridging the Vacuum in the Law and the Position of the German Legal System on It", Translated by Abdul Rasool Al-Jasani, Al-Qada Magazine, Iraqi Bar Association, Issue 1, Year 28, 1973.
35-Saleh Khaled Saleh, Judicial Ijtihad in the Unspecified Text and its Applications in Sharia and Law, PhD Thesis Submitted to the College of Graduate Studies, University of Jordan, 2007.
36-Suad Hafizi, Legal Guarantees for the Application of Constitutional Rules, Master's Thesis in Public Law Submitted to the College of Law, Abu Bakr Belkaid University, Algeria, 2007.
37-Suleiman Al-Nasiri, Introduction to the Study of Law (Comparative Study), 1st ed., Wael Publishing House, Amman.
38-Tariq Abdul Razzaq Shahid Al-Hamami, "The Role of Custom in Bridging the Legislative Vacuum, a Comparative Study with Islamic Law", Al-Muhaqqiq Al-Hilli Journal of Legal and Political Sciences, Volume 9, Issue 2, Year 9, 2017.
39-Waddah Zaytoun, Political Dictionary, Osama House for Publishing and Distribution, Amman, 2010.