

## التعريف بالنقص التشريعي

الإحاطة بالتعريف النقص التشريعي - ينبغي بيانه لغة واصطلاحاً ، للتعرف على مفهوم النقص التشريعي ، ولبيان مفاهيم التي تتصل بالنقص التشريعي سنقسمه إلى التالي:

### أولاً : تعريف النقص التشريعي لغة:

مصطلح النقص التشريعي، يتكون من شقين هما النقص والتشريعي ، أما النقص. لغة بالفتح فسكون من نقص ينقص ، القدر الذاهب من الشيء بعد تمامه ومنه نقص العقل ، ونقص الوزن، ونقص القمر ، ضد التام، تشريعي: (اسم) منسوب في تشريع متعلق بسن القوانين عمل مرسوم مجلس التشريعي والسلطة التشريعية مجلس النواب البرلمان الهيئة الخاصة المكونة من مجموعة الأشخاص المنتخبين رسمياً، مهمتهم وضع القوانين، أو تعديلها لدولة أو ولاية الانتخابات التشريعية<sup>(1)</sup>

. يظهر من ذلك أن المفهوم اللغوي للنقص التشريعي يعني غياب أو عدم اكتمال النصوص القانونية التي تنظم مسألة أو قضية معينة في التشريعات الموجودة.

### ثانياً : تعريف النقص التشريعي اصطلاحاً:

تناول الفقه تعريف النقص التشريعي من خلال مفاهيم مختلفة.

<sup>(1)</sup>

حيث عرفه بعض الفقه بأنه (قيام البرلمان لتنظيم مسألة أو مسائل معينة بصورة منقوصة يمكن أن يترتب عليها فراغ تشريعي لا يتماشى مع التزام البرلمان بضرورة ممارسة التشريعي على الوجه المبين بالدستور<sup>(2)</sup>)

و يتضح أنا من هذا التعريف أنه قد اعتبر النقص التشريعي في تنظيم السلطة التشريعية المسألة أو مسائل مهينة بصورة منقوصة صورة من صور عدم الاختصاص السلبي للمشرع جانب تغلى او تنازل السلطة التشريعية عن اختصاصاتها التشريعية بصدد مسألة أو مسائل معينة لغيرها من السلطات.

ومنهم من عرفه ايضا بأنه قيام المشرع باتخاذ موقف سلبي بعدم استفاد اختصاصه التشريعي الدستوري، بعدم ممارسته له كليا أو جزئيا في حالات معينة أو الأسباب معين<sup>(3)</sup>

ويتضح لنا من هذا التعريف أنه يشتمل على الامتناع والاغفال، ففي حالة الامتناع فإن المشرع يمتنع عن ممارسة اختصاصه التشريعي عن تنظيم التشريع، أما حالة الاغفال الجزئي المشرع ينظم التشريع إلا أنه يكون معيبا بعيب يصيبه وتتمثل بعدم المعالجة التشريعية الكاملة للحالة محل التنظيم، فيكون التشريع قد اغفل جزئيا عن معالجتها، وهي تفرق عن حالة الغياب التام للقاعدة القانونية سواء أكانت تلك القاعدة في القانون العادي أم في القانون الأساسي

<sup>(2)</sup> عبد احمد الغفول. فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، دراسة مقارنة ط2، دار النهضة، القاهرة 2003، ص 159  
عزوي عبد الرحمن، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع الاغفال التشريعي نموذجا مجلة العلوم القانونية والادارية  
<sup>(3)</sup> والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الساسية جامعة ابو بكر، الجزائر العدد 10، 2010.

وعليه يمكن أن تعرف النقص التشريعي بله حالة غياب أو عدم كفاية النصوص القانونية مسألة أو واقعة معينة، بحيث لا توفر التشريعات السارية إطاراً قانونياً واضحاً لحلها، يتطلب هذا النقص تدخل السلطة التشريعية لإصدار قوانين جديدة أو تعديل القوانين القائمة أو قد يتطلب من القضاء استخدام مبادئ قانونية عامة لسد الفراغ التشريعي.

## الفرع الثاني

### تمييز النقص التشريعي عن غيره من المصطلحات

في إطار مبدأ الانفراد التشريعي بصورتيه المطلق (الكلي) والنسبي (الجزئي)، بمعنى أن البرلمان يتخذ موقفاً سلبياً تجاه اختصاصه الدستوري، وبالرغم من ذلك نجد أن هناك تشابهاً واختلافاً بين النقص التشريعي وغيره من السلوكيات التي قد يتخذها المشرع خاصة منها فكرة السكوت التشريعي، وعدم الاختصاص السلبي للمشرع وعليه نقسم هذا الفرع إلى التالي:

#### أولاً: النقص التشريعي والسكوت التشريعي

إن جانباً من الفقه الدستوري قد عرف السكوت التشريعي بأنه إمساك المشرع عن التشريع في شأن معين وهو يعد مما يترخص فيه، ولذا يعد من الملائمات التي يستقل وحده بتقديرها، في حين عرفه جانب آخر من الفقه بأنه السكوت عن تنظيم مسألة ما أو عدم التدخل بالتشريع في موضوع معين<sup>(4)</sup>

<sup>(4)</sup> محمد باهي أبو يونس، أصول القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2017، ص 336.

وما يمكن ملاحظته على كل من النقص التشريعي والسكوت التشريعي أنهما يشتركان بعدم وجود تشريع من حيث الأصل، إلا أنه يمكن إيجاد الفارق بينهما بحسب طبيعة الاختلاف ما فإن للمشرع العدي سمة يمتاز بها عند سكوت خطاب النص الدستوري من تحديد ميعاد المعالجة حالة معينة بالذات أو بتحديد الآلية اللازمة بتنظيمها، أو أن تنتفي المعايير الدالة.. التأكيد بتنظيم التشريع كان ينفي ذكر العبارات في مضمون النص بقانون أو وفق نظام قانوني

### ثانيا: النقص التشريعي والقصور التشريعي

أن فكرة النقص التشريعي والقصور التشريعي تتعلق باتخاذ المشرع موقفا سلبيا من اختصاصه الدستوري فالمشرع والأسباب معينة قد لا يمارس هذا الاختصاص الممنوح له بموجب الدستور سواء كان بصورة جزئية أو كلية، إذ يفسر هذا الامتناع عن ممارسة الاختصاص، إما صورة التخلي الكلي، وعدم معالجة مسألة ما رغم أنها تدخل في اختصاصه الأصلي، أو أنه حمها بصورة جزئية، كما قد يتنازل عن اختصاصه السلطة أخرى وذلك باستعمال طرق يظهر أنه يمارس اختصاصه، وذلك بوجود تشريع معين ملموس إلا أنه يستعمل أساليب التنازل الضمني الاختصاصه السلطة التنفيذية، إما بتقويض اختصاصه التشريعي أو التوسع في الإحالة الى سلطة التنظيم، أو الإفراط في العمومية

وتقوم فكرة القصور التشريعي على أساس عدم كفاية النص القانوني الموجود المعالجة

وتغطية الموضوع أو المسألة محل التنظيم التشريعي بشكل جيد من ناحية في الصياغة القانونية.. إلى ساحة التنظيم، أو الإفراط في العمومية..

وتقوم فكرة القصور التشريعي على أساس عدم كفاية النص القانوني الموجود المعالجة والعملية الموضوع أو المسألة محل التنظيم التشريعي بشكل جيد من ناحية من الصياغة القانونية مختلف النقص التشريعي عن القصور التشريعي بوساطة أن التشريع لم يصدر أصلا في النص التشريعي، فهو ناتج عن إجحام أو امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي، فالمشرع العادي لم يعالج أصلا وضع معين يتوجب عليه تنظيمه، مما أوقعه في مة المخالفة الدستورية العيد الاختصاص التشريعي باعتبار أن التشريع بعد من صل

## المطلب الثاني

مبدأ سمو الدستور لرقابة القضاء الدستوري على النقص التشريعي ونظريات

## وجود التشريع

في هذا المطلب سنتطرق إلى رقابة القضاء الدستوري، في حالة إذا ما كان هنالك نقص التشريعي مخالف للسمو الدستوري وكذلك نتطرق بشئ من الاختصار إلى النظريات وجود التشريع خلال الافرع التالية:

## الفرع الأول

مبدأ سمو الدستور لرقابة القضاء الدستوري على النقص التشريعي

ان الرقابة على النقص التشريعي تجد أساسها في حماية الدستور بعده القاعدة الأعلى التي يجب احترامها من جانب السلطات التي انشاها الدستور، فهي تهدف إلى رد المخالفة الدستورية الناجمة عنه، ولذلك ربط الفقه بين سمو الدستور والطبيعة الأمرة لقواعده وبين الرقابة على النقص التشريعي، ومن ثم، فلا يختلف أساس الرقابة على النقص التشريعي واحكامه بالتالي عن ممارسة اختصاصاته عن اساس الرقابة على الدستورية القوانين في مفهومها العالم وهو خضوع القانون الذي تنسب السلطة التشريعية للدستور انطلاقا من سمو هذا الأخير والطبيعة الامرة التي تنسب بها قواعده، وعليه سنقسم هذا الفرع على التالي:

#### اولا: النقص التشريعي المخالف لسمو الموضوعي للدستور

ان مخالفة قواعد الدستور من الناحية الموضوعية قد تأخذ صورة سلبية، ويكمن ذلك في أن يغفل المشرع تنظيم أحد جوانب الموضوع محل التدخل التشريعي بحيث يترتب على سكوته هذ عدم اكمل الأحكام الواردة بالنص التشريعي على النحو الذي يجعلها تتوافق مع أحكام الدستور<sup>(5)</sup>

مما ينتج عنه وجود حالة من الفراغ التشريعي الجزئي ، فالمفترض في هذه الحالة أن المشرع قد تدخل الممارسة اختصاصاه الدستوري بنفسه، ولكن بدلا من أن يثمر تدخله هذا في معالجة الموضوع محل التنظيم بصورة متكاملة تحيط بكافة جوانبه وتضمن تحقيق أهداف الدستور ومقاصده اسفر تدخله وكنتيجة القصور المعالجة التشريعية واغفال تنظيم بعض جوانب الموضوع عن

<sup>(5)</sup> محمد باهي ابو يونس : اصول القضاء الدستوري دار الجامعة الجديدة الاسكندرية 2017 .

تشويه النص الدستوري وعدم تحقيق ارادته بصورة كاملة، بحيث يترتب على ذلك مخالفه ضمنية للدستور، ومن ثم تنصب الرقابة القضائية على السكوت التشريعي أو الاغفال المنشئ لقاعدة قانونية ضمنية مخالفة للدستور<sup>6</sup>

فضلا عن ذلك تجد أن القاضي الدستوري يحرص على تأكيد سمو الموضوعي للدستور خلال عد القانون الخاضع لرقابته يتطابق بصورة كاملة مع الدستور والا اصبح القانون. بخلاف ذلك غير دستوري ونجد أن القاضي الدستوري يطبق هذا المبدأ بصورة ضيقة. خاصة اذا كان القانون الخاضع لرقابته يمس الحقوق والحريات الأساسية، ومن ثم فان اتجاه القاضي الدستوري فيما يتعلق بالسمو الموضوعي يقتضي ان تاتي النصوص التشريعية مطابقة تماما لنصوص الدستور او قد يقتصر على محل التنظيم.

#### ثانيا: النقص التشريعي المخالف لسمو الشكلي للدستور

ان التزام المشرع بحرة ولايته التشريعية كما حددها الدستور، يتعين عليه أن يقوم بممارسة اختصاصه التشريعي طبقا للأوضاع والإجراءات الشكلية التي يتطلبها الدستور، فضلا ذلك انه لا يكفي لصحة التشريع أن يصدر عن جهة الاختصاص، بل يتعين على تلك الجهة. ان تلتزم بالقواعد الشكلية التي حددها الدستور بصرف النظر عن اثر تلك الإجراءات عملية اقرار القانون أو اهميتها، باعتبار أن الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية في مقوماتها لا تقوم إلا بها ولا يكتمل بنائها أصلا في غيابها، ومن ثم تفقد بتخلفها وجودها كقاعدة قانونية

<sup>6</sup> (محمد باهي ابو يونس : اصول القضاء الدستوري دار الجامعة الجديدة الاسكندرية 2017.

تتوافر لها خاصية الإلزام بالإضافة إلى ذلك تجد أنه في مجال الرقابة الدستورية لا توجد هنالك تفرقة بين الإجراء الجوهري والثانوي كما يقرر القضاء الإداري في مجال رقابته لأن احكام الدستور كلها أمرة وتتعلق بالنظام العام، ومن ثم كل مخالفة للإجراءات الشكلية التي حددها الدستور تكون مخالفة القاعة جوهريّة، فضلا عن ذلك نجد ان حالات الأغفال التشريعي لمخالفة السمو الشكالي للدستور تتحقق عندما ينص الدستور على إجراءات معينة يجب اتباعها لصدور القانون ومن الأمثلة على ذلك الإجراءات التي يتطلبها الدستور الفرنسي الصادر عام 1958 فيما يتعلق بالقوانين الأساسية واللوائح الداخلية الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ

حرص المجلس الدستوري الفرنسي من خلال مراقبة الإجراءات التشريعية المنصوص عليها المادة (11) من الستور على عدم جواز عرض مشروع القانون أو الاقتراح بقانون في المجلس الذي . قدم إليه إلا بعد مرور خمسة عشر يوما من ايداعه لدى المجلس، فضلا عن ضرورة اقراره من قبل الجمعية الوطنية بالأغلبية المطلقة لأعضائها وليس لعدد الحاضرين، إلا الحال رقابة المجلس الدستوري المشروعات القوانين في رقابة وجوبية إعمالا لحكم المادة (11) التي تقضي بعدم الجواز إصدار القوانين العضوية إلا بعد أن يقرر المجلس الدستوري طلقته الدستور انا طبق المشرع إجراءات من القوانين العالية على مشروعات القوانين العضوية على المجلس الدستوري يقضي بعدم دستورية القانون الذي طبقت في شأنه إجراءات القراني العادية، كما بعد أن ذات المفهوم ينطبق على إجراءات القرار القوانين المالية . المجلس الدستوري المشرع بالقيود الإجرائية التي حددتها المادة (٢/٣٩) من الدستور .

## الفرع الثاني

### النظريات التي قيلت في وجود التشريع

ما زال الخلاف حول نقص التشريع لم تطفئ جذوته ذلك الخلاف القديم في اصوله الجديد في افكاره فاورث ذلك الخلاف مدارس فكرية اتجه القسم الأول منها إلى القول باكمال التشريع فيما اتجه القسم الثاني إلى انكار كمال التشريع

فكان الميدان مفتوحا على مصراعيه لتلك الآراء المتنافرة والأفكار المتناحرة والرؤى المتعارضة وقد اسهم ذلك الصراع الفكري إلى بلورة وايجاد فكرية مهدت لظهور نظريات قانونية

ومن اهمها نظريتان اساسيتان

#### اولا: نظرية كمال التشريع:

ومؤدي هذه النظرية أن التشريع يكون شاملا لجميع الحلول ولا يتصور وجود نقص في التشريع وظهرت هذه النظرية مع ظهور الدولة المتدخلة في المجال الاقتصادي، كما أن لهذه النظرية صلة بنظرية الفصل بين السلطات وتولد عن هذه النظرية نظرية الحيز القانوني ومن اشد انصار النظرية الفيلسوف هانس كلسن<sup>(7)</sup>

<sup>(7)</sup> عبد الرحمن الغفلول : فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ، دراسة مقارنة ، ط2، دار النشر القاهرة .

وملخص هذه النظرية أن القانون المكتوب يوجد فيه حل لجميع الحالات التي يمكن ان تعرض حيث انه من الممكن دائما من الناحية المنطقية تطبيق النظام القانوني وقت الحكم القضائي أي اما ان يقبل القاضي الدعوى استنادا الى نص قانوني واما لا يقبلها لعد وجود نص وفي كلتا الحالتين يوجد حل.

### ثانيا : - نظرية إنكار كمال التشريع:

جاءت هذه النظرية للرد على نظرية كمال التشريع فقد لاقت النظرية الأخيرة اعتراضا شديدا من الاوضاعيين ومن الواقعيين القانونيين في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين وذهبوا إلى القول ما من تشريع يخلو من نقص وإن اليقين في القانون ما هو إلا خرافة ويقول الفقيه الفرنسي روبيه فلو كان القاضي مقصورًا على القواعد التشريعية لغلب عليها الارتباك في هذه الأيام ذلك أن تنظيم اقتصادنا يتجه نحو الحرية ويقوم على أعمال المبادرة الفردية التي كثيرا ما تكون متقدمة على التشريع لذلك لا تكون محكومة بنص ذلك التشريع والحقيقة التي لا بد من التسليم بها وقبول والمرهى أن النقص في التشريعات والنظم القانونية الوضعية فهو مناص منه بل إن النقص في التشريع يمكن أن يكون حتى مع وجود مومي تكون المشرع يعتمد أحيانا إلى صياغة النصوص القانونية بشكل يعتريه الغموض حيط به الأيام الأسباب سياسية أو الضرورة الصباغة الفنية أو الاعتماد على قاعدة معيارية غير معتدة المعالم وواضحة الحدود كالنظام العام والآداب العامة...

### النتائج