



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الانبار
كلية القانون والعلوم السياسية

تدرج القواعد الدستورية (دراسة مقارنة)

مرسالة تقدم بها الطالب

أحمد عودة محمد الدليمي

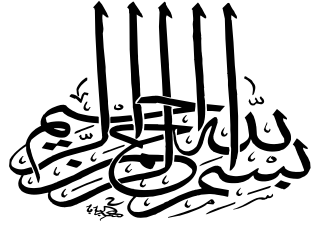
إلى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية في جامعة الانبار، وهي جزء من
متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون العام

بإشراف

أ.م.د. ماجد نجم عيدان الجبوري

٢٠١١م

١٤٣٣هـ



وَهُوَ الَّذِي جَعَلَكُمْ خَلَائِفَ
الْأَرْضِ وَرَفَعَ بَعْضَكُمْ فَوْقَ
بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِّيَبْلُوكُمْ فِي مَا
آتَاكُمْ إِنَّ رَبَّكَ سَرِيعُ الْعِقَابِ
وَإِنَّهُ لَغَفُورٌ رَحِيمٌ



الأنعام . الآية ١٦٥

الإهداء

إلى.....

والدي ووالدتي..... فخرنا وعرفانا
إخوتي وأخواتي..... حبا وتقديرا
إلى أستاذي..... د. علاء الجوعاني عرفانا بالجميل
منابر العلم الأبدية.... إجلالا واحتراما
أهدي خلاصة جهدي المتواضع هذا

الباحث

إقرار المشرف

أشهد أن أعداد هذه الرسالة الموسومة بـ (تدرج القواعد الدستورية – دراسة مقارنة) والمقدمة من قبل الطالب (أحمد عودة محمد الدليمي) قد جرى تحت إشرافي في جامعة الانبار – كلية القانون والعلوم السياسية وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون العام.

المشرف

أ.م.د. ماجد نجم عيدان الجبوري
٢٠١١ / /

بناءً على التوصيات المتوفرة أرشح هذه الرسالة للمناقشة .

أ.م.د . ماهر فيصل صالح
الدليمي

رئيس قسم القانون
كلية القانون والعلوم السياسية
٢٠١١ / /

إقرار لجنة المناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة بأننا قد اطلعنا على هذه الرسالة وقد ناقشنا الطالب في محتوياتها وفيما له علاقة بها . ونعتقد أنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير بتقدير (.)

التوقيع
أ.م.د. عارف صالح مخلف
عضواً
٢٠١١ / /

التوقيع
أ.د. رافع خضر صالح
رئيساً
٢٠١١ / /

التوقيع
أ.م.د. ماجد نجم عيدان
عضواً ومشرفاً
٢٠١١ / /

التوقيع
أ.م.د. ماهر فيصل صالح
الجبوري
عضواً
٢٠١١ / /

صدقت من قبل مجلس كلية القانون والعلوم السياسية في جامعة
الانبار

التوقيع
أ.د. حمدي صالح مجيد
عميد كلية القانون والعلوم
السياسية
٢٠١١ / /

﴿شكر وامتنان﴾

بعد أن أتممت بحثي المتواضع، أسجد لله شاكراً فضله وحامداً إياه على ما يسر لي من عمل و انتهى إليه الجهد، واصلي واسلم على إمامنا وقودتنا وسيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين وعلى سائر الأنبياء والمرسلين، وعلى آله الطيبين الطاهرين وأصحابه الميامين المخلصين أجمعين .

وبلسان عاجز عن الشكر ومعتز بالفضل والمعروف أتقدم بكلمة شكر لكل من ساعدني في إكمال بحثي هذا.

وفي البداية، لا أجد من الكلمات ما اعبر به عن شكري وامتناني العميق لأستاذي الفاضل الذي كان من دواعي فخري واعتزازي أن يكون مشرفاً على رسالتي هذه، **أ.م.د. ماجد نجم عيدان الجبوري**، والذي أنارت توجيهاته طريقي في إكمال هذه الدراسة، ولولاه لما كان لأي جهد أن يثمر ولما كان هذا البحث أن يرى طريقه إلى النور .

وأنتقدم بالشكر والتقدير والاعتزاز إلى الأستاذ **الدكتور حمدي صالح مجيد** عميد الكلية، لما أولاه لي من رعاية ودعم كبيرين طيلة سنوات الدراسة. كما لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بأسمى آيات الشكر والتقدير إلى أستاذي **الدكتور علاء حسين الجوعاني** الذي لم يأل جهداً في إرشادي وتوجيهي وتشجيعي على التواصل في البحث والدراسة، فكان لتوجيهاته القيمة ونصائحه السديدة خير معين لي على تجاوز ما واجهني من معوقات، وحق القول أنني لم أفاجأ برحابة صدره وتواضعه اللذين عهدتهما فيه فجزاه الله عني خير الجزاء .

واعترافاً مني بالجميل، يسعدني أن أتقدم بالشكر والتقدير إلى أساتذتي الأفاضل خلال السنة التحضيرية في دراسة الماجستير، والذين بذلوا كل ما بوسعهم من أجل الارتقاء بمستوانا العلمي وهم كل من **د. عارف صالح** و **أ.م.د. راند ناجي** و **أ.م.د. محمد حردان** و **أ.م.د. عواد الحردان** و **أ.م.د. مصلح شويش**. وأتوجه بالشكر الجزيل كذلك إلى جميع أساتذتي في كلية القانون - جامعة الانبار وأخص بالذكر منهم **أ.م.د. ماهر فيصل** و **أ.م.د. معاذ جاسم** و **أ.م.د. مفيد الراشد** والأستاذ **انس غنام**.

ولا يفوتني في هذا المقام أن أتقدم بالعرفان والتقدير إلى الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة الذين شغلوا وقتهم الثمين في قراءة رسالتي وتقويمها، وأنا اشكرهم مقدماً على كل ما سيبودونه من ملاحظات قيمة في سبيل رصانة هذه الرسالة، آملاً من الله أن تنال رضاهم. ولا بد لي من الالتفات بالشكر والتقدير لزملائي وأصدقائي الذين كان لتشجيعهم وتوجيههم الأثر البارز في إتمام هذه الرسالة وأخص منهم زملائي في كلية القانون والعلوم السياسية وزملائي في دراسة الماجستير الأخ **دريد عيسى** الذي كان لي يد العون طيلة فترة البحث والأخ **جمال جاسم** والأخ **علي مخلف** والأخ **عمار خليل** والأخ **عمار رجب** والأخ **ماجد جاسم**، دعائي لهم بالنجاح والموفقية.

كما أن واجب الوفاء والإخلاص يحتم عليّ أن أقدم خالص شكري وتقديري وامتناني للأستاذ **نافع بحر سلطان** والأستاذ **حسام عبد الأمير خلف**، لما قدماه لي من مساعدة في الحصول على المصادر باللغة الفرنسية وإرسالها لي من فرنسا. ويطيب لي أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأنسة المترجمة من دار المأمون للترجمة والنشر - وزارة الثقافة لما أبدته لي من تعاون في ترجمة المصادر الفرنسية للرسالة. هذا فضلاً عن تقديم شكري وعرفاني للأستاذ **زياد طارق** لما قدمه لي من مساعدة في الحصول على المصادر وإرسالها لي من مصر، وكذلك السيد **عمر علي نجم** والسيد **ليث ناجح** لتكدهما عناء إيصال هذه المصادر لي. كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى جميع موظفات مكتبة كلية القانون بجامعة بغداد وأخص منهن بالذكر (الست هند والست سعاد والست زكية والست ايمان) وكما أتقدم بجزيل الشكر الى موظفي المكتبة المركزية بجامعة الانبار . واقف هنا لأقدم كل التقدير والثناء إلى كل من **الأستاذ محمد عبد الوهاب أمين** مكتبة كلية القانون كان لي يد العون طيلة فترة البحث، كما أتقدم بجزيل الشكر الى **الأستاذ محمد خالد برع** و **الأستاذ عباس مفرج**، لما قدماه لي من مساعدة في الحصول على المصادر وإرسالها لي من لبنان والأردن فجزاهم الله عني خير الجزاء.

ولا أنسى أن أتقدم بخالص التحيات والشكر العميق إلى أفراد عائلتي المتمثلة بوالدي
ووالدتي وإخوتي ,لما قدموا لي من العون والمساعدة من أجل الوصول إلى هذه المرحلة ,
فأتمنى أن يمكنني الله سبحانه وتعالى من رد الجميل , فجزاهم الله عني خير الجزاء .
كما لا يفوتني أن أتقدم بعظيم شكري وامتناني إلى كل من الأخ علي عباس رافع والأخ
سامي علي ناصر و الأخ خالد عبد خلف والأخ كريم جاسم .
وأخيراً أتقدم بالشكر والتقدير إلى كل من ساعدني وفاتني ذكره .
لكل هؤلاء شكري وتقديري وجزاهم الله عني خير الجزاء, انه سميع مجيب للدعاء.

الباحث

قائمة المحتويات

الصفحة	الموضوع
٥-١	المقدمة
٤٥-٦	الفصل الأول : مفهوم تدرج القواعد الدستورية
٦	المبحث الأول : مفهوم القواعد الدستورية
٦	المطلب الأول : تعريف القواعد الدستورية
١٢-٧	الفرع الأول : المعيار الشكلي
١٥-١٢	الفرع الثاني : المعيار الموضوعي
١٦-١٥	الفرع الثالث : موازنة بين المعيارين الشكلي والموضوعي
١٧	المطلب الثاني : طبيعة القواعد الدستورية
٢٢-١٧	الفرع الأول : الاتجاه الذي يسلب القاعدة الدستورية صفتها القانونية
٢٧-٢٢	الفرع الثاني : الاتجاه الذي يقر بقانونية القواعد الدستورية
٢٨	المطلب الثالث : تحديد القواعد الدستورية
٣٣-٢٨	الفرع الأول : معايير التمييز بين القواعد الدستورية والقواعد العادية
٣٤-٣٣	الفرع الثاني : نتائج التفرقة بين القواعد الدستورية والقواعد العادية
٣٥	المبحث الثاني : مفهوم فكرة التدرج
٤١-٣٥	المطلب الأول : تأصيل فكرة التدرج
٤٣-٤١	المطلب الثاني : معايير فكرة التدرج
٤٥-٤٣	المطلب الثالث : النتائج المترتبة على تدرج القواعد الدستورية

٤٦- ١٢١	الفصل الثاني :: مكونات الكتلة الدستورية
٥٢	المبحث الأول :: مكونات الكتلة الدستورية داخل اطار الوثيقة الدستورية
٥٢	المطلب الأول :: مقدمات الدساتير
٥٥-٥٣	الفرع الأول :: إهدار القيمة القانونية عن مقدمات الدساتير
٦٠-٥٥	الفرع الثاني :: إقرار القيمة القانونية لمقدمات الدساتير
٦٠	المطلب الثاني :: النص الدستوري
٧٦-٦١	الفرع الأول :: النصوص الدستورية التي يحظر المساس بها
٧٩-٧٦	الفرع الثاني :: النصوص المتعلقة بموضوعات لا تعد دستورية من حيث مضمونها
٨٠	المبحث الثاني :: مكونات الكتلة الدستورية خارج إطار الوثيقة الدستورية
٨٠	المطلب الأول :: إعلانات حقوق الإنسان والمواثيق الوطنية
٨٩-٨١	الفرع الأول :: موقف القضاء الدستوري الفرنسي من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩
٩٣-٨٩	الفرع الثاني :: موقف القضاء الدستوري في مصر والعراق من المواثيق الوطنية
٩٠-٨٩	المقصد الأول :: موقف القضاء الدستوري في مصر من الميثاق الوطني لعام ١٩٦٤
٩٣-٩٠	المقصد الثاني :: موقف القضاء الدستوري في العراق من الميثاق العمل الوطني لعام ١٩٧٣
٩٣	المطلب الثاني :: القوانين الأساسية
٩٧-٩٤	الفرع الأول :: تأصيل فكرة القوانين الأساسية
٩٧- ١٠٠	الفرع الثاني :: تعريف القوانين الأساسية
١٠٠- ١٠٣	الفرع الثالث :: القيمة الدستورية للقوانين الأساسية
١٠٣	المطلب الثالث :: المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية
١٠٤- ١٠٧	الفرع الأول :: مفهوم المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية
١٠٧- ١٠٩	الفرع الثاني :: تمييز المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية عن المبادئ العامة ذات القيمة التشريعية
١٠٩- ١١٦	الفرع الثالث :: القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون
١١٦	المطلب الرابع :: المعاهدات الدولية
١١٧- ١١٩	الفرع الأول :: مكانة المعاهدات الدولية في النظام الدستوري الفرنسي
١١٩	الفرع الثاني :: مكانة المعاهدات الدولية في النظام الدستوري المصري

١٢٠- ١٢١	الفرع الثالث :. مكانة المعاهدات الدولية في النظام الدستوري العراقي
١٢٢- ١٧١	الفصل الثالث :. معايير تدرج القواعد الدستورية
١٢٤	المبحث الأول :. التدرج الشكلي بين مكونات الكتلة الدستورية
١٢٤- ١٢٥	المطلب الأول :. الموقف في فرنسا
١٢٥- ١٣١	الفرع الأول :. الاتجاه الذي اختلف بخصوص إعلان حقوق الإنسان والمواطن عام ١٧٨٩ ومقدمة دستور ١٩٤٦
١٣٢- ١٣٤	الفرع الثاني :الاتجاه الفقهي الذي يذهب الى ترتيب مكونات الكتلة الدستورية بصورة عامة طبقاً للمعيار الشكلي
١٣٤- ١٣٦	المطلب الثاني :. الموقف في مصر والعراق
١٣٧	المبحث الثاني :. التدرج الموضوعي بين مكونات الكتلة الدستورية
١٣٨- ١٣٩	المطلب الأول :. التدرج الموضوعي استناداً الى تصنيف النصوص الدستورية
١٣٩- ١٤١	الفرع الأول :. العلاقة بين القواعد الدستورية الأولية والثانوية استناداً الى معيار الوظائف التي تقوم بها الأخيرة
١٤١- ١٤٢	الفرع الثاني :. التدرج بين القواعد الدستورية استناداً الى معيار صحة القواعد الدستورية
١٤٣	المطلب الثاني :. التدرج الموضوعي استناداً الى تصنيف الحقوق والحريات الأساسية
١٤٣- ١٤٥	الفرع الأول :. مفهوم الحقوق والحريات الأساسية
١٤٥- ١٤٦	الفرع الثاني :. التمييز بين الحريات الأساسية والحريات العامة
١٤٦- ١٥٤	الفرع الثالث :. مدى إمكانية إقامة تدرج بين القواعد الدستورية استناداً إلى تصنيف الحقوق والحريات الأساسية
١٥٥- ١٥٧	المطلب الثالث :. التدرج الموضوعي استناداً إلى سمو النصوص المتعلقة بالسيادة الوطنية
١٥٧- ١٥٩	المطلب الرابع :. التدرج الموضوعي استناداً إلى فكرة التوفيق بين النصوص والمبادئ الدستورية المتعارضة
١٥٩- ١٦١	المطلب الخامس :. التدرج الموضوعي استناداً الى سمو النصوص المتعلقة بأحكام الشريعة الإسلامية
١٦٢	المبحث الثالث :. التقييم الفقهي لمعايير التدرج
١٦٢	المطلب الأول :. الاتجاه الفقهي الذي ينكر التدرج الشكلي بين القواعد الدستورية

١٦٢- ١٦٤	الفرع الأول :- الفريق الذي انتقد فكرة التدرج الشكلي بمجملها
١٦٤- ١٦٦	الفرع الثاني :- الفريق الذي قام بالرد على الحجج التي استند اليها الاتجاه القائل بوجود تدرج شكلي بين القواعد الدستورية
١٦٦	المطلب الثاني :- الاتجاه الفقهي الذي ينكر التدرج الموضوعي بين القواعد الدستورية
١٦٦- ١٦٧	الفرع الأول :- الفريق الذي انتقد فكرة التدرج الموضوعي بمجملها
١٦٧- ١٦٩	الفرع الثاني :- الفريق الذي قام بالرد على حجج القائلين بوجود تدرج موضوعي بين القواعد الدستورية
١٧٠- ١٧٢	المطلب الثالث :- الموازنة والاستنتاج في ظل الدستور العراقي
١٧٢- ١٧٨	الخاتمة (ترتيب مكونات الكتلة الدستورية وأثره على الهرم الدستوري)
١٧٩- ١٨٨	قائمة المصادر
c – d	الملخص باللغة الانكليزية Abstract
a-b	الملخص باللغة الفرنسية Résumé

المقدمة

المقدمة

ليس اكتشافاً القول إن القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني في الدولة ترتبط مع بعضها ارتباطاً تسلسلياً، بمعنى إنها ليست جميعها في مرتبة واحدة من حيث القوة والقيمة القانونية، بل تتدرج فيما بينها مما يجعل بعضها أسمى من البعض الآخر، فنجد في القمة القواعد الدستورية التي تكون أعلى مرتبة من جميع القواعد القانونية

الأخرى؛ وذلك لكونها تعد الركيزة التي يقوم عليها النظام القانوني في الدولة، إذ أنها تحدد أسس النظام الحاكم فيها كما أنها تحدد السلطات العامة، وكيفية ممارستها لوظائفها، فضلاً عن أنها تحدد الفلسفة أو الأيدلوجية التي يقوم نظام الحكم عليها، سواء من الناحية السياسية أم الاجتماعية أم الاقتصادية. ولما كان الدستور يعد المصدر الأساس في تحديد النظام القانوني في الدولة، فمن البدهي أن يكون لقواعده صفة الإلزام، وعلى جميع السلطات في الدولة احترام قواعده عند ممارسة اختصاصاتها في الحدود المرسومة لها وعلى الوجه المبين في الدستور وهذا في الحقيقة يضيف على القواعد الدستورية سمو والعلو مقارنة ببقية القواعد القانونية الأخرى .

والتدرج الذي نعنيه في دراستنا، هو التدرج بين القواعد الدستورية، ولبيان مفهومه لابد لنا من توضيح مفهوم القواعد الدستورية ومفهوم مبدأ التدرج. فبالنسبة للقواعد الدستورية، لم يستقر الفقهاء على رأي في تعريفها. فقد اعتمد قسماً منهم في تعريفها على المعيار الشكلي، في حين اعتمد القسم الآخر على المعيار الموضوعي. وفي هذا الصدد، كان للباحث رأياً في تعريف القواعد الدستورية سواء اعتماداً على المعيار الشكلي، أم على معيار الموضوعي، أم اعتماداً على معيار آخر مختلف عن سابقه .

أما بالنسبة لفكرة التدرج، فيرجع أصلها التاريخي إلى كتابات العالم الحقوقي النمساوي (هانز كلسن) ، الذي طرح أفكاره في دراسة تحت عنوان: (النظرية الخالصة للقانون)، التي تدور حول فكرة القاعدة القانونية . أما الاصطلاح القانوني للتدرج، فيقصد به التدرج الذي يتحدد من خلال العلاقة الصحيحة بين القواعد المتدرجة بعضها نسبة إلى البعض الآخر، ومن ثم إذا كان هناك تدرج بين قاعدتين، فهذا يعني ان القاعدة الأولى تستمد صحتها من القاعدة ذات الدرجة الأعلى. ويظهر التدرج في النظام القانوني بمظهرين: الأول هو تدرج موضوعي، يستمد فيه معيار المفاضلة بين القواعد القانونية من طبيعة القواعد ذاتها وما تتمتع به من قوة ملزمة، والمظهر الثاني هو تدرج شكلي، يركز فيه معيار المفاضلة بين القواعد القانونية على مرتبة السلطة التي أصدرت القاعدة القانونية والإجراءات المتبعة في ذلك .

والقواعد الدستورية في حقيقتها لا تتكون من قواعد ذات طبيعة واحدة بل تختلف باختلاف مصدر هذه القواعد مما يؤدي إلى وجود تدرج في مجموع هذه القواعد التي لها مصدرها في النصوص الدستورية، وتختلف طبيعة التدرج تبعاً لاختلاف اعتناق القاضي الدستوري المعيار الشكلي أو الموضوعي للدستور، ففي حالة اعتناق القاضي الدستوري

للمعيار الشكلي, فإن مرجعيته تقتصر على القواعد المكتوبة أو المدونة في الوثيقة الدستورية ولا تتعدى إلى غيرها, وإن كانت ذات طبيعة دستورية, وتثير مسألة تدرج القواعد الدستورية التساؤل الآتي: هل أن جميع النصوص الموجودة في صلب الوثيقة الدستورية تحتل المرتبة نفسها أم أن هناك تدرجاً بين هذه النصوص حيث تحتل بعض النصوص الصدارة ومن ثم تليها النصوص الأخرى في المرتبة الثانية والثالثة وهكذا داخل الوثيقة الدستورية؟ ولا سيما إذا ما علمنا أن بعض الدساتير تحمل في طياتها قيوداً تمنع المساس ببعض النصوص الموجودة في متن هذه الوثيقة هذا من جانب, ومن جانب آخر تتضمن الوثيقة الدستورية في ثناياها نصوصاً ذات طبيعة غير دستورية وضعت في صلب الوثيقة الدستورية لأهداف وأسباب معينة, كما هو الحال في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥, الذي ضم في ثناياه العديد من القواعد التي لا علاقة لها بالقواعد الدستورية, ولا تمت لها بصلة, إذا ما قورنت ببقية النصوص الدستورية, فما مرتبة هذه النصوص ضمن الوثيقة الدستورية؟ وما مكانة كل منها ضمن الهرم الدستوري داخل الوثيقة الدستورية؟ هل تحتل المركز نفسه؟ أم تتدرج فيما بينها ضمن تدرجية القواعد الدستورية؟

أما في حالة اعتناق القاضي الدستوري المعيار الموضوعي للدستور والذي يقوم على أساس النظر إلى الجوهر أو الموضوع من دون مراعاة الشكل أو الإجراءات المتبعة فإن مرجعية القاضي الدستوري لا تقتصر على الوثيقة الدستورية فحسب بل تميل إلى الاتساع ولا سيما في حالة وجود مسائل دستورية بطبيعتها صدرت خارج الوثيقة الدستورية منها القوانين الأساسية والمبادئ العامة ذات القيمة الدستورية, فما قيمة هذه القواعد الأخيرة وما منزلتها بالنسبة إلى النصوص الدستورية؟ هل تحتل المركز نفسه أو مرتبة أعلى من النصوص الدستورية أو أنها تعد مجرد قواعد عادية؟ وفي حالة وجود تعارض أو تناقض بينها وبين النصوص الدستورية فما موقف القاضي الدستوري منها هل يعطيها القيمة الدستورية نفسها أو أنه يغلب النصوص الدستورية عليها؟ وكذلك الحال بالنسبة إلى إعلانات حقوق الإنسان والمواثيق الوطنية التي صدرت مستقلة عن النصوص الدستورية, ما هو المركز الذي تحتله هذه الإعلانات ضمن مبدأ التدرج؟

وكذلك أثارت فكرة تدرج القواعد الدستورية مدى التزام السلطة القائمة بتعديل الدستور بقيود غير واردة في الدستور وتستمد وجودها من القانون الدولي استناداً إلى سمو القانون الدولي على الدستور, فما موقف النصوص الدستورية منها, هل تضعها في مركز النصوص الدستورية أو تنزلها

منزلة القواعد العادية, وهذا بطبيعته يؤثر على موقعها في مبدأ التدرج لكل ما تقدم فقد اخترت هذا العنوان (تدرج القواعد الدستورية- دراسة مقارنة) موضوعاً لدراستي.

أهمية الدراسة

إن للدراسة مكاناً مختلفة الأهمية, كانت السبب وراء اختياري لهذا الموضوع يمكن ردها إلى النقاط الآتية :

١. إن الدراسة في هذا الموضوع توضح أهمية مبدأ تدرج القواعد القانونية بصورة عامة, وانطباقها على فروع القانون عموماً, ومنها القانون الدستوري تحديداً.
٢. إن هذه الدراسة توضح لنا أن مبدأ التدرج يمكن أن يطبق في ظل قانون واحد وليس في عدة قوانين فقط.
٣. تتناقص هذه الدراسة سمو بعض القواعد الدستورية على قواعد دستورية أخرى وإيضاح أهم الأسباب التي تؤدي إلى ذلك .
٤. تبين الدراسة أن السمو الشكلي والسمو الموضوعي يلقيان بظلالهما على موضوع التدرج فالأخير قد يكون تدرجاً شكلياً وقد يكون تدرجاً موضوعياً .
٥. هناك نصوص دستورية يمنع المشرع الدستوري المساس بها بالتغيير (مثل نصوص الحظر الموضوعي و الحظر الزمني) وهنا لابد من بيان موقع تلك القواعد من مبدأ التدرج في ظل القدسية التي يضفيها المشرع عليها.
٦. مناقشة موضوع المعاهدات الدولية وموقف النصوص الدستورية منها , وهل ان هذه النصوص تضعها في مركز النصوص الدستورية أم تنزلها منزلة القواعد العادية وهذا في حقيقته يؤثر على موقعها في مبدأ التدرج .

فرضية الدراسة

تقوم الدراسة على فرضية مفادها أن التدرج يكون في إطار القواعد ذات الطبيعة الواحدة (القواعد ذات الطبيعة الدستورية) في دراستنا هذه , ثم أنها تفترض أن التدرج لا يكون على شاكلة واحدة بل قد يكون شكلياً وقد يكون موضوعياً , أي انه يرتبط ارتباطاً وثيقاً بتعريف القانون الدستوري باعتماد المعيار الشكلي والمعيار الموضوعي .

مشكلة الدراسة

تثير هذه الدراسة العديد من التساؤلات لعل من أهمها انه في حالة تكوّن المجموعة الدستورية (الكتلة الدستورية) من نصوص عديدة، فهل النصوص الداخلة في الكتلة الدستورية كافة تحوز ذات القيمة ؟ وهل أن بعض هذه النصوص لا تتبوأ ذات القيمة لاسيما في حالة التنازع إذا ما أحوالت إلى نصوص أخرى ؟ وإذا ما حدث مثل هذا التنازع ما موقف القاضي الدستوري منه ؟ هل يقوم بإعمال احد هذه المكونات وإهمال الآخر ؟ أو انه يعمل على التوفيق بين القواعد الدستورية المتعارضة ؟ كل هذه التساؤلات التي تثيرها هذه الدراسة أظهرت مشكلة التدرج بين مكونات الكتلة الدستورية وهي بطبيعة الحال تساؤلات تحتاج إلى إجابة مما دفعنا إلى أفراد دراسة متخصصة لهذا الموضوع حيث تبين لنا إن جانبا من الفقه يجيب على هذه التساؤلات بالإيجاب فيرى وجود تدرج في مجموع القواعد التي لها مصدرها في النصوص الدستورية بحيث تأخذ مرتبة أعلى من القواعد الأخرى في الدستور ، بينما وجدنا ان جانبا آخر من الفقه قد أنكر فكرة التدرج هذه وأجاب عن هذه التساؤلات السابقة بالنفي، وبين الإيجاب والنفي دار جدل فقهي واسع لا بد من بيانه ومن ثم الترجيح بين الاتجاهين في هذا الموضوع .

منهجية الدراسة

تعتمد الدراسة على المنهج التحليلي الذي تم استخدامه لتحليل النصوص الدستورية، وبيان مضمون الكتلة الدستورية ومدى وجود تدرج بين نصوصها سواء من ناحية التدرج الشكلي أم الموضوعي ، وكذلك منهج البحث المقارن بهدف تسليط الضوء على موقف الدساتير العراقية ومقارنته بالدساتير الفرنسية والمصرية وبيان آراء الفقهاء حول موضوع الدراسة .

هيكلية الدراسة

بغية الإحاطة بموضوع الدراسة من كل الجوانب والإجابة على التساؤلات السابقة التي تعكس مدى أهمية هذا الموضوع فأننا سوف نقوم بدراسته وفق ثلاث فصول سبقناها بمقدمة وأعقبناها بخاتمة، خصصنا الفصل الأول لبيان مفهوم تدرج القواعد الدستورية وقد انقسم على مبحثين، تناول المبحث الأول مفهوم القواعد الدستورية والثاني مفهوم فكرة التدرج، بينما خصصنا الفصل

الثاني لبيان مكونات الكتلة الدستورية وقسمناه على مبحثين أيضاً، الأول تناولنا فيه مكونات الكتلة الدستورية داخل إطار الوثيقة الدستورية والثاني تناولنا فيه مكوناتها خارج إطار الوثيقة الدستورية، أما الفصل الثالث فقد تناولنا فيه معايير تدرج القواعد الدستورية وذلك على ثلاثة مباحث، خصصنا الأول لبيان المعيار الشكلي للتدرج، والثاني خصصناه لبيان المعيار الموضوعي للتدرج، أما الثالث فقد تناولنا فيه التقييم الفقهي لمعايير التدرج، ثم ننهي الدراسة بخاتمة، ضمناها أهم ما توصل إليه البحث من استنتاجات وتوصيات .

وبعد فاني لا أدعي الكمال في بحثي هذا فنشددان الكمال غاية لا تدرك وتلك سمة النفس البشرية وحسبي إنني حاولت، و أسأل الله السداد وحسن الرشاد في عرض محتويات هذا البحث بصورة واضحة وأمينة انه نعم الموفق.

الفصل الأول

مفهوم تدرج القواعد الدستورية

الفصل الأول

مفهوم تدرج القواعد الدستورية

تمهيد وتقسيم:

يتجلى لنا مفهوم تدرج القواعد الدستورية من خلال بيان مفهوم كل من القواعد الدستورية وفكرة التدرج, وسنحاول توضيح ذلك تباعاً من خلال المبحثين الآتيين, نخصص الأول لمفهوم القواعد الدستورية, بينما نتناول في الثاني مفهوم فكرة التدرج.

المبحث الأول

مفهوم القواعد الدستورية

لبيان مفهوم القواعد الدستورية لابد من تعريفها وبيان الطبيعة التي تمتاز بها ومن ثم تمييزها عن غيرها من القواعد القانونية الأخرى بشكل يحدد معالمها ولا يؤدي إلى الخلط بينها وبين القواعد القانونية الأخرى, وسنتناول ذلك في المطالب الآتية:

- المطلب الأول : تعريف القواعد الدستورية
- المطلب الثاني : طبيعة القواعد الدستورية
- المطلب الثالث : تحديد القواعد الدستورية

المطلب الأول

تعريف القواعد الدستورية

قبل اللوج إلى تعريف القواعد الدستورية لابد أن نفرق في هذا الصدد بين تعريف القانون الدستوري وتعريف القواعد الدستورية التي هي موضوع القانون الدستوري , أي تمييز القواعد الدستورية عن الوعاء الذي يحملها . وبخصوص تعريف القانون الدستوري (والذي عرف بأنه: مجموعة من القواعد ...) فهناك عدة معايير قيلت في تعريفه هي كل من المعيار اللغوي والمعيار الأكاديمي والمعيار الشكلي والمعيار الموضوعي, في حين أن القواعد الدستورية تمثل مجموعة القواعد التي يتضمنها القانون الدستوري أي ما يشتمل عليه القانون من القواعد أو موضوع القانون الدستوري لا يمكن أن تطبق عليه جميع المعايير التي قيلت في تعريف القانون الدستوري وإنما معياران فقط : وهما المعيار الشكلي والمعيار الموضوعي, لكون المعياران سالف الذكر أكثر المعايير ارتباطاً بالقواعد الدستورية, في حين بقية المعايير - اللغوي والأكاديمي - فلا يمكن الاستناد إليهما في تعريف القواعد الدستورية, لكونها تنطبق فقط على تعريف القانون الدستوري بوصفه قانوناً وليس قواعد ؛ وذلك لكون المعيار اللغوي ربط فكرة القانون الدستوري بمعناه اللغوي , في حين ربط المعيار التاريخي (الأكاديمي) تعريف القانون الدستوري بمادة القانون الدستوري التي تدرس في الكليات إذ يرد هذا المعيار القانون الدستوري إلى اعتبارات تاريخية .

وعلى هذا فإن تعريف القواعد الدستورية يتم على وفق المعيارين: الشكلي والموضوعي. وهذا ما نوضحه في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول : المعيار الشكلي

يعتمد المعيار الشكلي في تعريف القواعد الدستورية على مصدر القاعدة الدستورية أو شكل إصدارها والإجراءات التي تتبع في وضعها وتعديلها^(١), فالقواعد الدستورية -على وفق هذا المعيار - هي مجموعة القواعد التي تضعها هيئة خاصة يختلف تكوينها باختلاف الدساتير ويتبع في وضعها وتعديلها إجراءات خاصة تختلف عن إجراءات القانون العادي^(٢), وبمعنى آخر هي مجموعة القواعد القانونية المطبقة فعلاً في بلد ما وفي وقت ما, والتي تتضمنها وثيقة قانونية خاصة^(٣).

فالقواعد الدستورية تستمد قوتها الملزمة وسموها على بقية القواعد القانونية من مصدرها, كونها تصدر من أعلى الهيئات الدستورية في الدولة وهي السلطة التأسيسية^(٤).

وعليه فالمعيار الشكلي لا ينظر إلى طبيعة القاعدة أو جوهرها في تقرير كونها دستورية أو عادية, وإنما ينظر إلى الشكل الذي وردت فيه القاعدة, فتقرر دستوريته بمجرد كونها وردت في الوثيقة الدستورية, أي أن كل ما تحتويه الوثيقة الدستورية من قواعد تعد قواعد دستورية, وكل قاعدة خارج الوثيقة الدستورية لا تعد دستورية ولو كانت بطبيعتها قاعدة دستورية^(٥).

ويلاحظ أن انتشار حركة تدوين الدساتير التي بدأت في الولايات المتحدة ثم انتشرت إلى فرنسا ومنها إلى معظم دول العالم طوال القرن التاسع عشر والقرن

(١) د. محسن العبودي, المبادئ الدستورية العامة وتطور الأنظمة الدستورية المصرية, دار النهضة العربية, القاهرة, ٢٠٠٦, ص ٢٠.

(٢) د. رمزي الشاعر, النظرية العامة للقانون الدستوري, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٧٠, ص ٤١.

(٣) د. عبد الفتاح ساير داير, القانون الدستوري, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٥٩, ص ١٣٦. وكذلك د. ماجد راغب الحلو, القانون الدستوري, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, ٢٠٠٦, ص ٨.

(٤) رمزي الشاعر, المصدر السابق, ص ٤١.

(٥) د. حمدي العجمي, مقدمة في القانون الدستوري في ضوء الدساتير العربية المعاصرة, دار النهضة العربية, القاهرة, ٢٠٠٩, ص ٢٤.

العشرين كان العامل الأقوى في ظهور المعيار الشكلي الذي يعتمد في تمييز القواعد الدستورية على الشكل أو الجهة التي أصدرته^(١).

ويتضح مما تقدم أن القواعد الدستورية - موضوع القانون الدستوري - تنحصر في القواعد الدستورية المدونة في الوثيقة الدستورية - الدستور - وبذلك تلتقي القواعد الدستورية مع الدستور على وفق هذا المعيار^(٢).

وتجدر الإشارة إلى إن هذا المعيار قد لاقى رواجاً في الفقه العربي ومن ابرز من اعتمد على هذا المعيار الدكتور محمود حافظ والدكتور وحيد رأفت والدكتور وايت^(٣), وكذلك الدكتور حمدي العجمي الذي كان من أكثر مؤيدي المعيار الشكلي بصورة واضحة وصريحة فيقول (.... وعلى ذلك استطيع القول أن المعيار الشكلي هو أفضل المعايير لتعريف القانون الدستوري حتى لا يظهر القانون الدستوري دون أشقائه من القوانين الأخرى غير محدد الجوانب ولا واضح المعالم الأمر الذي يتنافى مع مصطلح القانون الذي أضفي عليه)^(٤).

وعلى الرغم مما يتسم به المعيار الشكلي من الوضوح والتحديد للقواعد الدستورية, إلا انه اظهر الكثير من المثالب مما حدا بالفقه إلى نقده, وقد توالى سهام النقد حتى حولت أنظار الكثير من الفقهاء إلى المعيار الموضوعي ومن أهم هذه الانتقادات:

١. الأخذ بالمعيار الشكلي في تعريف القواعد الدستورية - التي هي موضوع القانون الدستوري - سيؤدي إلى عدم الاعتراف بوجود قواعد دستورية متميزة عن غيرها من القواعد القانونية في الدول التي لا تمتلك دساتير مكتوبة, ومن ثم إنكار وجود قانون دستوري في تلك الدول - كإنجلترا - التي تحكمها قواعد دستورية

(١) د. رمزي الشاعر, المصدر السابق, ص ٤١.

(٢) د. محسن العبودي, المصدر السابق, ص ٢١.

(٣) نقلاً عن: د. سعيد أبو شعير, القانون الدستوري والنظم السياسية (دراسة مقارنة), ط ٢, دار المطبوعات الجامعية, الجزائر, ١٩٩١, ص ١٥٦.

(٤) د. حمدي العجمي, المصدر السابق, ص ٣٨.

مستمدة من القضاء والأعراف ومن ثم لا يتصور وجود قانون دستوري فيها طبقاً لهذا المعيار^(١).

٢. إن إعمال المعيار الشكلي في تعريف القواعد الدستورية سيؤدي إلى اختلاف موضوعات القانون الدستوري ومن ثم اختلاف القواعد الدستورية تبعاً لاختلاف الأحكام التي تتضمنها الوثيقة الدستورية في كل دولة، فدستور كل دولة يعالج موضوعات لا يعالجها دستور دولة أخرى^(٢)، وهذا يتعارض مع طبيعة التعريف الذي يجب أن يستند إلى ضوابط موضوعية ومعايير عامة ثابتة حتى يتمكن من إعطاء فكره عامة عن طبيعة المعرف ومضمونه من دون التأثير بالظروف العارضة المحيطة به^(٣)، ومن ثم سيحكم على القواعد الدستورية بعدم الاستقرار والتحديد^(٤).

٣. يؤخذ على المعيار الشكلي انه يحصر نطاق القواعد الدستورية في مجال ضيق يتحدد فيما ورد بالوثيقة الدستورية من نصوص ومن ثم يقوم بتحديد موضوعات القانون الدستوري تحديداً يخرج عن مقتضى التحديد السليم^(٥)، فليس كل ما تتضمنه الوثيقة الدستورية يعد دستورياً في حقيقته وجوهره، فقد تتضمن هذه الوثيقة قواعد غير دستورية، كما أن الصفة الدستورية ليست قاصرة على القواعد الواردة في الوثيقة الدستورية، وإنما قد تصطبغ قواعد أخرى بالصفة الدستورية وتكون خارج الوثيقة الدستورية، في قانون عادي أو عرف مستقر^(٦).

(١) د. محسن العبودي، المصدر السابق، ص ٢١. وكذلك د. طعيمة الجرف، القانون الدستوري، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٥٦.

(٢) د. رمزي الشاعر، المصدر السابق، ص ٤٧.

(٣) د. محسن العبودي، المصدر السابق، ص ٢٣.

(٤) د. عبد الفتاح ساير داير، المصدر السابق، ص ١٣٨، و د. طعيمة الجرف، المصدر السابق، ص ٥٨.

(٥) د. رجب عبد الحميد، القانون الدستوري، النظرية العامة، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، القاهرة، ٢٠١٠، ص ١٢.

(٦) د. محسن العبودي، المصدر السابق، ص ٤٣.

٤. إن التعويل على المعيار الشكلي سيؤدي إلى إضفاء الصفة الدستورية على قواعد ليست بطبيعتها دستورية^(١) إلا لمجرد ورودها في صلب الوثيقة الدستورية، ولم يكن واضح هذه النصوص يقصد من وضعها في الوثيقة الدستورية سوى أن يوفر لها صفة الثبات والجمود وان يكسبها من الدستور حصانته ؛ لما تمتاز به الدساتير من ثبات واستقرار، فتخرج بذلك عن متناول الاغلبيات البرلمانية كما تتباعد أيضا عن رقابة القضاء الدستوري^(٢).

٥. الأخذ بالمعيار الشكلي سيؤدي إلى إنكار الصفة الدستورية عن القواعد التي تعد بطبيعتها دستورية لمجرد إنها لم ترد في الوثيقة الدستورية، مثال ذلك ما تم في فرنسا سنة ١٨٨٤ في التعديل الدستوري الذي جرد النصوص الخاصة بتكوين مجلس الشيوخ من صفتها الدستورية وصدر قانون عادي في ٩ ديسمبر سنة ١٨٨٤، وفي مصر في ظل دساتير ١٩٢٣ ، ١٩٣٠، ١٩٥٦، ١٩٦٤، فيما يتعلق بقوانين الانتخاب، فقد صدرت جميعها في صورة قوانين عادية^(٣)، وفي العراق صدرت أيضا قوانين ذات طبيعة دستورية في صورة قوانين عادية في كل من قانون الأحزاب السياسية رقم ٣١ لسنة ١٩٩١ وقانون الاستفتاء الشعبي رقم ١٣ لسنة ١٩٩٥ و قانون الانتخابات رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥.

٦. يؤخذ على المعيار الشكلي أيضا قصوره عن إعطاء صورة كاملة للنظام الدستوري، فلا تبان بموجبه حقيقة القانون الدستوري حتى في الدول التي تكون دساتيرها مكتوبة؛ وذلك لأن الواقع في اغلب الأحيان اثبت إن هناك تعارضاً بين النصوص الدستورية وتطبيقاتها الفعلية^(٤)، أي يوجد دستور رسمي يتمثل في الوثيقة الدستورية ودستور فعلي مطبق في الحياة السياسية الواقعية وبعبارة أخرى

(١) مثال على ذلك نص الدستور الفرنسي سنة ١٩٤٨ على إلغاء عقوبة الإعدام ، واحتواء دستور ١٩٣٠ المصري على نصوص تتعلق بتصفية أملاك الخديوي عباس حلمي وتضييق ماله من حقوق، ينظر د. رمزي الشاعر ، المصدر السابق ، ص ٤٤.

(٢) د. عبد الفتاح ساير داير، المصدر السابق . ص ٢٥ .

(٣) د. طعيمة الجرف ، المصدر السابق ، ص ٥٧- ٥٨، وكذلك د. عبد الفتاح ساير ، المصدر السابق ، ص ١٣٩.

(٤) د. محسن العبودي ، المصدر السابق ، ص ٢٢ .

يوجد دائماً دستور اعتُقد واضعوه أنهم صنعوه، ودستور آخر أظهرته الحوادث فعلاً^(١).

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن هناك من الفقه من حاول الرد على هذه الانتقادات، فالقول بأن المعيار الشكلي يؤدي إلى إنكار وجود دستور في بلاد الدساتير غير المكتوبة، يمكن الرد عليه بالقول أن وجود الدساتير غير مكتوبة استثناء، والاستثناء لا يفرغ التعريف من صحته، إذ أنه كما هو معروف لكل قاعدة شواذ فضلاً عن أن انجلترا وهي البلد التي يضرب بها المثل في هذا، توجد فيها وثائق دستورية مكتوبة تغطي معظم البنيان القانوني لها، أما القول بأن المعيار الشكلي لا يعطي صورة صحيحة للقانون الدستوري، حتى في بلاد الدساتير المكتوبة، وذلك لوجود بجوار الوثيقة الدستورية قواعد أخرى ذات طبيعة دستورية، فإنه قول يمكن الرد عليه بأنه على فرض حدوثه فإن الأمر يمكن معالجته عن طريق التعديل الدستوري وإضافة هذه القواعد إلى صلب الوثيقة الدستورية، أما القول: بأنه توجد قواعد ليست بطبيعتها دستورية في صلب الوثيقة الدستورية، فأعتقد إننا يجب أن نحترم إرادة واضعي الدستور الذين أرادوا لهذه القواعد أن تكتسب حصانته (أي الدستور) ضد التلاعب بها^(٢).

وتجدر الإشارة أن هذه الردود على ما وجه إلى المعيار الشكلي من الانتقادات لم تكن من شأنها أن تضعف حجج المعارضين لهذا المعيار مما ألجأهم إلى البحث من بديل له فكان البديل هو المعيار الموضوعي .

الفرع الثاني : المعيار الموضوعي

يعتمد المعيار الموضوعي في تعريف القواعد الدستورية على مضمون أو جوهر القاعدة، وذلك من دون النظر إلى شكلها أو مصدرها^(٣)، ومن ثم فإن القواعد

(١) د. عبد الفتاح ساير داير، المصدر السابق، ص ١٣٧.

(٢) د. حمدي العجمي، المصدر السابق، ص ٣٨ .

(٣) د. فتحي فكري، القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٢١. وكذلك د. محمد أبو زيد محمد، الوجيز في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ١٤. وكذلك د. إبراهيم الدرويش، القانون الدستوري، ط٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٢٥. وكذلك هاني علي

الدستورية طبقاً لهذا المعيار هي مجموعة القواعد الدستورية التي لها طبيعة دستورية من حيث المضمون والجوهر^(١), سواء أكانت واردة في صلب الوثيقة الدستورية أم وردت في قوانين عادية^(٢) أم تقررت بمقتضى العرف الدستوري, فالعبرة هنا بمضمون القاعدة وجوهرها, كونها تتناول مسائل دستورية بعيداً عن البحث عن مصدر هذه القاعدة أو مرتبتها في تدرج القواعد القانونية^(٣).

ويتميز تعريف القواعد الدستورية طبقاً لهذا المعيار بأمرين:

الأول : العمومية وصلاحيته للتطبيق بالنسبة إلى جميع الدول؛ لكونه لا يربط القواعد الدستورية بما يتضمنه دستور دولة ما من أحكام ولا يقتصر على ظروفها الخاصة^(٤).

الثاني : يؤدي إلى أن تكون لكل دولة قواعد دستورية تسمو على غيرها من القواعد القانونية الأخرى^(٥), لذلك يقول الأستاذ جورج فيدل " يكون لكل دولة دستور بغير استثناء, إذ لا يتصور أن لا يكون لكل دولة قواعد تتعلق بنظام الحكم وسير سلطاتها العامة"^(٦), وقد حضي هذا المعيار بتأييد غالبية الفقه الدستوري وإجماعه, إلا إن كلمتهم انفرطت حول تحديد ما يعد دستورياً بطبيعته وما لا يعد كذلك, وهذا الخلاف سنتناوله في موضوع تمييز القواعد الدستورية عن القواعد القانونية العادية^(٧).

الطهراوي , النظم السياسية والقانون الدستوري , دار الثقافة للنشر والتوزيع, عمان , ٢٠٠٨ ص ٢٩٣ .

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله , الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري , مطبعة السعدني, مصر , ٢٠٠٤ , ص ٤٢٦ .

(٢) د. عبد الفتاح ساير داير , المصدر السابق , ص ١٤٢ . وكذلك د. فؤاد العطار, النظم السياسية والقانون الدستوري , ج ١ , دار النهضة العربية , القاهرة , بدون سنة طبع , ص ٢٠١ .

(٣) د. محسن العبودي , المصدر السابق , ص ٢٤ .

(٤) د. محمد انس قاسم جعفر , النظم السياسية والقانون الدستوري , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٩٩ , ص ٣٠٢ .

(٥) د. محمد عبد العال السناري , النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة (دراسة مقارنة) , دار النهضة العربية , القاهرة , بدون سنة طبع , ص ٤٢ .

(٦) نقلاً عن د. إبراهيم عبد العزيز شبحا, المبادئ الدستورية العامة, منشأة المعارف, الإسكندرية, ٢٠٠٦ , ص ٢٤ .

(٧) ينظر ص ٣٠-٣٣ من هذه الرسالة .

وعلى الرغم مما يمتاز به هذا المعيار من مزايا في تعريف القواعد الدستورية إلا أن بعض الفقه^(١) انتقده من عدة وجوه :

١. الأخذ بالمعيار الموضوعي سيؤدي إلى الاختلاف في تحديد ما يعد دستورياً بطبيعته وما هو غير دستوري، فالمعيار يبقى فضفاضاً لا يستطيع أن يحدد بدقة ما هو دستوري بطبيعته وما هو ليس كذلك^(٢).

وقد رُدَّ على هذا الانتقاد بالقول انه " حقاً أن هناك اختلاف بين أنصار المعيار حول إدراج هذه المسألة أو تلك في نطاق القانون الدستوري، إلا أن هذا لا ينبئ عن فشل هذا المعيار، ففي المقابل هناك اتفاق على أن الأحكام الرئيسية الخاصة بالسلطتين التشريعية والتنفيذية من الموضوعات الدستورية بطبيعتها، أما النزاع حول شمول القانون الدستوري لهذا الموضوع أو ذاك فيمكن حله من قبيل الخلاف في التفاصيل لا الجوهر"^(٣).

٢. من جهة أخرى شكك البعض حول نتائج هذا المعيار واخذ يتساءل عن الأثر المترتب على عد القاعدة ذات الطبيعة الدستورية قاعدة دستورية، وان وردت في قانون عادي، كالقواعد المتعلقة بالانتخابات عندما ترد في قانون عادي، فهل الاعتراف بدستورية هذه القواعد يعني - على وفق المعيار الموضوعي - انه لا يجوز تعديلها إلا بذات الإجراءات التي يعدل بها الدستور ؟ وهل يثير الخروج عليها الحق في مراقبة دستورية القوانين؟

وذات التشكيك أثير من الناحية العكسية بالنسبة إلى القواعد التي ترد في الوثيقة الدستورية التي ليست لها طبيعة دستورية، هل يجوز أن يلغى النص الدستوري بقانون عادي إذا كان الدستور يتطلب لتعديله إجراءات خاصة؟^(٤)

(١) ومن أبرزهم د. محسن خليل ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص ١٥ . ود. طعيمة الجرف ، المصدر السابق ، ص ٥٨ .

(٢) د. حمدي العجمي ، المصدر السابق ، ص ٢٨ .

(٣) د. فتحي فكري ، المصدر السابق ، ص ٢٦ .

(٤) د. يحيى الجمل ، النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية مع مقدمة في دراسة المبادئ الدستورية العامة ، موسوعة القضاء والفقه ، حسن الفكهاني ، بيروت ، الدار العربية للموسوعات ، جزء ١٠٩ ، ١٩٨٠ ، ص ١٦ .

هذا وقد رُدَّ على هذا التشكيك بالقول (أما الادعاء بأنه لا قيمة للقول بان كل قاعدة ما دستورية بطبيعتها طالما وردت في قانون عادي, فلن تؤدي تلك الطبيعة إلى تعديلها بالإجراءات المرسومة للقواعد الدستورية, ولن يترتب على مخالفتها أثارة الرقابة الدستورية, فإن هذا الادعاء مردود عليه بأن تعريف القانون الدستوري شيء والقوة القانونية شيء آخر, والدليل على ذلك انه في الدول التي تملك دساتير مرنة توضع القواعد الدستورية في ذات مرتبة القوانين العادية, فهل يمكن القول بأنه لا أهمية في هذه الحالة في تعريف القانون الدستوري؟ بالطبع لا هذا من جانب, ومن جانب آخر أن إدراج النص في صلب الوثيقة الدستورية تحكمه مؤثرات شتى, بحيث يصعب الوقوف عند ما ورد في الوثيقة الدستورية لتعريف القانون الدستوري مع الاتجاه المطرد نحو تضمين الوثائق الدستورية بنصوص مكانها الطبيعي الفروع القانونية الأخرى^(١).

الفرع الثالث : موازنة بين المعيارين الشكلي والموضوعي

تعرضنا فيما سبق لكلا المعيارين ومدى الاستناد إليهما في تعريف القواعد الدستورية, وعلى الرغم من أنهما يختلفان في جوانب معينة إلا إنهما يتفقان في جوانب أخرى

فمن ناحية الاختلاف فانه من وجهة نظر موضوعية يترتب عليها أن كل دولة لا بد لها من دستور ولو لم يكن هذا الدستور مدونا في وثيقة, وحينئذ تكون هذه القواعد الدستورية عرفية هذا من جانب, ومن جانب آخر نلاحظ من وجهة نظر شكلية يترتب عليها أحيانا خلع الصفة الدستورية على بعض القواعد لمجرد النص عليها في صلب الوثيقة الدستورية ولو إن هذه القواعد لا تعد دستورية من حيث موضوعها وطبيعتها^(٢).

أما من ناحية الاتفاق : فان الصلة بين المعيارين الشكلي والموضوعي ليست منقطعة, فالقواعد القانونية الأساسية ذات أهمية بالغة للدولة (وهذه هي النظرة

(١) د. فتحي فكري, المصدر السابق, ص ٢٦.

(٢) د. محمد كامل ليلة, القانون الدستوري, دار الفكر العربي, الإسكندرية, ١٩٧١, ص ٢٢.

الموضوعية) وهي تتخذ شكلاً خاصاً، إذا ما تدون في وثيقة يطلق عليها اسم الدستور ويتبع في وضعها وتعديلها إجراءات خاصة (وهذه هي النظرة الشكلية) وبذلك تتكامل النظرتان وتلتقيان عند نتيجة واحدة^(١).

وعلى هذا وبصدد تعريف القواعد الدستورية واستناداً إلى مواطن الاتفاق بين كلا المعيارين، فإننا نرجح الرأي الذي يأخذ بالمعيار الموضوعي في تعريف القواعد الدستورية - موضوع القانون الدستوري - وذلك لكونه أقرب إلى الصواب فضلاً عن أنه يوسع إطار المجموعة الدستورية ليصبح بجوار الوثيقة الدستورية مجموعة من القواعد والمبادئ الدستورية التي لا يمكن غض الطرف عنها، وإن وردت خارج الوثيقة الدستورية التي بمجموعها تشكل مرجعاً للقاضي الدستوري مع الأخذ بالمعيار الشكلي فيما يتعلق بالقواعد غير دستورية بطبيعتها، والتي درجت في صلب الوثيقة الدستورية، لإضفاء القوة الدستورية عليها ولتكتسب من الدستور حصانته؛ لأن الأخذ بالمعيار الموضوعي فقط سيؤدي إلى إنكار الصفة الدستورية عن هذه القواعد، فمن غير المنطقي إنكار القوة الدستورية عن هذه القواعد وهي موجودة في صلب الوثيقة الدستورية، إلا أن ما يميزها عن غيرها من القواعد الدستورية هو أنها لا تتمتع بالقوة نفسها في التدرج بين مكونات المجموعة الدستورية (الكتلة الدستورية)^(٢) وهذا ما سنبيّنه لاحقاً في الفصل الثاني فيما يتعلق بمكونات الكتلة الدستورية^(٣).

وعليه فإنه لا يمكن الأخذ بالمعيارين الموضوعي والشكلي معاً بنفس التوازن والقوة بل إعطاء الغلبة للمعيار الموضوعي مع عدم تجاهل المعيار الشكلي فيما يتعلق بجانب معين منه كما بينا أعلاه .

(١) د. فتحي فكري، المصدر السابق، ص ٢٥. و د. محسن العبودي، المصدر السابق، ص ٢٨.

(٢) مصطلح الكتلة الدستورية يقصد به المكونات الدستورية التي تتكون منها المجموعة الدستورية من الناحية الموضوعية وسنتناول بيان مفهوم الكتلة الدستورية في الفصل الثاني من هذه الرسالة.

(٣) ينظر ص ٧٦-٧٨ من هذه الرسالة .

ومن ثم يمكننا الجمع بين المعيارين في تعريف القاعدة الدستورية مع إعطاء الغلبة للمعيار الموضوعي بشكل يحدد صلته بالمعيار الشكلي في تعريف القاعدة الدستورية .

المطلب الثاني

طبيعة القواعد الدستورية

تساءل الفقه عن طبيعة القاعدة الدستورية فيما إذا كانت قاعدة قانونية أم لا, وهو في ذلك انقسم على اتجاهين, اتجاه يرى إنها قواعد غير قانونية وآخر يقر بقانونية القواعد الدستورية, وسنعرض الاتجاهين في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول : الاتجاه الذي يسلب القاعدة الدستورية صفتها القانونية

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى إنكار الطبيعة القانونية عن القواعد الدستورية من خلال تحليل طبيعة القاعدة الدستورية ومقارنتها مع طبيعة القاعدة القانونية, فإذا امتلكت الصفات والخصائص نفسها, التي تمتلكها القواعد القانونية عندئذ يجب التسليم بقانونية القاعدة الدستورية, أما إذا لم تمتلك القواعد الدستورية الطبيعة أو الخصائص نفسها التي تمتلكها القاعدة القانونية, فيجب حينئذ الكف عن الادعاء بقانونية القاعدة الدستورية^(١), وقد انقسم هذا الاتجاه على فريقين: فريق يرى أن القاعدة الدستورية قاعدة أدبية أخلاقية وفريق آخر يرى إنها مجرد قاعدة سياسية وذلك على النحو الآتي :

المقصد الأول : القاعدة الدستورية قاعدة أدبية أخلاقية

المسلم به إن القاعدة تكسب الوصف القانوني من خلال اتسامها بأنها قاعدة اجتماعية تتصف بالعمومية والتجريد صادرة عن السلطة العامة فضلاً عن اقترانها بالجزاء^(٢). ونقصد بطبيعة قاعدة ما العناصر الذي تتكون منها^(٣), فإذا ما قورنت القواعد الدستورية بما تتصف به القواعد القانونية نجد انه وبلا جدال أن

(١) د. منذر الشاوي , القانون الدستوري , ج ٢ , ط ٢ , العاتك لصناعة الكتاب , القاهرة , ٢٠٠٧ , ص ١١٤ .

(٢) أ. عبد الباقي البكري وزهير البشير , مدخل لدراسة القانون , العاتك لصناعة الكتاب , القاهرة , بدون سنة طبع , ص ٣١-٤٩ .

(٣) محمد كامل ليلة , المصدر السابق , ص ٢٤ .

غالبية العناصر التي تتكون منها القاعدة القانونية تنطبق على القاعدة الدستورية كونها قاعدة اجتماعية عامة مجردة تصدر عن سلطة عامة , إلا أن الخلاف ثار بين الفقهاء حول مدى توافر ركن الجزاء في القواعد الدستورية^(١), حيث يرى المنضمين إلى هذا الفريق من الفقهاء إن الجزاء ضروري ولازم لتوافر الصفة القانونية في القاعدة العامة المجردة التي تنظم الروابط الاجتماعية, فلا توجد قاعدة من دون جزاء يحميها^(٢), ويمثل هذا الفريق أنصار المدرسة الشكلية التي تستند إلى أن القانون هو إرادة السلطان, وقد ظهرت هذه الفكرة قديماً لدى بعض الفلاسفة اليونان, ثم بعثها من جديد في العصر الحديث الفيلسوف هوبز^(٣) وتأثر بها الأستاذ جون أوستن الذي عرف القانون بأنه (أمر أو نهي يصدر من الحاكم السياسي إلى الرعية الخاضعين لسلطته ويقترن بجزاء دنيوي يوقعه هذا الحاكم على من يخالفه من الرعية)^(٤), وهذا الجزاء - كما يصفه أوستن - هو

(١) رغم اتفاق غالبية الفقهاء على اعتبار عنصر الجزاء لازم وضروري لتوافر الصفة القانونية في القاعدة العامة المجردة التي تنظم الروابط الاجتماعية , إلا هناك أقلية من الفقه ترى أن الجزاء ليس عنصراً ضرورياً وإنما يكتفون بتوافر شعور الكافة باحترام القاعدة لكي تكتسب الصفة القانونية ولو لم يكن هناك جزاء . ينظر في ذلك د. منذر الشاوي الذي ذهب إلى القول (الجزاء ليس بعنصر أو ركن للقاعدة القانونية فهو لا علاقة له بالقاعدة القانونية , إنما علاقته بالسلطة أو بعبارة أدق بنجاح السلطة , فالقاعدة تكون قانونية إذا تضمنت أمراً موجهاً إلى الغير إذا ما صدرت عن سلطة مطاعة (الحكام)..... , أما العلاقة بين الجزاء و القاعدة القانونية فهي ليست من جوهر القاعدة القانونية , فالقاعدة القانونية يمكن أن توجد حتى أن لم تتضمن عنصر الجزاء مادامت تتضمن أمراً لان الجزاء لا يظهر دوره إلا في حالة العصيان أي في حالة عدم تنفيذ أو خرق القاعدة القانونية , لكن ما دامت القاعدة مطاعة فالجزاء لا يلعب دوره وهو من ثم ليس من جوهر القاعدة القانونية) . يراجع في ذلك د. منذر الشاوي , المصدر السابق , ص ١٢٠ .

(٢) ينظر في ذلك د. إبراهيم درويش , المصدر السابق , ص ٣٥ . و د. محمود حلمي , المبادئ الدستورية العامة , دار الفكر العربي , الإسكندرية , ١٩٦٤ , ص ٣٠ .

(٣) نادى الفيلسوف الانكليزي (هوبز) بالمذهب الشكلي في القرن السابع عشر وهو يرى إن القانون ليس مجرد نصيحة وإنما أمر , وهو ليس أمراً من أي شخص إلى شخص آخر , بل هو أمر من شخص مسلم بطاعته إلى شخص آخر يجب عليه الطاعة . ومن المعتنقين للمذهب الشكلي في فرنسا أتباع مدرسة الشرح على المتون التي لا تعرف إلا نصوص التشريع مصدراً للقانون ومن زعماء هذه المدرسة (Buguet , Baudry Lacautinevle) . نقلاً عن د. محمد كامل ليلة , المصدر السابق , ص ٢٦٣ .

(٤) د. عبد الفتاح ساير داير , المصدر السابق , ص ٢٥ .

"الأذى الذي يمكن أن يوقعه صاحب الأمر و يلحق بمن يعصي ذلك الأمر" (١).

وطبقاً لهذا التعريف للقاعدة الدستورية وللجزاء ينكر أوستن على القواعد الدستورية الصفة القانونية، ومن ثم لا تعد القواعد الدستورية قواعد قانونية بالمعنى الصحيح ويوضح ذلك بقوله (توجد في كل أو اغلب المجتمعات السياسية المستقلة مبادئ أو قواعد يراعيها الحاكم عادة وتقبلها الغالبية العظمى للمجتمع - أو أغلبية أصحاب النفوذ فيه - بشعور من الرضا، وليس من غير المؤلف أن الحاكم يقبل مثل هذه المبادئ عادة، ولكن الأكثر شيوعاً أنه لا يقبلها برضاه، وإنما تفرض عليه بحكم الآراء السائدة في الجماعة وسواء أقبِلَ الحاكم هذه المبادئ أم فرضت عليه، فأن من المحتم عليه مراعاتها وإلا تعرض لجزاءات أدبية، وبعبارة أخرى في حالة محاولته الانحراف عن هذه المبادئ أو القواعد أنه يتعرض لجزاء قانوني أو عقوبة، ولكن من المحتمل أن تؤدي هذه المحاولة إلى اللوم أو إلى المقاومة من جانب أغلبية المحكومين) (٢).

وطبقاً لهذا التصور فأن القواعد الدستورية لا تعد من القواعد القانونية؛ لأنه ينقصها عنصر الجزاء الذي تمسك به السلطة العامة التي تحتكر القوة المادية (٣)، فمن غير المعقول أن يكون الجزاء مصدره إرادة المكره نفسه ومن ثم فأن القواعد الدستورية ما هي إلا قواعد أخلاقية إيجابية تحميها جزاءات أدبية (٤). والمذاهب الشكلية على الرغم ما تمتاز به من بساطتها ووضوحها إلا أنها بما تنطوي عليه من نقاط ضعف جوهرية ومتعددة تجعلها عرضة للنقد، فهذه المذاهب تولي كل عنايتها واهتمامها بالجانب السطحي والشكلي للقاعدة القانونية

(١) نقلاً عن د. سعد عصفور، القانون الدستوري، القسم الأول، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٤، ص ٨.

(٢) د. عبد الفتاح ساير داير، المصدر السابق، ص ٢٦٣.

(٣) د. فتحي فكري، المصدر السابق، ص ٣٠.

(٤) د. يحيى الجمل، النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية مع مقدمة في دراسة المبادئ الدستورية العامة، موسوعة القضاء والفقهاء حسن الفكهاني، الدار العربية للموسوعات، ج١٠٩، بيروت، ١٩٨٠، ص ٢٦. ود. محمد أبو زيد محمد، المصدر السابق، ص ١٦ - ١٧.

من دون النظر في النواحي الموضوعية، فهي تنظر إلى القاعدة القانونية على أنها مجرد أمر أو نهي صادر من المشرع من دون التعمق في كيفية نشوئها وتطورها، وهذا بالنتيجة يؤدي إلى القول بأن المصدر الوحيد للقانون هو التشريع وهذه النتيجة غير صحيحة^(١)، إذ إن هناك - كما هو معلوم - مصادر أخرى بجوار التشريع^(٢)، فضلاً عن كونها تستلزم وجود جزء مادي مرتبط بالقانون توقعه الدولة على المخالفين له، وعلى هذا فهي تغفل أثر الشعب وإرادة أفرادها في حماية القواعد الدستورية والعمل على ضمان حمايتها إذا ما خرج عليها الحكام وتحرروا من قيودها^(٣).

من هنا فإن من العسير إنكار توافر عنصر الجزء بالنسبة إلى القواعد الدستورية وكل ما هو أن الجزء هنا يتخذ صوراً تختلف عن الجزء المقرر لفروع القانون الأخرى، وهذا التباين في الجزء مسألة تحتملها طبيعة القواعد الدستورية ذاتها، فهي تتضمن أنواعاً مختلفة من الجزء منها إلغاء القانون المخالف للدستور و سحب الثقة من الحكومة أو أحد الوزراء وحل البرلمان إذا خرج عن حدود الوكالة و الرقابة المتبادلة بين السلطات وكذلك رقابة الشعب لحكامه للذود عن دستوره ودرء أي اعتداء يقع عليه، فضلاً عن غيرها من الجزاءات التي تمثل جزءاً معنوياً أو رد فعل اجتماعي لحماية للقواعد الدستورية والحيلولة من دون مخالفته أحكامها^(٤). هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن القوانين لم تصدر كلها بصفة أوامر مقترنة بالتهديد، إذ توجد بعض القوانين مفسرة أو مجيزة للإعمال على الرغم من عدم اصطباغها بصفة الأوامر إلا أنها تكتسب الصفة القانونية^(٥).

المقصد الثاني : القواعد الدستورية قواعد سياسية

-
- (١) د. محمد عبد العال السناري، المصدر السابق، ص ١٧ .
(٢) د. محمد أبو زيد محمد، المصدر السابق، ص ٩ .
(٣) د. محمد عبد العال السناري، المصدر السابق، ص ١٧ .
(٤) د. محمد كامل ليلة، المصدر السابق، ص ٢٧ و. د. سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٩-٢١ .
(٥) د. محمد عبد العال السناري، المصدر السابق، ص ١٨ .

يرى البعض أن القواعد الدستورية ذات طبيعة سياسية لكونها تبين الطريقة التي تمارس بها السلطة والتي يقبض عليها الحكام, أي أنها تبين مقدار إسهام الحكام في ممارسة السلطة وإنها لا يمكن أن تبين طريقة ممارسة السلطة من دون أن تحدد أو تكرر نشاط القابضين على هذه السلطة^(١), أي أن القواعد الدستورية ما هي إلا قواعد سياسية ليس لها صفة قانونية .

وابرز من ناصر هذا الاتجاه الدكتور منذر الشاوي بقوله (فالدستور إذن وسيلة لتكريس القوى المهيمنة في الدولة أو بعبارة أدق هو وسيلة يتحدد أو يبان بها القابض على السلطة في الدولة, إلا إن الدستور ليس وسيلة لتكريس القوى المهيمنة في المجتمع فحسب بل هو أيضا توازن سياسي, فالسلطة لا تعود, في الغالب, إلى قابض واحد بل إسهام مشترك في القبض عليها وفي ممارستها, وعليه فإن القواعد الدستورية هي قواعد توازن سياسي أي أنها قواعد سياسية تنظم العلاقة بين القابضين على السلطة ومن ثم فهي ليست مصدر قانونية القواعد الأخرى في الدولة)^(٢).

وبذات الرأي ذهب قانون إصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ عندما نص على أن ((الدستور هو, في حقيقته, تكريس لرؤى واختيارات سياسية للقيادة السياسية وهذه الاختيارات السياسية تتعلق بالأسس الاجتماعية والاقتصادية وبالتالي السياسية.... فطريقة ممارسة السلطة تتأثر بالأسس الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع كما تؤثر في الوقت نفسه في هذه الأسس . وعليه فإن طبيعة القواعد الدستورية هي سياسية وان للدستور مدلولاً سياسياً وان تضمنت الوثيقة الدستورية قواعد ذات طبيعة قانونية)^(٣).

(١) د. حيدر طالب الإمارة و د. حنان القيسي, القانون الدستوري, المكتبة القانونية, بغداد, ٢٠٠٧, ص ١١٠ .

(٢) د. منذر الشاوي, المصدر السابق, ص ١٢٥ .

(٣) قانون إصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ . وكذلك أشار إليه د. إحسان المفرجي وآخرون, النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق, ط٢, المكتبة القانونية, بغداد, ٢٠٠٧, ص ١٦٤ .

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الاتجاه وجد صدها الواسع في الفقه العراقي، حيث عد هذا الفقه الدساتير العراقية ذات طبيعة سياسية وأنكر عنها الطبيعة القانونية إلا قلة منهم^(١).

إلا إن هذا التوجه في الحقيقة تعرض إلى انتقاد من جانب بعض الفقه وقد اعترض على هذا التوجه بأنه يعكس واقع طائفة من الدساتير التي يستعين بها القابضون في تكريس السلطة، عن طريق الاستيلاء عليها من جانب بعض الحكام، إذ يحددون من خلالها ملامح سياستهم وما يرمون إليه، وبهذا يظهر الأثر العكسي للدستور، فبدلاً من أن ينظم الدستور السلطات ويحددها يصبح أداة بيد الحكام ويغدو برنامج عمل سياسي، وآليات تجعل من السلطة ملائمة لأهداف القابضين عليها ولهذا لم يفلح هذا الاتجاه في تحديد طبيعة القاعدة الدستورية^(٢).

الفرع الثاني : الإقرار بقانونية القواعد الدستورية

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بقانونية القواعد الدستورية وإنها تعد قانونية بالمعنى الصحيح ، إلا أنهم في هذا الشأن انقسموا على فريقين:
الأول ربط فكرة القانونية بفكرة سمو الدستور، أما الثاني فقد أضفى الصفة القانونية على القواعد الدستورية من خلال الرد على الحجج التي قال بها أصحاب الاتجاه المنكر للصفة القانونية عن القواعد الدستورية.

المقصد الأول : الفريق الذي يذهب إلى الإقرار بقانونية القواعد الدستورية من خلال ربط فكرة القانونية بسمو القواعد الدستورية

على أساس أن القواعد الدستورية هي مجموعة القواعد التي تحدد نشاط القابضين على السلطة-الحكام- في الدولة، وهذا يعني إن نشاط الحكام يجب أن

(١) ينظر أزهار عبد الكريم عبد الوهاب، طبيعة مقدمات الدساتير والمواثيق الوطنية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٨، ص ١٣-١٤.

(٢) يراجع في هذا الانتقاد د. عدنان عاجل عبيد، القانون الدستوري النظرية العامة والنظام الدستوري في العراق، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع، النجف، ٢٠١٠، ص ٧٥.

يتمشى مع ما تتضمنه القواعد الدستورية، من مبادئ وإحكام^(١)، ومن ثم خضوع جميع الأعمال الصادرة عن الحكام للقواعد الدستورية التي تتجسد في قواعد قانونية يضعها الحكام أو وكلائهم، وعليه فإن القواعد القانونية في الدولة يجب أن تتطابق من حيث الشكل ومن حيث المضمون مع القواعد الدستورية وإلا فقدت شرعيتها وقوتها الملزمة^(٢)، ومن هنا فإن القواعد القانونية تستمد قوتها الملزمة من الدستور، الذي يتوج الهرم القانوني في الدولة، وبما أنه - أي الدستور - هو من يعطيها هذه القانونية، فمنطقياً يجب أن تتمتع القواعد الدستورية بالصفة نفسها التي تتمتع بها القواعد القانونية الأخرى وهي الصفة القانونية^(٣).

فالقواعد الدستورية إذن هي مجموعة من القواعد القانونية لا تختلف في طبيعتها عن القواعد القانونية الأخرى بل هي مصدر قانونية هذه القواعد ومن هنا جاء الربط بين علوية الدستور وطبيعته القانونية^(٤).

بيد أن في ظل هذه الفكرة أثير التساؤل الآتي: إذا كانت القواعد القانونية تستمد قوتها أي صفتها القانونية من الدستور، فمن أين تأتي القيمة أو الصفة القانونية للدستور أو القواعد الدستورية؟ وبعبارة أخرى من منح الدستور هذه الصفة القانونية؟

تصدى جانب من الفقه للإجابة على هذا التساؤل من أبرزهم (مارسيل فالين) و(هانز كلسن)، فقد ذهب الفقيه (مارسيل فالين) إلى أن القيمة أو الصفة القانونية للقواعد الدستورية تأتي من موافقة الأفراد الصريحة أو الضمنية على القواعد الدستورية بعدها أساس الدولة والتي يشعر الأفراد بالإخلاص نحوها وهذا في الحقيقة يجعلها كأساس للنظام القانوني أي كأساس للهرم القانوني للنظام القانوني في الدولة، غير أن رأي (فالين) لم يسلم من النقد، فقد رد عليه بأنه يخالف المنطق القانوني، فإذا كان النظام القانوني - مجموعة من القواعد القانونية في الدولة - يسوده منطق واحد وهو أن القاعدة الدنيا تستمد قوتها وقانونيتها من

(١) د. عدنان عاجل عبيد، المصدر السابق، ص ٧٦.

(٢) د. منذر الشاوي، المصدر السابق، ص ١٠٧-١٠٨.

(٣) د. حيدر طالب الإمارة ود. حنان محمد القيسي، المصدر السابق، ص ١٠٨.

(٤) د. منذر الشاوي، المصدر السابق، ص ١٠٨.

القاعدة التي تعلوها, فان المنطق سيعاب إذا كانت القاعدة التي تحتل قمة هذا الهرم لا تخضع لهذا المنطق أي لا تستمد هذه القاعدة قوتها من قاعدة تعلو عليها هذا من ناحية, ومن ناحية أخرى فإن القول بأن القواعد الدستورية تستمد قوتها من موافقة الأفراد الصريحة أو الضمنية قول غير مقبول؛ لأن موافقة المواطنين على الدستور تكسب النظام السياسي الشرعية, لذا فان هذه الموافقة لا تضيف القانونية على القواعد الدستورية؛ لان فكرة الشرعية فكرة سياسية كونها تتعلق بالموافقة على طريقة ممارسة السلطة ومن ثم فهي بعيدة عن الفكرة القانونية^(١).

أما (هانز كلسن) فقد ذهب إلى أن القيمة أو الصفة القانونية للقواعد الدستورية تأتي من سنه أساسية^(٢). فالقاعدة الدستورية تستمد قوتها وفعاليتها من السنة الأساسية العليا المفترضة التي تعلو على غيرها من السنن - القواعد - التي يتكون منها النظام القانوني^(٣).

في حين رأى البعض أن رأي هانز كلسن مردود, لأنه استند في إضفاء القانونية إلى السنة الأساسية التي لا وجود لها في الواقع, فهي ليست سوى مجرد فرضية اقتضاها الفقيه هانز لإعطاء الصفة القانونية للقواعد الدستورية ومن ثم فإنه لا يمكن إقامة قانونية القواعد الدستورية على مجرد فرضية اقتضتها الضرورات المنطقية^(٤).

المقصد الثاني : الفريق الذي أضفى صفة القانونية على القواعد الدستورية من خلال الرد على الاتجاه المنكر لهذه الصفة

فقد ذهب هذا الفريق إلى القول بأن القواعد الدستورية تعد قواعداً قانونية بالمعنى الصحيح, حيث لا يشترط لإضفاء صفة القانونية على قاعدة معينة أن

(١) د. منذر الشاوي, المصدر السابق, ص ١١١.

(٢) يقصد بتعبير "سنه" قاعدة, والسنن القانونية يقصد بها القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني, إذ استعمل الأستاذ هانز كلسن تعبير "سنن" بدلا من "القواعد".

(٣) هانز كلسن, النظرية المحضة في القانون, ترجمة د. أكرم الوتري, منشورات مركز البحوث القانونية, ١٩٨٦, بغداد, ص ١١٠-١١٥.

(٤) د. منذر الشاوي, المصدر السابق, ص ١١٣.

يتوافر لها جزءاً مادياً توقعه السلطة الحاكمة^(١)، على خلاف ما جاء به أصحاب المدرسة الشكلية التي ربطت بين القاعدة القانونية والجزء المادي، وعدت القاعدة التي لا تتضمن جزءاً مادياً غير قانونية^(٢)، فالجزء الذي يوقع عند مخالفة القاعدة القانونية لا يتصف بطبيعة واحدة بل يختلف باختلاف نوع القاعدة القانونية ذاتها، كما أن صوره وأنواعه تختلف وتتوعد بما يتناسب مع مضمون القاعدة والمصالح التي تحميها^(٣).

وقد تزعم هذا الفريق الفقيه ديجي (Duguít) الذي يرى أنه مادام للقانون بوصفه قاعدة اجتماعية جزءاً عند مخالفته، والذي يتمثل في رد فعل اجتماعي معين، فإن القانون يحمل في طياته جزءاً، بل أنه لا يتصور قانون من غير أن يكون له جزء، ويكفي أن يكون الجزء معنوياً يظهر في صورة رد فعل من جانب المجتمع^(٤)، ترتيباً على ذلك فالجزء في القانون الدستوري يختلف بطبيعته عن الجزء في غيره من فروع القانون الأخرى^(٥) فقد يكون في صورة الرقابة على دستورية القوانين أو الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية أو يتمثل في حالة رفض الشعب إعادة انتخاب المخالفين للقواعد الدستورية أو بصورة رد فعل اجتماعي يتمثل بالرأي العام الذي يظهر بصورة المظاهرات والاضطرابات وصولاً إلى حد الثورة في حالة انتهاك السلطات العامة لإحكام الدستور^(٦).

رأينا في تحديد طبيعة القواعد الدستورية

(١) د. عادل الحباري، القانون الدستوري والنظام الدستوري الأردني، عمان، مطابع غانم عبده، ١٩٧٢، ص ٢١٧.

(٢) د. عبد الفتاح حسن، مبادئ النظام الدستوري في الكويت، بدون دار نشر، بيروت، ١٩٦٨، ص ٢٦.

(٣) د. شعبان أحمد رمضان، الوسيط في الأنظمة السياسية والقانون الدستوري، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٣٠٠-٣٠١.

(٤) د. محمود حلمي، المصدر السابق، ص ٢١.

(٥) فالجزء في القانون الجنائي يدور حول الحكم بالغرامة أو الحبس أو السجن أو الإعدام وذلك طبقاً لفداحة الجرم المرتكب، والجزء في القانون المدني يختلف تماماً فقد يكون الجزء عبارة عن بطلان التصرف المخالف للقانون أو التعويض المالي، ولكنه لا يصل إلى الجزء المعروف في القانون الجنائي. راجع في ذلك د. عادل الحباري، المصدر السابق، ص ٢١٧.

(٦) د. محمد كامل ليلة، المصدر السابق، ص ٣٠-٣١.

لقد رأينا كيف احتدم الخلاف بين الفقهاء حول طبيعة القواعد الدستورية ومن جانبنا نؤيد الاتجاه القائل بأن القواعد الدستورية هي قواعد قانونية، فضلاً عن الحجج التي استند إليها فأن هناك اعتبارات أخرى تقضي بإضفاء الصفة القانونية على القواعد الدستورية ومن أهمها :

١. من التناقض القول بأن القواعد الدستورية لا تتمتع بالصفة القانونية وفي الوقت نفسه نطلق ونضفي تسمية القانون على القواعد الدستورية فيطلق عليها القانون الدستوري، وعلى هذا كيف نطلق كلمة قانون على قواعد لا تتمتع بالصفة القانونية .

٢. أن المنطق القانوني يقضي إضفاء الصفة القانونية على القواعد الدستورية استناداً إلى فكرة تدرج القواعد القانونية داخل النظام القانوني، الذي يتكون من هرم قانوني تتدرج فيه القواعد القانونية، فكل قاعدة تستمد صحتها وقانونيتها من القاعدة التي تعلوها وصولاً إلى قمة هذا الهرم الذي تتوجه القاعدة الدستورية، ومن ثم فأن المنطق القانوني يقضي ان تتمتع هذه القواعد بالصفة نفسها التي تتمتع بها بقية القواعد القانونية وهي الصفة القانونية .

٣. عندما تتضمن القواعد الدستورية في طياتها قواعد تنظم مسائل سياسية فهذا لا يعني إنكار الطبيعة القانونية عنها، لأن هذه المسائل قد عولجت وأُطرت بإطار قانوني داخل مجموعة من القواعد وهي القواعد الدستورية، فضلاً عن المسائل الأخرى الاجتماعية والاقتصادية التي تشكل موضوع القانون الدستوري .

٤. أن القول بأن القواعد الدستورية قواعد سياسية لا ينطبق على كل القواعد الدستورية في كل زمان وفي كل الأنظمة، بل هذا الوصف ينطبق فقط على الدساتير التي تم وضعها في الدول التي يكون نظام الحكم فيها بيد سلطة واحدة وهي السلطة التنفيذية حيث يسعى فيها القابضون على السلطة الى وضع دستور تتحقق من خلاله مصالحهم وأهدافهم وسياستهم في إدارة الدولة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أن هناك بعض القوانين تنظم وتعالج مسائل سياسية ومع ذلك يقر لها بالصفة القانونية شأنها شأن القوانين الأخرى مثل

قوانين الانتخاب التي تصدر من قبل السلطة التشريعية وتقع خارج الوثيقة الدستورية التي تتناول تنظيم مسائل سياسية ومع ذلك يعترف لها بالطبيعة القانونية .

المطلب الثالث

تحديد القواعد الدستورية

بعد أن انتهينا من تعريف القواعد الدستورية وبيان طبيعتها القانونية فانه لا بد من تحديد هذه القواعد بشكل يميزها عن القواعد القانونية الأخرى^(١) وذلك بعرض المعايير التي قيلت في التفرقة بينهما وعرض النتائج المترتبة على هذه التفرقة:

الفرع الأول : معايير التمييز بين القواعد الدستورية والقواعد العادية

في هذا الصدد انقسم الفقه بدوره على قسمين حول اعتماد المعيار الذي يمكن بموجبه تحديد القواعد الدستورية وتمييزها عن القواعد العادية, حيث أعتد القسم الأول من هذا الفقه المعيار الشكلي في حين اعتمد القسم الآخر المعيار الموضوعي, وسنتولى بيان هذين المعيارين في المقصدين الآتيين.

المقصد الأول : المعيار الشكلي

يركز أنصار هذا المعيار على الشكل والإجراءات المتبعة في تحديد القواعد الدستورية, فالشكل والإجراءات التي تتبع في وضع القواعد الدستورية تختلف عن

(١) تجد التفرقة بين القواعد الدستورية والقواعد العادية جذورها في بدايات القرن السابع عشر عندما نمت أول بذور هذه التفرقة على يد الفقهاء الذين تمسكوا بحقوق الإنسان الطبيعية وكانوا يطلقون على القوانين الدستورية اصطلاح "القوانين الأساسية" ويعدونها المظهر الأساسي للدولة, ويعدون قواعد هذه القوانين العماد الذي تركز عليه جميع السلطات في الدولة من سلطة تشريعية وتنفيذية وقضائية, فهي قوانين سابقة على القوانين العادية وأسمى منها وينعتون السلطة التي تضعها "السلطة التأسيسية" وعلى السلطة التشريعية – السلطة المؤسسية – أن توفق القوانين الأساسية وتصدر قوانينها الاعتيادية في إطارها, وهذا ما قاله الفقيه فاتل vattel وتأييدا لذلك قال الفقيه سيز sieyes أبان الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ (... أن الدستور في كل أجزائه ليس من عمل السلطة المؤسسية وعلى ذلك فلا يمكن للسلطة المؤسسية التي فوضها الدستور وظيفتها أن تغير الشروط الخاصة بهذا التفويض). . يراجع في ذلك د. عثمان خليل عثمان, القانون الدستوري المبادئ الدستورية العامة, المطبعة المصرية, القاهرة, ١٩٥٦, ص ٣٦.

تلك التي تتبع في وضع القواعد العادية، وهنا لا تستند التفرقة بين القواعد الدستورية وبين القواعد العادية على مضمون هذه القاعدة وموضوعها، بل على الشكل والإجراءات المتبعة في إصدارها^(١).

فالقواعد الدستورية طبقاً لهذا المعيار هي مجموعة من القواعد التي تضعها هيئة خاصة يختلف تكوينها باختلاف الدساتير وتتبع في وضعها وتعديلها إجراءات خاصة تختلف عن إجراءات القانون العادي^(٢)، ومن ثم فإن القواعد الدستورية تتميز عن القواعد العادية كونها توضع وتعديل على وفق إجراءات أشد وأكثر تعقيداً من إجراءات وضع وتعديل القواعد العادية^(٣).

ويلاحظ هنا أن المعيار الشكلي هذا أكثر ارتباطاً بالدساتير الجامدة^(٤)؛ ذلك أن هذا المعيار يميز فقط القواعد الدستورية في الدساتير الجامدة عن القواعد العادية، أما في الدساتير المرنة فإنه لا يوجد أي اختلاف بينهما طبقاً لهذا المعيار.

وعلى الرغم مما يمتاز به هذا المعيار من البساطة والوضوح في تحديد القواعد الدستورية إلا أنه يعد قاصراً ويؤدي إلى نتائج غير مقبولة في أكثر من جانب، فمن جانب أنه ينفي وجود قواعد دستورية في الدول التي تمتلك دساتير مرنة كإنجلترا، ومن جانب آخر يقصر القواعد الدستورية على ما تتضمنه الوثيقة الدستورية من أحكام على الرغم من وجود قواعد ذات طبيعة دستورية خارج الوثيقة الدستورية، ومن جانب ثالث فإن هذا المعيار يضفي الصفة الدستورية على قواعد ليست ذات صفة دستورية، وذلك أن هذه القواعد درجت في ثنايا الوثيقة الدستورية فلها تعد دستورية^(٥).

المقصد الثاني : المعيار الموضوعي

(١) د. عثمان خليل عثمان، المصدر السابق، ص ١٣٠.

(٢) د. رمزي الشاعر، المصدر السابق، ص ٤١.

(٣) عبد الغني بسيوني عبد الله، المصدر السابق، ص ٥٣٩.

(٤) د. إبراهيم عبد العزيز شيجا، المصدر السابق، ص ١٤.

(٥) د. محمد كامل ليلة، المصدر السابق، ص ٤٥.

أما أنصار هذا المعيار هنا فأنهم يركزون على مضمون أو جوهر القاعدة وليس على الشكل والإجراءات المتبعة في إصدارها، وذلك عند تحديدهم للقواعد الدستورية وتمييزها عن القواعد العادية^(١)، فهي عندهم (دستورية) عندما تكون في مضمونها وجوهرها ذات طبيعة دستورية سواء أوردت في صلب الوثيقة الدستورية أم في خارجها وسواء أقررت بمقتضى العرف الدستوري أم بمقتضى القوانين العادية .

وعلى الرغم من اتفاق القائلين بهذا المعيار على أن القواعد الدستورية هي القواعد التي تعد من حيث موضوعها أو مضمونها دستورية إلا أنهم اختلفوا في تحديد الموضوعات التي تعد دستورية بطبيعتها وجوهرها^(٢)، وبمعنى آخر تساءل أنصار المعيار الموضوعي عن الموضوعات التي تعد دستورية من حيث مضمونها ؟ وقد انقسموا حول ذلك إلى فريقين:

الفريق الأول: يقصر فريق من الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي (لافيير)^(٣) الموضوعات التي تعد دستورية من حيث موضوعها على تلك التي تتعلق بنظام الحكم في الدولة وتبين شكلها وتنظم السلطات العامة فيها ، وكيفية ممارسة هذه الأجهزة لاختصاصاتها والعلاقات التي تنشأ بينها^(٤) وأخرجوا من نطاق هذه الموضوعات تلك التي تتعلق بالتنظيم الاجتماعي والاقتصادي في الدولة، فهذه الموضوعات وفقاً لرأيهم لا تتعلق بالنظام السياسي ومن ثم لا تعد قواعد دستورية في جوهرها أو طبيعتها^(٥)، على هذا تنحصر القواعد الدستورية عند هذا الفريق بالقواعد

(١) د.حسان محمد شفيق، الدستور ، مطبعة أهالي بغداد ، بغداد ، ١٩٨١، ص ١٩ .

(٢) د. عادل الحيارى ، المصدر السابق ، ص ٤٥ .

(٣) إذ يقول الفقيه لافيير : أن الموضوعات التي تعد دستورية في طبيعتها هي تلك التي تتعلق بشكل الدولة بسيطة كانت أم مركبة ، وبشكل الحكومة ملكية أم جمهورية ، والمبادئ الأساسية في تشكيل السلطتين التشريعية والتنفيذية والعلاقة المتبادلة بينهما . نقلا عن د. حمدي العجمي ، المصدر السابق ، ص ٢٧ .

(٤) د. يحيى الجمل ، المصدر السابق ، ص ١٩ .

(٥) د.إبراهيم عبد العزيز شيجا ، المصدر السابق ، ص ٢٥ .

التي تتعلق بنظام الحكم في الدولة^(١), أما غيرها من القواعد فتكون قواعد عادية ومنها القواعد التي تتعلق بالنظام الاجتماعي والاقتصادي في الدولة, فهذه القواعد لا تعد دستورية لكونها لا تتعلق بنظام الحكم في الدولة أو بالسلطات العامة, وإنما تعد بمثابة أهداف سياسية واقتصادية أو اجتماعية توجه من جانب المشرع الدستوري الى المشرع العادي. فيلتزم بها هذا الأخير عند إصداره تشريعات اقتصادية أو اجتماعية أو أنها توجه إلى الهيئات الحاكمة فيما يتعلق برسم السياسة العامة في الدولة^(٢).

الفريق الثاني : ذهب هذا الفريق إلى أن الموضوعات التي تعد دستورية في طبيعتها أو جوهرها لا تقتصر على القواعد التي تتعلق بطبيعة نظام الحكم في الدولة على نحو ما ذهب إليه الفريق السابق, وإنما تشمل فضلاً عن ذلك القواعد التي تبين المذهب الاجتماعي والسياسي والاقتصادي أو بتعبير أدق الفكرة القانونية المهيمنة على نظام الدولة^(٣) التي تعمل في ظلها السلطات العامة المختصة أي الأساس الأيدلوجي أو الفلسفي الذي يقوم عليه النظام السياسي في الدولة^(٤), حيث يرى الفقيه جورج بورديو Georges Burdeau بأن للدستور مضمونا مزدوجا فهو يحدد من ناحية الأشخاص والهيئات الحاكمة التي لها القدرة على التصرف واتخاذ القرارات باسم الدولة ويحدد لهم اختصاصاتهم وكذلك كيفية ممارستها, ويحدد من ناحية أخرى التنظيم الاجتماعي والسياسي

(١) د. حمدي العجمي, المصدر السابق, ص ٢٧.

(٢) د. إبراهيم عبد العزيز شيجا, المصدر السابق, ص ٢٥.

(٣) محمد علي آل ياسين, القانون الدستوري والنظم السياسية, ط ١, مطبعة المعارف, بغداد, ١٩٦٤, ص ٧٠.

(٤) د. إبراهيم عبد العزيز شيجا, المصدر السابق, ص ٢٩.

الذي تمثله السلطات الحاكمة^(١)، فضلاً عن تحديده للاتجاه القانوني أو الأيدلوجي الذي ينبغي أن تعمل في إطاره سلطات الدولة^(٢).

وقد حظي هذا الرأي بتأييد كثير من الفقه الفرنسي الحديث والفقه المصري والعراقي^(٣)، ونلاحظ أن الدساتير العراقية المتعاقبة قد تأثرت به، فلم تقتصر نصوصها على الموضوعات التي تتعلق بنظام الحكم في الدولة فحسب بل تناولت المسائل المتعلقة بالفلسفة والأساس الأيدلوجي الذي يقوم عليه النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي في الدولة؛ لذلك نرى أن القانون الأساسي العراقي الصادر في ٢١ آذار ١٩٢٥ قد خصص باباً كاملاً (الباب الأول) لتنظيم الشؤون الاجتماعية والاقتصادية للشعب تحت عنوان " حقوق الشعب " وكذلك جاء الباب الثاني في دستور ٢٧ تموز ١٩٥٨ المؤقت بعنوان مصدر السلطات والحقوق والواجبات العامة، وتتعلق معظم موادته بتنظيم هذه المسائل . وكذلك فعل دستور ٢٩ نيسان ١٩٦٤ المؤقت حيث كرس للموضوع معظم مواد الباب الثاني منه وتحت عنوان (الحقوق والواجبات العامة)، وقد حذا حذوه دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨ المؤقت فكرس الباب الثاني منه والمعنون (المقومات الأساسية للمجتمع) لمثل هذه الأمور والباب

(١) د. هاني علي الطهراوي ، المصدر السابق ، ص ٢٩٣ . وكذلك د. إبراهيم عبد العزيز شيجا ، المصدر السابق ، ص ٢٩ .

(٢) د. إحسان المفرجي وآخرون ، المصدر السابق ، ص ١٦٦ .

(٣) أيد د. إسماعيل مرزّه هذا الاتجاه بقوله (في رأينا ... أن الدساتير لا تهتم بتعريف السلطات الدولة وتنظيمها فحسب ، وإنما تبين نشاط تلك الهيئات التي تنظمها ، وكل ذلك لتنفيذ الفكرة القانونية التي على أساسها جاء الدستور ، وهذه الفكرة كما تشمل التنظيم السياسي تشمل كذلك النشاط الاجتماعي والاقتصادي ، وعلى ذلك فإن القواعد الخاصة بتنظيم بعض النواحي في الحياة غير السياسية ، كالاجتماعية والاقتصادية مثلاً ، لا يمكن أن تعد غريبة عما يجب أن تحتوي عليه الدساتير بل من صميم موضوعها . ينظر : د. إسماعيل مرزّه ، القانون الدستوري والعلم السياسي ، ج ١ ، ط ١ ، شركة الطبع والنشر الأهلية ' بغداد ، ١٩٦٠ ، ص ١٤٦ .

وكذلك اخذ د. عدنان عاجل عبيد بهذا الاتجاه إذ عرف القانون الدستوري بأنه " مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم ممارسة السلطات وتكوينها وشكل الحقوق والحريات وتعمل على إيجاد قدر من التضامن أو الانسجام بين ممارسة السلطة والتمتع بالحقوق والحريات . ينظر د. عدنان عاجل عبيد ، المصدر السابق ، ص ٦٧ .

الثالث بعنوان (الحقوق والواجبات العامة) , واحتوى دستور ١٩٧٠ المؤقت أيضا على باب كامل بعنوان (الأسس الاجتماعية والاقتصادية لجمهورية العراق), أما دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ الحالي فقد نظم هذه المسائل في الباب الأول منه تحت عنوان (المبادئ الأساسية) وكذلك في الباب الثاني منه وبالعنوان (الحقوق والحريات) .

الفرع الثاني : نتائج التفرقة بين القواعد الدستورية و القواعد العادية

يترتب على التفرقة بين القواعد الدستورية و القواعد العادية ثلاث نتائج مهمة وهي :

أولاً : سمو القواعد الدستورية

إنَّ التفرقة بين القواعد الدستورية والقواعد العادية , وإعطاء الأولى المكانة العليا^(١) ومكانة الصدارة في قائمة قوانين الدولة يعطي لهذه القواعد السمو على بقية القواعد الموجودة في النظام القانوني^(٢)؛ لذا فإنه يجب ان تصدر جميع النشاطات الأخرى في الدولة متوافقة مع هذه القواعد, ومن ثم تكون أعمال سلطات الدولة في مرتبة أدنى من مرتبة القواعد الدستورية, ومن هذه التفرقة نشأت فكرة التدرج التنازلي للنظام القانوني في الدولة هذا التدرج الذي يعطي للقواعد الدستورية المرتبة العليا فيه , بحيث تخضع جميع السلطات في الدولة لهذه القواعد^(٣), فيجب على السلطة التشريعية احترامها والتقيد بها فيما تقره من تشريعات, كما يجب على السلطة القضائية احترامها وتطبيق أحكامها إذا ثار ذلك في مجال دعوى تطرح أمامها , وكما يتعين على السلطة التنفيذية التقيد بها فيما تجريه من تصرفات وأعمال وإلا عدت الأعمال الإدارية التي تصدر خلافاً لما تقضي به القواعد الدستورية, أعمالاً غير مشروعة يحق إلغاؤها والتعويض عنها^(٤).

(١) عادل الحيارى , المصدر السابق , ص ٢٠٠ .

(٢) محمد كامل ليلة , المصدر السابق , ص ١١٨ .

(٣) عادل الحيارى , المصدر السابق , ص ٢٠٠ .

(٤) د. محسن خليل , المصدر السابق, ص ١٠٩ . ود. عبد الغني بسيوني عبد الله , المصدر السابق

, ص ٥٤٠ .

ثانياً : ثبات القواعد الدستورية

تتصف القواعد الدستورية بكونها أكثر ثباتاً من القواعد العادية ذلك ان تعديلها يتطلب إجراءات خاصة تختلف في شدتها عن إجراءات تعديل القوانين العادية, وما دام الأمر كذلك فالقواعد الدستورية نظراً لصعوبة تعديلها تكون أكثر ثباتاً واستقراراً من القواعد العادية^(١), وهي نتيجة تنطبق على الدساتير الجامدة فقط, بيد أن هذا الثبات ليس مطلقاً بل نسبياً وذلك أن هذا التعديل وإن كان صعباً فهو ليس مستحيلاً, بل أن إمكانية تعديل هذه القواعد قائمة, إذ يجب أن تتماشى القواعد الدستورية مع الفكرة القانونية السائدة في المجتمع, فتطور الظروف السياسية والاجتماعية يحتم ملائمة القواعد الدستورية لهذا التطور والأحوال الجديدة وذلك لا يتم إلا من خلال تعديل القواعد الدستورية بما يجعلها صالحة لاستيعاب هذه التطورات^(٢).

ثالثاً : عدم جواز إلغاء القوانين الدستورية إلا بقوانين دستورية أخرى

لما كان للقواعد الدستورية السيادة على القواعد العادية فإن إلغائها وتعديلها لا يمكن أن يتم إلا بقواعد دستورية مماثلة لها تتمتع بالصفة نفسها والقوة نفسها^(٣), ومن ثم فإن القانون العادي لا يستطيع أن يعدل أو يلغي قانون دستوري لكونه لا يتمتع بالمرتبة نفسها التي يحتلها, فالقانون الأقل مرتبة لا يمكنه تعديل أو إلغاء القانون الذي يحتل مرتبة أعلى منه^(٤).

المبحث الثاني

مفهوم فكرة التدرج

بعد أن انتهينا من بيان مفهوم القواعد الدستورية وتمييزها عن غيرها من القواعد القانونية الأخرى حري بنا في هذا المبحث أن نبين ما المقصود بمبدأ التدرج من خلال بيان معناه والتطور التاريخي الذي مر به , وعلاقته بمبدأ المشروعية وما هي

(١) عبد الغني بسيوني عبد الله , المصدر السابق , ص ٥٤٠ .

(٢) د. محسن خليل , المصدر السابق , ص ١٠٨ , ود. إبراهيم عبد العزيز شيجا , النظم السياسية والقانون الدستوري , الدار الجامعية , بيروت , بدون سنة طبع . ص ٥٢٧ .

(٣) د. محمد عبد الحميد أبو زيد , القضاء الدستوري شرعاً ووضعا , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٤ , ص ٢٣٩ .

(٤) د. عبد الغني بسيوني عبد الله , المصدر السابق , ص ٥٤٠ .

المعايير التي استند إليها التدرج وأخيرا النتائج المترتبة عليه في إطار القواعد الدستورية على وفق التقسيم الآتي :

المطلب الأول : تأصيل فكرة التدرج

المطلب الثاني : معايير فكرة التدرج

المطلب الثالث : النتائج المترتبة على فكرة تدرج القواعد الدستورية.

المطلب الأول تأصيل فكرة التدرج

نتناول في هذا المطلب المقصود بفكرة التدرج وتطورها التاريخي وعلاقتها بمبدأ المشروعية في الفروع الثلاثة الآتية :

الفرع الأول : المقصود بفكرة التدرج

يعد مبدأ تدرج القواعد القانونية من الأركان الأساسية التي يقوم عليها نظام الدولة القانوني؛ ذلك انه يكفل بناء القواعد القانونية على أسس متينة محددة , وهو الذي يضمن تنظيمها وترتيبها والتنسيق بينها وتحديد مصادرها , ويحقق وحدتها وترابطها , فتدرج الأعمال القانونية (١) , يعني أن القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني في الدولة ترتبط ببعضها ارتباطاً تسلسلياً وإنها ليست جميعها في مرتبة واحدة من حيث القيمة والقوة القانونية (٢) , بل تتدرج فيما بينها بما يجعل بعضها أسمى مرتبة من البعض الآخر , فنجد القواعد الدستورية تتموضع في قمة الهرم القانوني في الدولة , إذ تحدد أسس النظام الحاكم فيها وتحدد السلطات العامة وكيفية ممارستها لوظائفها , فضلاً عن تحديد الفلسفة أو الأيدلوجية التي يقوم نظام الحكم عليها سواء أكانت من الناحية السياسية أم الاجتماعية أم الاقتصادية (٣) , ولما كانت القواعد الدستورية المصدر الأساس لتحديد النظام القانوني في الدولة , فمن البديهي أن تكون لها صفة الإلزام , وعلى جميع السلطات في الدولة احترام قواعد ممارستها اختصاصها في الحدود المرسومة لها وعلى الوجه المبين في الدستور وهذا في

(١) د. محمود حلمي , تدرج القواعد القانونية , مجلة العلوم الإدارية , السنة الخامسة , العدد الأول , ١٩٦٣ , ص ١٧٦ .

(٢) د. ثروت بدوي , تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٧ , ص ٨-٩ .

(٣) د. محمود حلمي , تدرج القواعد القانونية , مصدر سابق , ص ١٧٦ .

الحقيقة يضيفي للقواعد الدستورية السمو والعلو على بقية القواعد القانونية الأخرى(١).

والمقصود بالتدرج هنا ليس التدرج بين جميع القواعد القانونية في النظام القانوني بل يقتصر على القواعد التي تتكون فيها الكتلة الدستورية من مكونات عديدة ليست جميعها تحتل قوة واحدة بل تختلف قوتها باختلاف الأهمية التي تنالها كل قاعدة أو باختلاف مصدر هذه القواعد, مما يؤدي إلى وجود تدرج في مجموع هذه القواعد في ظل قانون واحد وليس في عدة قوانين وهو على وجه التحديد القانون الدستوري .

وتطبيقاً لفكرة التدرج فإن القواعد الدستورية تتدرج فيما بينها, وهذا التدرج في النهاية يؤدي إلى خضوع كل قاعدة للقاعدة الأعلى منها في سلم الهرم الدستوري, بمعنى أن كل قاعدة من القواعد الدستورية يجب أن تقام من حيث الشكل والمضمون حسبما ما قررته القاعدة الأعلى مرتبة في الهرم الدستوري, وأن القاعدة الأدنى مرتبة عند نشوئها يجب أن تصدر على وفق ما رسمته القاعدة الدستورية الأعلى(٢), أي أن القاعدة الأدنى تجد صحتها ومن ثم مشروعيتهما الدستورية في القاعدة الأعلى في سلم التدرج وان صحة كل فئة من القواعد الدستورية في سلم التدرج هي التي تمنحها القوة الملزمة لفعاليتها في المجال المخصص لسريان أحكامها(٣), ويؤدي التدرج بين مكونات الكتلة الدستورية إلى عدم قيام تنازع بين تلك المكونات, طالما أن كل قاعدة منها تستند في صحتها وفعاليتها إلى القاعدة التي تعلوها فانه لا بد أن تصدر متوافقة معها, وهكذا إلى أن نصل إلى التوافق بين القواعد الدستورية وجعلها كتلة دستورية متماسكة في مكوناتها تترتب فيما بينها بشكل سلم هرمي عمودي مكوناً هرمياً دستورياً داخل النظام القانوني في الدولة.

الفرع الثاني : التطور التاريخي لفكرة التدرج

يرجع الفضل في استخلاص هذه الفكرة إلى العالم النمساوي (هانز كلسن) زعيم المدرسة النمساوية الذي يعد أول من وضع أسس هذه النظرية وقام بتطويرها وذلك في عام ١٩٣٤ في دراسة له بعنوان (علم القانون المحض) باللغة الألمانية, ومن ثم ترجمت عام ١٩٥٣ إلى اللغة الفرنسية بعد إدخال بعض

(١) د. سامي جمال الدين, تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية, منشأة المعارف, الإسكندرية, ١٩٨٦, ص ٢١.

(٢) ينظر: سمير خيرى توفيق, مبدأ سيادة القانون, رسالة ماجستير, جامعة بغداد, كلية القانون, ١٩٧٦, ص ١٣٨-١٤٠.

(٣) ينظر د. سامي جمال الدين, القضاء الإداري, منشأة المعارف, الإسكندرية, ٢٠٠٣, ص ١٧٦.

التعديلات وحملت عنوان (النظرية المحضة للقانون) والتي بين فيها أن النظام القانوني للدولة يتكون من عدة عناصر ليست متساوية ومتعادلة, وإنما تتفاوت في قوتها وسموها على شكل ترتيب هرمي يعلو بعضها على بعض, ويستمد العنصر الأدنى مرتبة قوته في إطار التشريع الذي يعلوه, فلا تكتسب القاعدة القانونية صحتها, إلا إذا كانت مبنية على قاعدة أعلى منها صادرة في إطارها, وتؤكد ذلك في قوله (أن النظام القانوني ليس مجموعة سنن متراسة جنباً إلى جنب ومتناسقة, وإنما له تركيب تدرجي , وتتوزع سننه على طبقات مختلفة موضوعة بعضها فوق بعض, وتكمن وحده النظام في كون أنشاء السنة ومن ثم صحتها تحدد بسنة أخرى, هي بدورها قد أنشأت بسنة ثالثة, ويمكن بذلك الصعود لغاية السنة الأساسية التي تعتمد عليها صحة النظام القانوني بمجموعه)(١).

واستناداً إلى هذه الفكرة قام فقهاء القانون العام بتطويرها وبيان مفهومها وأسسها ومضمونها حتى أصبحت لنا بهذه الصورة الواضحة.

ولم تقتصر فكرة التدرج على تطبيقها في مجال النظام القانوني للدولة بشكل عام , بمعنى آخر لم تعن فقط بالتدرج بين القواعد القانونية المكونة للنظام القانوني, بل ذهب جانب من الفقه إلى تطبيقها في مجال متخصص في فروع القانون العام , فقد ذهب الفقيه الفرنسي(فرانسوا لاکوم) إلى طرح فكرة التدرج في القانون الإداري في مجال القرارات الإدارية عام ١٩٦٦ في دراسة له حملت عنوان (تدرج القرارات الإدارية التنفيذية في القانون العام الفرنسي)(٢), وفي الإطار ذاته أجرى د. ثروت بدوي عام ١٩٦٨ دراسة حملت عنوان (تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية)(٣), ونظراً لأهمية هذه الفكرة في مجال القانون أخذت هذه الفكرة بالتطور واتسعت لتشمل فروع أخرى من القانون العام, إذ لم تقتصر عند هذا الحد بل ذهب جانب آخر من الفقه إلى تطبيقها في مجال آخر من القانون وهو القانون الدستوري , وقالوا بوجود تدرج بين القواعد الدستورية وكان الصدى الأول لهذه

(١) هانس كلسن , المصدر السابق , ص ١١٧.

(2) Francois Lachaume , la hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français , Bibliothèque de droit public , tome LXV ,paris .L.G.D.J,1966.p3.

أشار إليه د. ثروت بدوي , المصدر السابق , ص ٤.

(٣) د. ثروت بدوي , المصدر السابق , ص ٣.

الفكرة في فرنسا عام ١٩٨٨ على يد الفقيه (برنو جنيفيوا) الذي طرح فكرة وجود تدرج بين القواعد الدستورية في مداخل شفووية في إطار ندوة عقدت بمدينة باريس تحت عنوان (إعلان حقوق الإنسان والمواطن في القضاء)، ثم قام بتطويرها في ١٩٩٠ بالاشتراك مع (روبرت بادنيتر) في دراسة تقدم بها إلى المؤتمر الثامن للمحاكم الدستورية الأوروبية حملت عنوان (تدرج القواعد الدستورية وحماية الحقوق الأساسية) اذ تناول به بصورة أكثر تفصيلاً هذه الفكرة وتولى معالمها الرئيسية مما أضفى لها قبولاً عند العديد من فقهاء القانون العام^(١).

الفرع الثالث: علاقة مبدأ التدرج بمبدأ المشروعية

قبل التطرق إلى العلاقة التي تربط كل من مبدأ التدرج ومبدأ المشروعية حري بنا ببيان مفهوم الأخير حتى نتمكن من معرفة أبعاد هذه العلاقة، فقد استقر فقهاء القانون العام على تعريف مبدأ المشروعية بأنه سيادة حكم القانون أو خضوع سائر سلطات الدولة لأحكام القانون^(٢)، بحيث تكون تصرفاتها جميعاً محددة بسياج قانوني لا تستطيع أن تتعداه، ولا يقتصر هذا المبدأ على طائفة من دون أخرى، وإنما يشمل المحكومين في علاقاتهم والحكام في مزاولة سلطاتهم، بحيث يكون هؤلاء وأولئك خاضعين لإحكام القانون على حد سواء، وهذا لا يتحقق إلا في الدولة القانونية التي تكون فيها كل من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية مقيدة على حد سواء في جميع أعمالها بالقانون وأحكامه^(٣).

وان الخضوع للقانون يتطلب تنفيذ أحكامه وهذا التنفيذ يقتضي أن تأتي العلاقات التي قصد القانون تنظيمها بأحكامه مطابقة للمسار الذي حددته الأحكام القانونية، والتي تلزم أن تسري جوانب تلك العلاقات في الإطار الذي حددته الأحكام القانونية لها، بحيث أن إجراء أي تصرف من التصرفات الداخلة في إحدى جوانب العلاقات المحكومة بالتنظيم القانوني، لا يعد صحيحاً ومنتجاً لآثاره إلا إذا جاء مطابقاً لما تقرره القواعد القانونية من حيث كيفية أدائها أو الآثار المقصودة منها، وإجراء التصرف المقصود في الإطار الذي رسمه القانون يضيف المشروعية عليه^(٤) ومن ثم يؤدي إلى ترتيب النتائج التي قصد بها إجرائه، في حين أن إجراء ذلك التصرف في غير الإطار الذي حدده القانون يتصف بعدم المشروعية^(٥).

(١) د. عيد احمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٥٥-٥٦.

(٢) د. عبد الحميد متولي، مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة في الدستور، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة الثانية، العددان الثالث والرابع، ١٩٥٩، ص ٥.

(٣) د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٧٣، ص ٦٣.

(٤) د. سمير خيرى، المصدر السابق، ص ١٢١.

(٥) د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، مصدر سابق، ص ٦٣.

وإذا كان مبدأ المشروعية يملّي على سلطات الدولة وجوب العمل طبقاً لما تقضي به مجموعة القواعد القانونية، فإن ذلك يدعونا للقول بأن هذا المبدأ الأخير هو حاصل جمع القواعد القانونية التي تفرض على سلطات الدولة وتقيدها بأحكامها، وإن هذه القواعد القانونية على الرغم من إنها تكون مع بعضها البعض نظاماً قانونياً للدولة، إلا أنها ليست في مرتبة واحدة من حيث القوة وإنما تتدرج فيما بينها لتتال بعضها مرتبة أسمى من البعض الآخر، ولكي تكتسب هذه القواعد صفة المشروعية لابد أن تأتي كل قاعدة من هذه القواعد مطابقة لقواعد أخرى ذات مرتبة أعلى تبين طريقة تحقق مشروعيتها عبر تنظيمها لشكل ومضمون القواعد الأخيرة^(١).

ومن هذا المنطلق تؤدي المشروعية إلى نوع من التدرج بين القواعد القانونية المختلفة، حيث لا يمكن تصور النظام القانوني للدولة من دون هذا التدرج الذي يفرضه سمو بعض القواعد القانونية على البعض الآخر وتبعية بعضها للبعض الآخر، ومن ثم يجب على كل سلطة عامة عند قيامها بإنشاء القواعد القانونية أن تراعي أحكام القاعدة الأعلى بحيث لا يجوز للقاعدة الأدنى أن تخالف القاعدة الأعلى وإلا كانت مخالفة للمشروعية، فإذا تعارضت بعض القواعد فيما بينها فإنه يجب تغليب القاعدة القانونية الأعلى مرتبة، وعليه لا يمكن تصور تحقق مبدأ المشروعية من دون التدرج ولا يتصور تحقق التدرج بين القواعد القانونية من دون أن تكون في إطار المشروعية، فهما متلازمان أحدهما ضروري للآخر^(٢).

وبما أن موضوع دراستنا يقتصر على التدرج القائم بين القواعد الدستورية فإن المشروعية التي تحقق في هذا النطاق هي المشروعية الدستورية بتمييزها عن المشروعية القانونية التي تسري على النظام القانوني بشكل عام، والمشروعية الدستورية يقصد بها مطابقة كل قاعدة دستورية في المرتبة الأدنى للقاعدة الدستورية التي تعلوها ثم تكسب مشروعيتها الدستورية مكونة بمجموعها هرمًا دستورياً تتدرج فيه كل القواعد الدستورية، أي كان مصدرها أو مجال تنظيمها.

المطلب الثاني

معايير مبدأ التدرج

لقد بينا أن مصادر المشروعية لا تعد جميعها في ذات المرتبة والدرجة من القوة، ذلك أن مجموعة القواعد القانونية تختلف في ما بينها من ناحية القوة القانونية؛ لذلك يجب تغليب القاعدة الأكثر قوة إذا ما تزامنت مع القاعدة الأقل^(٣)، ويمكن الوصول إلى هذه المفاضلة من خلال معيارين:

الأول : المعيار الشكلي

يستند هذا المعيار في المفاضلة بين القواعد القانونية إلى السلطة التي صدرت عنها القاعدة أو الإجراءات التي تتبع في إصدارها، فكل قاعدة تصدر عن سلطة أعلى تعد أكثر قوة من القاعدة التي تصدر من سلطة أدنى منها، وكل قاعدة

(١) د. محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠، ص ١٣.

(٢) د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ١١٥.

(٣) د. محسن خليل، المصدر السابق، ص ١٣.

تصدر طبقاً لإجراءات تفوق في شدتها إجراءات إصدار قاعدة أخرى تعد أكثر قوة من القاعدة الأخيرة^(١).

وإذا كانت كل قاعدة قانونية يجب أن لا تخالف القاعدة التي تعلوها , فإن مبدأ تدرج القواعد القانونية طبقاً للمعيار الشكلي^(٢) يستند إلى حد قول العميد (فيدل) إلى تدرج الإجراءات والسلطة التي تصدر عنها هذه القواعد^(٣).

الثاني : المعيار الموضوعي

استند هذا المعيار في تحديد قوة القاعدة القانونية إلى مادة القاعدة أو موضوعها , أي يقاس هنا التدرج على موضوع القاعدة ومضمونها , بغض النظر عن السلطة التي أصدرتها أو الإجراءات التي اتبعت في شأنها^(٤) , فتدرج القواعد القانونية هنا يكون تبعاً لمدى عمومية وتحديد كل منها , فالقاعدة الأكثر عمومية وتجريد تفوق في قوتها عما عداها من القواعد التي تصدر تنفيذاً لها , فالقواعد الدستورية تختص بتحديد شكل نظام الحكم في الدولة , وتنشئ السلطات العامة وتوضح حدود اختصاصاتها وأسلوب ممارسة هذه الاختصاصات فضلاً عن حماية حقوق الأفراد الأساسية , كما ترسم حدود التشريع العادي فيخضع لقيود معينة يلتزم بها المشرع العادي ولا يتخطاها , لذا تكون لوثيقة الدستور بما تتضمنه من قواعد أسمى قيمة وأعلى درجة من أي قاعدة قانونية أخرى , بحيث يخضع للدستور كل ما يصدر في الدولة من قوانين , ومن ثم يكون للقوانين العادية , بما تتضمنه من مسائل تنصف بالعمومية والتجريد والتي تصدر استناداً للدستور , المرتبة الثانية وهكذا بالنسبة للبقية , إذ إن مناط التفاوت بين القواعد القانونية على وفق هذا المعيار هو مدى ما تنصف به القاعدة القانونية من العمومية والتجريد , فتحتل القواعد ذات الأحكام المتصفة بالعمومية والتجريد على نحو كبير المرتبة الأولى بين القواعد , وينحسر هذا العموم كلما نزلنا في سلم هذا التدرج^(٥).

المطلب الثالث

(١) د. محمد عبد الحميد أبو زيد , القضاء الإداري , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٩٥ , ص ١٢.

(٢) طبقت المحكمة الإدارية الفرنسية المعيار الشكلي في تدرج القواعد القانونية في حكم شهير لها بتاريخ ١٢ تموز ١٩٥٨ الذي جاء فيه (أن القانون لا يكون غير دستوري إلا إذا خالف نصاً دستورياً قائماً أو خرج عن روحه ومقتضاه , يعود ذلك إلى أن الدستور – هو القانون الأعلى فيما يقرره ... لا يجوز أن تهدره أي أداة أدنى , وأن وظيفة القضاء هي تطبيق القانون على ما يعرض عليه من الاقضية يشوب القرار الإداري عيب عدم المشروعية إذا ما خالف قاعدة تنظيمية صدرت بأداة أعلى مرتبة , فإذا تزامنت بالتطبيق هذه التشريعات والتنظيمات مما قام تعارض بينهما , وجب على القضاء أن يطبق القاعدة الأعلى في المرتبة , يعلو الدستور على القانون ويعلو القانون على القرار الإداري أياً كانت مرتبته ...) ينظر د. محمد عبد الوهاب , القضاء الإداري , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , ٢٠٠٧ , ص ٧٨.

(٣) د. محسن خليل , المصدر السابق , ص ١٤ .

(٤) د. فؤاد العطار , القضاء الإداري , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٦٧ , ص ٢٩.

(٥) د. محسن خليل , المصدر السابق , ص ١٤ .

النتائج المترتبة على تدرج القواعد الدستورية

يترتب على تدرج القواعد الدستورية العديد من النتائج التي تختلف عن النتائج المترتبة على تدرج الفروع الأخرى من القانون؛ ويعود ذلك لما تمتاز به القواعد الدستورية من خصوصية ولما تتمتع به من سمو وعلو على القوانين الأخرى ومن أهم هذه النتائج هي:

أولاً: تقييد سلطة التعديل

أن تعدد مكونات الكتلة الدستورية في بعض الدول أثار مسألة التدرج بين هذه المكونات فيما بينها بصورة تؤدي إلى الاعتراف لبعض النصوص بقيمة دستورية أعلى من القيمة الدستورية لبقية النصوص الدستورية الأخرى، بما يؤدي إلى خضوع سلطة التعديل لمضمون هذه النصوص عند تدخلها لإحداث تعديل دستوري ومن ثم تقييدها عند ممارستها لاختصاصها، فلا تستطيع بالإضافة إلى احترامها للقيود المنصوص عليها صراحة والواردة في الدستور، أن تخالف قاعدة دستورية أخرى أعتُرف لها بقيمة دستورية أعلى من القوة الدستورية العادية^(١).

ثانياً: حماية الحقوق والحريات الأساسية

أن القول بالتدرج بين النصوص والمبادئ ذات القيمة الدستورية يترتب عليه نتيجة أخرى وهي حماية الحقوق والحريات التي تتضمنها هذه النصوص والمبادئ، فالقواعد الدستورية المتضمنة لهذه الحقوق والحريات ليست على درجة واحدة بل متباينة وهي في تباينها توجد في المرتبة الأولى والثانية والثالثة.. الخ^(٢)، وهذا التباين والتدرج يؤدي إلى حماية الحقوق والحريات التي تتضمنها النصوص والمبادئ ذات المرتبة الأولى أكثر من الحقوق والحريات التي تتضمنها النصوص والمبادئ ذات المرتبة الأدنى، إذ كثيراً ما يجري التمييز بين الحقوق والحريات على أساس كيفية نص الدستور بشأنها، فإما أن ينص عليها بصورة مطلقة من دون إمكان تنظيمها من جانب المشرع أو الإدارة، أو ينص عليها بصورة تبيح للمشرع تنظيمها^(٣)، فالحريات التي تكفلها نصوص مطلقة غير معقدة على تدخل تشريعي لتقييدها تمثل في ذاتها منعة وتستعصي على التقييد سواء من المشرع أم من أي

(١) احمد إبراهيم صالح العسوسي، نطاق تعديل القواعد الدستورية- دراسة مقارنة مصر، الأردن، الكويت، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، كلية الدراسات القانونية العليا، ٢٠٠٨، ص ٧٤-٧٦.

(٢) د. عيد احمد الغفلول، المصدر السابق، ص ٥٧.

(٣) د. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٥١-٥٢.

سلطة أخرى , ومن ثم تتمتع بحماية وضمانه اكبر من بقية الحقوق والحريات التي تتضمنها النصوص الدستورية الأخرى(١).

ثالثاً: التوفيق بين القواعد الدستورية المتعارضة

يعد التوفيق بين النصوص أو المبادئ الدستورية المتعارضة نتيجة من نتائج تدرج القواعد الدستورية , فإذا ما وجد تعارض بين نصين أو مبدئين دستوريين , أي بين نص دستوري ينال مرتبة أعلى من نص دستوري آخر فإن القاضي الدستوري لا يعمل على إعمال النص الأعلى وإهدار النص الأقل قوة بل يقوم بتطبيق مبدأ التوفيق بين القواعد الدستورية من خلال الموازنة بين محتوى نصين دستوريين لاختيار أحدهما لحسم المسألة المعروضة عليه من دون الأخرى(٢), إعمالاً لمبدأ التوفيق بين القواعد الدستورية من غير أن يقوم باعتماد مبدأ وإهمال مبدأ دستوري آخر, دون أن يترتب على ذلك إضفاء قيمة دستورية على المبدأ المعتمد ونفيها عن المبدأ الآخر(٣).

الفصل الثاني

مكونات الكتلة الدستورية

الفصل الثاني مكونات الكتلة الدستورية

تمهيد وتقسيم .:

(١) د. عاشور سليمان صالح شوايل , مسؤولية الإدارة عن أعمال وقرارات الضبط الإداري , ط١ , منشورات جامعة قاريونس , بنغازي , ١٩٩٧ , ص ٢٢٨ .

(٢) د. عيد احمد الغفلول , المصدر السابق , ص ٥٨-٥٩ .

(٣) احمد إبراهيم صالح العسوسي, المصدر السابق , ص ٨١ .

قبل التطرق إلى محتوى هذه الكتلة الذي هو ركيزة هذا القسم من الدراسة لأبد من التعرف إلى أصول فكرة الكتلة الدستورية التي تعد من خلق الفقه الدستوري؛ ذلك أن تحديد أسس وأصول مصطلح الكتلة الدستورية الذي شهد نجاحاً حقيقياً في القانون الدستوري يقدم لنا فائدة كبيرة وعملية , واليوم يستخدم القانونيون هذا المصطلح بصورة واسعة وبسهولة للإشارة به إلى مجموعة المعايير الأساسية التي يستخدمها القضاء الدستوري من أجل مراقبة دستورية النصوص الخاضعة تحت رقابته, لكن استخدام الفقه القانوني لهذا الاصطلاح لم يبين من هو مكتشف هذا المصطلح, على هذا يمكن أن نتساءل عن مكتشف هذا الاصطلاح وما هو المجال الذي استخدم فيه؟ وكم عمر هذا الاصطلاح؟ وكيف تطور حتى وصل إلينا بهذه الصورة الواضحة؟ وكل هذه التساؤلات سنحاول الإجابة عليها في هذا التمهيد من خلال النقاط الآتية:

أولاً : مبتكر مصطلح الكتلة الدستورية

أن عملية توثيق أي مصطلح لم تكن بالعملية السهلة فهي تثير التنافس بين أولئك الذين يدعون أنهم الذين اكتشفوه , وان هذا المصطلح الذي كان ينطبق بصعوبة ولم تكن معالمه وأسسها واضحة, استعمل في الحال وانتشر, وأصبح من الصعب تسمية مكتشفه الفعلي^(١), وغالبية الكتاب يرجعون الفضل في اكتشاف هذا المصطلح للفقيه (لويس فافورو) من خلال تقديمه لمقالات (ايزيمان) إلا إن المكتشف الفعلي لهذا المصطلح هو الفقيه (كلاود ايمري) الذي أكد لأول مرة عام ١٩٧٠ بأن المجلس الدستوري أقام كتلة دستورية فعلية^(٢).

ثانياً : استعمال كلاود ايمري لمصطلح الكتلة الدستورية

كتب (كلاود ايمري) في تعليقه على قرار المجلس الدستوري الصادر في ٢١ تشرين الثاني ١٩٦٩ الخاص بتعديلات لوائح الجمعية الوطنية المنشور في الحولية البرلمانية, بان القضاء الأعلى أقام كتلة دستورية فعلية , حيث قال في أثناء تعليقه (أن ما يدعو للدهشة هو أن القضاء الأعلى يقيم " كتلة دستورية " حقيقية مؤلفة من الدستور وأحكام المادة (٩٢) التي تقترح تنظيم النظام البرلماني المحدد ...), مما يثير انتباهنا هنا هو هذا المصطلح (

(1)Denizeau C., Existe-t-il un bloc de constitutionnalité ?, Paris, LGDJ, 1997.p11.

(2) Denizeau C, op.cit.,p11.

الكتلة الدستورية) , الذي لم يسمح قرار المحكمة بالتنبؤ بنجاحه المستقبلي(١).

وكان تعليق الفقيه (كلاود ايمري) في إطار مناقشة حول القيمة القانونية لمقدمة دستور ١٩٥٨ التي أكد فيها (ريموند جانو) على عدم إضفاء القيمة الدستورية على المقدمة, لأن القول بغير ذلك يؤدي في السير في طريق حكومة القضاء, في حين ذهب (كلاود ايمري) على العكس من ذلك بقوله (من المنطوق أن نعد مقدمة الدستور من القواعد الأساسية فيما يسمى ب " الكتلة الدستورية "(٢).

ثالثاً: تطور مصطلح الكتلة الدستورية

كتب (لويس فافورو) مقالة عام ١٩٧٥ بعد أن اصدر المجلس الدستوري ثلاثة قرارات(٣) أكدت بوضوح بأن المبادئ والقواعد الدستورية لا توجد فقط في مواد الدستور الاثنيتين وتسعين مادة, وفي حينها أصبح (لويس فافورو) الأب الذي تبنى هذه الفكرة, وذلك من خلال تقديمه لمقالات الفقيه (ايزيمان) عام ١٩٧٥, بعد الخروج من مدة دستورية مثمرة, فمنذ عام ١٩٧٠ تم أغناء أحكام المجلس الدستوري بثلاثة قرارات أساسية التي كان لها تأثيراً كبيراً على المراقبة الدستورية, ونتيجة لهذا التطور الذي حصل ومن اجل تحديد مبدأ الدستورية وتزايد القواعد الدستورية التي اكتسبت القيمة الدستورية من قبل المجلس الدستوري, حاول (فافورو) إيجاد مستودع يضم هذه القواعد, وذلك من خلال البحث عن تعبير مجازي يستطيع من خلاله أن يقدم هذه الحقيقة الجديدة, واستعمل في ذلك الحين مصطلح الكتلة الدستورية الذي يعني بمعناه العلمي مجموعة متلاحمة ومتماسكة تتكون من تجميع العناصر الأساسية(٤), وهذه الكلمة بدت تلبي رغبة المؤلف الذي عمل على ترويج هذا المصطلح ليصبح فيما بعد نظرية لها أهميتها

(1) Chlaude Emeri , Gouvernement des juges ou veto des sages .Article publie en , R.D.P,1990.P343.

(2)Denizeau C, op.cit.,p12.

(٣) القرار الأول كان في ١٩ حزيران عام ١٩٧٠, والقرار الثاني في ١٦ تموز ١٩٧١, أما القرار الثالث فكان في ٢٧ كانون الأول ١٩٧٣ . ينظر Denizeau

C, op.cit.,p15

(4) Denizeau C, op.cit.,p13.

وإبعادها وأثارها في مجال القانون الدستوري وعمل على بيان معالم هذه النظرية من خلال تحليله للكتلة الدستورية في مقالة بعنوان (مبدأ الدستورية) والتي تساءل فيها عن معنى تعبير (المطابقة مع الدستور) وحول مفهوم الدستورية والمطابقة، ولاحظ من خلالها أن (ولادة الكتلة الدستورية حقيقية تكشف عن مفهوم واسع للفكرة الأولى وعلاقة دستورية تشهد، على العكس ، مفهوم حاسم للفكرة الثانية)، واهتم فافورو في الجزء الأول من هذه المقالة بدراسة مختلف عناصر الكتلة الدستورية، وكتب أن تركيبها يتنوع بحسب طبيعة الأعمال الخاضعة لها . وهذا السبب الذي دفع غالبية الكتاب (١) إلى القول بأن مصطلح الكتلة الدستورية هو ثمرة عمل فافورو.

إلا إن الفقه لم يساير القول الذي اختزل الكتلة في نصوص الوثيقة، واتجه هذا الفقه نحو توسيع مفهوم الكتلة الدستورية فالمفهوم الضيق للكتلة الذي يقصر مضمونها فقط على المواد المرقمة في نصوص الدستور يتصف بالاقتضاب ويبقى عاجزاً عن تأمين الحماية اللازمة لحقوق الإنسان وحياته^(٢). ومن هنا جاء التوجه الفقهي نحو التوسيع من مفهوم الكتلة الدستورية لتشمل طبقاً للمفهوم الواسع فضلاً عن الوثيقة الدستورية مجموعة من القواعد والمبادئ التي تعد مرجعاً للقاضي الدستوري وتشكل

(١) صدرت العديد من الكتابات والمقالات من قبل رجال الفقه يؤكدون فيها أن فافورو هو المخترع لمصطلح الكتلة الدستورية ومن أبرزهم (رينوكس) الذي بين في كتابه القانون الدستوري ان (من اجل الاعتراف بان الدستور لا يتحدد بمواد ألاثني والتسعين مادة ، فقد استعمل الفقه من عشرين عاما تعبير الكتلة الدستورية ... و لويس فافورو كان نوعا ما هو مخترعه) ، وكتب (هنري روسيلو) في كتيبه حول المجلس الدستوري قائلاً (من الملائم ان ننسب إلى العميد فافورو أبوة تعبير " الكتلة الدستورية ") ، وكذلك سجل (فرانك موديرن) في مقالته بان هذا التعبير طرحه لويس فافورو وطوره نفس الكاتب .

إلا أن الفقيه (برونو جينيفوا) كان أكثر دقة من الجميع الذي بين في مقالة له نشرت في متفرقات (بريابان) أن المخترع لهذا المصطلح ليس لويس فافورو بقوله (ليكن معلوما لدينا أن تعبير الكتلة استعمل لأول مرة من قبل (كلاود إمري) فهو مخترع هذه الصيغة، إلا أن إطلاقها في نظرية واضحة المعالم لا خلاف عليها كان من قبل البروفيسور (لويس فافورو) الذي اهتم بتوضيح الصلاحيات وتحديد محتواها بشكل واضح ينظر Denizeau C,

op.cit.,p15

(٢) باسل عبد الله محمد ياوزير، دور القضاء الدستوري في تطوير مفهوم الحقوق والحريات الأساسية – دراسة تطبيقية مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية ، جامعة آل البيت ، الأردن، ٢٠٠٨، ص٥٣.

بموجبها هر ما دستوريا مكوناً من مجموعة من القواعد ذات الطبيعة الدستورية^(١).

ولقد تبني القضاء الدستوري الفرنسي المتمثل بالمجلس الدستوري المفهوم الواسع للكتلة الذي بات عليه إلا يغفل بعض القواعد التي توجد خارج الوثيقة الدستورية بما تتضمنه هذه القواعد من أبعاد وضمانات صريحة لحقوق الإنسان^(٢), إلا أن مسلكه في تحديد مضمون الكتلة الدستورية لم يكن ثابتاً بل مر بعدة مراحل باختلاف الحقب الزمنية, ففي المرحلة الأولى عام ١٩٧٤ كانت الكتلة الدستورية تضم (نصوص دستور ١٩٥٨) و (إعلان حقوق الإنسان والمواطن عام ١٧٨٩) و (مقدمة دستور ١٩٤٦) و (المبادئ الأساسية التي تعترف بها قوانين الجمهورية) و (المعاهدات والاتفاقيات المصادق عليها) و (القوانين والأوامر التشريعية الأساسية), وفي المرحلة الثانية عام ١٩٨٢ استبعد المجلس الدستوري من الكتلة الدستورية كل من (المعاهدات والاتفاقيات المصادق عليها) و (القوانين والأوامر التشريعية الأساسية) وأضاف إليها (المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية), أما في المرحلة الثالثة فقد استبعد المجلس (المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية), إلا أنه في المرحلة الرابعة والتي تبدأ من عام ١٩٩٧ أقر المجلس إقراراً صريحاً بضم القوانين الأساسية ضمن الكتلة الدستورية وكذلك الأهداف والمبادئ ذات القيمة الدستورية بعدها مكوناً من مكونات الكتلة الدستورية, أما بالنسبة للمعاهدات الدولية فإن المجلس لم تتوحد سياسته بشأن إدراجها ضمن الكتلة الدستورية ففي بعض قراراته يدرجها وفي قرارات أخرى يستبعد^(٣), مما تقدم يتبين أن الكتلة الدستورية تضم في محتواها المكونات الآتية :

- نص الوثيقة الدستورية .
- مقدمات الدساتير .
- إعلانات حقوق الإنسان .
- القوانين الأساسية.
- المبادئ والأهداف ذات القيمة الدستورية .

(1) Bchoit delaunay , linadispensable du droit constitutionnel, LGDJ, 1995, p42 .

(٢) أمين عاطف صليبا , دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون , المؤسسة الحديثة للكتاب , طرابلس , ٢٠٠٢ , ص ٢٤١ .

(٣) د. يوسف حاشي , في النظرية الدستورية , ط ١ , دار ابن النديم للنشر والتوزيع , بيروت , ٢٠٠٩ , ص ٣٢٠ - ٣٢١ .

- المعاهدات الدولية المصادق عليها .
وعليه فإنه يمكن تعريف الكتلة الدستورية بمفهومها
الواسع بأنها (مجموعة من القواعد والمبادئ منها ما هو محدد في
نص دستوري بحد ذاته ومنها ما نجد جذوره في مبادئ عامة ذات
قيمة دستورية مستقاة أما من مقدمات الدساتير أو إعلانات حقوق
الإنسان على مختلف مصادرها أو من الاتفاقيات الدولية التي
تشكل بمجموعها هرماً دستورياً من القواعد. وتعد بمجموعها
مرجعاً للقاضي الدستوري) .
وبعد أن انتهينا من هذا التمهيد الموجز سوف نبين في هذا
الفصل مكونات الكتلة الدستورية بشيء من التفصيل في مبحثين
الأول نتناول فيه مكوناتها داخل الوثيقة الدستورية وفي المبحث
الآخر نتناول مكوناتها خارج الوثيقة الدستورية.

المبحث الأول

مكونات الكتلة الدستورية داخل إطار الوثيقة الدستورية

كما معلوم لدينا أن الوثيقة الدستورية تتكون من مقدمة يستهل بها
ونصوص دستورية درجت فيها على شكل مواد مرقمة، وسنتولى بيان هذه
المكونات في مطلبين نعرض في الأول مقدمات الدساتير وفي الثاني النص
الدستوري.

المطلب الأول

مقدمات الدساتير

عادة ما تستهل الدساتير بمقدمات (١) لها، وهذه المقدمات تأتي مرتبطة بها
ومعبرة عن المبادئ والمثل العليا التي استلهمها واضعوها، وإن كانت مختلفة في
مضمونها من دستور إلى آخر إلا أنها في الغالب الأعم تعكس ما يجول في أذهان

(١) يطلق عليها أيضاً اسم الديباجة إلا أن بعض الكتاب من حاول التفرقة بين مصطلح المقدمة
ومصطلح الديباجة على أساس أن المقدمة تحتوي على مبادئ قانونية في شكل فقرات . أما
الديباجة فهي عبارة عن كلام مرسل يهتم بالبلاغة الشديدة ولا يتضمن أي مبدأ قانوني محدد .
ينظر في ذلك د. مصطفى أبو زيد فهمي ، النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة ، دار
المعارف ، مصر، ١٩٦٦، ص ١٩١ .

في حين نجد جانب من الفقه قد بحث مقدمات الدساتير وإعلانات حقوق الإنسان في موضع واحد
وتكلم عنها كأنها واحدة ومن أبرزهم د. إبراهيم عبد العزيز شياح بقوله (... تساءل الفقه
الدستوري عن القيمة القانونية للمبادئ والإحكام التي تتضمنها هذه الإعلانات وأوردتها
مقدمات الدساتير ...)

ينظر في ذلك د. إبراهيم عبد العزيز شياح ، المبادئ الدستورية العامة ، مصدر سابق ، ص ١٩١ .

واضعيها وما يصبون إلى تحقيقه أو على الأقل ما يفترض منهم تحقيقه^(١)، وتصاغ أما على شكل فقرات أو قد تكون على شكل سرد متضمنة المبادئ والإحكام الهامة في اغلب الأحيان^(٢).

وقد جرّت هذه المقدمات إلى خلاف بين شراح القانون الدستوري حول قيمتها القانونية، وفي الحقيقة فإنّ هذا الخلاف ليس مجرد جدل نظري لا أهمية له على الواقع^(٣) وإنما هو حقيقي وقديم ويترتب عليه نتائج بالغة الأهمية، إذ يترتب على القول بقيمتها القانونية أن تلتزم بها سلطات الدولة شأنها شأن القوانين الأخرى داخل النظام القانوني، فلا تستطيع مخالفتها، أما القول بعدم قيمتها القانونية فيؤدي إلى عدم تقييد هذه السلطات بها^(٤)، ومن ثم إخراجها من إطار القاعدة القانونية عموماً ومن إطار الكتلة الدستورية خصوصاً.

الفرع الأول: إهدار القيمة القانونية عن مقدمات الدساتير

يرى أنصار هذا الاتجاه أن المبادئ التي تتضمنها مقدمات الدساتير ليست لها قيمة قانونية ملزمة وإنما تتمتع بقيمة أدبية فقط، فهي مبادئ فلسفية وسياسية أكثر من أنها مبادئ قانونية، تنطوي على مجرد آمال وأهداف لا تنشئ مراكز قانونية، ومن ثم لا تقيّد السلطات التي ينشئها الدستور^(٥).

ويستند هذا الرأي إلى أن المقدمة وضعت خارج الدستور فلم تدخل ضمن أرقام المواد التي احتوتها الوثيقة الدستورية، فهي ليست سوى عرض لبعض الأهداف السياسية ولا تضع أي التزام محدد على عاتق المشرع ومن ثم لا يمكن

(١) أزهار عبد الكريم عبد الوهاب، المصدر السابق، ص ١٤.

(٢) جورج شفيق، مبادئ وأصول القانون الدستوري، الكتاب الأول، ط ٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٠٧.

(٣) بخلاف الرأي الذي قال به بعض الكتاب حيث ذهبوا إلى القول (وفي رأينا أن هذا الجدل والخلاف حول القيمة القانونية لمقدمات الدساتير هو جدل نظري ليس له جدوى حقيقية ونتائج ملموسة في الواقع لا فائدة له فعلية، فقد قلت هذه الجدوى والفائدة كثيراً أو حتى زالت، وخاصة في الوقت الحاضر، حيث أن الدساتير الحديثة، أما أنها تنص صراحة على أن المقدمات تعتبر جزءاً لا يتجزأ من الدستور، أو إنها تنص على المقومات الأساسية للمجتمع في نصوص الدستور نفسه). ينظر في ذلك د. جورج شفيق، المصدر السابق، ص ١٠٩.

(٤) د. محمد محمد عبده أمام، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٣.

(٥) د. محمد عبد الله الفلاح، تطور الأنظمة السياسية عبر العصور المختلفة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٤٧٤.

عدها قواعد قانونية ملزمة^(١)؛ لان السلطة التي وضعت الدستور لو أرادت أن تعدها من القواعد القانونية لأدرجتها ضمن مواد الدستور ذاته^(٢).

ومن أقطاب هذا الاتجاه الفقيه (بريلو) والفقيه (جازيينه) حيث ذهب الفقيه مارسيل بريلو إلى القول (أن المبادئ الواردة في مقدمة دستور ١٩٤٦ ليست لها مواجهة المشرع إلا قيمة أدبية أي أن المشرع في مقدرته أن يضع التشريعات التي تخالف هذه المقدمة)^(٣).

في حين ذهب الفقيه (جازيينه) إلى القول (أن قانوننا الوضعي لا يعتبر النصوص التي تنظمها مقدمات الدساتير نصوصاً قانونية ذات طبيعة دستورية أو حتى قانونية)^(٤).

وقد شايح الأستاذ يحيى الجمل هذا الاتجاه فهو يرى أن المبادئ التي تتضمنها مقدمات الدساتير ليست لها أي قيمة والاعتراف لمقدمات الدساتير بقوة قانونية يتطلب وجود نص دستوري أو تشريعي يضيف عليها صفة قانونية ما، فإذا لم يوجد مثل هذا النص فإنها تجرد من كل صفة قانونية، وهو يقول بهذا الخصوص (إننا أكثر ميلاً لهذا الرأي الأخير ذلك أن مقدمات الدساتير بوجه خاص تتحدث عادة عن آمال الشعوب وكفاحها من أجل الحصول على دستورها، وقد تتحدث عن الفلسفة السياسية للدستور ومبادئه العامة، ولكن الأحكام الدستورية والقواعد الملزمة ترد في صلب الدستور نفسه، وما قد يكون في مقدمته من مبادئ وأسس فلسفية وسياسية تأتي النصوص وتعبّر عنها بطريقة أكثر تحديداً على ما ينبغي للنصوص الدستورية)^(٥).

الفرع الثاني: الإقرار بالقيمة القانونية لمقدمات الدساتير

اتجه الرأي الغالب من الفقه إلى الاعتراف بالقيمة القانونية للقواعد والمبادئ التي ترد في مقدمات الدساتير، والإقرار لها بالحجية القانونية الملزمة ومن أبرز القائلين بذلك العميد (دوكي) الذي بين ذلك بقوله (إن مجتمعنا من العلماء يمكن أن يضع مبادئ عامة في الفقه والفلسفة ولكن الجمعية الوطنية لا تضع سوى قوانين، فالجمعية التأسيسية إذ تضع نصوصاً ما في صلب الدستور، أو في مقدمته فإنها

(١) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٢٥-٢٦.

(٢) تأكيد هذا الرأي في الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦ عندما أناط مهمة الرقابة على دستورية القوانين إلى اللجنة الدستورية وحدد دائرة عملها بالأبواب العشرة الأولى من الدستور وهذا ما يؤكد استبعاد مقدمه الدستور من هذا النطاق.

ينظر نص المادة (٩٢) منه التي تنص (تختص بالفصل عند المراجعة بالأبواب العشرة الأولى من الدستور الحالي).

(٣) أزهار عبد الكريم عبد الوهاب، المصدر السابق، ص ٤٨.

(٤) المصدر نفسه، ص ٤٩.

(٥) د. يحيى الجمل، المصدر السابق، ص ٢٩.

بذلك لا تضع مؤلفاً فقهياً، وإن الإعلان الصادر من السلطة التأسيسية ... في شكل مقدمة ... له قوة قانونية (١).

وعلى الرغم من تأييد غالبية الفقه لهذا الاتجاه وإقرارهم لمقدمة الدستور بالحجية القانونية، إلا أن الخلاف ثار بينهم حول المرتبة التي تحتلها هذه المقدمة في النظام القانوني ومدى عدها داخلة في إطار الكتلة الدستورية، أي هل تعد هذه المقدمات مكوناً من مكونات الكتلة الدستورية، أم أنها تنال موقعاً خارج هذه الكتلة، فنتج عن هذا الخلاف ثلاثة اتجاهات متميزة، الأول ذهب إلى الاعتراف لها بقيمة قانونية

(١) أزهار عبد الكريم، المصدر السابق، ص ٥١.

تفوق

قوة النصوص الدستورية, والثاني ذهب إلى الاعتراف لها بقيمة قانونية تعادل القواعد القانونية العادية, أما الفريق الثالث فقد سلك موقفاً وسطاً بين الفريقين, فأعطى لمقدمات الدساتير قيمة قانونية تعادل قيمة النصوص الدستورية, وفيما يأتي بيان لهذه الاتجاهات :

الاتجاه الأول : مقدمات الدساتير أعلى من الدستور

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن للمبادئ الواردة في هذه المقدمات قيمة قانونية أعلى من قيمة النصوص الدستورية ذاتها استناداً إلى كونها تتضمن الأسس التي يجب أن تقوم عليها نصوص الدستور وكونها تعبر عن الإرادة العليا للمجتمع, وتحتوي على المبادئ الأساسية الدستورية المستقرة في ضمير الإنسان العالمي^(١), مما يتعين احترامها وإعمالها بدون حاجة إلى النص الصريح عليها, وبذلك تكون هذه المبادئ ملزمة للسلطة التأسيسية التي تقوم بوضع الدستور, فضلاً عن السلطات العامة التي أنشأها هذا الدستور^(٢).

وقد دافع عن هذا الرأي عدد من الفقهاء منهم الدكتور محمود حافظ بقوله (أن هذه النصوص الواردة في مقدمات الدساتير أعلى درجة من النصوص الدستورية ومرجع ذلك في نظرنا ... من كونها تتضمن مبادئ أساسية مستقرة في ضمير الإنسان العالمي ومن ثم تسمو على نصوص الدستور الوضعي)^(٣).

إلا أن هذا الرأي لقي معارضة من قبل الفقه الفرنسي أساسها أنه ليس هناك من قواعد قانونية ما تعلو على الدستور, إذ لا يوجد تبعاً لمبدأ تدرج القوانين سوى درجتان الأولى تحتلها القوانين الدستورية, بينما تحتل الثانية القوانين العادية هذا من جانب, ومن جانب آخر لا يمكن القول أن المقدمة جزء من الدستور وتحتل قيمة قانونية أعلى منه لاحتوائها على هذه المبادئ, فما يكون جزءاً يأخذ قيمة الكل لا أعلى من ذلك^(٤).

الاتجاه الثاني : مقدمات الدساتير لها قيمة قانونية تعادل قيمة القوانين العادية

يتجه بعض الفقه إلى الاعتراف للمبادئ الواردة في مقدمات الدساتير بقيمة القواعد العادية^(٥) ولا يمكن أن ترقى إلى مرتبة النصوص الدستورية, فلو أن واضعيها أرادوا أن يكون لهذه المقدمات قوة القواعد الدستورية لضمنوها الدستور

(١) د. علي خطار شطناوي, موسوعة القضاء الإداري, ج ٢, ط ١, دار الثقافة, القاهرة, عمان, ٢٠١١, ص ٣٩.

(٢) د. إبراهيم عبد العزيز شيجا, القضاء الإداري, منشأة المعارف, الإسكندرية, ٢٠٠٦, ص ٣٧.

(٣) د. محمود حافظ, القضاء الإداري في القضاء المصري والمقارن, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٩٣, ص ٣٧.

(٤) أزهار عبد الكريم عبد الوهاب, المصدر السابق, ص ٦٤.

(٥) د. سعاد الشرقاوي, نسيبة الحريات العامة وانعكاساتها على النظم القانونية, موسوعة القضاء والفقه, حسن الفكهاني, ج ٨٨, القاهرة, ١٩٨٠, ص ١٢٤.

وأوردوها في صلب الوثيقة الدستورية (١)، أما وقد أغفلها واضعو الدستور فإن ذلك يدل على عدم رغبتهم في منحها القيمة القانونية للقواعد الدستورية، وفي هذه الحالة يكون لها قيمة القواعد القانونية العادية، وبذلك يجوز للبرلمان أن يتناولها بالتعديل بحسب ما يترأى له على وفق ما يمليه عليه الصالح العام أما الإدارة فإنها تلتزم باحترامها كما تلتزم باحترام القوانين العادية (٢).

هذا وقد كان للقضاء الفرنسي موقف في هذا الشأن، فقد اعترف في أكثر من حكم بالقوة القانونية لمقدمة دستور ١٩٤٦ وتوحدت رؤيته في هذا الشأن بين القضاة العادي والإداري (٣)، فقد قضت محكمة السين عام ٢٢ كانون الثاني ١٩٤٧ بإبطال بنود وصية موروث لصالح وريثه التي تقضي بحرمان هذا الأخير من الميراث إذا تزوج من يهودية، لأن الشرط مخالف للمادة الأولى التي تحظر أية تفرقة مبنية على العرق أو الدين أو الاعتقاد (٤)، وأتيحت الفرصة لمحكمة النقض لتدلي برأيها في الموضوع فأيدت الرأي السابق في الحكم الصادر في عام ١٩٥٢ بشأن حق الإضراب (٥).

كما انتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى نتائج مماثلة في حكم شهير صدر عنه تحت عنوان (baryl وآخرون) تتلخص وقائعه أن الوزير المختص قد استبعد خمسة أشخاص من التقديم لمسابقة الالتحاق بالمدرسة الوطنية للإدارة، تلك المدرسة التي تعد من يلتحق بها لتولي أهم الوظائف في الدولة، ولما كان قرار الحرمان من التقديم للمسابقة للالتحاق بالمدرسة المذكورة يقوم على ما يدين به هؤلاء من معتقدات سياسية، فأستند مجلس الدولة الفرنسي في إلغاء قرار الوزير المطعون فيه على مقدمة الدستور، وما جاء فيها من مبدأ قانوني عام يقضي لكل فرد الحق في الحصول على الوظائف العامة، وأنه لا يمكن أن يضار أحد في عمله أو وظيفته بسبب معتقده (٦).

الاتجاه الثالث: مقدمات الدساتير لها قيمة قانونية تعادل قيمة النصوص الدستورية

-
- (١) د. محمد محمد عبده أمام، المصدر السابق، ص ٢٤.
- (٢) أزهار عبد الكريم عبد الوهاب، المصدر السابق، ص ٦٧.
- (٣) د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٨٢.
- (٤) د. فتحي فكري، المصدر السابق، ص ٤٩.
- (٥) أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا الرأي بحكمها الصادر في ٢٧ مارس ١٩٥٢ إذ استندت إلى فقرة (٧) من مقدمة دستور ١٩٤٦ وأصدرت قرارها أن إضراب العمال لا يعد بذاته سبب لفسخ عقد العمل. ينظر اندريه هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ج ١، الأهلية للنشر والتوزيع، ترجمة علي مقلد، بيروت، ١٩٧٤، ص ٩١٩.
- (٦) د. سعد عصفور و د. محسن خليل، القضاء الإداري، موسوعة القضاء والفقه، حسن الفكهاني، ج ٦٨، القاهرة، ١٩٨٠، ص ١٦.

ذهب أنصار هذا الفريق إلى الوقوف موقفاً وسطاً بين الرأيين السابقين، فأعطوا لمقدمات الدساتير قوة قانونية تعادل قوة النصوص الدستورية بوصفها معبره عن إرادة واحدة وصادرة في وثيقة واحدة ومن ثم تتمتع بقيمة النصوص الدستورية نفسها من حيث القوة والإلزام^(١).

وحضي هذا الرأي بتأييد اغلب الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه (موريوس هوريو) بقوله (أنه من الخطأ الاعتقاد أن مبدأ سمو الدستور يقتصر على ما هو عليه في الدستور، بل يمتد ليشمل المبادئ الأساسية للنظام أي المبادئ الواردة في مقدمة الدستور)^(٢).

وقد أيد د. مصطفى أبو زيد هذا الرأي إذ يرى أن مقدمات الدساتير تكون لها قوة قانونية ملزمة تعادل قوة النصوص الدستورية^(٣).

وقد استقر الرأي في فرنسا على إعطاء المقدمة القيمة القانونية للنصوص الدستورية وعدّها جزءاً لا يتجزأ من الوثيقة الدستورية خاصة بعد القرار الشهير الذي أصدره المجلس الدستوري الفرنسي في ١٦ تموز ١٩٧١^(٤) الذي أضفى على مقدمة الدستور الفرنسي عام ١٩٥٨ القيمة الدستورية، فقد أحدث انقلاباً جذرياً في مفاهيم العدالة الدستورية وأسسها، ووضع حداً نهائياً لهذا الجدل المزمّن وأصبح حداً فاصلاً ما بين النظرة القديمة لمقدمات الدساتير وقيمتها الدستورية، والنظرة الجديدة التي أحدثت هذا الانقلاب، إذ أصبحت المقدمة تعد إلى جانب النصوص الدستورية مرجعاً للقاضي الدستوري ومكوناً من مكونات الكتلة الدستورية^(٥).

ومن جانبنا نؤيد الاتجاه الذي اعترف لمقدمات الدساتير بقيمة قانونية مساوية لقيمة النصوص الدستورية لكونها صادرة عن إرادة واحدة وتجمعها وثيقة واحدة، حيث يمتد سمو الشكلي للدستور ليشمل جميع أجزائه بما فيها مقدمته، فضلاً عن أن الاتجاه الحديث فقها وقضاءً يذهب إلى الإقرار لها بالقيمة الدستورية

(١) إزهار عبد الكريم عبد الوهاب، المصدر السابق، ص ٦٥.

(٢) د. إبراهيم عبد العزيز شبحا، المبادئ الدستورية العامة، مصدر سابق، ص ١٩٧.

(٣) د. مصطفى أبو زيد، المصدر السابق، ص ٣٨.

(٤) أصدر المجلس قراره بشأن حرية التجمع بتاريخ ١٦ تموز ١٩٧١ الذي تتعلق حيثياته بعدم دستورية مشروع قانون يتناقض مع مبدأ حرية الاجتماع الذي تضمنت عليه المقدمة، كما صدر عنه قرار في ١٨ أيلول ١٩٩٧ يؤكد القيمة الدستورية لديباجة دستور ١٩٤٦ الذي جاء في = إحدى فقراته ان (المادة ٢٣ من قانون تمويل الضمان الاجتماعي لعام ١٩٩٨ لا تتعارض مع الفقرات العاشرة والحادية عشرة من ديباجة دستور ١٩٤٦) ينظر

القرار Décision n° 97-2198 du 16 décembre 1997 المنشور في

[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1997/97-393-dc/decision-n-97-393-dc-du-18-decembre-1997.11143.html)

[decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1997/97-393-](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1997/97-393-dc/decision-n-97-393-dc-du-18-decembre-1997.11143.html)

[dc/decision-n-97-393-dc-du-18-decembre-1997.11143.html](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1997/97-393-dc/decision-n-97-393-dc-du-18-decembre-1997.11143.html)

(١٦-١)

تاريخ زيارة الموقع في (٢٠١١)

(٥) د. أمين عاطف صليبا، المصدر السابق، ص ٢٤٨.

شأنها شأن النصوص الدستورية الأخرى، فضلاً عن أن غالبية الدساتير أناطت للقضاء الدستوري مهمة الرقابة على دستورية القوانين ولم تفرق بين النصوص الدستورية ومقدمتها وعدها مرجعاً له للفصل في الدعوى الدستورية، وهذا ما ذهب إليه دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ عند نصه (١) على (لا يجوز سن أي قانون يتعارض مع هذا الدستور ويعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه) فلم يعين نصوصاً محددة كما فعل الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦ عندما أناط للجنة الدستورية مهمة الرقابة على دستورية القوانين وحدد نطاق عملها في عشرة أبواب الأولى، بل تمتد الرقابة في ظل الدستور العراقي إلى جميع المبادئ والنصوص المدونة فيه، ومن ضمنها مقدمته لتصبح جزءاً لا يتجزأ من الدستور، ومن ثم الاعتراف لها بذات القوة القانونية التي تتمتع بها النصوص الدستورية .

المطلب الثاني

النص الدستوري

إن الإقرار بكون النصوص الدستورية تعلو أو بالأحرى تسمو على بقية القواعد الأخرى أصبح من المبادئ الأساسية المستقرة والمسلم بها على صعيد الفقه القانوني سواء نصت عليه الدساتير أم لم تنص (٢).
ويقصد بالنصوص الدستورية مجموعة من القواعد القانونية التي تبين نظام الحكم في الدولة وتحدد الحقوق والحريات العامة للأفراد وتقرر الأسس والأهداف السياسية والاقتصادية والاجتماعية في الدولة (٣).
ولما كانت هذه القواعد هي التي تنشئ وتنظم السلطات العامة جميعها، وتحدد نطاق اختصاص كل منها وكيفية ممارسة هذه الاختصاصات، فإنه يترتب على ذلك أن تسمو هذه القواعد على غيرها وتحتل المرتبة الأولى في قمة الهرم القانوني للدولة.

(١) ينظر نص المادة (١٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

(٢) جاءت الدساتير العراقية وخاصة الجمهورية المؤقتة خالية من نصوص تؤكد سمو الدستور من الناحية النظرية ومفتقرة لآليات ضمان احترام هذه الدساتير إلا وهي الرقابة على دستورية القوانين- وإن نصت بعض هذه الدساتير على الرقابة الدستورية كما في دستور ١٩٦٨ إلا أن هذه الرقابة لم يكن لها أي دور في هذا المجال - إلا إن الوضع تغير في ظل قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ إذ نص هذا القانون على مبدأ سمو الدستور بصورة صريحة وذلك في الفقرة الأولى من المادة الأولى منه إذ نصت على (هذا القانون يعد القانون الأعلى للبلاد ويكون ملزماً في أنحاء العراق كافة ومن دون استثناء) .
وجاء الدستور ٢٠٠٥ مؤكداً على علو الدستور على بقية القوانين في الدولة مستخدماً مصطلحي (سمو الدستور) و (علو الدستور) وذلك في المادة (١٣) وعلى هذا النحو (يعد هذا الدستور الأسمى والأعلى في العراق، ويكون ملزماً في أنحائه كافة ومن دون استثناء).

(٣) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، المصدر السابق، ص ٥٣٤ .

وتبعاً لذلك تلتزم جميع السلطات باحترام هذه القواعد, بأن تمارس اختصاصاتها في الحدود المرسومة وعلى الوجه المبين في الدستور(١).
بيد أن تدرج القواعد الدستورية يثير التساؤل الآتي: هل أن جميع النصوص الموجودة في صلب الوثيقة الدستورية تحتل المرتبة نفسها أم أن هناك تدرجاً بين هذه النصوص حيث تحتل بعض النصوص الصدارة ومن ثم تليها النصوص الأخرى في المرتبة الثانية والثالثة وهكذا داخل الوثيقة الدستورية؟ ولاسيما إذا ما علمنا أن بعض الدساتير تحمل في طياتها قيوداً تمنع المساس ببعض النصوص الموجودة في متن هذه الوثيقة هذا من جانب, ومن جانب آخر تتضمن الدساتير عادة قواعد درجت في متن الوثيقة الدستورية على الرغم من أنها لا تتمتع بالطبيعة الدستورية, فما مرتبة هذه النصوص ضمن الوثيقة الدستورية؟ وما مكانة كل منها ضمن الهرم الدستوري داخل الوثيقة الدستورية؟
وللإجابة على هذا التساؤل لا بد من بيان ماهية هذه النصوص ذلك أنها على نوعين نصوص لا يجوز المساس بها بالتعديل, ونصوص لا تعد دستورية من حيث الموضوعات التي تتعلق بها وسنتناول ذلك في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول :النصوص الدستورية التي يحظر المساس بها

تتضمن بعض الدساتير العديد من النصوص التي تحمل في طياتها موضوعات تنص الدساتير على عدم المساس بها بالتعديل, كقيود على سلطة التعديل تغل يد هذه السلطة من المساس بهذه الموضوعات, وهذه القيود تكون أما موضوعية تحظر المساس بموضوعات معينة أو تكون زمنية تحظر إدخال أي تعديل عليها في فترات زمنية معينة, أو قد تكون شكلية أو إجرائية ترتبط بإجراءات تعديل الدستور بدءاً من تحديد السلطة التي اسند إليها مهمة التعديل ومروراً بالهيئة التي تتولى إعداد التعديل ونهاية بإقرار التعديل والتصديق عليه(٢).

ولما كان موضوع دراستنا يدور حول القيود الموضوعية والزمنية وبيان القيمة القانونية لهذه القيود ومدى صلاحيتها للقول بالتدرج , لذا فسوف نقصر دراستنا على هذه القيود ونستبعد القيود الشكلية لكونها تعد من مسلمات سلطة التعديل وترتبط بالسمو الشكلي للدستور .

المقصد الأول : صور تحصين القاعدة الدستورية ضد التعديل

كما بينا أعلاه فإن تحصين الدستور من التعديل أما أن يكون تحصيناً موضوعياً يرد على موضوعات معينة أو تحصيناً زمنياً يمنع تعديل الدستور خلال مدة معينة.

أولاً : التحصين الموضوعي

(١) د. سامي جمال الدين . تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية, مصدر سابق, ص ٣١-٣٢.

(٢) د. رجب محمود طاجن , قيود تعديل الدستور , ط ١ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٦ , ص ٤٩-٥٠.

وهو التحصين الذي يتضمن قيوداً تحظر المساس بموضوعات معينة يعتقد المشرع أنها تمثل الدعائم الأساسية التي يقوم عليها النظام السياسي أو بعض نواحي ذلك النظام فيعلن عن حمايتها بحظر تعديلها بصورة مؤبدة أو مؤقتة^(١), بحيث يشمل الدستور كله (الحظر الكلي) أو جزءاً منه (الحظر الجزئي)^(٢), ويراد بالحظر الكلي منع إدخال أي تعديل على نصوص الوثيقة الدستورية بأكملها بشكل مؤبد أو مؤقت ومن أمثلة الدساتير التي يحظر تعديلها بشكل كلي الدستور اليوناني الصادر سنة ١٨٦٤^(٣).

أما الحظر الموضوعي الجزئي فيراد به القيد الذي يرد على نصوص معينة في الدستور بقصد حماية أحكام معينة فيه على نحو يحول من دون تعديلها, ويتقرر هذا الحظر عادة بالنسبة للأحكام الجوهرية في الدستور ولا سيما ما يتصل منها بنظام الحكم المقرر^(٤) ومن أمثلة الدساتير التي تحظر تعديلها بشكل جزئي الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨^(٥) الذي نص على عدم تعديل الشكل الجمهوري^(٦) للحكومة^(٧), والقانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ الملغي الذي نص على عدم جواز إدخال تعديل خلال

(١) احمد العزي النقشبندي, تعديل الدستور, أطروحة دكتوراه, جامعة بغداد كلية القانون, ١٩٩٤, ص ٩٨.

(٢) د. علي يوسف الشكري, مبادئ القانون الدستوري, ط ٢, دار صفاء للنشر والتوزيع, عمان, ٢٠١١, ص ٣٧.

(٣) د. إحسان المفرجي وآخرون, المصدر السابق, ص ٢١٤.

(٤) د. إسماعيل مرزّه, المصدر السابق, ص ١١٧.

(٥) للمزيد من التفاصيل ينظر ميشال فرومون, تعديل الدستور والقواعد الدستورية غير القابلة للمس في القانون الألماني, مجلة القانون العام وعلم السياسة, العدد ١, سنة ٢٠٠٧, ترجمة د. محمد عرب صاصيلا, ص ١١٤.

(٦) ثار تساؤل بين أوساط الفقه الفرنسي حول معنى كلمة الجمهورية هل يقصد بها المعنى الحرفي أم المعنى الواسع؟

فذهب فريق منهم إلى المعنى الأول حيث يقصد بالجمهورية كشكل لنظام الحكم الذي يشير إلى الوضع الذي تم فيه انتخاب رئيس الدولة واستبعاد تطبيق نظام الوراثة فيه, في حين ذهب الفريق الآخر إلى المعنى الواسع للشكل الجمهوري ليضم تعريفات أخرى يراها بعض الفقه ضرورية للقول بوجود الجمهورية, مثل الديمقراطية وكذلك المبادئ الواردة في المادة الثانية من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ (اللغة والعلم والشعار و التشديد والمبادئ الأساسية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية) وهو ما نرجحه لكونه أجدر بالحماية. ينظر د. رجب محمود طاجن, المصدر السابق, ص ٧٢.

(٧) ينظر المادة (٨٩) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ (.. لا يجوز أن يكون الشكل الجمهوري للحكومة موضع التعديل).

مدة الوصاية فيما يتعلق بحقوق الملك ووراثته^(١), وكذلك ما جاء في دستور جمهورية العراق الحالي لعام ٢٠٠٥ من قيد موضوعي جزئي على عدم جواز المساس بالمبادئ الأساسية الواردة في الباب الأول منه والحقوق والحريات الواردة في الباب الثاني^(٢).

ثانيا : التحصين الزمني

ويقصد به تحريم تعديل الدستور أو بعض نصوصه, خلال مدة زمنية معينة, وذلك بغية إخضاعه للتجربة وقتاً كافياً, ومن ثم منحه الثبات اللازم في مواجهة انتقالية متغيرة الأحداث, كحظر تعديل الدساتير خلال مدة محددة تالية لبدء سريانها, بهدف تمكين المؤسسات التي أنشأها الدستور من أن تثبت فاعليتها وتفاعلها مع الواقع لتحقيق الاستقرار المؤسسي والسياسي^(٣) أو أن توضع هذه الدساتير لمواجهة مُدد استثنائية أو أزمات تمر بها البلاد, ورغبة في تنفيذها دون أي تعديل خلال فترة الحظر خشية أن يأتي التعديل مخالفاً لحقيقة الاتجاهات الأكيدة والمستقرة للرأي العام, أو أن توضع الدساتير لمواجهة الفترات التي تنتاب أنظمة الحكم وبصفة خاصة الأنظمة الملكية^(٤). ومن أمثلة الدساتير التي تحظر تعديلها خلال فترة زمنية معينة الدستور الفرنسي لعام ١٧٩١ بالنص على حظر تقديم أي اقتراح لتعديله لمدة أربعة أعوام^(٥), وكذلك ما قضى به دستور ١٩٥٨ من عدم جواز تعديله أثناء فترة الاحتلال الأجنبي, أو في غضون فترات الرئاسة المؤقتة للدولة^(٦), وكذلك ما نص عليه القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ الملغي بعدم جواز إدخال أي تعديل على نصوصه خلال خمس سنوات من تنفيذه^(٧).

المقصد الثاني: القيمة القانونية للنصوص التي تحظر التعديل

ذهب فقهاء القانون الدستوري بشأن تحديد القيمة القانونية للنصوص التي تحظر التعديل -سواء بالنسبة إلى حظر التعديل الزمني أم الموضوعي - إلى

(١) ينظر المادة ٢٢ من القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ الملغي منه التي نصت على (... لا يجوز إدخال تعديل ما في القانون الأساسي مدة الوصاية بشأن حقوق الملك ووراثته)

(٢) ينظر المادة ١٢٦ الفقرة (ثالثا) من دستور جمهورية العراق الحالي لسنة ٢٠٠٥ التي تنص على (لا يجوز تعديل المبادئ الأساسية الواردة في الباب الأول منه والحقوق والحريات الواردة في الباب الثاني من الدستور الا بعد دورتين انتخابيتين متعاقبتين...).

(٣) د. رجب محمود طاجن, المصدر السابق, ص ٤٩-٥٠.

(٤) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا, المبادئ الدستورية العامة, مصدر سابق, ص ١٦٣.

(٥) د. عبد الغني بسيوني عبد الله, المصدر السابق, ص ٥٢.

(٦) د. فتحي فكري, المصدر السابق, ص ٤٢٠ ولتفصيل أكثر ينظر د. رجب محمود طاجن, المصدر السابق, ص ٥٢ وما بعدها.

(٧) ينظر المادة ١١٩ من القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ الملغي التي نصت على (عدا ما نص عليه في المادة السابقة لا يجوز قطعياً إدخال أي تعديل ما على القانون الأساسي إلى مدة خمس سنوات من تاريخ ابتداء تنفيذه).

اتجاهين متميزين الأول يجرد عنها كل قيمة قانونية, على عكس الاتجاه الثاني الذي اقر لها بالقيمة القانونية.

أولاً : الاتجاه الذي ينكر عن هذه النصوص القيمة القانونية

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى تجريد هذه النصوص- سواء تضمنت حظر تعديل الدستور في بحر مدة معينة أو حظر تعديل بعض أحكامه - من كل قيمة قانونية وذلك لكون هذه النصوص في حقيقتها ما هي إلا نصوصاً معبرة عن رغبات وأمنيات سياسية^(١) كحواجز ورقية لا قوة لها مجردة من أية قيمة قانونية^(٢) واستندوا في ذلك الى الحجج الآتية :

١. أن الدستور هو التشريع الأساسي في الدولة قابل للتبديل والتعديل حتى يساير تطور المجتمع والحياة السياسية والاجتماعية, ومن ثم فان تحريم تعديله ولو انصب على بعض أحكامه يتعارض مع ضرورات التطور ولاسيما وان الأحكام المحرم تعديلها تمس جوهر الحكم وهذا ما يتنافى مع طبيعة الدستور^(٣) ويؤيد هذه الحجة الفقيه الفرنسي (بارتليمي) بالقول (أن الدستور عمل مستتر لا ينشئ الدولة بل ينظم قواها السياسية في فتره معينة ولذلك لا يمكن ان يكون ثابتاً مستقراً لان هذه القوى السياسية ليست ثابتة ولا مستقرة وعلية تكون النصوص الجامدة مجرد رغبات)^(٤), وقد شايعه بالقول الدكتور محمد علي آل ياسين الذي عارض نصوص حظر التعديل بأنواعها كافة وجردها من القيمة القانونية, لأنها لا تحقق الغاية المرجوة منها بالقول (إن النصوص الواردة في الدساتير والتي تمنع تعديلها كلياً أو جزئياً أو لفترة معينة هي نصوص مجردة من القيمة القانونية, وإذا كان شارعها يبتغون من ورائها تحقيق ثبات واستقرار الدساتير فان هذا الثبات لا يأتي عن طريق الحظر المطلق الكلي أو الجزئي أو الزمني وإنما يأتي عن طريق تنظيم إجراءات التعديل بصورة تكفل عدم وقوع تعديلات مرتجلة أو مقترحات من دون دراسة

(١) د. إبراهيم عبد العزيز شيجا, المبادئ الدستورية العامة, مصدر سابق, ص ١٦٥.

(٢) د. فتحي فكري, المصدر السابق, ص ٤٢٦.

(٣) د. محمد رفعت عبد الوهاب, القانون الدستوري, المبادئ الدستورية العامة, دار الجامعة الجديدة, القاهرة, ٢٠٠٨, ص ٦٨.

(٤) نقلاً عن د. عثمان خليل عثمان, المصدر السابق, ص ١٣.

كافية , وقد أثبتت التجربة في كل مكان عدم جواز طريقة النص على تحريم التعديل بجميع صورته^(١).

٢. أن حظر تعديل الدستور يتنافى ومبدأ سيادة الأمة, لأن هذا الحظر يعني حرمان الأمة من أهم عناصر سيادتها وهي مباشرة التعديل^(٢), ففي الدول التي تقوم تنظيماتها الدستورية على مبدأ سيادة الأمة لا يمكن إسناد الثبات المطلق لجزء من الدستور مهما كان ضئيلاً, فلو كان الأمر كذلك لأدى إلى تنازل الأمة عن العنصر الأساسي لسيادتها وهو مكنة تغيير دستورها وهذا ما أعلنه صراحة دستور ٣ أيلول لعام ١٧٩١ الفرنسي الملغي بالنص على (...).
للأمة حق دائم في تغيير دستورها^(٣).

وأكد هذا القول الدكتور عبد الحميد متولي بقوله (في البلاد التي يقوم فيها الدستور على أساس مبدأ سيادة الأمة نجد أن النص على عدم التعديل يتناقض مع ذلك المبدأ , فحرمان الأمة من حق التعديل يعد بمثابة حرمان لها من العنصر الأساسي لتلك السيادة)^(٤).

٣. أن السلطة التأسيسية التي قامت بوضع الدستور لا تملك الحق في تقييد السلطة التأسيسية المعبرة عن إرادة الأمة في المستقبل^(٥) إذ لا يمكن أن ندعي أنها أكثر سمواً من السلطة التأسيسية التي تعبر عن إرادة الأمة في وقت لاحق^(٦) سواء كان هذا التقييد محدداً بمدة معينة أم متعلقاً بمسائل لها أهمية خاصة أو بظروف استثنائية تتعرض لها الدولة^(٧) هذا ما عبر عنه الفقيه (لافيير) بقوله: (فالسلطة المؤسسة التي تمارس في فترة معينة ليست

(١) د. محمد علي آل ياسين , المصدر السابق , ص ٩٩.

(٢) د. إبراهيم عبد العزيز شبحا , المبادئ الدستورية العامة , مصدر السابق , ص ١٦٥ .

(٣) د. منذر الشاوي , المصدر السابق , ص ٢٨٦ .

(٤) نقلاً عن د. عثمان خليل عثمان , المصدر السابق , ص ٣١ .

(٥) د. عصام الدبس , القانون الدستوري , ط ١ , دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان , ٢٠١١ , ص ١٣٢ .

(٦) د. رفعت عيد سيد , الجوانب السياسية والقانونية لتعديل المادة ٧٦ من الدستور , ط ١ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٥ , ص ٣٨ .

(٧) د. عبد الغني بسيوني عبد الله , المصدر السابق , ص ٥٢١ .

أعلى من السلطة المؤسسة التي تمارس في المستقبل ولا يمكنها الادعاء بتقييدها حتى لو في نقطة معينة. ومثل هذه النصوص مجرد أمنيات أو إظهار لرغبات سياسية , لكنها ... لا تملك أي قوة ملزمة بالنسبة إلى الذين يمارسون السلطة المؤسسة في المستقبل (١).

ثانيا : الاتجاه الذي يقر بمشروعية النصوص التي تحظر التعديل

اتجه أصحاب هذا الاتجاه إلى أن النصوص التي ترد في الدستور وتحظر تعديل بعض نصوصه بصورة مؤبدة أو مؤقتة تعد نصوصا مشروعة وصحيحة من الناحية القانونية إلا أن أصحاب هذا الاتجاه انقسموا في هذا الصدد إلى فريقين:

الفريق الأول : يقر بمشروعية نصوص الحظر مع عدم إمكانية تعديلها

ذهب أنصار هذا الفريق إلى القول بأن القيود الخاصة بالحظر تتمتع بالقيمة القانونية التي تحوزها النصوص الدستورية ومن ثم تعد ملزمة ويجب احترامها والعمل بمقتضاها (٢)؛ لكون هذه النصوص لا تعدو أن تكون تأمين استمرار النظام الدستوري المنصوص عليه أو ضمان استقرار مؤسسات الدولة وما يحول بالنتيجة دون حدوث اضطرابات أو قلق تهدد استمرار الانسجام والتناغم في جوهر المجتمع الذي ينظمه الدستور من مختلف النواحي الاجتماعية, فضلاً عن تأكيد المبادئ المطبقة فعلاً (٣).

وعليه فإن هذه النصوص تعد ملزمة ومن ثم يجب احترامها والعمل بمقتضاها, وعدم المساس بها بالتعديل من قبل سلطة التعديل, لان تعديلها يمثل بلا شك إهداراً لروح وفلسفة الدستور التي كانت تبتغيها السلطة التأسيسية الأصلية (٤) سواء عن طريق تعديل النصوص مباشرة أم عن طريق تبني السلطة نظرية التعديلات المتتالية (٥), واستند أنصار هذا الفريق لدعم رأيهم على الحجج الآتية :

١. إذا كان من الثابت والمسلم به أن جميع السلطات مصدرها الأمة, إلا أن استعمال الأمة لهذه السلطات يجب أن لا يكون إلا على الوجه المحدد والمبين في الدستور ومن ثم لا يجوز تعديل الدستور إلا بمقتضى الإجراءات التي رسمها

(١) نقلاً عن د. منذر الشاوي , المصدر السابق , ص ٢٨٦ .

(٢) د. إبراهيم عبد العزيز شيجا , المبادئ الدستورية العامة , مصدر سابق , ص ١١٦ . وكذلك د. حسين عثمان محمد عثمان و د. عمر الحوري , القانون الدستوري , ط١, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت , ٢٠١٠ , ص ٦٢ .

(٣) د. رجب محمود طاجن , المصدر السابق , ص ١٠٧ .

(٤) د. عصام الدبس , المصدر السابق , ص ١٣٣ .

(٥) سنتولى لاحقاً بيان معنى نظرية التعديلات المتتالية في الرأي الذي اخذ به أنصار الفريق الثاني.

وحدها. فالشعب لا يستطيع أن يزاول حقه في هذا الخصوص إلا عن طريق السلطات القانونية التي أوجدها الدستور, ولا يتصور عقلاً أن تقدم هذه السلطات على إتيان عمل مخالف لأحكام الدستور^(١).

٢. أن سلطة التعديل تختلف من حيث الطبيعة عن السلطة المؤسسة الأصلية, إذ يفرق أنصار هذا الفريق بين السلطتين: السلطة المؤسسة الأصلية, والسلطة المؤسسة المشتقة^(٢).

فالسلطة الأصلية هي سلطة خلاقة وتلقائية في نشاطها لا تخضع لأي إجراء أو شكل سابق الوجود على نشاطها بحيث تقيم الدستور متى تريد وكيفما تريده. أما السلطة المشتقة وهي سلطة أوجدها الدستور ونظم نشاطها وحدده وتخضع للقيود الشكلية والموضوعية التي فرضتها السلطة الأولى لإمكان إجراء تعديل دستوري^(٣), فهي في الحقيقة سلطة مشتقة تستمد من الدستور وجودها ومكنة وحدود وظروف تصرفاتها ومن ثم فهي محددة في نشاطها بما يضعه الدستور من قواعد وأحكام, فإذا نص الدستور على أن لا تمس مادة أو أكثر منه فهذا يعني أن سلطة التعديل تنقيد في نشاطها بهذا المنع, لأنها تخضع للدستور الذي يحدد نشاطها (طريقة التعديل) ومضمون هذا النشاط (مدى التعديل)^(٤), وقد أيد بعض الفقهاء هذه الحجة^(٥) ومنهم الفقيه الفرنسي (جورج

(١) د. فؤاد العطار, المصدر السابق, ص ١٠٨

(٢) د. رجب محمود طاجن, المصدر السابق, ص ١٤

(٣) د. علي يوسف الشكري وآخرون, دراسات حول الدستور العراقي, ط ١, مؤسسة أفاق للدراسات والأبحاث العراقية, بغداد, ٢٠٠٨, ص ١٧٣.

(٤) د. منذر الشاوي, المصدر السابق, ص ٢٦٦.

(٥) إلا أن هناك جانب من الفقه الفرنسي ذهب إلى الاعتراف بوحدة السلطتين, السلطة التأسيسية الأصلية والسلطة التأسيسية المشتقة (سلطة التعديل), ومن أبرزهم الفقيه فيدل الذي أيد هذا الرأي بقوله " ليس هناك أي تمييز بين سلطة التعديل والسلطة التأسيسية الأصلية, وذلك لكون السلطة التأسيسية المشتقة ليست من نوع آخر يختلف عن السلطة التأسيسية الأصلية, وهي مشتقة منها بمظهرها الأساسي (الشكلي) ومساوية للسلطة التأسيسية الأصلية من وجهة النظر الموضوعية, وهذا لا يؤدي إلى التمييز بين السلطة التأسيسية الأصلية والسلطة الأخرى المسماة بالمشتقة, ورفض أي نتيجة قانونية على هذا التمييز وإن اختلفنا من الناحية الشكلية إلا أنهما تبقيان سلطة واحدة في = الوظيفة إلى درجة منع إعطاء أي أهمية للتمييز بين السلطتين, ومن ثم وإن كانتا مختلفتان عن بعضهما في تنظيمهما وأساسهما لكنهما تتوحدان بالوظيفة القانونية "

بورردو) بقوله " بالنسبة لنا , نحن الذين نسلم بتعايش سلطة مؤسسة مطلقة... متخلصة من كل الشكليات مع سلطة التعديل التي في أصلها مقيدة ... فليس هناك أية صعوبة بقبول التقييدات التي يفرضها الدستور على نشاط هذه السلطة الأخيرة , فقد تكون هذه القيود عديمة التبصر أو النفع إلا أن إقامتها سليمة من الناحية القانونية".

٣. إن إعطاء سلطة التعديل مكنة تعديل النصوص التي يحظر المساس بها يؤدي إلى خرق فلسفة الدستور العامة سواء أكان عن طريق التعديل مباشرة أم عن طريق التعديلات المتتالية, إذ تعد هذه التعديلات في جوهرها غير مشروعة؛ لأنها تعتمد على أن تقوم سلطة التعديل أولاً بتغيير الدستور للتخلص من القيد ومن ثم تعديله ثانياً لتتبنى اتجاهها كان غير جائز طبقاً للدستور قبل تعديله , فمثل هذه الطريقة تمثل بلا شك خرقاً للنصوص الدستورية وتبرر عدم مشروعيتها, في أن الخطوة الأولى تمهيد ,وتؤدي للخطوة الثانية بطريقة تخرق فلسفة الدستور العامة (١).

وأكد الفقيه الفرنسي (جورج ليت - فو) هذه الحجة بقوله (أن هيئة التعديل -سلطة التعديل- لا يمكنها تغيير إجراءات التعديل النافذة المفعول وإقامة إجراءات تعديل جديدة محلها لسببين أولاً أن ... إجراءات تعديل الدستور ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمميزات النظام الدستوري القائم, فهي ليست إلا ترجمة لنصوص وضعية للأساس الفلسفي للسلطة ... بناء عليه إذا ألغت هيئة التعديل إجراءات التعديل هذه فإنها تهدم في الوقت ذاته أساس السلطة السياسية المسلم به حتى ذلك الحين وهي روح الدستور, ومن ثم تهدم الأساس الذي تقوم عليه سلطاتها ...)(٢).

ينظر

Cyril Bami, La hiérarchie des normes en droit constitutionnel français, Université De Cergy Pontoise , 2008,p211.

(١) د. رجب محمود طاجن ,المصدر السابق , ص ١٠٨ .

(2) G. Lite – veaux, la continuité du droit interne ,Essai d'une théorie juridique des révolutions, thèse Rennes ,1982,P212 .

الفريق الثاني: يقر بمشروعية نصوص الحظر مع إمكانية تعديلها (التعديلات المتعاقبة)

أقر أنصار هذا الفريق بالقوة القانونية الملزمة لهذه النصوص شأنها شأن غيرها من النصوص الدستورية بَعْدَها صادرة من إرادة السلطة التأسيسية الأصلية في الماضي معبرة عن سيادة الأمة أو الشعب وقت وضع الدستور, غير أن الإقرار لهذه النصوص بالقوة القانونية الملزمة أمر لا يترتب عليه بالضرورة تقييد إرادة السلطة التأسيسية الحالية أو القادمة, إذ بمقدور هذه السلطات أن تعدل النصوص المتضمنة لحظر التعديل على وفق الإجراءات المنصوص عليها في الدستور وبالطريق الذي يرسمه, ثم تلجا بعد ذلك إلى تعديل الدستور أو للإحكام الدستورية الممنوع تعديلها(١).

وأطلق الفقه على هذه الطريقة المتبعة بالتعديل (بفكرة التعديلات المتتالية) للدستور التي يرجع أساسها إلى عهد الجمهورية الثالثة الفرنسية, وكان الفضل في تطوير هذه الفكرة للفقيه الفرنسي (ليون دوكي) بقوله (إذا تفحصنا الفقرة الثانية من قانون ١٤ آب ١٨٨٤ نرى أن المنع الذي يوجد فيها هو ببساطة نسبي: يمكن أن يتم إلغاء الفقرة موضوع الخلاف من قبل الهيئة المكلفة بالتعديل, تاركين بذلك الطريق مفتوحاً أمام تعديل ثانٍ لشكل الحكومة بواسطة تعديل دستوري ثاني)(٢), ومفادها أن سلطة التعديل تستطيع تعديل النصوص الدستورية التي يحظر تعديلها عن طريق وسيلتين متتاليتين الوسيلة الأولى تحذف الضوابط الدستورية التي تحظر التعديل ومن ثم تعدل ثانياً القاعدة الموضوعية المحمية بواسطة هذه الضوابط(٣), ومثال ذلك تستطيع سلطة التعديل أن تلغي المادة ١٢٦ الفقرة الثانية من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ التي لا تجيز تعديل المبادئ الأساسية والحقوق والحريات إلا بعد دورتين انتخابيتين متعاقبتين على وفق الإجراءات المنصوص عليها لتعديل بقية نصوص الدستور, ومن ثم تقوم بعد ذلك بتعديل هذه المبادئ المحمية بموجب هذا النص(٤).

وقد حظي هذا الرأي بتأييد جانب من الفقه العربي وكان من أبرز المؤيدين الدكتور إبراهيم عبد العزيز شياح الذي استند في تأييده لوجهة النظر هذه إلى سببين على حد قوله (يكمن أولهما في ضرورة احترام الأعمال الصادرة عن السلطة التأسيسية للأجيال الماضية وذلك بالاعتراف بصحة ومشروعية الأعمال الصادرة عنها من دون التنكر لها بالبطلان وتجريدها من أية قيمة قانونية, أما الآخر فيكمن في ضرورة احترام إرادة الأجيال الحالية أو المقبلة إذا عُن لها تعديل الدستور وضرورة التوفيق بين هذه الإرادة واحترام الشكليات المنصوص عليها في

مشار إليه عند د. منذر الشاوي, المصدر السابق, ص ٢٩١.

(١) د. إبراهيم عبد العزيز شياح, المبادئ الدستورية العامة, مصدر سابق, ص ١٧٠.

(2) Cyril Bami, op.cit.p192.

(٣) د. رجب محمود طاجن, المصدر السابق, ص ١٠٨.

(٤) ينظر المادة (١٢٦) الفقرة (الثانية) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

الدستور, ولا يتحقق ذلك بطبيعة الحال إلا عن طريق تعديل النصوص المتضمنة بإتباع الإجراءات المنصوص عليها دستوريا(١).

ومن جانبنا نؤيد الاتجاه الذي يقر بمشروعية النصوص التي تحظر التعديل, وعدها قواعد دستورية تتمتع بالقيمة الدستورية شأنها شأن بقية النصوص الدستورية الأخرى, كونها وردت في الوثيقة الدستورية التي تمثل في مجموعها القانون الأعلى في الدولة ومن ثم من غير المنطقي الاعتراف لبعض نصوصه بالقوة القانونية وإهدار هذه القيمة عن النصوص الأخرى, إي أما أن يعترف لكل قواعد الدستور بالقيمة القانونية وأما أن تهدر عن كل نصوصه ومن ثم فإن هذه القواعد على وفق هذا القول وتخضع إمكانية تعديل النصوص ما دامت نصوصاً دستورية حالها حال النصوص الدستورية الأخرى .

المقصد الثالث : إمكانية التدرج بين النصوص التي يحظر المساس بها وبقية النصوص الدستورية الأخرى

بعد أن انتهينا من بيان النصوص التي تحظر التعديل وبيان القيمة القانونية لها نحاول في هذا المقصد الإجابة على التساؤل الذي طرحه الفقه حول مدى وجود تدرج بين هذه النصوص التي لا يجوز المساس بها وبين النصوص الدستورية الأخرى التي تحتويها الوثيقة الدستورية, وهل تتبوأ هذه النصوص مكانه أعلى في الدستور عن بقية النصوص؟

وأول من طرح هذا التساؤل الفقيه الفرنسي فيدل بقوله (فانه يجب علينا أن نتساءل عما إذا كانت كل القواعد ذات الأصل الدستوري لها ذات القيمة الدستورية في نظر القاضي الدستوري وعما إذا كان من الممكن الحديث عن قواعد ومبادئ ذات مرتبة أولى وأخرى ثانية أو ثالثة. فإذا كانت كل القواعد المكتوبة في الدستور هي دستورية, فهل يمكن القول بأن بعضها أعلى قيمة دستورية من البعض الآخر)(٢), يجيب جانب من الفقه(٣) على تساؤل العميد فيدل بالإيجاب فيرى أن ثمة تدرج بين النصوص الدستورية التي يحظر المساس بها وبين بقية النصوص الأخرى في الوثيقة الدستورية, بينما أجاب جانب آخر بالنفي فذهب إلى القول بعدم وجود تدرج بينهما, وسنتولى بيان الاتجاهين في النقطتين الآتيتين:

أولاً: الاتجاه الفقهي الذي يؤكد صلاحية النصوص التي يحظر المساس بها للتدرج

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بوجود تدرج بين النصوص الدستورية التي تتضمنها الوثيقة الدستورية حيث تتبوأ النصوص التي يحظر المساس بها

(١) د. إبراهيم عبد العزيز شبحا , المبادئ الدستورية العامة , مصدر سابق, ص ١٧١ .

(٢) د. رجب محمود طاجن , المصدر السابق , ص ١٦٧ .

(٣) من أبرزهم (برنو جينيفوا) و (روبرت بادنتير) , ينظر د. عيد احمد الغفلول , المصدر السابق , ص ٥٩-٦٠ .

بالتعديل أعلى مكانه في الدستور من بقية النصوص الأخرى^(١), ويستند أنصار هذا الرأي إلى عدد من الحجج :

الحجة الأولى : أكدوا رأيهم من خلال ربط النصوص التي تضع الضوابط والقيود على تعديل الدستور بالنظام العام الدستوري, إذ تفرض بعض النصوص قيوداً إجرائية أو شكلية استثنائية على سلطة تعديل الدستور بهدف منع هذه الأخيرة من ممارسة عملها في تعديل أي نص من نصوص الدستور خلال فترة زمنية محددة أو في ظل ظروف معينة, هذه الظروف تختلف عن الضوابط الإجرائية العادية التي يجب على سلطة التعديل مراعاتها في أثناء ممارسة مهامها, والتي تنص عليها معظم الدساتير, نظراً لأهمية النصوص المراد تعديلها إذا ما قيست بنصوص دستورية أخرى .

ومما لا شك فيه أن القواعد الدستورية التي تقرر قيوداً استثنائية على سلطة التعديل تعد من قبيل القواعد الدستورية الأمرة التي تكرر فكرة النظام العام الدستوري^(٢) لان وجودها في صلب الدساتير يؤدي إلى تعطيل العمل بالنصوص الدستورية المتعلقة بالتعديل الدستوري, ومن ثم فإنها تعلو على هذه الأخيرة, وتحد من حرية سلطة تعديل الدستور, كما إنها تفرض على القاضي الدستوري ان يتحرك ولو من تلقاء نفسه بمناسبة دعوى مرفوعة أمامه لإعمال مقتضياتها كون النصوص الدستورية التي تضع الضوابط والقيود لتعديل الدستور تتعلق أكثر من غيرها بالنظام العام الدستوري^(٣).

الحجة الثانية : استند أنصار هذا الرأي إلى طبيعة الحق والحرية من خلال تصنيف الحقوق الدستورية إلى مراتب , فعندما نرجع إلى الوثيقة الدستورية نجدها تعد بعض الحقوق والحريات جوهرية عن غيرها من الحقوق والحريات الأخرى على أساس وجود حقوق أساسية ذات مرتبة أولى وحقوق أساسية ذات مرتبة ثانية وثالثة... الخ, وبصورة تؤدي إلى إثبات تدرج بين النصوص الدستورية المتعلقة بهذه الحقوق بحيث تسمو الأولى على النصوص والقواعد الأخرى , ومن مقتضى هذا التصور وبطبيعة الحال أن التعديل الدستوري لا يجوز أن ينقض أو يخالف القواعد الدستورية المتضمنة لحقوق ذات مرتبة أولى ويجوز له ذلك بالنسبة إلى القواعد المتضمنة لحقوق ذات مرتبة ثانية, إذ إن القواعد الأولى تعد قيداً على سلطة التعديل, ولا يمكن أن تنال منها بالتغيير أو الإلغاء, ولا يكون ذلك إلا من خلال

(١) د. رجب محمود طاجن , المصدر السابق , ص ١٣١-١٣٢ .

(٢) لقد عرف الدكتور عيد احمد الغفلول النظام العام الدستوري بمعناه الضيق بأنه معنى يندرج تحته مجموعة من القواعد الدستورية التي أحاطتها السلطة التأسيسية الأصلية - صراحة أو ضمناً - بحماية خاصة سواء عن طريق استثنائها من مبدأ التعديل أم من خلال أحاطتها بحماية قضائية خاصة والهدف الأساسي منه الحفاظ على اكبر قدر من الثبات والاستقرار للنظم الدستورية وتعميق مفهوم دولة المؤسسات وذلك من خلال التقليل بقدر من الإمكان من تأثير الحكام على توجهات الدول والمؤسسات , ينظر في ذلك د. عيد احمد الغفلول , المصدر السابق , ص ١٩٥ .

(٣) د. عيد احمد الغفلول , المصدر السابق , ص ٧١ .

السلطة الأصلية فقط^(١)، وعليه فإن النصوص التي يحظر المساس بها بالتعديل تتضمن حقوقاً ذات مرتبة أولى ومن ثم تسمو على بقية النصوص.

الحجة الثالثة: ذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأن الهرم الدستوري داخل الوثيقة الدستورية يتكون من فئتين من القواعد، الفئة الأولى هي القواعد الدستورية الخاصة بإجراءات التعديل والفئة الثانية القواعد الدستورية التي تنشأ طبقاً لهذه الإجراءات، إذ عبر أصحاب هذا الاتجاه عن رأيهم بالقول بأن التعديل ما هو إلا عملية إنشاء قانون دستوري فعلي، طبقاً للقواعد والإجراءات التي نص عليها الدستور، وتتدرج هذه القواعد فيما بينها حيث تسمو أحدهما على الأخرى واحتلال الفئة الأولى المرتبة الأعلى من الفئة الثانية، واستندوا في ذلك إلى دليلين، الأول استندوا فيه إلى فكرة التدرج التي تقضي بأن كل قاعدة قانونية تصدر طبقاً للقاعدة التي تعلوها وأن تراعي أحكام القواعد القانونية الأعلى، حيث لا يجوز للقاعدة الأدنى مرتبة إلغاء أو تعديل أو مخالفة القاعدة الأعلى مرتبة وتستمد صحتها من القاعدة الأخيرة، وبما أن القواعد الخاصة بإجراءات التعديل تعد أساس صحة القواعد الدستورية الجديدة التي تصدر طبقاً لإجراءات سن نص دستوري جديد، فإنها أسمى مرتبة من القواعد الأخيرة، وبمعنى آخر أن الصلة بين النصوص الخاصة بالتعديل والنصوص التي تصدر طبقاً لها هي صلة تدرج وتبعية^(٢). أما الدليل الثاني الذي استندوا إليه في سمو القواعد الدستورية الخاصة بالتعديل هو المعيار الشكلي للتدرج الذي يقضي بأن كل قاعدة قانونية يستلزم لإقرارها إجراءات أشد تختلف عن إجراءات سن القواعد الأخرى تعد قاعدة أسمى من القواعد الأخرى^(٣)، وبما أن القواعد الخاصة بالتعديل تتضمن إجراءات أشد تعقيداً في تعديلها وإلغائها من الإجراءات التي تعدل فيها القواعد الأخرى، فإن القواعد الأخيرة طبقاً للمعيار الشكلي للتدرج تحتل مرتبة أدنى من القواعد الخاصة بالتعديل التي تتضمن إجراءات أشد تعقيداً ومن ثم سموها على بقية النصوص الدستورية الأخرى، ومثال على ذلك ما نص عليه الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ المتعلق بمنع تعديل شكل الحكومة والذي يحتل مرتبة أسمى من بقية النصوص طبقاً للتدرج الشكلي^(٤).

ثانياً : الاتجاه الفقهي الذي ينكر سمو النصوص التي يحظر المساس بها على غيرها من النصوص الدستورية

(١) د. رجب محمود طاجن، المصدر السابق، ص ١٦٩.

(2) Cyril Bami, op.cit., p192.

(٣) د. سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص ١٧-١٨.

(4) Cyril Bami, op.cit., p192.

يرى أنصار هذا المذهب أن القواعد الدستورية التي تتضمنها الوثيقة الدستورية ذات قيمة دستورية واحدة^(١)، وإن القول بأن القواعد الدستورية تتفاوت في الأهمية فيما بينها من حيث الدرجة والمرتبة بحيث تصبح القواعد الدستورية الواردة في الدستور متباينة، هو قول لا يمكن قبوله والتسليم به ذلك أن القواعد الدستورية جميعها سواء من حيث أهميتها أو من حيث تقدير المشرع الدستوري لضرورتها، إذ لو كان لبعض هذه القواعد أهمية تقل عن أهمية البعض الآخر لما عني المشرع الدستوري بإدراجها في الوثيقة الدستورية ذاتها والتي تتمثل بالقواعد الواردة فيها واحتلالها مرتبة الصدارة بالنسبة إلى غيرها من القواعد الواردة في القوانين الأخرى. وعلى ذلك فالتدرج بين القواعد التي يحظر المساس بها وبين القواعد الدستورية الأخرى أمراً لا يمكن التسليم به بحال ذلك أن الوثيقة الدستورية انبثقت عن سلطة واحدة هي السلطة الأصلية وهي تعطي جميع أحكامها مرتبة واحدة والقول بغير ذلك يناقض فكرة وحده الدستور^(٢).

ومن جانبنا نؤيد الاتجاه الذي يقول بوجود تدرج بين النصوص الدستورية التي يحظر المساس بها وبين النصوص الدستورية الأخرى الموجودة في الوثيقة الدستورية وامتلاك هذه النصوص المرتبة الأسمى بين هذه النصوص؛ لكون المشرع الدستوري ما فرض هذه القيود إلا لتأمين حماية أكثر للقواعد الدستورية التي تعبر عن قيم أعلى والحفاظ على أكبر قدر من الثبات والاستقرار للنصوص التي تحمل في طياتها موضوعات متعلقة بشكل النظام السياسي في الدولة وبفلسفتها السياسية والاجتماعية والتي تتضمن حقوقاً وحريات أساسية للأفراد، وإن وجود مثل هذه القيود ليس من شأنه تقسيم القواعد الدستورية إلى قواعد دستورية وأخرى

(١) د. رمزي الشاعر، المصدر السابق، ص ٢١٠ - ٢١١.

(٢) د. عيد احمد الغفلول، المصدر السابق، ص ٦٠.

فوق
الدستورية وذلك لأن جميعها تعد قواعد دستورية وتتمتع بالقوة
الدستورية وجميعها تسمو على غيرها من القواعد القانونية الأخرى من
دون أن يؤثر هذا التدرج على وحدة الدستور.

الفرع الثاني: النصوص المتعلقة بموضوعات لا تعد دستورية من حيث مضمونها

لا تقتصر نصوص الوثيقة الدستورية على موضوعات أو مسائل
دستورية من حيث طبيعتها أو جوهرها فحسب، وإنما قد تتضمن - فضلاً
عن ذلك - موضوعات أو مسائل لا تعد دستورية من حيث طبيعتها أو
جوهرها وإنما تتعلق في واقع الأمر بقوانين اعتيادية، فما القيمة الدستورية
لهذه النصوص هل تتمتع بالقيمة الدستورية التي تتمتع بها النصوص
الدستورية أم تنتقي عنها هذه القيمة ؟

وإذا كانت هذه النصوص تتمتع بالقيمة الدستورية، فما مدى
صلاحية القول بتدرجها ؟ أي هل تحتل نفس المرتبة التي تحتلها النصوص
الدستورية الأخرى أم تحتل موقع أدنى من المرتبة التي تحتلها النصوص
الدستورية الأخرى ؟

وسنحاول الإجابة على هذه التساؤلات في مقصدين الأول نبين فيه
القيمة الدستورية لهذه النصوص والثاني نبين فيه موقع هذه النصوص في
سلم الهرم الدستوري داخل الوثيقة الدستورية .

المقصد الأول: القيمة الدستورية للنصوص المتعلقة بموضوعات لا تعد دستورية من حيث مضمونها

ثار جدل فقهي حول القيمة الدستورية للنصوص التي تعالج مسائل غير
دستورية، فذهب جانب من الفقه إلى إنكار القيمة الدستورية عنها، في حين ذهب
الجانب الآخر إلى إضفاء هذه القيمة عليها وعدها قواعد دستورية تسمو على بقية
القوانين وذلك ما نوضحه على النحو الآتي :

أولاً : الاتجاه الفقهي الذي ينكر القيمة الدستورية عن هذه النصوص

أنصار هذا الاتجاه هم أنصار المعيار الموضوعي الذين يرون أن
القاعدة الدستورية هي كل قاعدة قانونية لها طبيعة دستورية أو هي في
موضوعها وجوهرها دستورية بغض النظر عما إذا كانت هذه المسائل
مدونة في الوثيقة الدستورية أو تقررت أحكامها في قوانين عادية^(١)، ومن
هذا المنطلق وإعمالاً لمنطق المعيار الموضوعي تستبعد القواعد غير
الدستورية من نطاق القواعد الدستورية، ومن ثم ينكر عليها الصفة
الدستورية وتعد قواعد عادية حتى لو ورد النص عليها في الوثيقة
الدستورية، والاعتداد في هذا الخصوص بجوهر المسائل التي تتضمنها
القاعدة القانونية وطبيعتها، سواء ورد النص عليها في وثيقة الدستور أم لم

(١) د. محسن العبودي، المصدر السابق، ص ٢٤. د. عبد الغني بسيوني عبد الله، المصدر السابق،

يرد(١), وعلى هذا لا يمكن إضفاء الصفة الدستورية على قواعد تتعلق بموضوعات عادية لا تتعلق بتنظيم السلطات العامة في الدولة أو بنظام الحكم, أو لا تتناول بتحديد الحقوق والحريات الأساسية للأفراد, أي لا تعد دستورية بحسب طبيعتها أو في جوهرها, فكان من الواجب أن تكون القواعد المنظمة لها قواعد تشريعية عادية وتدخل تبعاً لذلك في نطاق التشريعات العادية لا الدستورية(٢).

ثانياً: الاتجاه الفقهي الذي يضيف القيمة الدستورية على هذه النصوص

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى الاعتراف لهذه النصوص بالقيمة الدستورية وعدّها قواعد دستورية شأنها شأن بقية النصوص الواردة في الوثيقة الدستورية, أخذاً بالمعيار الشكلي, فيعتمدون على شكل القاعدة والإجراءات المتبعة في تعديلها لا على مضمونها وجوهرها ومن ثم فإن القواعد الدستورية على وفق هذا الاتجاه هي كل القواعد المدونة في الوثيقة الدستورية أياً كانت طبيعتها أو مضمونها(٣).

وتابع أنصار هذا الاتجاه حجتهم بالقول أن هذه القواعد على الرغم من أنها لا تتعلق بموضوعات دستورية في جوهرها إلا أنها تتمتع بالصفة الدستورية نفسها التي تتمتع بها النصوص الدستورية الأخرى وبالسمو الشكلي نفسه ذلك الذي يحصن هذه النصوص من التعديل, ومن ثم يكون تعديلها بالإجراءات نفسها التي تعدل بها النصوص الدستورية لا القوانين العادية وتتمتع بذات الحصانة التي تتمتع بها بقية النصوص الدستورية(٤).

ونحن من جانبنا نؤيد الاتجاه الذي يضيف على هذه النصوص القيمة الدستورية شأنها شأن النصوص الدستورية الأخرى الواردة في صلب الوثيقة الدستورية؛ لأن القول بخلاف ذلك يؤدي إلى نتائج غير منطقية وغير سليمة, فهل أن إنكار الصفة الدستورية عن هذه النصوص وعدّها قواعد تشريعية عادية يبيح تعديلها أو المساس بها بذات الإجراءات التي تعدل بها القوانين العادية ؟

فإذا كانت الإجابة بالنفي فكيف ننكر عن هذه النصوص القيمة الدستورية وفي الوقت نفسه نعترف لها بالسمو والعلو على غيرها من القوانين العادية وهذا ما يأباه المنطق القانوني السليم .

المقصد الثاني : مرتبة النصوص المتعلقة بالمسائل غير الدستورية بين النصوص الدستورية

(١) د. رجب عبد الحميد, المصدر السابق, ص ١٣ .

(٢) د. إبراهيم عبد العزيز شبحا, المبادئ الدستورية العامة, مصدر سابق, ص ١٨-١٩ .

(٣) د. رمزي الشاعر, المصدر السابق, ص ٤١ .

(٤) د. عبد الفتاح ساير داير, المصدر السابق, ص ٢٥ .

بعد أن انتهينا من بيان القيمة الدستورية لهذه النصوص وأيدنا الاتجاه الذي يضيف عليها الصفة الدستورية، حري بنا أن نبين هنا مدى صلاحيته هذا النصوص للتدرج ؟

لم يتطرق الفقه لمسألة تدرج هذه النصوص بين النصوص الدستورية ولا للمرتبة التي تحتلها هذه النصوص في الهرم الدستوري داخل الوثيقة الدستورية، إلا أننا من جانبنا نرى أن هذه النصوص على الرغم من الاعتراف لها بالصفة الدستورية إلا إنها لا تحتل المرتبة نفسها التي تحتلها بقية النصوص الدستورية فهي تحتل المرتبة الأدنى في الهرم الدستوري ومن ثم تسمو عليها بقية النصوص الدستورية، إذ تأتي النصوص التي يحظر المساس بها في المرتبة الأولى والنصوص الدستورية من حيث مضمونها في المرتبة الثانية أما النصوص التي تعالج موضوعات عادية فإنها تحتل القاعدة في هذا الهرم؛ كونها لا تعالج مسائل ذات أهمية ولا تتولى بتنظيم السلطات العامة في الدولة أو نظام الحكم فيها ولا تتضمن موضوعات تعالج حقوقاً وحريات بالأهمية نفسها إذا ما قيسست بقية النصوص الدستورية الأخرى ومن ثم تسمو الأخيرة عليها، ولكن من دون أن يؤدي ذلك إلى إضفاء قيمة فوق الدستورية على الأولى أو نفي القيمة الدستورية عن الثالثة بل امتلاكها القيمة الدستورية نفسها.

المبحث الثاني

مكونات الكتلة الدستورية خارج إطار الوثيقة الدستورية

لقد بينا في المبحث الأول مكونات الكتلة الدستورية داخل إطار الوثيقة الدستورية إلا أن هناك مكونات أخرى تشغل موقعا خارجها وهذه المكونات قد تختلف من دولة إلى أخرى , وسنعرض لهذه المكونات في المطالب الآتية :

المطلب الأول

إعلانات حقوق الإنسان والمواثيق الوطنية

تسود في بعض المجتمعات مبادئ وقيم عليا تقوم عليها فلسفة المجتمع تتعلق بالنواحي السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو الفكرية , وهذه المبادئ تم تدوينها أما في وثائق مكتوبة متمثلة بإعلانات الحقوق كإعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩ , أو في شكل مواثيق وطنية مثل الميثاق الوطني في مصر لعام ١٩٦٤ (١) وميثاق العمل الوطني في العراق لعام ١٩٧٣ .

ويلاحظ انه قد اختلف حول القيمة القانونية لهذه الإعلانات والمواثيق , ومدى عدها مرجعاً للقاضي الدستوري , ويدور هذا الاختلاف الفقهي في محورين , الأول يتعلق بالخلاف حول القيمة القانونية لهذه الإعلانات والمواثيق , والآخر يتعلق بالخلاف حول تفسير موقف القضاء الدستوري من هذه الإعلانات والمواثيق في فرنسا أو مصر أو العراق .

فبالنسبة إلى الخلاف الفقهي المتعلق ببيان القيمة القانونية لإعلانات الحقوق والمواثيق نحيل دراسة هذا الموضوع إلى ما سبق وان بيناه في الاتجاهات الفقهية التي قيلت بشأن مقدمات الدساتير التي تناولنا دراستها في المبحث الأول من هذا الفصل (٢) .

وعلى هذا سنتناول في هذا المطلب موقف القضاء الدستوري من إعلانات الحقوق والمواثيق الوطنية ونخصص الفرع الأول للخلاف الفقهي حول موقف القضاء الدستوري الفرنسي من إعلانات حقوق الإنسان ؛ ذلك ان حقوق الإنسان في فرنسا قد دونت على شكل إعلان , في حين نخصص الفرع الثاني لبيان موقف

(١) د. عادل عمر شريف , قضاء الدستورية القضاء الدستوري في مصر , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٨٨ , ص ١٧٩ .

(٢) إن سبب إحالة هذا القسم من الدراسة إلى موضوع مقدمات الدساتير تجنباً للتكرار لكون الاتجاهات الفقهية التي قيلت بشأن القيمة القانونية لإعلانات حقوق الإنسان والمواثيق الوطنية هي نفسها التي قيلت بشأن بيان القيمة القانونية لإعلانات حقوق الإنسان والمواثيق الوطنية , واستندوا = إلى نفس الحجج التي استند إليها الفقه فيما يتعلق بالقيمة القانونية لمقدمات الدساتير إلا إن هناك بعض من الفقه أضاف حجج جديدة تتعلق بإعلانات حقوق الإنسان دون مقدمات الدساتير ومنهم الفقيه مورييس هوريو بقوله (إن لكل دولة دستورين أحدهما سياسي والآخر اجتماعي وكلاهما يحتلان نفس القيمة القانونية , فالدستور السياسي ينظم سير عمل الأجهزة وسلطاتها , أما الدستور الاجتماعي فهو الذي يضع قواعد النظام الاجتماعي والذي ينظم العلاقة بين المواطن والدولة) . ينظر د. إبراهيم عبد العزيز شياح , القضاء الإداري , مصدر سابق , ص ٣٦-٣٧ .

القضاء الدستوري في مصر والعراق من المواثيق الوطنية, ذلك أن حقوق الإنسان فيها قد دونت على شكل مواثيق وطنية .

الفرع الأول: موقف القضاء الدستوري الفرنسي من إعلان حقوق الإنسان

اختلف الفقه حول موقف القضاء الدستوري الفرنسي من القيمة القانونية لهذه الإعلان فانقسم على اتجاهين, الأول ذهب إلى القول بأن المجلس الدستوري لم يعط جميع المبادئ الواردة فيه الصفة الدستورية , في حين ذهب الاتجاه الثاني إلى القول بأن المجلس الدستوري أعطى لجميع المبادئ الواردة في إعلان حقوق الإنسان القيمة الدستورية نفسها, وهذا ما سنعرضه في المقصدين الآتيين:

المقصد الأول: الاتجاه الذي يرى أن المجلس الدستوري أضفى الصفة

الدستورية على بعض المبادئ الواردة في إعلان حقوق الإنسان

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بأن المجلس الدستوري الفرنسي لم يعط كل المبادئ الواردة في إعلان حقوق الإنسان لعام ١٧٨٩ القيمة الدستورية نفسها بل أضفى القيمة الدستورية على بعض مبادئه وأنكر هذه القيمة عن مبادئه الأخرى, وتزعم هذا الاتجاه الفقيه (لويك فليب) وبين ذلك في بحث له حمل عنوان (القيمة القانونية لإعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في ٢٦ آب ١٧٨٩ بحسب أحكام المجلس الدستوري) والذي بين فيه أنه " لو تفحصنا بعناية القرارات التي أصدرها المجلس الدستوري في الوقت الحاضر لاستنتجنا أن المجلس لم يعترف بالقيمة الدستورية لجميع مواد إعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩, بل أن هذه القرارات تشير إلى أن بعض مبادئه حصراً هي التي حصلت على القيمة الدستورية, في حين المبادئ الأخرى قضى بعدم رفعها إلى المرتبة الدستورية"(١).

ويلاحظ أن أصحاب هذا الاتجاه قد حددوا المبادئ التي حصلت على القيمة الدستورية وميزوها عن المبادئ التي لم يعترف لها القضاء الدستوري بهذه الصفة.

أولاً: المبادئ التي أضفى عليها المجلس الدستوري القيمة الدستورية

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن مجموع القرارات الصادرة من المجلس الدستوري الفرنسي المتعلقة بدستورية التشريعات نصفها ترجع صراحة أو ضمناً إلى المبادئ التي نص عليها إعلان حقوق الإنسان لعام ١٧٨٩, وهذه المبادئ التي عدّها المجلس مرجعاً له تنقسم على ثلاثة مبادئ فقط, هي مبدأ الحرية ومبدأ المساواة ومبدأ السيادة الوطنية (٢), وذلك على النحو الآتي:

(1) Loïc Philip , La valeur juridique la declaration des de l'homme et du citoyen du 26 Aout 1789 , Selon la Jurisprudence du conseil constitutionnel , in études offertes à pierre kayser ,presses universitaires d'Aix-Marseille , 1979,T11,P.321..

(2) Jean Morange , la déclaration des drôlets de l'homme et du citoyen , presses universitaires de France , 1988,p86 .

١. مبدأ الحرية(١):

يمكن أن نعدّ مبدأ الحرية من أهم المبادئ التي نص عليها إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩, فقد تأكد هذا المبدأ في أغلب مواده سواء على شكل مبدأ عام كما في المواد (١, ٢, ٤, ٥) أم على شكل مبادئ خاصة لكل نوع من أنواع الحرية كحرية الأمن, والحرية الشخصية في المواد (٢, ٧), وحرية الرأي في المادة (١٠) وحرية التعبير في المادة (١١) (٢). وقد أكدت القيمة الدستورية لهذا المبدأ في العديد من قرارات المجلس الدستوري و من أهمها :

أ. **القرار الصادر في ١٥ كانون الثاني عام ١٩٧٥** المتعلق بدستورية القانون الخاص بالوقف الطوعي للحمل ففي إحدى حيثياته نطالع أن الملتزمين ذهبوا إلى أن الأحكام التي جاء بها هذا القانون تجاهلت مبدأ الحيطة والحذر وعدم إلحاق الأذى بالآخرين التي نصت عليها المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان لعام ١٧٨٩, في حين أن المجلس لم يستند إلى المادة الرابعة(٣) منه بل استند إلى المادة الثانية(٤), وافر بأن قانون الوقف الطوعي للحمل يحترم حرية المرأة في إجراء الإجهاض الاختياري, إذا كانت في حالة اضطرار أو لأسباب علاجية ومن ثم لا ينتهك مبدأ الحرية المنصوص عليه في المادة الثانية من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩(٥).

ب. **القرار الصادر في ١٢ كانون الثاني عام ١٩٧٧** أكد فيه مبدأ الحرية من خلال قضائه بعدم دستورية القانون المتعلق بتفتيش المركبات الذي نص على منح ضباط وأفراد الشرطة صلاحية تفتيش المركبات للتحري عن الجريمة من دون أي قيد أو ضوابط محددة بغض النظر عما إذا كانت في ظروف عادية أم في حالة طوارئ حتى في حالة عدم ارتكاب أي مخالفة,

(١) هناك معنيان لمبدأ الحرية معناً واسعاً ومعناً ضيقاً, المعنى الواسع يقصد به قدرة الفرد على تقرير مصيره , فهو لا يتضمن فقط احترام الحرية الفردية بل يتضمن حرية التنقل وحرية التعبير وحرية الاتصال وحرمة المنازل الخ, أما المعنى الضيق لمبدأ الحرية يقصد به الأمن , أي حماية الفرد من الاعتقال كما نصت المادة السابعة من الإعلان على انه (لا يمكن اتهام أي إنسان أو توقيفه أو اعتقاله إلا في الحالات المحددة قانوناً ووفقاً للأصول المنصوص عليها ...) ينظر في ذلك د. سعيد السيد علي , المبادئ الأساسية للنظم السياسية وأنظمة الحكم المعاصر , دار أبو المجد للطباعة بالهرم , مصر , ٢٠٠٥ , ص ٤٦٥-٤٧٣.

(2) Loïc Philip, op.cit.,p322.

(٣) نصت المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩ على (تقتصر الحرية على قدرة المرء على القيام بكل ما لا يلحق ضرر بالآخرين).

(٤) نصت المادة الثانية من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩ على (إن هدف كل مجتمع سياسي هو الحفاظ على حقوق الإنسان الطبيعية وغير قابلة للتقادم وهذه الحقوق هي الحرية , الملكية , الأمن ومقاومة الطغيان).

(5) Loïc Philip, op.cit.,p322.

ومن ثم فإن هذه الصلاحيات الواسعة التي منحت لإفراد الشرطة بناءً على هذا القانون من الراجح أن ينتج عنها انتهاك للمبادئ الأساسية التي يقوم عليها مبدأ الحرية الشخصية المكفولة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩ وانتهى المجلس بالحكم بعدم دستوريته لمخالفته مبدأ الحرية الشخصية (١).

٢. مبدأ المساواة

يعد مبدأ المساواة الأساس الدستوري الذي تنهض بين دفتيه كافة الحقوق والحريات الأساسية في الوقت الحاضر، وله تأثير واضح وملحوس على كل المؤسسات السياسية والإدارية والمدنية، وتؤكد هذا المبدأ في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي في العديد من مواده، فالمادة الأولى منه نصت صراحة على هذا المبدأ، وكذلك في المادة السادسة التي نصت على المساواة أمام القانون، والمادة الثالثة عشر الخاصة بالمساواة في الواجبات العامة، ولم يقتصر إقرار أهمية مبدأ المساواة في مجال التشريع بل كان للقضاء الدستوري أثر فعال في إضفاء الصفة الدستورية عليه (٢)، وذلك يتمثل بقضاء المجلس الدستوري في العديد من القرارات الصادرة عنه من أهمها القرار الصادر في ٢٧ كانون الأول عام ١٩٧٣ المتعلق بفحصه دستورية المادة ٦٢ من قانون الموازنة لعام ١٩٧٤ التي عدلت المادة (١٨٠) من القانون العام للضرائب والخاصة بتقدير الدخل الخاضع للضريبة ليس على مدخولات المكلف فحسب وإنما حتى على نفقاته لمكافحة التهرب الضريبي، حيث جاءت المادة (٦٢) لتخفف من هذه الشدة ولتضفي قدراً من المرونة على النظام الضريبي، إذ أنها أعطت للمكلفين إمكانية إثبات حسن النية وتقديم الدليل على عدم ارتكاب التهرب الضريبي ممن لا يتجاوز أساس تقدير دخولهم ٥٠% من حدود الشريحة الأخيرة، بمعنى إن من يتجاوز أساس تقدير دخولهم ٥٠% من حدود هذه الشريحة لا يمكن لهم تقديم دليل يثبت صحة النفقات وعدم ارتكاب التهرب الضريبي، وبهذا فإن نص المادة (٦٢) يميل إلى إقامة تمييز بين الأشخاص فيما يتعلق بإمكانية تقديم دليل يثبت عكس قرار الإدارة الضريبية، وانتهى المجلس الدستوري إلى عدم دستورية هذه المادة لمخالفتها لمبدأ المساواة أمام القانون الوارد في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩، والذي تم التأكيد عليه صراحة في ديباجة دستور ١٩٥٨ (٣).

وبهذا أعطى المجلس الدستوري لمبدأ المساواة القيمة الدستورية وعدّه مرجعاً له عند تفحصه لمسألة دستورية قانون ما.

٣. مبدأ السيادة الوطنية

(1) Jean Morange, op.cit.,p87.

(2) Loïc Philip, op.cit.,p325.

(3) Elisabeth Zoller, Droit constitutionnel , 2^e édition , Presses Universitaires de France, 1999,p220.

نصت المادة الثالثة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي على هذا المبدأ صراحة بقولها (إن مبدأ السيادة يكمن في الأمة أساساً، وما من جماعة أو فرد يمكنه ممارسة أي سلطة لا تصدر عن الأمة صراحة)، وتأكد هذا المبدأ في الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ في ديباجته التي جاء فيها (يعلن الشعب الفرنسي بصفه رسمية تمسكه بحقوق الإنسان وبمبادئ السيادة الوطنية بالصورة التي صدر بها في إعلان حقوق الإنسان لعام ١٧٨٩).

ويبدو أن هذا النص إشارة واضحة وصريحة من المشرع الدستوري على أهمية هذا المبدأ ورفعته إلى مصاف القواعد الدستورية، وقد أيد القضاء الدستوري الفرنسي هذه القيمة في قراره الصادر في ٢١ أبريل ١٩٧٠

المتعلق بمعاهدة ٢٢ نيسان عام ١٩٧٠^(١) التي وقعت في لوكسمبورغ المتعلقة بتعديل أحكام ميزانية مجلس الاتحاد الأوروبي التي نصت على استبدال مساهمات الدول الأعضاء في مجلس الاتحاد الأوروبي بمواردهم الذاتية، حيث تضمن القرار في إحدى فقرات حيثياته أن تعديل أي التزام دولي ناشئ عن معاهدة دولية لا يعد نافذاً داخل الدولة وإن كان ذا طابع تشريعي، إلا إذا تم تصديق المعاهدة على وفق الإجراءات المنصوص عليها في الدستور ومن ثم لا يمكن الاحتجاج بعدم تنفيذ هذا الالتزام الدولي لكونه يتعارض مع مبدأ السيادة الوطنية. وعليه لا يمكن الطعن بأي التزام دولي بحجة أنه يتضمن انتهاكاً لمبدأ السيادة الوطنية ما دام هذا الالتزام تم إقراره قانونياً ودخل حيز التنفيذ على نحو ما منصوص عليه على وفق م (٥٣)^(٢) من الدستور مع مراعاة شرط المعاملة بالمثل^(٣). ومن هنا تظهر إشارة صريحة من القضاء الدستوري الفرنسي على أهمية مبدأ السيادة الوطنية وإضفاء الصفة الدستورية عليه وعده مرجعاً له عند تفحصه لدستورية قانون ما^(٤).

ثانياً : المبادئ التي أنكر عنها المجلس الدستوري القيمة الدستورية

في الوقت الذي اعترف المجلس الدستوري الفرنسي فيه لبعض مبادئ إعلان حقوق الإنسان بالإعلان بالقيمة الدستورية أنكر عن البعض الآخر هذه القيمة

(1) Loïc Philip, op.cit.,p329.

(٢) نصت المادة (٥٣) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على (معاهدات أو التي تتضمن تعديل نصوص ذات طابع تشريعي ... وهذه المعاهدات لا يسري مفعولها إلا بعد التصديق أو الموافقة عليها).

(٣) نصت المادة (٥٥) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على (يكون للمعاهدات أو الاتفاقيات التي تم التصديق عليها قانوناً، قوة أعلى من قوة القوانين، شريطة أن يطبق الطرف الآخر هذه المعاهدة أو هذا الاتفاق).

(4)Loïc Philip, op.cit.,p332.

ومن هذه المبادئ ما نصت عليه المادة ١٤ الخاصة بمبدأ التراضي الضريبي^(١)، والذي يعد مبدأ أساسياً من مبادئ القانون العام ومع ذلك ابعد المجلس الدستوري عنه الصفة الدستورية ولم يعترف له بهذه الصفة في قراره الصادر في ١٩ حزيران عام ١٩٧٠ الخاص بتعديل المعاهدات الأوروبية التي تناقض مبدأ التراضي الضريبي، حيث استند الملتمسون على إن تعديل هذه المعاهدات يناقض هذا المبدأ الذي يعد من المبادئ التي جاء بها إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩، إلا أن المجلس لم يستجيب لهذا الالتماس، ومن هذا الموقف نذهب إلى الاعتقاد بأن المجلس الدستوري لم يكن لديه النية للاعتراف بالقيمة الدستورية لهذا المبدأ، ومما يعزز اعتقادنا ما تم تأكيده في القرار الصادر في ١٣ كانون الأول لعام ١٩٧٧ حيث ادعى الملتمسون أن المعاهدة الأوروبية تتجاهل مبدأ التراضي الضريبي ومع ذلك فإن المجلس لم يستند إلى هذا المبدأ، ومن ثم لا يعد مبدأ التراضي الذي نص عليه إعلان حقوق الإنسان والمواطن ذا قيمة دستورية^(٢).

وكذلك الحال بالنسبة إلى المادة ١٧ من الإعلان^(٣)، التي تؤكد أن حق الملكية حق مقدس، إلا إن المجلس الدستوري لم يرجع إلى هذه المادة في أي قرار من قراراته على الرغم من تذرع الملتمسين بهذا المبدأ كما في قضية تحري المركبات^(٤)، حيث أن المجلس الدستوري استند إلى مبدأ الحرية التي نصت عليه المادة الثانية منه، ولم يستند إلى مبدأ قداسة حق الملكية المشار إليه. ونلخص مما تقدم أن هذا الاتجاه قصر القيمة الدستورية على المبادئ المتعلقة بمبدأ الحرية والمساواة والسيادة الوطنية وأنكر القيمة عن بقية المبادئ الواردة في هذا الإعلان^(٥).

المقصد الثاني: الاتجاه الذي يرى أن القضاء الدستوري أضفى الصفة الدستورية على جميع المبادئ الواردة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن
ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بأن المجلس الدستوري اعترف لجميع المبادئ الواردة في إعلان حقوق الإنسان بالقيمة الدستورية^(٦) وعدها مرجعاً له وأكد هذا الاعتراف من خلال القرارات الصادرة عنه، ففضلاً عن الأحكام التي ذكرها أصحاب الاتجاه الأول والمتعلقة بمبدأ الحرية ومبدأ المساواة ومبدأ السيادة

(١) نصت المادة ١٤ من الإعلان على (للمواطنين الحق في أن يلاحظوا بأنفسهم أو بواسطة ممثليهم ضرورة المساهمة في الضريبة العامة وقبولها بحرية ومتابعة أنفاقها وتحديد نسبتها وأساسها وكيفية تغطيتها ومدتها).

(2) Loïc Philip, op.cit.,p332.

(٣) نصت المادة ١٧ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن على (لما كانت الملكية حقاً مصوناً ومقدساً فلا يمكن لأحد أن يحرم منها إلا عندما تقتضي الضرورة العامة المثبتة قانونياً ذلك، وبصورة واضحة وشرط التعويض العادل والمسبق).

(٤) مشار إليه في ص ٨٣ من هذه الرسالة .

(5)Loïc Philip, op.cit.,p334.

(6)Elisabeth Zoller, op.cit.,p221.

الوطنية هناك قرارات أخرى أقرت لبقية الأحكام الواردة في الإعلان بالقيمة الدستورية منها القرار الصادر في ١٦ يناير ١٩٨٢ المتعلق بدستورية بعض نصوص قانون التأمين^(١) حيث لم تمنح هذه النصوص تعويضا عادلا لأصحاب الأسهم في الشركات التي تم تأميمها مما يعد انتهاكا لنص المادة ١٧ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن التي تقرر أن حق الملكية حق مقدس لا يجوز المساس به ومن ثم لا يجوز حرمان أحد من ملكه إلا إذا كان ذلك لضرورة عامة يقرها المشرع وبشرط تعويضه تعويضا عادلا^(٢).

ومن جانبنا نؤيد الاتجاه الذي يؤيد القول بأن المجلس الدستوري اعترف لإعلان حقوق الإنسان والمواطن بالقيمة الدستورية في جميع أحكامه، والدليل على ذلك ما صدر حديثاً عن المجلس من قرارات تضيي القيمة الدستورية على غير مبدأ الحرية ومبدأ المساواة ومبدأ السيادة الوطنية، ومن أهم هذه القرارات القرار الصادر في ١٩ ت موز ٢٠١٠^(٣) المتعلق باستقلال القضاء الذي أقر بعدم دستورية نص المادة ١٥ من القانون رقم ٥ شباط عام ١٩٩٤ الذي نص على أن يتكون مجلس التأديب في السلطة القضائية من أعضاء يتم اختيارهم من داخل الهيئة القضائية ومن خارج الهيئة القضائية بعدد متساوٍ وهذا ينتهك مبدأ من المبادئ التي جاء بها إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي^(٤) وهو مبدأ الفصل بين السلطات والذي من خلاله يتم تحقيق استقلال القضاء، وانتهى المجلس بعدم دستورية هذا النص؛ لأنه يهدم استقلال القضاء^(٥).

(1) Bernard Chantebout , Droit constitutionnel et science politique, 14^e édition , Armand colin , paris, 1997.p51 .

(٢) د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، مصدر سابق، ص ٨٥.

(3) Décision n° 2010-611 DC du 19 juillet 2010.

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-type/les-decisions-dc.28362.html>

تاريخ زيارة الموقع في (٢٠١١/٢/٢١)

(٤) نصت المادة (١٦) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن على (كل مجتمع يخلو من ضمان الحقوق ومن الفصل بين السلطات ليس له دستور)

(٥) وقد صدرت عن المجلس قرارات حديثة أكدت فيه مواقف السابقة في إضفاء الصفة الدستورية

على إعلان حقوق الإنسان فيها ١. Décision n° 2010-604 DC du 25 février

2010 المتعلق بشرعية الجرائم والعقوبات طبقاً للمادة الثامنة من الإعلان .

٢. Décision n° 2010-601 DC du 04 février 2010 المتعلق بحرية التعبير والاتصال طبقاً للمادة (١١) من الإعلان.=

٣.= Décision n° 2009-597 DC du 21 janvier 2010 المتعلق بمكافحة التهريب من

الضرائب الناجمة عن المادة ١٣ من الإعلان . [http://www.conseil-](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-)

[constitutionnel.fr/conseil](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-)

وهذا يؤكد أن القضاء الدستوري الفرنسي لم يقصر القيمة الدستورية على مبدأ الحرية ومبدأ المساواة ومبدأ السيادة الوطنية بل أضفى هذه القيمة على كل نصوصه وعد إعلان حقوق الإنسان مرجعاً له عند فحص دستورية قانون ما، بالإضافة إلى مقدمة دستور ١٩٤٦ ودستور ١٩٥٨ ليكون هذا الإعلان أحد روافد القاضي الدستوري، ينهل منه عند نظره في دستورية مسألة ما.

الفرع الثاني: موقف القضاء الدستوري في مصر والعراق من المواثيق الوطنية

بدايةً يلاحظ أنه في ظل موقف القضاء الدستوري المصري والعراقي أن الفقه القانوني فيهما لم يتناول هذا الموقف ولم يختلف بشأن تفسيره، على غرار اختلاف الفقه الفرنسي حول موقف القضاء الدستوري في فرنسا، إذ يبدو أن موقف القضاء الدستوري في مصر كان واضحاً من القيمة الدستورية للمواثيق الوطنية، لذا سوف لن نتناول موقف الفقه بصدد تفسير الموقف القضائي بل نتناول موقف القضاء الدستوري في كل من مصر والعراق في المقصدين الآتيين :

المقصد الأول: موقف القضاء الدستوري في مصر من الميثاق الوطني لعام

١٩٦٤ (١)

ذهب القضاء الدستوري المصري إلى موقف مغاير لما ذهب إليه القضاء الدستوري الفرنسي وأنكر القيمة الدستورية عن المبادئ الواردة في الميثاق الوطني الصادر عام ١٩٦٤ حيث استلزم لإسباغ القوة الإلزامية على الميثاق أن تقن مبادئه في نصوص دستورية تكون المرجع في دستورية القوانين وأكدت المحكمة الدستورية هذا الرأي في حكمها الصادر في الدعوى الدستورية رقم (٩ لسنة ٤ القضائية بجلسة ٥ من أبريل سنة ١٩٧٥) والذي جاء في حيثياته (الميثاق وثيقة عبرت فيه ثورة ٢٣ يولييه سنة ١٩٥٢ عن مبادئها وأهدافها، وخطتها الشاملة لتحقيق هذه المبادئ والأهداف، وهو لا يخرج عن كونه دليلاً فكرياً يقود خطى الشعب إلى المستقبل ... ومن ثم يتعين لإعطاء ما تضمنه الميثاق من مبادئ قوة الدستور أن تقن هذه المبادئ في نصوص دستورية تكون المرجع عند الفصل في دستورية القوانين) (٢).

وأكدت هذا الرأي في حكم لها صدر في السنة نفسها (برقم ١٣) وجاء في حيثياته (أن الميثاق فيما أرساه من مبادئ فلسفية وما تضمنه من أهداف ... يكون لهذه الأصول والإحكام التي يتبناها الشارع ويصوغها في نصوص دستورية قوة ملزمة، إما ما عداها من مبادئ وأهداف لم ينقلها الشارع إلى نصوص الدستور فتظل مثلاً عليا ونظريات فلسفية حتى يقتضي الصالح العام للدولة تطبيقها وتنفيذها

par-type/lesdecisions-dc.28362.html تاريخ زيارة الموقع في

(٢٠١١/٢/٢٣).

(١) للمزيد من التفاصيل عن الميثاق يراجع في ذلك أحمد فهمي مصطفى، وضع الميثاق بين القواعد القانونية، مجلة مصر المعاصرة، السنة ٥٩، العدد ٣٣٤، تشرين الأول، ١٩٦٩، ص ١٨٣ وما بعدها.

(٢) د. فتحي فكري، المصدر السابق، ص ٤٦-٤٧.

فينقلها الشارع من مجال المبادئ العامة إلى مجال التنفيذ وذلك بإفراغها في صورة نصوص محددة في صلب الدستور ..(١).

ونخلص مما تقدم ومن خلال الأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري في مصر انه جرد الميثاق من قوة الإلزام الدستورية مما يمتنع عده على أي حال مرجعاً للرقابة الدستورية إلا في حالة تقنينها (أي مبادئ الميثاق) بنصوص دستورية.

المقصد الثاني: موقف القضاء الدستوري في العراق من ميثاق العمل الوطني

لسنة ١٩٧٣

قبل الولوج في بيان موقف القضاء الدستوري العراقي من القيمة الدستورية للميثاق لابد من إعطاء لمحة موجزة عن نشأته وملامحه الأساسية التي جاء بها، ومن ثم بيان بعض النقاط التي من خلالها نحاول معرفة القيمة الدستورية لهذا الميثاق وموقف القضاء منه.

بعد ١٧ تموز عام ١٩٦٨ كان على حزب البعث العربي الاشتراكي الذي تولى السلطة في العراق آنذاك أن يوضح فلسفته السياسية، وان يحدد المهام التي ينبغي عليه انجازها ، فقد اصدر دستورين هما دستور أيلول عام ١٩٦٨ ودستور تموز عام ١٩٧٠ ثم قام بعد ذلك بإصدار الميثاق الوطني عام ١٩٧٣ الذي حمل عنوان (ميثاق العمل الوطني والنظام الداخلي وقواعد العمل في الجبهة الوطنية والتقدمية) الذي لم يتطرق فيه إلى الدستور الذي كان قائماً في الوقت ذاته، بل تحدث عن الدستور الذي يفترض منه أن يكون دائماً، وكان الميثاق عبارة عن بيان لرؤى القيادات السياسية وتأطيراً نظرياً للمهام والقضايا التي يوجب على السلطة أن تتخذ خطواتها نحو الفعل والممارسة .

واحتوى الميثاق على مقدمة طويلة نسبياً تضمنت منجزات الثورات على الصعيد القومي والوطني وتطرقت بشكل خاص لثورة ١٧ تموز عام ١٩٦٨ وأهم المنجزات التي حققتها لغاية صدور الميثاق، فضلاً عن ذلك تضمن الميثاق عناوين رئيسية فيه وهي النظام السياسي، والأهداف الاجتماعية، والإعلام، والسياسة الخارجية(٢).

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن الميثاق على الرغم من تضمنه لبعض المبادئ المتعلقة بالنظام السياسي والأهداف الاجتماعية إلا انه يطغى عليه الطابع الحزبي والأيدلوجي الذي جاء لي طرح ما تؤمن به الجهة التي أصدرته وما يحمله من رؤى وتصورات عن المجتمع المزمع إقامته .

وعلى هذا يلاحظ في ظل ميثاق العمل الوطني ما يأتي :

١. لم يتناول الفقه أمر البحث في القيمة القانونية بشكل خاص لميثاق العمل الوطني لعام ١٩٧٣، بل كانت آراء الفقهاء تدور حول القيمة القانونية

(١) د. عادل عمر الشريف ، المصدر السابق ، ص ١٨٦ .

(٢) أزهار عبد الكريم عبد الوهاب، المصدر السابق ، ص ١٠٥-١١٣ .

للمواثيق الوطنية بشكل عام، التي صدرت في كل من مصر والجزائر (١) واليمن (٢) ولبنان (٣) فقد ذهبوا إلى ما ذهب إليه الفقه في تحديد القيمة القانونية لهذه المواثيق وانقسموا على ثلاثة اتجاهات أحدهما ينكر القيمة القانونية عنها، والثاني يقر لها بالقيمة القانونية، وإن اختلفوا في المرتبة التي تنالها بين القواعد القانونية، أما أصحاب الاتجاه الثالث فقد فرقوا فيه بين المبادئ والإحكام التي تناولها تلك المواثيق، ومن ثم فلم يكن هناك اتجاه فقهي تناول مسألة البحث في القيمة القانونية للميثاق الوطني في العراق ومدى عده مرجعاً دستورياً.

٢. كل الدساتير اللاحقة لصدور الميثاق لم تنص لا صراحة ولا ضمناً على تمسكها بالميثاق أو بالمبادئ التي جاء بها، ويرجع ذلك بحسب رأينا إلى الاختلافات في الأنظمة السياسية التي حكمت البلاد في مختلف الحقب الزمنية التي مر بها. فضلاً عن إنها نصت صراحة على إلغاء الدساتير السابقة لها على خلاف الأمر لما حصل في فرنسا والتي نص فيها دستور ١٩٥٨ في ديباجته على تمسكه صراحةً وبصورة رسمية بالمبادئ والإحكام التي جاءت بها مقدمة دستور ١٩٤٨ وإعلان حقوق الإنسان والمواطن عام ١٧٨٩ وهذه إشارة صريحة منه على عدها رافداً دستورياً إلى جانب الدستور ليكون مجموعة دستورية متماسكة.

٣. لم يتطرق القضاء الدستوري العراقي في أي حكم صادر عنه للقيمة القانونية للمبادئ التي جاءت في الميثاق الوطني في العراق على خلاف الأمر في كل من فرنسا ومصر حيث عالج القضاء الدستوري في تلك الدول القيمة القانونية لإعلانات حقوق الإنسان والمواثيق الوطنية، ومن جانبنا نعتقد أن غياب موقف القضاء الدستوري يرجع إلى أمرين الأول هو حداثة القضاء الدستوري في العراق وغيابه في الوقت الذي صدر فيه الميثاق ومن ثم لم يكن هناك قضاءً دستورياً يرجع له للفصل في دستورية قانون ما، ومدى اعتبار الميثاق مرجعاً له عند تفحصه لدستورية القوانين، أما الأمر الآخر فيتعلق بما بناه في النقطة الثانية وهو النص في الدساتير اللاحقة على عدم العمل بالدساتير التي سبقت صدورها ومن ثم إبعادها من أن تكون مرجعاً له.

٤. عدم بروز الميثاق إلى حيز الوجود بالشكل الذي يستدعي الأمر البحث في قيمته الدستورية ويرجع ذلك لعدة أسباب :

(١) للمزيد من التفاصيل حول الميثاق الوطني في الجزائر يراجع د. سعيد بو شعير ، المصدر السابق، ص ١٠٨.

(٢) للمزيد من التفاصيل حول الميثاق الوطني اليمني يراجع أزهار عبد الكريم عبد الوهاب ، المصدر السابق، ص ١٠١-١٠٥.

(٣) للمزيد من التفاصيل حول ميثاق الوفاق الوطني اللبناني يراجع د. إبراهيم عبد العزيز شيجا ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص ٥٦٧-٥٧٠.

أ. أن الميثاق جاء دعوة لإصدار دستور مفترض أن يكون دائماً وهذا الدستور الذي جاء الميثاق ليعلن عنه لم يكتب له الحياة، وكان هناك مشروع دستور ١٩٩٠ إلا أنه لم يصدر، ومن ثم لم يصدر الدستور ليوثق الأفكار التي جاء بها الميثاق .

ب. لم يتطرق الميثاق إلى الدستور الذي كان ساري المفعول وقت إصداره وهو دستور ١٩٧٠ المؤقت الذي استمر سريانه إلى وقت كان أطول مما توقع له أن يبقى.

ج. لم يتضمن الميثاق قواعد تحدد مهام هيئات السلطة ولا كيفية تشكيلها ولا العلاقة بين بعضها البعض وان تضمن بعض المبادئ الدستورية مثل الديمقراطية والتعددية والتمثيل النسبي، إلا أن الطابع الحزبي والأيدلوجي طغى على غالبية مبادئه فقد كان عبارة عن ترجمة لأفكار حزب معين أو جهة معينة .

وهذه النقاط تدفعنا للقول بأن الميثاق الوطني في العراق لم تكن له أي قيمة دستورية بل كان مجرد أهداف وآمال سياسية جاءت معبرة عن فلسفة نظام الحكم ومن ثم فإن مبادئه جاءت مجردة من أي قوة إلزامية .

المطلب الثاني

القوانين الأساسية

من المستقر عليه أن الدستور يتبوأ موقع الصدارة بين سائر القواعد القانونية داخل الدولة، فالدستور بعّده سيد القوانين، والأداة التي تنظم العلاقة بين السلطات وتستمد منه السلطات العامة شرعيتها يأتي على قمة السلم القانوني للدولة، تليه القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية لتنظيم السلوك الاجتماعي للأفراد وتنظم الحقوق والحريات، ومن ثم تأتي التشريعات الفرعية (اللوائح) التي تصدرها السلطة التنفيذية؛ لتسيير مؤسسات الدولة أو لمواجهة حالة ضرورة... الخ، وانطلاقاً من هذا المفهوم يتم تسوية المسائل ذات الطبيعة الدستورية داخل الوثيقة الدستورية (على وفق المعيار الشكلي للدستور)، إلا أن التطورات التي لحقت بالدولة الحديثة أدت إلى زيادة أثرها التدخل، وما ترتب عليه من اتساع لحجم نشاطها، فلم تعد القواعد المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية تكفي لتنظيم كافة المسائل التي تحتاجها الدولة الحديثة في نشاطها^(١)، وقد أدى ذلك إلى جواز تنظيم بعض المسائل الدستورية بموجب قوانين تشريعية لإكمال النصوص الدستورية وتفصيل أحكامها وتنظيم سير عمل المؤسسات الدستورية، وعلى ذلك لم تعد القواعد الدستورية قاصرة على ما ورد بصلب الوثيقة الدستورية، وبات من الممكن على وفق المعيار الموضوعي للدستور أن يتم تنظيم موضوعات ذات طابع دستوري خارج نطاق الوثيقة الدستورية سواء أكان بوساطة قوانين دستورية أم بوساطة قوانين عادية^(٢).

(١) د. عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٢٩-٣٠.

(٢) د. دعاء الصاوي يوسف، القوانين الأساسية وعلاقتها بالسلطة والحريات، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٥٣.

ولبيان موقع القوانين الأساسية بين مكونات الكتلة الدستورية، ومدى عدها مرجعاً للقاضي الدستوري، سوف نعرض لتأصيل فكرة القوانين الأساسية ومن ثم تعريفها وأخيراً بيان القيمة الدستورية لهذه القوانين في الأفرع الآتية :

الفرع الأول: تأصيل فكرة القوانين الأساسية

ترجع فكرة القوانين الأساسية إلى الإمبراطورية الفرنسية الأولى التي عرفت نوعاً مقارباً لهذه القوانين وكان يطلق عليها **les sénatus consultes (organiques)** وكان يقصد بها القواعد القانونية الصادرة من مجلس الشيوخ والتي تكمل النصوص الدستورية وتكون متعلقة بهيئات الدولة، ويعود سبب ظهورها في تلك الفترة التاريخية إلى التفسير المغالى فيه للنصوص الدستورية، والذي كان يؤدي إلى السماح لمجلس الشيوخ بالتعديل في هذه النصوص (١).

وقد استخدم اصطلاح القوانين بصفة رسمية لأول مرة في دستور ٤ تشرين الثاني ١٨٤٨ حيث نصت المادة ١١٥ منه إلى الإحالة على هذه النصوص لتنظيم بعض الموضوعات المحددة بقوانين خاصة (٢) وطبقاً لهذا النص صدر قانون ١١ كانون الأول عام ١٨٤٨، وعلى الرغم من أن هذا الدستور نص على القوانين الأساسية إلا أنه لم يضع لها تنظيمًا خاصاً، سواء من حيث تحديد مجال تطبيقها أم من حيث قيمتها القانونية مقارنة بالقوانين العادية (٣).

ولقد ظهرت كذلك فكرة القوانين الأساسية في دستور ١٨٥٢، حيث نصت الفقرة الثامنة من المادة ٢٧ على حق مجلس الشيوخ في تنظيم كافة الموضوعات التي لم يتضمنها الدستور وتكون ضرورية لتنفيذ أحكامه، واستمر هذا الوضع قائماً في ظل دستور ١٨٧٥ ونظراً لما كان يتسم به هذا الدستور من اقتضاب نتيجة الظروف السياسية التي أحاطت بوضعه، والتي أدت إلى التزامه مسلكاً حذراً في مواجهة البرلمان فإن هذا الدستور لم يشر صراحة إلى فكرة القوانين الأساسية، كما أنه قد اتجه إلى التضييق من نطاق تطبيقها ولم يهتم بوضع نظام قانوني خاص بها (٤).

كذلك انتهج الدستور الصادر عام ١٩٤٦ ذلك المسلك، إذ عدّ القوانين الأساسية كالقوانين العادية، يقوم البرلمان بوضعها بحيث تخضع في إعدادها وإقرارها للإجراءات نفسها التي تخضع لها القوانين العادية، كما أن قيمتها تتماثل مع المرتبة القانونية للقواعد العادية؛ لذلك فإن الحدود بين هذين القانونين لم تكن

(١) د. عمر احمد حسبو، القوانين الأساسية المكملّة للدستور، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٠.

(٢) نصت المادة ٨٥ من دستور ١٨٤٨ الفرنسي على (أن قضاة الصلح ونوابهم وقضاة أو درجة الاستئناف وأعضاء محكمة النقض وديوان المحاسبة يعينهم رئيس الجمهورية بعد أمر الترشيح أو بعد الشروط المنظمة بواسطة قوانين عضوية) ينظر د. دعاء الصاوي يوسف، المصدر السابق، ص ١٤٨.

(٣) د. دعاء الصاوي يوسف، المصدر السابق، ص ٥٤.

(٤) د. علي عبد العال سيد احمد، القوانين الأساسية دراسة مقارنة، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ١٥.

واضحة المعالم، ويرجع السبب في عدم وجود نظام قانوني مستقل للقوانين الأساسية خلال هذه الفترة إلى أن هذه الحقبة كانت تتسم بالسيادة والسيطرة المطلقة للبرلمان ولاسيما في ظل دستور ١٩٤٦، لدرجة أن القواعد الدستورية لم تسلم من هذه السيطرة حيث تعرضت أحيانا لاعتداء البرلمان عليها.

إلا أنه وبصدور دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لعام ١٩٥٨ بدأ مدلول القوانين الأساسية يتحدد، وكذلك نظامها، وذلك في ضوء الإجراءات الخاصة التي نص عليها هذا الدستور لإعداد تلك القوانين وإقرارها (١) واسبغ عليها وضعاً خاصاً تتماز به عن القوانين العادية (٢).

أما في مصر فقد عرفت القوانين الأساسية بعد التعديل الذي جرى على دستور ١٩٧١ النافذ سنة ١٩٨٠ حيث نصت المادة (١٩٥) الفقرة الثالثة منه على (أن يؤخذ رأي مجلس الدولة في مشروعات القوانين المكملة للدستور) وعلى ذلك أصبحت هذه القوانين تخضع في إنشائها وتعديلها لإجراءات تختلف عن إجراءات إنشاء وتعديل القوانين العادية (٣).

أما فيما يتعلق بالوضع في العراق فإن دساتيره المتعاقبة لم تضع نظاماً خاصاً مستقلاً للقوانين الأساسية، بل اكتفت بالإحالة في بعض المسائل ذات الطبيعة الدستورية إلى قوانين تصدر من السلطة التشريعية، غير أنها لم تعط وضعاً خاصاً لمثل هذه القوانين وإنما أطلقت عليها لفظ (قانون) فقط باستثناء دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ الذي اشترط إجراءات مختلفة عند إحالته بعض المسائل ذات الطبيعة الدستورية إلى القوانين ومنها ما نص عليه هذا الدستور في المادة (٦٥) المتعلقة بمجلس الاتحاد (يتم إنشاء مجلس تشريعي يدعى بمجلس الاتحاد يضم ممثلين عن الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم وينظم تكوينه وشروط عضويته واختصاصه وكل ما يتعلق به بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب) (٤).

(١) ينظر الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ المادة (٤٦) بعد التعديل الذي جرى عليها في أول آذار ٢٠٠٩ إذ نصت على (يتم التصويت على القوانين التي يضيف عليها الدستور طابع القوانين الأساسية، وتعديلها وفق الشروط الآتية):

لا يعرض المشروع أو الاقتراح على المجلسين، في مداولة أولى للمناقشة فيه والتصويت عليه إلا بعد انقضاء الأجل المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة ٤٢.

غير أنه، في حالة مباشرة الإجراء العاجل وفق الشروط المنصوص عليها في المادة ٤٥، لا يعرض المشروع أو الاقتراح للمناقشة أو التصويت عليه في المجلس الذي أخطر به أولاً إلا بعد انقضاء أجل خمسة عشر يوماً من إيداعه، غير أنه في حالة غياب الاتفاق، فإن النص لا يكون إقراره عن الجمعية الوطنية في المداولة الأخيرة إلا بالأغلبية المطلقة لأعضائها ولا يمكن إصدار القوانين الأساسية إلا بعد إقرار المجلس الدستوري بمطابقتها للدستور).

(٢) د. عمر أحمد حسبو، المصدر السابق، ص ١١.

(٣) درجب عبد الحميد، القانون الدستوري، النظرية العامة، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، بلا مكان طبع، ٢٠١١، ص ٤٠.

(٤) ينظر المادة (٦٥) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

الفرع الثاني: تعريف القوانين الأساسية

أن غالبية الدساتير التي نصت على وجود القوانين الأساسية لم تعط تعريفاً محدداً لها، ولم تبين المقصود بها، بل اكتفت ببيان الإجراءات الخاصة التي يجب أن تصدر بموجبها القوانين الأساسية.

وعلى ذلك حاول الفقه أن يجد للقوانين الأساسية تعريفاً، لذا عرفها البعض استناداً إلى الناحية الشكلية أي بالنظر إلى الإجراءات التي تحيط بإعدادها وإقرارها، والبعض الآخر يعتمد في تعريفه لها على المعيار الموضوعي أي بالنظر إلى الموضوعات التي تتضمنها هذه القوانين، في حين ذهب فريق ثالث إلى معيار مختلط يقوم على الجمع بين المعيار الشكلي والمعيار الموضوعي من أجل تعريف تلك القوانين، وترتيباً على ذلك سنتناول بالدراسة هذه المعايير في المقاصد الثلاثة الآتية:

المقصد الأول: المعيار الشكلي

يُنظر لمفهوم القوانين الأساسية بموجب هذا المعيار بنظرة شكلية مجردة، فعندما يفرد البرلمان إجراءات خاصة لإقرار القوانين الأساسية تكون مغايرة للإجراءات المتبعة في حال إصدار القوانين العادية، وتكون غالباً أشد صرامة، كاشتراط أغلبية خاصة (١) أو الالتزام بالحصول على موافقة هيئة ما (٢)، فحينئذ نكون أمام قانون أساسي (٣)، ومن ثم يمكن تعريف القانون الأساسي، طبقاً لهذا المعيار، بأنه مجموعة من القواعد القانونية التي تصدر من البرلمان وتخضع في وضعها وتعديلها لإجراءات خاصة تختلف عن تلك الإجراءات التي يخضع لها القانون العادي (٤).

بيد أنه يؤخذ على هذا المعيار أنه يؤدي إلى تحديد القوانين الأساسية تحديداً غير دقيق، حيث يترتب عليه أن يخرج من دائرة هذه القوانين بعض الموضوعات التي تنظم بقوانين عادية (٥)، ولكنها تعد بطبيعتها من بين الموضوعات المكملّة للدستور (١).

(١) مثال على ذلك ما نص عليه دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ في المادة (٦٥) منه بشأن إنشاء مجلس الاتحاد الذي اشترط لإقرار قانون إنشائه موافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب.

(٢) مثال على ذلك ما نص عليه الدستور المصري عام ١٩٧١ في المادة (١٩٤) الفقرة الثالثة منه التي اشترطت موافقة مجلس الدولة على مشروعات القوانين المكملّة للدستور.

(٣) د. عبد المجيد إبراهيم سليم، المصدر السابق، ص ٣٥.

(٤) د. عمر احمد حسبو، المصدر السابق، ص ١٩.

(٥) صدرت في العراق العديد من القوانين ذات الطبيعة الدستورية منها (قانون انتخاب مجلس النواب لسنة ١٩٢٤، قانون انتخاب النواب رقم ١١ لسنة ١٩٤٦، قانون انتخاب النواب رقم ٥٣ لسنة ١٩٥٦، قانون انتخاب أعضاء مجلس الأمة رقم ٧ لسنة ١٩٦٧، قانون المجلس الوطني رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٠، قانون المجلس الوطني رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٥، قانون الأحزاب السياسية رقم ٣٠ لسنة ١٩٩١، قانون تنظيم الاستفتاء الشعبي رقم ١٣ لسنة ١٩٩٥، قانون

وعلى العكس من ذلك هنالك طائفة من القوانين ينص الدستور على إخضاعها لإجراءات خاصة تختلف عن إجراءات القوانين العادية ومع ذلك لا تعد من قبيل القوانين الأساسية؛ وذلك لطبيعة الموضوعات التي تعالجها كونها ليست ذات طبيعة دستورية^(٢).

المقصد الثاني: المعيار الموضوعي

تعتمد هذه النظرة في تعريف القوانين الأساسية على جوهر القاعدة وطبيعتها، بغض النظر عن الشكل الذي تظهر فيه والإجراءات المتبعة في إصدارها^(٣)، فالقوانين الأساسية على وفق هذا المعيار هي القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية وتحمل الصفة الدستورية في جوهرها، أي تنظيم موضوعات ذات طابع دستوري^(٤)، وبهذا تشمل القوانين الأساسية جميع القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية والتي تنظم موضوعات دستورية سواء أصدرت بإتباع إجراءات خاصة أم بإتباع الإجراءات التي تصدر بها القوانين العادية^(٥).

غير أن الأخذ بالمعيار الموضوعي في تعريف القوانين الأساسية وإن كان أدق من سابقه إلا أنه يؤدي إلى إهدار ضمانات أساسية كفلها الدستور وألزم المشرع بها إلا وهي ضرورة إتباع إجراءات شكلية محددة لإقرار تلك القوانين^(٦).

المقصد الثالث: المعيار المختلط

ذهب أنصار هذا المعيار إلى البحث عن تعريف يجمع بين الاعتبارات الشكلية والتي من شأنها تمييز القانون الأساسي عن القانون العادي والاعتبارات الموضوعية والتي تعتمد على جوهر ومضمون القاعدة القانونية^(٧)، لتصبح القوانين الأساسية طبقاً لهذا المعيار ليست قوانين ذات طبيعة دستورية فحسب بل يجب أن تخضع في إعدادها وتعديلها لإجراءات خاصة تختلف عن الإجراءات التي تصدر بها القوانين العادية.

وبهذا تعرف القوانين الأساسية بأنها تلك القوانين التي تهدف إلى تطبيق نصوص الدستور المتعلقة بتنظيم السلطات العامة في الدولة أو حقوق الأفراد

الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥، قانون الإجراءات التنفيذية الخاصة بتكوين الأقاليم رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨).

(١) د. عبد المجيد إبراهيم سليم، المصدر السابق، ص ٣٢.

(٢) د. دعاء الصاوي يوسف، المصدر السابق، ص ٥٥.

(٣) د. رجب عبد الحميد، المصدر السابق، ص ٤٠.

(٤) د. عمر احمد حسبو، المصدر السابق، ص ٢٨.

(٥) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، المصدر السابق، ص ٤٤٢.

(٦) د. عبد المجيد إبراهيم سليم، المصدر السابق، ص ٣٣.

(٧) د. عمر احمد حسبو، المصدر السابق، ص ٣٤.

وحررياتهم، ويلزم في إقرارها من جانب السلطة التشريعية إجراءات خاصة بتغيير الإجراءات الواجبة الإتباع في القوانين العادية(١).

بيد أن ابرز ما يمكن ملاحظته على هذا التعريف انه وإن عالج مسألة القوانين التي تصدر من السلطة التشريعية بإجراءات خاصة ليس لها طبيعة دستورية، وأخرجها من دائرة القوانين الأساسية، إلا انه يخرج أيضاً من دائرة هذه القوانين بعض الموضوعات التي تصدر بالإجراءات نفسها التي تصدر بها القوانين العادية وتعالج مسائل ذات صفة دستورية(٢).

وعليه ومن جانبنا نفضل التعريف الذي يعتمد على المعيار الموضوعي، لأنه وان كان يهدر ضرورة إتباع إجراءات خاصة لإقرار القوانين الأساسية، إلا انه لا يترتب عليه استبعاد القوانين التي تضعها السلطة التشريعية بنفس الإجراءات المتبعة في إصدار القوانين العادية وتعالج مسائل ذات طبيعة دستورية . وبهذا يمكن الوصول إلى نتيجة مؤداها أن أفضل المعايير التي قيلت في تعريف القوانين الأساسية هو المعيار الموضوعي .

الفرع الثالث: القيمة الدستورية للقوانين الأساسية

تباينت آراء الفقه في تحديد الصفة الدستورية للقوانين الأساسية بين اتجاه ينكر عنها القيمة الدستورية ويُعدها في منزلة اقل من المنزلة الدستورية ، وبين اتجاه ثان يقر لها بالقيمة الدستورية اعتماداً على المعيار الموضوعي وعدها في مصاف القواعد الدستورية . وسنتولى بيان هذين الاتجاهين في المقصدين الآتيين:

المقصد الأول: إنكار القيمة الدستورية عن القوانين الأساسية

استند أنصار هذا الاتجاه(٣) في تحديد مرتبة القوانين الأساسية إلى المعيار الشكلي، وذهبوا إلى القول بأن مرتبة القوانين الأساسية تتحدد من خلال النظر إلى الإجراءات المتعلقة بوضعها وتعديلها(٤)، فإذا كان القانون الأساسي يصدر ويعدل بذات الطريقة التي يصدر بها القانون العادي فإنه يأخذ مرتبة القانون العادي سواء صدر تطبيقاً لنص وارد في الوثيقة الدستورية أم كان قد صدر تلقائياً عن السلطة التشريعية(٥)، أما إذا كانت هذه القوانين تصدر وتعديل بإجراءات خاصة تفوق

(١) د. دعاء الصاوي يوسف ، المصدر السابق ، ص ٦٠ .

(٢) د. عبد المجيد إبراهيم سليم ، المصدر السابق ، ص ٣٩ .

(٣) من أنصار هذا الاتجاه د. عادل عمر الشريف الذي قال (وبالتالي لن يأتي بحال في ظل نظامنا الدستوري ان يتقرر لهذه التشريعات قوه النصوص الدستورية ذاتها ، فإذا كان الأمر كذلك ، وكان من الثابت وفقاً لما استقر عليه القضاء الدستوري ، واطردت عليه أحكامه ، أن رقابة دستورية التشريعات تستهدف صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه ، وان مناط هذه الرقابة هو مخالفة التشريع الطعين لنص دستوري لا لنصوص تشريعية أخرى ، وترتيباً على ذلك لا يسوغ اعتبار القوانين الأساسية مرجعاً للرقابة القضائية على دستورية التشريعات). ينظر في ذلك عادل عمر الشريف ، المصدر السابق ، ص ١٨٨-١٨٩ .

(٤) د. رمزي طه الشاعر ، المصدر السابق ، ص ١٣٨ .

(٥) د. جورج شفيق ساري ، المصدر السابق ، ص ١١١ .

إجراءات إقرار القوانين العادية، فإن مرتبة هذه القوانين تعلو مرتبة التشريعات العادية، إلا إنها لا تصل لمرتبة التشريعات الدستورية بل تحتل مرتبة وسطى بين التشريعات الدستورية والتشريعات العادية^(١)، إذ تقع التشريعات الدستورية في قمة التدرج الهرمي للقواعد القانونية ثم تأتي القوانين الأساسية لتتبع مرتبة أقل من التشريعات الأولى، ثم تليها القوانين العادية التي تأخذ المرتبة الثالثة في تدرج القواعد القانونية^(٢).

المقصد الثاني: إضفاء الصفة الدستورية على القوانين الأساسية

أنصار هذا المعيار يركزون على مضمون أو جوهر القاعدة وليس على الشكل والإجراءات المتبعة في إصدارها؛ لأن الشكل ليس العامل الوحيد لتحديد قاعدة ما بل هناك عوامل أخرى منها جوهر القاعدة ومضمونها.

وقد بينا عند تعريف القواعد الدستورية طبقاً للمعيار الموضوعي بأنها مجموعة من القواعد القانونية التي لها صفة دستورية من حيث المضمون والجوهر، سواء كانت واردة في صلب الوثيقة الدستورية أم أنها وردت في قوانين عادية^(٣)، فالعبرة هنا بمضمون القاعدة وجوهرها كونها تتناول مسائل دستورية

بعيداً عن البحث عن مصدر هذه القاعدة أو مرتبتها في تدرج القواعد القانونية^(٤).

وعليه فالقاعدة الدستورية لا تقتصر على الوثيقة الدستورية فحسب بل تمتد إلى مصادر أخرى ومن ضمنها القوانين الأساسية؛ لأنه كما بينا سلفاً أن القواعد المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية لم تعد تكفي لتنظيم كافة المسائل التي تحتاجها الدولة الحديثة لممارسة نشاطها، مما أدى إلى جواز اللجوء إلى تنظيم بعض المسائل الدستورية بموجب قوانين تصدر من المشرع العادي^(٥)، الأمر الذي يترتب عليه منح القانون الأساسي قيمة النصوص الدستورية وإسباغ الطابع الدستوري عليها^(٦)، وهذه نتيجة طبيعية يمكن الوصول إليها لاتحاد القوانين الأساسية مع النصوص الدستورية^(٧).

(١) د. فتحي فكري، المصدر السابق، ص ٥٨.

(٢) د. عمر احمد حسبو، المصدر السابق، ص ١٧٥.

(٣) د. عبد الفتاح ساير داير، المصدر السابق، ص ١٤٢.

(٤) د. محسن العبودي، المصدر السابق، ص ٢٤.

(٥) د. عبد المجيد إبراهيم سليم، المصدر السابق، ص ٢٩.

(٦) د. عمر احمد حسبو، المصدر السابق، ص ٢١.

(٧) أيد هذا الاتجاه الفقيه د. رمزي طه الشاعر بقوله (إذا كانت القوانين الأساسية في مرتبة أعلى من القوانين العادية، فإن المحكمة الدستورية تعتبر هي المختصة بهذه الرقابة استناداً إلى أن القوانين الأساسية تعد مصدراً من مصادر القاعدة الدستورية في الدولة ومن الممكن أن ينصرف اصطلاح رقابة الدستورية في الدولة إلى جميع مصادر القاعدة لاسيما وان نص ماده ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا عندما حدد حالات اختصاص المحكمة الدستورية قد استخدم عبارة "إذا تراءى لأحد المحاكم عدم دستورية نص في قانون ..." اذ يمكن أن

ومن جانبنا نؤيد الرأي الذي يضيفي الصفة الدستورية على القوانين الأساسية ويمكن بيان ذلك من خلال الرد على الحجج التي استند إليها أصحاب الاتجاه الأول، فالقول أن القوانين الأساسية تحتل مرتبة وسطى بين القوانين الدستورية والقوانين العادية لكونها توضع بإجراءات خاصة تفوق إجراءات إصدار القوانين العادية يمكن الرد عليه بالقول أن غالبية الفقه الفرنسي ذهب إلى القول بأنه ليس هناك تبعا لمبدأ تدرج القوانين سوى درجتين من التشريعات القانونية الأولى تحتلها التشريعات الدستورية والأخرى تحتلها التشريعات العادية، ومن ثم لا يوجد هناك قواعد ذات مرتبة وسطى بين المرتبتين، فإما أن تحتل مرتبة القوانين الدستورية أو تأخذ قيمة القوانين العادية، وبما أن هذه القوانين تعالج مسائل متحدة من الناحية الموضوعية مع القواعد الدستورية فهي اقرب إلى النصوص الدستورية من القوانين العادية، هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن القول بان الإجراءات الشكلية هي المعيار الأساسي لتحديد مرتبة القوانين الأساسية يمكن الرد عليه بان هنالك الكثير من القوانين تصدر بالإجراءات الخاصة نفسها التي تصدر بها القوانين الأساسية ومع ذلك لا تعد من قبيل القوانين الأساسية، منها ما نص عليه الدستور الفرنسي عام ١٩٥٨ فيما يخص القوانين المالية وكذلك الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ فيما يتعلق بإقرار المعاهدات الدولية، وان ما يميز هذه القوانين عن القوانين الأساسية هي الموضوعات التي تعالجها، من حيث كونها ذات طبيعة دستورية أم لا.

وعليه فإن المعيار المميز بين هذين النوعين من القوانين هو المعيار الموضوعي على الرغم من وحدة الإجراءات المتبعة في إصدارها، فضلاً عن أن النصوص الدستورية نفسها قد تختلف إجراءات تعديلها من نص إلى آخر وهذا لا ينفي الصفة الدستورية عن بعضها ولا يضيفي على البعض الآخر قيمة أعلى من القيمة الدستورية.

ومن كل هذا يمكن الخروج بنتيجة مؤداها أن القوانين الأساسية تحتل القيمة نفسها التي تتألف النصوص الدستورية، ومن ثم تعد مكوناً من مكونات الكتلة الدستورية.

المطلب الثالث

المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية

إذا كانت السلطة القضائية تتولى مسؤولية فض المنازعات التي تنشأ بين الأفراد، أو بين الأفراد والدولة تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، فإن وسيلة

نعتبر عدم الدستورية هنا بأنها مخالفة احد مصادر القاعدة الدستورية، سواء كانت الوثيقة الدستورية ذاتها او احد القوانين الأساسية التي تعتبر في مرتبة أسمى من مرتبة القوانين العادية). يراجع في ذلك د. رمزي طه الشاعر، المصدر السابق، ص ٥٦٩-٥٧٠.

وبذات الرأي ذهب د. منذر الشاوي بقوله (وأخيراً فإن القوانين الأساسية.. هي قواعد دستورية، فمثل هذه القواعد تكمل، في الواقع، القواعد الدستورية ومن ثم فهي قواعد دستورية تكميلية). ينظر: د. منذر الشاوي، المصدر السابق، ص ١٥٥.

القاضي لذلك هي إنزال حكم القانون على الواقعة أو الوقائع المعروضة عليه،
ليتمكن من إيجاد الحل الملائم للفصل في النزاع المعروض عليه^(١).
بيد إن القاضي قد لا يجد في المصادر المقررة في القانون الوضعي القاعدة
الواجبة التطبيق على النزاع المعروض؛ وذلك لكون التشريع مهما يكن دقيقاً في
نصوصه وشامل النظرة في تصوره للمسائل التي ينظمها، فإنه لا يمكن مع ذلك أن
يتنبأ بجميع الحالات الخاصة والمراكز الجديدة التي توجد في الحياة العملية، وإزاء
ذلك وكون القاضي ملزماً بالفصل في النزاع، فإنه سيجد نفسه ملزماً بأن يستعمل
فكره وعقله، وإن يجتهد قدر استطاعته وقناعته لاستنباط الحكم الملائم، الذي
يستوحيه من خلال استرجاع القواعد القانونية المعمول بها في الدولة والقيم العليا
للمجتمع سواء كانت كامنة في ضمير الجماعة أم يمكن استخراجها من بين
نصوص الدستور أم غيرها من القواعد الوضعية ليستنبط مبدأ عاماً له أسباب
وحجج قانونية، ليطبقه على النزاع المعروض عليه وتبعاً لذلك سيكتسب هذا المبدأ
قوة الإلزام ويندرج ضمن قواعد المشروعية^(٢).

على أن مصادر تلك المبادئ ليست واحدة إذ تتنوع مصادرها ما بين
القواعد المكتوبة والقواعد غير المكتوبة، وتبعاً لتنوع مصادرها ثار خلاف حول
القيمة القانونية للمبادئ العامة على وجه العموم والقيمة القانونية للمبادئ العامة
ذات القيمة الدستورية على وجه الخصوص وهو موضوع بحثنا في هذا القسم من
الدراسة، ولبيان القيمة الدستورية لهذه المبادئ نتعرض أولاً لبيان مفهوم المبادئ
العامة ذات القيمة الدستورية ومن ثم تمييزها عن المبادئ العامة ذات القيمة
التشريعية، ونعرض أخيراً القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون.

الفرع الأول: مفهوم المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية

يطلق اصطلاح المبادئ العامة للقانون على مجموعة المبادئ القانونية
التي يستنبطها القضاء من بين القواعد القانونية المعمول بها في الدولة، سواء أكانت
نصوصاً تشريعية أم قواعد عامة موجودة في مقدمات الدساتير أو إعلانات حقوق
الإنسان أو من خلال قيم عليا مستقرة في ضمير الجماعة، كقيم العدالة والحرية
والمساواة وغيرها من القيم ليطبقها على تلك الالتزامات ويخلع عليها صفة الإلزام،
وتعد تبعاً لذلك مصدراً من مصادر المشروعية^(٣).

أما المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية فهي مجموعة من المبادئ التي
يستنبطها القاضي الدستوري من بين القواعد ذات القيمة الدستورية، سواء أكانت
واردة في الوثيقة الدستورية، أم مستوحاة من مقدمات الدساتير وإعلانات حقوق

(١) د. عبد المجيد إبراهيم سليم، المصدر السابق، ص ٤٦٦.

(٢) طه سعيد السيد، مبدأ سيادة القانون وضمائنه، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشرعية
الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، بلا سنة، ص ٦٣.

(٣) د. عبد المجيد إبراهيم سليم، المصدر السابق، ص ٤٦٧.

الإنسان وإضفاء القوة الدستورية عليها , لتعد مرجعاً له عند الفصل في الدعوى الدستورية (١).

ويعود الفضل في ظهور المبادئ العامة للقانون ونشأتها سواء كانت ذات قيمة تشريعية أم دستورية إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي كان له الأثر الأكبر في تقرير المبادئ العامة في أحكامه العديدة, حيث بدا يعمل على استنباطها منذ نشأته, وان لم يعلن صراحة عن قوتها الإلزامية بعدّها مصدراً للقانون إلا بعد الهزيمة التي لحقت فرنسا وانهيار الجمهورية الثالثة (٢)؛ نتيجة الغزو النازي الألماني, وما تبعه من انهيار ما كان مستقراً فيها من مبادئ دستورية (٣), ولذلك لم يكن أمام مجلس الدولة الفرنسي إلا أن يلجأ إلى إنشاء نظرية متكاملة للمبادئ العامة للقانون لتحل محل المبادئ المنهارة, دفاعاً عن الحقوق والحريات العامة وليلزم الإدارة في ذلك الوقت على احترامها بعدها مصدراً من مصادر القانون, فأعلن القضاء رسمياً ميلاد هذه النظرية عام ١٩٤٥ (٤), والتي ظلت طويلاً في بطون الأحكام , ومع السنوات

(١) د. أمين عاطف صليبا , المصدر السابق , ص ٢٥٦.

(٢) صدر في ظل هذه الجمهورية مبادئ أساسية أطلق عليها تسمية المبادئ الأساسية المعترف بها من قبل الجمهورية , وليبيان ما المقصود بهذه المبادئ طرح بعض الفقه الفرنسي وعلى رأسهم الأستاذ ريفيرو أسئلة عديدة تتعلّق بهذه المبادئ كلها تدور حول ما المقصود بالمبادئ وما هي القوانين وما الجمهورية ؟ ومن خلال الإجابة على هذا الأسئلة بين الفقه الفرنسي المقصود من هذه المبادئ, فأجاب ان المقصود بها تلك المبادئ التي تتضمنها قوانين عادية والتي تحمل طابع سياسي والتي كفلتها هذه القوانين في ظل الجمهورية الثالثة وقبل دخول مقدمة ١٩٤٦ حيز التنفيذ, التي أطرت الحياة السياسية والاجتماعية في تلك الفترة , ثم اكتسبت بمرور الزمن هيئة واحتراما مكنها من اكتساب القيمة الدستورية , وتأكّدت هذه القيمة من قبل المشرع والقضاء الدستوري , فقد نص دستور ١٩٥٨ في ديباجته على تمسكه بمقدمة دستور ١٩٤٦ التي تضمنت الاعتراف بالمبادئ الأساسية المعترف بها من قبل الجمهورية , ثم جاء القضاء الدستوري ليؤكد هذه القيمة ومن أهمها قراره الصادر في ١٦ تموز ١٩٧١ , لتصبح هذه المبادئ احد مكونات الكتلة الدستورية في النظام الدستوري الفرنسي . للمزيد ينظر .

- Genevois B., « Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ; RFDA, 1998, p. 477.

- Champeil-Desplats V., Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques, Paris, Economica, PUAM, 2001, p 306.

(٣) د. محمد رفعت عبد الوهاب , القضاء الإداري, مصدر سابق, ص ٣٩.

(٤) في ٢٦ تشرين الأول عام ١٩٤٥ اصدر مجلس الدولة الفرنسي مجموعة من الأحكام التي تعد أساساً لنظرية المبادئ العامة للقانون وهي (tabti , belloir , mattei , sieussrs aramu) , وفيها أعلن صراحة عن المبادئ العامة للقانون الواجبة التطبيق حتى بدون نص . ينظر د.

وباطّراد الأحكام تطورت هذه النظرية وتعمقت بمبادئ جديدة , إلى جانب قيام الأحكام الحديثة بضبط حدودها واستخدامها لحماية أسس التنظيم الاجتماعي والسياسي حتى لا تتأثر بالظروف الوقتية(١).

ويلاحظ انه على الرغم من عودة الحياة الدستورية واستقرار الأوضاع في فرنسا على اثر صدور دستور ١٩٤٦ , فان مجلس الدولة لم يغير هذا المسلك الذي كان يهدف من ورائه إلى الدفاع عن الحريات والحقوق الفردية , وذلك حرصا منه على حماية هذه الحريات وتلك الحقوق(٢) , فصدر عنه العديد من القرارات التي قضت على نحو صريح بعبارات لا تحمل أي غموض أو لبس بوجود (المبادئ العامة ذات القيمة التشريعية) (٣).

إلا انه وبدخول دستور ١٩٥٨ حيز التطبيق , اخذ الموضوع بعداً آخر ولاسيما بعد أن نص الدستور على إعطاء الحكومة حق إصدار اللوائح من دون الاستناد إلى قانون سابق , وتستمد اختصاصها من الدستور ذاته(٤) , إذ اتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى الاعتراف للمبادئ العامة للقانون بالقيمة الدستورية كوسيلة لفرض احترامها على اللوائح المستقلة (٥) ؛ لأن القول بغير ذلك يحرر الإدارة من كل قيد ويمنحها سلطة غير محددة , ومن ثم عدم إخضاع تلك اللوائح للرقابة المستقلة (٦).

أما القضاء الدستوري فقد حذا حذو القضاء الإداري , إذ كان للقاضي الدستوري بصمات واضحة تضاهي بصمات القاضي الإداري , إذ ترسم القاضي الدستوري خطوات القاضي الإداري , فاخذ يجتهد لاستخلاص ما يعرف بالمبادئ العامة ذات القيمة الدستورية , ليجعل منها مرجعاً يحتكم إليه عند الفصل في النزاع القائم أمامه ولاسيما إذا لم تسعفه النصوص الدستورية التي غالبا ما تكون مقتضبة

محمد رفعت عبد الوهاب , المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , ٢٠٠٩ , ص ٢٦ .

(١) د. سعد عصفور و د. محسن خليل , المصدر السابق , ص ٦٢-٦٣ .

(٢) د. اشرف فايز اللساوي , الشرعية الدستورية في التشريعات المختلفة ودور القضاء الدستوري في رقابة المشروعية , ط ١ , المركز القومي للإصدارات القانونية , مصر , ٢٠٠٦ , ص ٣٩-٤٠ .

(٣) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا , القضاء الإداري , مصدر سابق , ص ١٢٤ .

(٤) ينظر نص المادة (٣٧) من الدستور الفرنسي ١٩٥٨ التي نصت على (المواد التي لا تدخل في نطاق القانون تكون لها صفة لائحية , يمكن تعديل النصوص ذات الشكل التشريعي التي تدخل في هذه المواد بمرسوم بعد اخذ رأي مجلس الدولة , غير انه لا يجوز تعديل النصوص ذات الشكل التشريعي التي تصدر بعد بداية سريان تطبيق هذا الدستور بمرسوم الا اذا قرر المجلس الدستوري بأن لها صفة لائحية بموجب الفقرة السابقة)

(٥) ينظر د. عبد المجيد إبراهيم سليم , المصدر السابق , ص ٤٧٩ .

(٦) د. محمد رفعت عبد الوهاب , المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية , مصدر سابق , ص ١٤٨-١٤٩ .

أو موجزة مما يجعلها عاجزة عن الوفاء بالمطلوب, وهذا ما يدفعه الى ابتكار مبادئ تمكنه من مواجهة المنازعات المعروضة عليه من خلال تفسير النصوص وتبديد ما اكتنفها من غموض, وعلاج النقص الذي قد يعترئها, وإزالة التعارض الذي قد يقوم بينها, والبحث عن حقيقة إرادة المشرع التأسيسي عندما تكون إرادته الظاهرة غير مسعفة.

وهذه المبادئ التي يصنعها القاضي الدستوري ما هي إلا مبادئ مستوحاة من النصوص ذات القيمة الدستورية سواء كانت داخل الوثيقة الدستورية أم أنها تقع خارج إطارها, مما أضفى عليها القوة الدستورية لتصبح مرجعاً له عند الفصل في الدعوى الدستورية(١).

الفرع الثاني : تمييز المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية عن المبادئ العامة ذات القيمة التشريعية

اعترف الكثير من الفقهاء المعاصرين بانفصال المبادئ العامة إلى مجموعتين, مجموعة ذات قيمة دستورية وتسمى (المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية), ومجموعة أخرى ذات قيمة تشريعية وتسمى (المبادئ العامة ذات القيمة التشريعية)(٢), واستندوا في التمييز بين هذين النوعين من المبادئ إلى عدة جوانب :

١. **من حيث النشأة :** استقر الجانب الأكبر من الفقه على أن المبادئ العامة للقانون قبل صدور دستور ١٩٥٨ الفرنسي كانت تحتل مرتبة القانون العادي, وتتمتع بالقوة التي يتمتع بها التشريع, ومن ثم تعد المبادئ في تلك المدة مبادئ عامة ذات قيمة تشريعية, أما بعد صدور دستور ١٩٥٨ اتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى الاعتراف للمبادئ العامة للقانون بالقيمة الدستورية, لجعلها وسيلة لفرض احترامها على اللوائح المستقلة(٣), وأكد المجلس الدستوري في العديد من أحكامه على القيمة الدستورية لهذه المبادئ(٤), فاصدر العديد من الأحكام التي نصت على العديد من المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية.

٢. **من حيث الجهة التي أصدرتها :** أستاذت جانب من الفقه عند التمييز بين هذين النوعين من المبادئ على الجهة التي تصدر منها(٥), فإذا صدرت من القاضي الإداري فإنها في الغالب الأعم تكون ذات قيمة تشريعية, أما إذا صدرت من القاضي الدستوري فلها قيمة دستورية؛ لكون مجلس الدولة الفرنسي (القاضي الإداري) لا يراقب

(١) د. رفعت عيد سيد , الوجيز في الدعوى الدستورية, مصدر سابق , ص ٩٢-٩٣ .

(٢) د. عبد المجيد إبراهيم سليم , المصدر السابق , ص ٤٧٩ .

(٣) د. محسن خليل , القضاء الإداري اللبناني, مصدر السابق , ص ١٠٧ .

(٤) د. محمد رفعت عبد الوهاب , المبادئ العامة للقانون, مصدر سابق, ص ١٥٣ .

(٥) د. أمين عاطف صليبا , المصدر السابق , ص ٢٥٠ .

الدستورية، بل يراقب المشروعية، أي مدى اتفاق اللوائح والقرارات الإدارية مع التشريع؛ لذلك فإنه يعطي المبادئ التي يستنبطها قيمة تشريعية حتى يتمكن من إدخالها ضمن مكونات الكتلة التشريعية. أما المجلس الدستوري (القاضي الدستوري) فإنه يراقب الدستورية، أي مدى اتفاق التشريع مع الدستور، فإن من مصلحته حتى يتمكن من إدخال هذه المبادئ ضمن مفردات الكتلة الدستورية وإن يسبغ عليها قيمة دستورية، فإذا ما حدث تعارض بين اجتهاد القاضي الإداري وبين اجتهاد القاضي الدستوري، فإن الأولوية للاجتهادات التي يقضي بها القاضي الدستوري والتي تحوز قوة الشيء المحكوم فيه^(١).

٣. من حيث المصدر الذي اقتبس منه القاضي هذه المبادئ : المبادئ العامة ذات القيمة التشريعية يكون مصدرها في الغالب النصوص التشريعية بعد استقرار الإرادة الضمنية أو المفترضة للمشرع، في حين أن المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية يكون مصدرها النصوص الدستورية حال تفسيرها أو من خلال إعلانات حقوق الإنسان ومقدمات الدساتير والعهد الدولية^(٢) بعد تحويلها من قواعد نظرية إلى قواعد ملزمة تقبل التطبيق ويلزم بها المشرع إذا تجاوز إطار سلطته التقديرية^(٣).

الفرع الثالث: القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون

أن مسألة القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون لم تكن تثير مشكلة حقيقة في الفقه والقضاء قبل صدور الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ الحالي، إذ ذهب الرأي السائد الذي حظي تقريبا بإجماع الفقه في هذه المرحلة التي سبقت دستور ١٩٥٨، إلى القول بأن المبادئ العامة للقانون لها قيمة قانونية معادلة لقيمة القانون العادي، ولا تصل إلى مرتبة النصوص الدستورية، وتؤكد هذا الرأي من قبل القضاء الذي أقر في بعض أحكامه عبارات صريحة ومباشرة للمبادئ العامة للقانون بالقيمة التشريعية.

إلا أن القيمة القانونية للمبادئ العامة أثرت بعد صدور دستور عام ١٩٥٨، حيث ثار الخلاف بشأن القيمة التي تنالها هذه المبادئ ومرتبته، فأثيرت العديد من التساؤلات حول قيمة هذه المبادئ، هل تحتفظ بالقيمة نفسها التي كانت تنالها قبل عام ١٩٥٨ أم إنها تنال قيمة تفوق القيمة التشريعية لتصل إلى مصاف قيمة القواعد الدستورية؟ أو أن هناك تمايزاً في القيمة القانونية لهذه المبادئ العامة بحيث يحتل بعضها القيمة الدستورية ولا يرق البعض الآخر إلى هذه المرتبة ويقف عند حدود القيمة التشريعية؟

(١) د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، مصدر سابق، ص ٩٤-٩٥.

(٢) طه سعيد السيد، المصدر السابق، ص ٦٤.

(٣) د. عبد المجيد إبراهيم سليم، المصدر السابق، ص ٤٨١.

سنحاول الإجابة على هذه التساؤلات من خلال بيان الاتجاهات
الفقهية التي قُبلت بشأن القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون في المقاصد
الآتية:

المقصد الأول: الاتجاه الذي يضفي قيمة تشريعية على جميع المبادئ العامة للقانون

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن الاعتراف للمبادئ العامة
للقانون بالقيمة الدستورية أمر لا يمكن الأخذ به؛ لأنه يؤدي إلى الإخلال
بوحدة الطبيعة التي يجب أن تسود المبادئ العامة للقانون، فضلا عن أنه
يخالف المنطق القانوني^(١)، فالقول بأن المبادئ العامة لها قوة دستورية
معناه أن هذه المبادئ تقيد المشرع العادي في وضعه للقانون، وهو مالا
يمكن التسليم به، فالمشرع العادي لا يتقيد إلا بأحكام الدستور بعده أعلى
القواعد القانونية في مدرج النظام القانوني في الدولة^(٢)؛ لأن القول بغير
ذلك يعطي للقاضي سلطة إنشاء القواعد الدستورية وهذا يتناقض مع طبيعة
عمل القضاء^(٣)، وإن من ذهب إلى القول بأن القاضي الدستوري أقر لهذه
المبادئ بالقيمة الدستورية في الأحكام الصادرة عنه، فإنه قد خلط بين
المبادئ الدستورية التي يستخدمها القاضي الدستوري في الرقابة على
دستورية مشروعات القوانين وبين المبادئ العامة للقانون التي استخدمها
في مجال تحديد اختصاص كل من القانون واللائحة استناداً إلى ما جاء في
الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ في المادة (٣٧) منه.

فبالنسبة إلى المبادئ الأولى فالمجلس الدستوري استخدم مبادئ
عامة مكتوبة، يحرص على ربطها بنص دستوري محدد ولا يستخدم
اصطلاح المبادئ العامة للقانون ولا يشير إليها لا من قريب ولا من بعيد،
ففي كل حكم يصدر عنه يشير فقط إلى هذا المبدأ الدستوري أو ذاك

(١) د. إبراهيم عبد العزيز شيجا، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ١٢٩-١٣٠.

(٢) أيد هذا الاتجاه العديد من الفقهاء من أبرزهم الأستاذ chaps الذي ذهب إلى القول ((إذا كان
من الطبيعي أن يعرض الفقهاء للمبادئ القانونية العامة فهم يعرضون لها باعتبارها قواعد
غير مكتوبة معادلة للقانون، مزودة بقوة تشريعية تقع في نفس مستوى القانون العادي))
وهو نفس ما انتهى إليه (Geauneau) (auby et drgo). ينظر د. إبراهيم عبد العزيز
شيجا، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ١٢٣.

(٣) ومن أهم من ناصر هذه الحجة د. محمد فؤاد مهنا بقوله (بالرغم من أن الرأي متفق عليه عندنا
على أن القضاء كان يملك الفصل في دستورية القوانين قبل إنشاء المحكمة العليا إلا أننا نرى
مع ذلك أنه لا يجوز أن يقرر مبدأ عاما يتعارض مع نص تشريعي صريح، لأن القضاء
بطبيعته وضعه لا = يمكن أن تكون له سلطة أعلى من سلطة المشرع، وعلى هذا فلا يجوز
أن يقرر مبدأ يخالف نصا صريحا أقره المشرع، وسلطة القاضي في الفصل في دستورية
القوانين إنما تقتصر على الامتناع عن تطبيق القانون إذا كان هذا القانون يخالف الدستور. ولا
يمكن أن تصل هذه السلطة إلى حد إنشاء مبدأ جديد يخالف نصا تشريعا صريحا) ينظر د.
محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية، مصر، ١٩٧٧
ص ٦٠.

ويحرص على ربط المبدأ بأحد النصوص الدستورية التي يحويها الدستور أو أحالت إليها مقدمة دستور ١٩٥٨ (١).

أما بالنسبة إلى الشق الثاني المتعلق بالمبادئ العامة للقانون فنجد المجلس الدستوري استخدم هذا المصطلح صراحة في حكمه الصادر في ٢٦ حزيران عام ١٩٦٩ عندما عمل على تحقيق امتداد جديد لاختصاص المشرع وتحديد اللائحة المستقلة في هذا الحكم فاقر فيه مبدأً جديداً مقتضاه (امتناع الإدارة عن الرد على طلب المواطن يُعد قراراً ضمناً بالرفض) وحرص على تكيف هذه القاعدة بأنها مبدأ عام للقانون , ورتب الحكم على هذا الوصف انه (لا يمكن مخالفة هذا المبدأ العام أو الاستثناء عليه إلا بنص تشريعي), وهذا إقرار صريح منه بالقيمة التشريعية للمبادئ العامة للقانون التي لا تنتمي إلى القانون أو الدستور المكتوب بل تتأسس على السلطة الخلاقة للقضاء الدستوري أو الإداري, فهي مبادئ غير مكتوبة بطبيعتها, وظيفتها رقابة وتقييد السلطة اللائحية المستقلة لصالح السلطة التشريعية, ومن ثم لا نجد أي مبرر للقول بأن المجلس الدستوري في نطاق أحكامه الدستورية أراد إعلاء المبادئ العامة للقانون للمرتبة الدستورية (٢), ولا حتى تلك المبادئ العامة التي لها مقابل في النصوص الدستورية (٣).

المقصد الثاني: الاتجاه الذي يضيف القيمة الدستورية على جميع المبادئ العامة للقانون

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى الاعتراف للمبادئ العامة للقانون بالقيمة الدستورية, وإعلائها إلى مصاف النصوص الدستورية . وأول الأسباب التي دفعتهم إلى إعطاء المبادئ العامة للقانون هذه القيمة هو جعلهم من هذه المبادئ وسيلة لفرض احترامها على اللوائح المستقلة التي لا تستند في إصدارها لأي قانون سابق وإنما تستمد اختصاصها من الدستور ذاته (٤)؛ لأن القول بغير ذلك سوف يؤدي إلى تحرر الحكومة من

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب, المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية, مصدر سابق , ص ١٧١.

(٢). أكد هذا الرأي د. عادل عمر شريف بقوله (وفي رأينا انه لا ترقى المبادئ العامة للقانون إلى مرتبة الدستور , ذلك أن تلك المبادئ قضائية في مصدرها , ولا يلجا إليها القاضي إلا عندما يخلو المجال من نص تشريعي صريح ليتمكن أن يطبقه على النزاع القائم .. ومن ثم تستند سلطة القاضي في استخلاص المبادئ العامة للقانون إلى موافقة ضمنية, أو رضاء مفترض من المشرع يستطيع أن ينقضه في أي وقت وإصدار تشريع يخالفه) ينظر د. عمر عادل شريف, المصدر السابق, ص ٢٠٦.

(٣) د. محمد رفعت عبد الوهاب, المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية, مصدر سابق, ص ١٧٤.

(٤) من ابرز الفقهاء الذين استندوا إلى هذه الحجة في إضفاء الصفة الدستورية على المبادئ العامة للقانون العميد فيدل بقوله ((وجوب إعطاء المبادئ القانونية العامة درجة تفوق القوانين, بحيث يكون لها قيمة دستورية, .. وانه في هذه الحالة ستخضع السلطة التنفيذية في إصدارها

كل قيد ومنحها سلطة غير محددة, وليس هناك ما يمنعها في لوائحها المستقلة أن تخالف أو تعدل هذه المبادئ مثلما يمكنها أن تفعله دستورياً مع أي قانون سابق في ميدانها(١), على هذا رأى أصحاب هذا الاتجاه انه من الضروري أن ترتفع القيمة القانونية للمبادئ العامة إلى مستوى القواعد الدستورية ضماناً لعدم مخالفتها من جانب كل لائحة مستقلة, على نحو يكفل تحقيق الرقابة القضائية الفعالة على تلك اللوائح وإبقائها في إطار رقابة المشروعية, أما السبب الثاني الذي استند إليه أصحاب هذا الاتجاه في إضفاء القيمة الدستورية للمبادئ فهو موقف القضاء الدستوري من هذه المبادئ الذي كان له أثراً فعالاً في إضفاء هذه القيمة عليها في العديد من الأحكام الصادرة عنه, ومن أهمها الحكم الصادر في ١٦ تموز ١٩٧١ الذي أعلن فيه القيمة الدستورية لمبدأ حرية تأسيس الجمعيات المستمد من القانون الجمهوري الصادر في الأول من تموز عام ١٩٠١, والحكم الصادر في ٢٧ كانون الأول عام ١٩٧٧ الذي أكد فيه على مبدأ المساواة أمام القانون المستمد من المادة (٦) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩, وكذلك الحكم الصادر في ٢٣ تشرين الثاني ١٩٧٧ الذي أضفى القيمة الدستورية على مبدأ حرية التعليم بعبء أحد المبادئ الأساسية للقوانين الجمهورية(٢), وكذلك الحكم الصادر في ٢٥ تموز عام ١٩٧٩ الذي أكد حق الإضراب والمستمد من مبادئ مقدمة دستور ١٩٤٦(٣), والحكم الصادر في ٢٢ تموز ١٩٨٧ الذي قضى بعد مبدأ استمرار المرافق العامة من المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية(٤).

ومن هنا نستدل من الأحكام أعلاه أن القاضي الدستوري اقر للمبادئ العامة بالقيمة الدستورية, وعدها مرجعاً له عند الرقابة على دستورية التشريعات.

المقصد الثالث: الاتجاه الذي يقر بالقيمة الدستورية لبعض المبادئ العامة للقانون

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى الاعتراف لبعض المبادئ العامة للقانون بالقيمة الدستورية وإبقاء القيمة التشريعية للمبادئ الأخرى, ومن ابرز المناصرين لهذا الاتجاه الفقيه الفرنسي (braibant) الذي ذهب إلى انه (ليس من الممكن إضفاء تلك القيمة الدستورية على جميع المبادئ العامة للقانون, ومن ثم لابد من عمل تفرقة وتمييز: فمن ناحية هنالك مبادئ عامة بالمعنى الكامل مزودة بقيمة دستورية, ومن ناحية أخرى

للوائح المستقلة لهذه المبادئ باعتبارها مبادئ دستورية وان لم تخضع للقانون ((نقلاً عن د. إبراهيم عبد العزيز شبحا, القضاء الإداري, مصدر سابق, ص ١٢٥.

(١) د. محمد عبد الحميد أبو زيد, المصدر السابق, ص ٢٣.

(٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب, المبادئ العامة للقانون, مصدر سابق, ص ١٥٣.

(٣) عبد المجيد إبراهيم سليم, المصدر السابق, ص ٤٧٤.

(٤) د. سامي جمال الدين, القضاء الإداري, مصدر سابق, ص ٧٦.

هنالك مبادئ ثانوية يضعها القاضي الإداري لتكملة نقص التشريع واللوائح التي لها قيمة تشريعية أو لائحية حسب الأحوال والموضوعات (١)، والمبرر الذي يطرحه هذا الاتجاه الفقهي لتبرير هذا التمايز يجد أساسه في دور كل من القضاء الدستوري والقضاء الإداري، فالقاضي الإداري لا يراقب الدستورية بل يراقب المشروعية، أي مدى اتفاق اللوائح والقرارات الإدارية مع التشريع (٢)، لذلك فإنه يعطي المبادئ العامة التي يستنبطها قيمة تشريعية حتى يتمكن من إدخالها ضمن مكونات الكتلة التشريعية، ومن ثم يعتمد عليها بوصفها مرجعاً لتفحصه مسألة المشروعية على الرغم من أن هنالك بعض القرارات التي تصدر عنه تعترف بالقيمة الدستورية لقسم من المبادئ، في حين أن القاضي الدستوري يراقب الدستورية، أي مدى اتفاق التشريع مع الدستور، فمن مصلحته حتى يتمكن من إدخال هذه المبادئ ضمن مفردات الكتلة الدستورية أن يسبغ عليها قيمة دستورية، ومن هنا كان التمايز بين هذه المبادئ كآلية لتمكين كل من القاضي الدستوري والإداري من القيام بإعمالهما في مجال الرقابة (٣).

وتجب ملاحظة أن هذه التفرقة لم تكن بدعاً ابتدعه الفقه فقط بل كان للقضاء الدستوري أثراً فيها، ففي الوقت الذي اعترف فيه القضاء الدستوري لبعض المبادئ بالقيمة الدستورية، اعترف لبعض المبادئ الأخرى بالقيمة التشريعية (٤)، ومن القرارات القضائية التي تدل على ذلك القرار الصادر من المجلس الدستوري الفرنسي في ٢٦ حزيران لعام ١٩٦٩ السابق الإشارة إليه الذي أقر فيه لمبدأ (امتناع الإدارة عن الرد على الطلب يفيد ضمناً بالرفض) بالقيمة التشريعية، وهذا يعد إشارة صريحة من القاضي الدستوري إلى وجود مبادئ عامة ذات قيمة تشريعية إلى جانب المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية المستوحاة من النصوص

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية، مصدر سابق، ص ١٣٦.

(٢) تسنى للقضاء الإداري العراقي إعمال المبادئ العامة للقانون في العديد من أحكامه، فإعمالاً لمبدأ المساواة قضت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بصفتها محكمة تمييز لقرارات وأحكام مجلس الانضباط العام في ٣١/٥/٢٠٠٤ بان (شرط إثبات الرعوية (السلامة الفكرية) ... من الشروط الإضافية التي تتعارض ومبدأ المساواة في التوظيف، فيكون إيقاف رواتبها (المميزة) من أجل هذا الشرط غير صحيح)، كذلك أكدت مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية في الحكم الصادر عنها في ٢٣/١/٢٠٠٦ الذي قضى بان (صدور الأمر الوزاري لا مسوغ له ... كما انه يتعارض مع مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية) ينظر علي سعيد عمران، القضاء الإداري العراقي والمقارن، ط ١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١، ص ٣٣.

(٣) د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، مصدر سابق، ص ٩٥.

(٤) ينظر: د. احمد سرحان، القانون الدستوري والنظم السياسية- الإطار والمصادر، ط ١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٢١٠-٢١٤.

الدستورية^(١) أما القواعد ذات القيمة الدستورية أيا كان مصدرها (إعلانات حقوق الإنسان أو مقدمات الدساتير) فأنها وجدت لتحمي الحقوق الأساسية للإنسان, وتسمى بالأساسية لكونها وجدت لصيقة بالإنسان الذي هو أساس كل الحقوق, ومن ثم الاعتراف لها بالقيمة الدستورية, مما يترتب عليه نتائج تجتاز أو يجب أن تخترق كل نظام قانوني^(٢).

ومن جانبنا نؤيد الاتجاه الأخير الذي يذهب إلى الاعتراف لبعض المبادئ العامة للقانون بالقيمة الدستورية وإبقاء القيمة التشريعية على المبادئ العامة الأخرى للقانون؛ لأنّ القول بغير ذلك يؤدي إلى إضفاء الصفة الدستورية على جميع المبادئ العامة للقانون ومن ثم سموها على القوانين التشريعية وإنكار الصفة التشريعية عن المبادئ العامة الأخرى, وهذه النتيجة لا يمكن التسليم بها؛ لأنه في الوقت الذي يوجد فيه مبادئ عامة ذات قيمة دستورية فإن هنالك مبادئ أخرى ذات قيمة تشريعية تقيد الإدارة في تصرفاتها, وإن المبادئ التي تعد ضمن الكتلة الدستورية هي المبادئ العامة التي يقرها القاضي الدستوري عند تفحصه دستورية التشريعات, والمستمدة من النصوص الدستورية, والقواعد ذات القيمة الدستورية أيا كان مصدرها سواء أكانت إعلانات الحقوق أم مقدمات الدساتير, والتي تعد ملزمة للمشرع العادي عند ممارسة اختصاصه.

المطلب الرابع

المعاهدات الدولية

نتعرض في هذا المطلب إلى البحث في موقع المعاهدات الدولية ضمن مفردات الكتلة الدستورية, بعيدا عن الخوض في الآراء الفقهية التي قيلت حول علوية كل من القانون الدولي والداخلي على الآخر^(٣), لكون موضوع دراستنا يتعلق بالبحث بمدى تدرج القواعد الدستورية داخل النظام الدستوري, ومن ثم فإنها تخرج من إطار دراستنا. فإذا ما تم التصديق على المعاهدات الدولية وإقرارها على وفق الإجراءات المنصوص عليها دستوريا وأصبحت جزءاً من النظام القانوني في الدولة, فإنّه يتوجب علينا أن نبحث عن مدى عدها ضمن المكونات الدستورية, فهل

(١) صدر عن القضاء الدستوري العراقي في ٢٩/٣/٢٠٠٦ حكماً يؤكد القيمة الدستورية لبعض المبادئ المستوحاة من النصوص الدستورية إذ جاء فيه (منع سفر المدعي (المميز عليه) لا سند له بالقانون وفيه تقييد لحرية السفر خارج العراق والعودة إليه ويعتبر تجريداً من حقوقه الأساسية التي صانتها القوانين العراقية). ينظر: علي سعد عمران, المصدر السابق, ص ٣٤.

(٢) أمين عاطف صليبا, المصدر السابق, ص ٢٥١-٢٥٢.

(٣) للمزيد من التفاصيل حول هذه الآراء ينظر د. عوض عبد الجليل الترساوي, الرقابة القضائية على مشروعية المعاهدات الدولية, دراسة مقارنة في القانونين الداخلي والدولي, ط ١, دار النهضة العربية, القاهرة, ٢٠٠٨, ص ٢٠ وما بعدها, ولمزيد من الإطلاع ينظر أيضاً د. صلاح الدين عامر, مقدمة وجيزة لدراسة القانون الدولي العام المعاصر, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٩١, ص ٧٨ وما بعدها, وكذلك د. محمد حافظ غانم, الأصول الجديدة للقانون الدولي العام, ط ٣, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٥٥, ص ٦٥.

تعد هذه المعاهدات من ضمن المكونات الدستورية أم أنها تقع خارجها، فكما هو معلوم لدينا أن القيمة القانونية للمعاهدات الدولية تختلف باختلاف القواعد التي يحددها دستور كل دولة، فإذا نص على إعلاء قيمة هذه المعاهدات إلى مصاف القواعد الدستورية، فحينئذ يمكن عدها مكوناً من مكونات الكتلة الدستورية والبحث في مدى وجود تدرج بينها وبين بقية المكونات الأخرى داخل الكتلة الدستورية، أما إذا أضفى عليها المشرع الدستوري قيمة مساوية لقيمة القوانين العادية، ففي هذه الحالة تخرج من إطار الكتلة الدستورية وتدخل في إطار الكتلة التشريعية، ومن ثم لا جدوى من البحث في مدى تدرجها في نطاق دراستنا.

ولمعرفة المرتبة التي تنالها المعاهدات الدولية داخل النظام القانوني للدولة، نعرض موقف المشرع الدستوري من هذه المعاهدات في كل من فرنسا ومصر والعراق في الفروع الثلاثة الآتية :

الفرع الأول: مكانة المعاهدات الدولية في النظام الدستوري الفرنسي

تتمتع المعاهدات الدولية بمكانه رفيعة داخل النظام الدستوري الفرنسي، فقد اطردت أحكام المجلس الدستوري الفرنسي على تقرير هذه المكانة، وكان للمشرع الدستوري الأثر الكبير في إعلاء قيمة المعاهدات من خلال النص على هذه القيمة في المادة (٥٥) من دستور ١٩٥٨ الحالي^(١) التي بموجبها تحددت مرتبة المعاهدة الدولية داخل النظام القانوني الفرنسي بمنحها قيمة قانونية تعلو قيمة وقوة القانون العادي، وعلى الرغم من أن المشرع الدستوري لم ينص صراحة على موقعها من القواعد الدستورية، إلا أنها تحددت ضمناً بموجب نص المادة (٥٤)^(٢) التي قضت بوجوب تعديل الدستور إذا تضمنت المعاهدة المراد تصديقها بنداً أو شرطاً مخالفاً للدستور، حيث لا يمكن التصديق عليها أو إقرارها إلا بعد تعديل الدستور، وهذه إشارة من قبل المشرع الدستوري بإعطاء المعاهدة قيمة تعادل قيمة القواعد الدستورية عندما نص على تعديل أي نص دستوري يخالف الاتفاقيات المراد التصديق عليها^(٣)، وتأكدت هذه القيمة من قبل المجلس الدستوري الفرنسي في العديد من أحكامه، إذ قرر صراحة بأن القيمة القانونية والمكانة التي تتمتع بها المعاهدات الدولية هي ذات القيمة والقوة التي تتمتع بها القواعد الدستورية ومنها الحكم الصادر في ٣٠ كانون الأول ١٩٧٦ الذي قضى بـ (أن معاهدة باريس وروما صدق عليها وتم نشرها ودخلت في نطاق التطبيق بموجب المادة (٥٥) من الدستور التي نصت على أن المعاهدات والاتفاقيات التي تم التصديق عليها أو

(١) نصت المادة (٥٥) من دستور ١٩٥٨ على (يكون للمعاهدات او الاتفاقيات التي تم التصديق أو الموافقة عليها قانوناً ، قوة أعلى من قوة القوانين ، شريطة أن يطبق الطرف الآخر هذه المعاهدة أو هذا الاتفاق).

(٢) نصت المادة (٥٤) من دستور ١٩٥٨ على (إذا قرر المجلس الدستوري أن تعهد دولياً ما ، يتضمن بنداً مخالفاً للدستور فإنه لا يؤذن بالتصديق على هذا التعهد الدولي أو الموافقة عليه إلا بعد مراجعة الدستور).

(٣) د. عوض عبد الجليل الترساوي ، المعاهدات الدولية أمام القاضي الدستوري- دراسة مقارنة، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٧.

الموافقة عليها تحوز منذ نشرها قوة أعلى من التشريعات بشرط تطبيقها بواسطة الطرف الآخر^(١).

وكذلك في الحكم الصادر عنه في ٢ كانون الأول ١٩٩٢ المتعلق بمسألة التصديق على معاهدة ماستريخت الموقعة في ٧ شباط ١٩٩٢ الذي جاء فيه أن هذه المعاهدة تتضمن أحكاما مخالفة للدستور الفرنسي، وإن على السلطات الفرنسية أن تقوم بتعديل نصوص الدستور طبقا لنص المادة ٥٤ من الدستور، وتم التعديل الدستوري فعلا بموجب القانون الدستوري الصادر في ٢٥ تشرين الثاني ١٩٩٢، وأضاف بابا جديدا إلى الدستور الفرنسي أطلق عليه تسمية (في المجموعة الأوروبية والاتحاد الأوروبي)^(٢).

ومن ذلك يتضح بجلاء سمو مكانة المعاهدات الدولية في النظام الدستوري الفرنسي واكتسابها القيمة الدستورية، وإن أي قانون يصدر خلافا للمعاهدة يقضى بعدم دستوريته حتى وإن كان مطابقا للدستور^(٣)، ومن ثم تصبح مكوناً من مكونات الكتلة الدستورية.

الفرع الثاني: مكانة المعاهدات الدولية في النظام الدستوري المصري

حدد الدستور المصري لعام ١٩٧١ المكانة التي تنالها المعاهدة في النظام القانوني في المادة (١٥١) منه التي نصت على أن (رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان، وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة)^(٤). والمستفاد من النص أعلاه أن المعاهدات الدولية بعد استيفائها الإجراءات الدستورية والأوضاع المتطلبة لإبرامها والتصديق عليها ونشرها، تكون لها قوة القانون لا أكثر، ولا تصل بحال إلى مرتبة النصوص الدستورية التي تعد المرجع في الرقابة الدستورية، وقد أكد القضاء الدستوري المصري في العديد من الأحكام الصادرة عنه على المكانة التي تنالها المعاهدات الدولية، وجاء مؤيدا لما نص عليه الدستور بإعطاء المعاهدة الدولية قيمة القانون العادي، منها الحكم الصادر في الدعوى الدستورية رقم ٧ لسنة قضائية الذي جاء فيه (أما بالنسبة إلى المعاهدات الدولية فإن صدور قانون داخلي بأحكام يغيرها لا تنال من دستوريته، ذلك أن المعاهدة ليس لها قيمة الدساتير وقوتها ولا تتجاوز مرتبتها مرتبة القانون ذاته)^(٥).

(1) Picard É., « Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen », RFDA, 1993, p 45 .

(2) Alberton G., « De l'indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité », RFDA, 2005, p. 249.

(3) Picard É., op.cit, p. 47.

(٤) د. عوض عبد الجليل الترساوي، المعاهدات الدولية أمام القاضي الدستوري، مصدر السابق، ص ١٩.

(٥) د. عوض عبد الجليل الترساوي، الرقابة القضائية على مشروعية المعاهدات الدولية - دراسة مقارنة في القانونين الداخلي والدولي، مصدر سابق، ص ٢٩.

ونلخص مما تقدم أن المعاهدات الدولية في النظام الدستوري المصري تنال قيمة قانونية معادلة للقوانين العادية ومن ثم تخرج من إطار الكتلة الدستورية .

الفرع الثالث: مكانة المعاهدات الدولية في النظام الدستوري العراقي

منحت الدساتير العراقية المتعاقبة وآخرها دستور ٢٠٠٥ المعاهدات الدولية قيمة قانونية تعادل قيمة وقوة القانون العادي, فقد جاء فيه أن (تنظيم عملية المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية , بقانون ..)(١).

والبين من هذا النص أن المعاهدة الدولية متى استوفت أوضاعها الشكلية التي حددها الدستور وتمت المصادقة عليها تأخذ مرتبة القانون, وإذا كان لفظ القانون قد ورد عاماً من دون تحديد؛ فذلك لأن الدستور العراقي درج على استخدام لفظ القانون مجرداً للدلالة على القوانين العادية, وعلى ذلك ينصرف لفظ القانون الوارد بنص المادة (٦١/ رابعا) إلى القانون العادي الذي تصدره السلطة التشريعية. وهذا يترتب عليه أنه يمكن تعديلها ومخالفتها بإصدار قانون جديد لاحق يصدر من قبل السلطة التشريعية, وبهذا تكون لها قيمة قانونية معادلة لقيمة القوانين العادية.

بيد أن مشرعي الدستور بإتباعه هذا المسلك قد خالف نصاً دستورياً في المادة الثامنة من دستور ٢٠٠٥ الذي أكد فيه على وجوب احترام العراق لالتزاماته الدولية(٢), ومن هنا فإن إعطاء المعاهدات الدولية قيمة القوانين العادية سيبيح للسلطة التشريعية تعديل هذه الالتزامات الدولية مما يمثل خروجاً على نص المادة الثامنة أعلاه التي تلزم العراق باحترام المعاهدات الدولية, وهذا المسلك قد يثير مسؤولية العراق الدولية نتيجة عدم احترامه للمعاهدات الدولية, وكان من الممكن أن يحل هذا الإشكال لو فعل المشرع العراقي كما فعل نظيره الفرنسي فادمج المعاهدة في القانون الداخلي ومنحها مرتبة تفوق مرتبة التشريعات العادية .

وإزاء سلبية الدستور في حسم الصراع بين المعاهدة والقانون, لم يكن هناك سوى أعمال مبدأ التوفيق بين النصوص الدستورية , بين كل من نص المادة (٦١/ رابعا) من الدستور الحالي والمادة (٨) منه التي تقضي بوجوب احترام العراق لالتزاماته الدولية .

ومن جانبنا نرى أن من الأولى بالمشرع الدستوري إعلاء قيمة المعاهدات الدولية التي يلتزم بها العراق على القيمة التشريعية وذلك حفاظاً عليها من التعديل أو المخالفة من قبل المشرع العادي وبذلك يتجنب ما يترتب على العراق من مسؤولية دولية نتيجة لعدم احترام المشرع للمعاهدات الدولية , كما على القاضي

(١) ينظر نص المادة (٦١/ رابعا) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٢) نصت المادة الثامنة من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على (... ويحترم التزاماته الدولية).

الدستوري أن يراعي مبدأ التوفيق بين النصين الدستوريين أعلاه؛ إعمالاً لمبدأ التدرج بين القواعد الدستورية حلاً للتعارض بينهما .

الفصل الثالث

معايير تدرج القواعد الدستورية

الفصل الثالث معايير تدرج القواعد الدستورية

تمهيد وتقسيم:

أثيرت مسألة تدرج القواعد الدستورية بعد اتساع حجم مجموعة القواعد الدستورية وشمولها على قواعد دستورية أخرى من خارج إطار الوثيقة الدستورية لتكون في مجموعها كتلة دستورية تضم كافة القواعد ذات الأصل الدستوري، مما دفع الفقه إلى طرح فكرة التدرج بين مختلف هذه القواعد والتي قد تتعدد مصادرها وتختلف داخل البلد الواحد باختلاف الحقب الزمنية التي نشأت خلالها مما أثار تساؤلاً حول ما إذا كان من الممكن أن يكون لبعض هذه القواعد أفضلية أو سمو على البعض الآخر (١)؟

والصدى الأول لهذه الفكرة كان في فرنسا عام ١٩٨٨ في إطار ندوة عقدت بمدينة باريس تحت عنوان (إعلان حقوق الإنسان والمواطن في القضاء) ، ثم طرحت هذه الفكرة من جديد عام ١٩٨٩ من قبل العميد فيدل في دراسة تناول فيها مكانة الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن بين عناصر الكتلة الدستورية (٢) بقوله (أن التساؤل عما إذا

(١) د. محمد فوزي نويجي ، فكرة تدرج القواعد الدستورية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ١٢٠ .

(٢) د. عيد احمد الغفلول ، المصدر السابق ، ص ٣٥ .

كانت كل القواعد الدستورية ذات الأصل الدستوري لها ذات القيمة الدستورية في نظر القاضي الدستوري، وعما إذا كان من الممكن الحديث عن قواعد ومبادئ ذات مرتبة أولى وأخرى ذات مرتبة ثانية أو ثالثة ... الخ(١).

وفي عام ١٩٩٠ قام السيد برنو جينيفوا بعرض فكرة التدرج بصورة أكثر تفصيلاً من خلال بحث تقدم به عام ١٩٩٠ بالاشتراك مع (روبيرت بادينثير) إلى المؤتمر الثامن للمحاكم الدستورية الأوروبية حول (تدرج القواعد الدستورية وحماية الحقوق الأساسية) بين من خلاله المعالم الأساسية لهذه الفكرة(٢).

وقد دارت هذه الأفكار بين نوعين من التدرج بين مكونات الكتلة الدستورية تدرج شكلي وآخر موضوعي، فجانبا من الفقهاء يؤمنون بوجود تدرج بين النصوص المكونة لهذه الكتلة، بحيث يمكن ترتيب القواعد الدستورية - طبقاً للمعيار الشكلي - بالنظر إلى مصدرها في حالة تعدد المصادر داخل النظام الدستوري الواحد فيرتبط هذا التدرج باعتبارات تاريخية ترتد إلى زمن إصدار الوثيقة الدستورية وقد تناولوا بحثهم تحت عنوان التدرج الشكلي بين مكونات الكتلة الدستورية استناداً إلى المعيار الشكلي، بينما تبنى البعض الآخر من الفقهاء نوعاً آخر من التدرج في إطار الكتلة الدستورية يعتمد على إقامة تدرج بين أحكام القواعد الدستورية استناداً إلى محتواها ومضمونها وليس استناداً إلى الوثيقة التي تتضمنها، وبحثوا هذه الفكرة تحت عنوان التدرج الموضوعي بين مكونات الكتلة الدستورية استناداً إلى المعيار الموضوعي(٣)، وسنتناول هذه الموضوعات في المباحث الثلاثة الآتية :

- المبحث الأول : التدرج الشكلي بين مكونات الكتلة الدستورية .
- المبحث الثاني : التدرج الموضوعي بين مكونات الكتلة الدستورية .
- المبحث الثالث : التقييم الفقهي لمعايير التدرج.

المبحث الأول التدرج الشكلي بين مكونات الكتلة الدستورية

(١) د. رجب محمود طاجن، المصدر السابق، ص ١٦٧.

(2) Bruno Genevois, Robert Badinter, hiérarchie des Normes de constitutionnelle et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux Rapport présenté par la délégation française à la VIIIe conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, 7-10 mai 1990). RFDA, 1990. p317.

(٣) د. عيد احمد الغفلول، المصدر السابق، ص ٣٨.

يعتمد هذا النوع من التدرج على المعيار الشكلي في ترتيب القواعد الدستورية المكونة للكتلة الدستورية، أي على مصدر القاعدة الدستورية أو شكل إصدارها والإجراءات المتبعة في وضعها، فالتدرج الشكلي طبقاً لهذا المعيار هو إمكانية تقسيم هذه القواعد وترتيبها في طوائف قد يعلو بعضها على البعض الآخر في حالة التعارض بينها وذلك بالرجوع إلى مصدرها في حالة وجود مصادر متعددة للقواعد الدستورية داخل النظام الدستوري الواحد^(١)، وسنحاول في هذا المطلب أن نبين الموقف من هذا الاتجاه في فرنسا وهي المهد الأول لفكرة التدرج الشكلي، ثم نحاول بيان الموقف في مصر والعراق في المطلبين الآتين :

المطلب الأول

الموقف في فرنسا

قد كان الظهور الأول لفكرة التدرج الشكلي في فرنسا في عهد الجمهورية الثالثة عندما اختلف الفقهاء^(٢) حول القيمة القانونية لإعلانات حقوق الإنسان ومقدمات الدساتير ومدى المرتبة التي تتألف منها المجموعة الدستورية إذا ما اعترف لها بالقيمة الدستورية نتيجة لصدور وثيقة الإعلان إلى جانب الوثيقة الدستورية والاختلاف في مدى علو أحدهما على الآخر. بيد أنه وبعد صدور دستور ١٩٥٨ طرحت مشكلة التدرج بين مكونات الكتلة الدستورية من جديد وبدأت تأخذ بعداً مختلفاً عن ذي قبل بعد نص مقدمة دستور ١٩٥٨ على الإحالة إلى مقدمة دستور ١٩٤٦^(٣) وإعلان حقوق الإنسان والمواطن،

(1) Bruno Genevois , Robert Badinter, op.cit.,p331.

(٢) من أبرزهم (كاريه دي مالبيير) و (هوريو) و (اسمان) حيث كان تناولهم لمسألة التدرج بطريقة ضمنية ينظر د. محمد فوزي نويجي , المصدر السابق , ص ٧٠-٧٣.

(٣) تشير مقدمة دستور ١٩٤٦ بدورها إلى المبادئ المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية و تتمثل هذه المبادئ وفقاً لما استقر عليه موقف الفقه الفرنسي والمجلس الدستوري بسبعة مبادئ أساسية وهذه المبادئ = السبعة هي (حرية الجمعيات , و الحق في الدفاع , و مبدأ استقلال أساتذة الجامعات , و مبدأ استقلال القضاء الإداري , و مبدأ اختصاص القضاء الإداري وحده بالفصل بمشروعية القرارات الإدارية , و مبدأ حرية التعليم , وأخيراً مبدأ حرية الاجتماع) هذا من جانب , ومن جانب آخر تضمنت مقدمة هذا الدستور المبادئ الضرورية لوقتنا الحاضر إذ اشتملت على عدد من المبادئ وفقاً لتحليل الفقه الفرنسي ومن هذه المبادئ (مبدأ المساواة بين الجنسين , و الحق في الحصول على العمل , و الحق في اللجوء السياسي , والحق في

الأمر الذي دفع جانب من الفقه إلى القول بوجود تدرج بين مكونات الكتلة الدستورية ومن أبرزهم (جان ماري أوبي) الذي ذهب إلى القول بأنه ليس للمجموعة الدستورية قيمة قانونية واحدة، وعلى الرغم من تسليمه في ذلك الوقت بأن تحديد قيمة القاعدة الدستورية مقارنة مع قاعدة أخرى هو أمر لا يخلو من الصعوبات، على أساس أن الجانب الأكبر من القواعد الدستورية يعد مصدراً للحقوق والحريات، وبما أن هذه القواعد قد نشأت في عصور متتالية ومتباينة فقد لوحظ وجود تعارض بين الحقوق والحريات التي تتضمنها، لذلك كان من الضروري إعمال بعضها على حساب البعض الآخر، ولا يأتي ذلك إلا من خلال إعمال نوع من التدرج بين القواعد التي تتضمن هذه الحقوق^(١)، ولتحديد ما يعلو من هذه القواعد على الآخر في المرتبة انقسم أنصار هذا المعيار على اتجاهين الأول اختلف في الموازنة بين إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩ ومقدمة دستور ١٩٤٦، والثاني ذهب إلى ترتيب مكونات الكتلة الدستورية بصورة عامة داخل الهرم الدستوري استناداً إلى الجهة التي أصدرت القواعد المكونة لها، وسوف نعرض لهذين الاتجاهين في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الاتجاه الذي اختلف بخصوص إعلان حقوق الإنسان والمواطن عام ١٧٨٩ ومقدمة دستور ١٩٤٦

ظهر هذا الاتجاه بعد إصدار المجلس الدستوري في ١٦ كانون الثاني لعام ١٩٨٢ القرار المتعلق بقضية التأميم والذي أعلن فيه أن مقدمة دستور ١٩٤٦ مكملّة لإعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي، إذ وعلى الرغم من اعتراف بعض الفقهاء بوجود تدرج شكلي بين مكونات الكتلة إلا أنهم لم يتفقوا فيما بينهم على المكونات التي يجب أن يسمو بعضها على البعض الآخر، ذلك أن صدور قرار المجلس الدستوري أعلاه دفع جانب من الفقهاء إلى الاعتقاد بسمو إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي على مقدمة دستور

الإضراب، وحق العامل في المساهمة في تحديد شروط العمل، والحقوق المتعلقة بالصحة العامة ...) ينظر د. عبد الحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٩٢-١٩٨.

(١) د. رجب محمود طاجن، المصدر السابق، ص ١٤٣.

١٩٤٦، بينما ذهب البعض الآخر منهم إلى الاعتقاد بسمو المقدمة على الإعلان^(١)، وسنوضح ذلك فيما يأتي:

أولاً: الفريق الذي ذهب إلى إعلاء إعلان حقوق الإنسان والمواطن على مقدمة دستور ١٩٤٦

يذهب أصحاب هذه الرؤى الفقهية إلى القول بأن القواعد المنصوص عليها في إعلان حقوق الإنسان والمواطن تسمو على القواعد التي تتضمنها مقدمة دستور ١٩٤٦ عند تعارضهما، واستندوا في ذلك إلى حجتين أساسيتين^(٢):

الحجة الأولى: تقوم على أساس الطابع المطلق وغير القابل للتقادم للحقوق الواردة في الإعلان

حيث يرى هذا الفريق أن الحقوق الواردة في إعلان ١٧٨٩ ذات طبيعة مطلقة وغير قابلة للتقادم^(٣) وهي طبيعة لا تتوافر للحقوق التي نصت عليها في تواريخ لاحقة وثائق دستورية أخرى أو استخلصها القاضي الدستوري مستخدماً سلطته في التفسير، والتي نشأت تماشياً مع مقتضيات عصر معين، ومثالها المبادئ المسائرة لروح العصر والتي ظهرت في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي منذ عام ١٩٧١ و منها مبدأ المساواة بين الجنسين، ومبدأ مجانية التعليم، وحق اللجوء السياسي، والحرية النقابية، وحق العامل في الاشتراك في تحديد شروط العمل، وغيرها من الحقوق التي تنص عليها قواعد دستورية أخرى^(٤)، وهي مبادئ ترتبط بمعطيات تاريخية وسياسية واجتماعية تشير إلى عدم ضرورتها بالنسبة إلى الماضي والمستقبل، وتشير أيضاً إلى نسيبتها في مداها ومضمونها مما يجعلها لا تصلح إلا في فترات زمنية معينة من دون غيرها بحسب اتجاهات الدولة وما

(1) Thierry Di MANO, le conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulves d'office ,Economica ,P.U.A.M,p.148.

(٢) د. محمد فوزي نويجي، المصدر السابق، ص ٩٠.

(3) Elisabeth Zoller ,op.cit.,p.221.

(٤) د. عيد احمد الغفلول، المصدر السابق، ص ٤٢.

إذا كانت تدخلية أو ليبرالية ،بعكس الحقوق الواردة في الإعلان التي ترتبط بالإنسان باعتباره إنسان والتي تعد أصلاً ومبدأً أساسياً للنظام القانوني للدولة وغير قابلة للتقادم مما يعطيها سمو والرفعة على المبادئ ذات الطبيعة التدخلية الواردة في مقدمة دستور ١٩٤٦ (١) .

وقد ذهب العديد من الفقهاء إلى القول بهذا المعنى ومن أبرزهم(فرانسو جوجيل) بقوله بأن المبادئ الواردة في إعلان ١٧٨٩ مبادئ أساسية مرتبطة بالإنسان وهي مبادئ مطلقة وغير قابلة للتقادم , وهذا خلاف الحال بالنسبة إلى المبادئ الواردة في مقدمة دستور ١٩٤٦ فهي مبادئ ضرورية لوقتنا الحاضر فقط, وليس من اللازم إن تكون ضرورية لنا في الماضي ولا في المستقبل, ومن ثم فليس لمثل هذه المبادئ القوة الدستورية نفسها بالنسبة إلى تلك الواردة في إعلان ١٧٨٩ وعليه فأن مبادئ الإعلان تسمو على مبادئ مقدمة دستور ١٩٤٦ , ويضرب الفقيه مثلاً على ذلك بقوله أن الحق في الإضراب ضروري في مجتمعنا الرأسمالي, ولم يعد ضرورياً في المجتمع الاشتراكي , وان المبادئ المتمشية مع روح العصر تنطوي على قدر من الاختلاف فيما بينها بخلاف الحقوق المعلنة في إعلان ١٧٨٩ , فأن أي تعارض لهذه المبادئ مع مبادئ هذا الإعلان يجب أن يحسم لصالحه أي الإعلان(٢).

والى هذا المعنى ذهب فقيه فرنسي آخر وهو (روبيرت باندينتر) حين قال بأن إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩ يحتوي على حريات غير قابلة للمس بحيث يتعذر على المشرع الدستوري ذاته أن يلغيها , بمعنى أن الحقوق والحريات التي تتضمنها نصوص الإعلان تسمو في كل الحالات على ما يمكن أن تنص عليه الوثيقة الدستورية ذاتها من حقوق وحريات (٣),ويدعم هذان الفقيهان المشار إليهما فيما سبق هذا الرأي

(1)Loïc PHILIP, op.cit.,p.325.

(٢) د. محمد فوزي نويجي, المصدر السابق , ص ٩٢ .

(٣) د. عيد احمد الغفلول, المصدر السابق , ص ٤٣ .

في مؤلفهما القانون العام الاقتصادي ويؤكدان فيه أن الطابع الليبرالي للمبادئ التي نادى بها إعلان ١٧٨٩ تسمو على مقدمة دستور ١٩٤٦ ذات الطابع التدخل، حيث وضع المبادئ الليبرالية لإعلان حقوق ١٧٨٩ في المرتبة الأولى وجعلها مرتبة العلو والسمو ، أما المبادئ ذات الطبيعة التدخلية التي أتت بها مقدمة دستور ١٩٤٦ فقد تناولها في المرتبة الثانية وحينما تتعارض هذه المبادئ الواردة في إعلان ١٧٨٩ مع مقدمة دستور ١٩٤٦ فإن الأولى تسمو على الثانية(١).

الحجة الثانية : تقوم على فكرة الطابع التكميلي لمقدمة دستور ١٩٤٦

يذهب هذا الفريق الفقهي إلى أن مقدمة دستور ١٩٤٦ مكملة لإعلان ١٧٨٩، وهذه الصفة تستقي من جانبين، الأول من مقدمة دستور ١٩٥٨ التي تؤكد أن مقدمة دستور ١٩٤٦ تكمل إعلان ١٧٨٩، فالجزء الأول من المقدمة نص على (يعلن الشعب الفرنسي بصفة رسمية تمسكه بحقوق الإنسان وبمبادئ السيادة الوطنية بالصورة التي صدرت فيها في إعلان حقوق الإنسان لعام ١٧٨٩، والتي أكدتها وأكملتها مقدمة دستور ١٩٤٦....) ،إما الجانب الثاني فمن قبل قرار المجلس الدستوري الصادر في ١٦ كانون الثاني ١٩٨٢ والذي يؤكد على أن مقدمة دستور ١٩٤٦ تعيد التأكيد على الحقوق والحريات المكرسة بواسطة إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩ ولا تعدو بذلك أن تكون مكملة له فقط ، وذلك بإضافة المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية الضرورية للوقت الحاضر(٢)، واستناداً إلى ذلك يرى بعض الفقه ومن ضمنهم (جان فرانسوا فلوسن) أن الحقوق الاجتماعية التي تدرج ضمن القواعد المكونة للكتلة الدستورية من خلال مقدمة دستور ١٩٤٦ التي أضفت عليها مقدمة دستور ١٩٥٨ الصفة الدستورية والتي تبدو في الواقع وبصورة جوهرية كما لو كانت مكملة للحريات الكلاسيكية وإقراراً مقنعاً

(١) د. محمد فوزي نويجي، المصدر السابق ، ص ٩٣.

(2). Thierry Di MANO, , op.cit,p.149.

للحريات , وانه في القانون الفرنسي تظل الحقوق الاجتماعية في الأغلب الأعم من الحالات حريات دون أن تصبح فعلية^(١).

وتلقي فكرة تدرج القواعد القانونية بظلالها على هذه الحقوق حيث يرى هذا الفريق انه كما توجد قواعد جوهريّة لا يمكن المنازعة فيها سوى من قبل واضعي الدستور , وقواعد أخرى تدخل في اختصاص المشرع من دون غيره , وقواعد ثانوية أخرى تدخل في اختصاص السلطة اللائحية , فان هناك تدرج في القواعد الدستورية أيضا تتال فيه النصوص ذات القيمة الأساسية المرتبة الأولى وتحتل فيه الحقوق الاجتماعية المرتبة الدونية والتبعية في إطار القواعد ذات القيمة الدستورية , بمعنى أن الحقوق الاجتماعية ذات درجة أدنى في إطار القواعد ذات القيمة الدستورية^(٢) , فهي تثري ولا تتكر الحقوق والحريات التي جاء بها إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي وإذا ما حصل تنازع بين هذه الحقوق في مجال التطبيق فان الحقوق الواردة في الإعلان تكون واجبة التطبيق وأولى من الحقوق الواردة في مقدمة دستور ١٩٤٦ , والنتيجة التي يربتها الفقه على سمو إعلان ١٧٨٩ على مقدمة دستور ١٩٤٦ هي انه في حالة التنازع بين الإعلان والمقدمة فأن المبادئ الأولى تعلو على الثانية , ومن هنا يتقلص نطاق الحماية التي يمكن أن تستفيد منها الحقوق الاجتماعية في إطار تنازع الدستورية^(٣) .

ثانيا : الفريق الذي ذهب إلى إعلاء مقدمة دستور ١٩٤٦ على إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩

على عكس الاتجاه السابق القائل بعلو إعلان حقوق الإنسان والمواطن وسموه يرى اتجاه فقهي آخر أن مقدمة دستور ١٩٤٦ تسمو على إعلان حقوق الإنسان عند وجود تعارض بينهما واستندوا في ذلك إلى حجتين أساسيتين :

(١) رجب محمود طاجن , المصدر السابق , ص ١٤٦ .

(٢) د. محمد فوزي نويجي , المصدر السابق , ص ٩٩ .

(٣) رجب محمود طاجن , المصدر السابق , ص ١٤٦ .

الحجة الأولى: تكمن في تطبيق قاعدة اللاحق ينسخ السابق

بمقتضى هذه القاعدة فإن النص الأكثر حداثة أو الذي صدر لاحقاً يسمو على النص الأقدم أو الذي صدر سابقاً استناداً إلى قاعدة اللاحق يخالف ويحذف السابق، إذ وبموجب هذه القاعدة إذا ما حصل تنازع بين قاعدتين فإن القاعدة اللاحقة تستبعد القاعدة السابقة^(١)، واستخدم الفقه الدستوري هذه القاعدة في نطاق تطبيق القواعد الدستورية وعدها مبدأً عاماً وذهبوا إلى القول بأن النصوص الأقدم لا تطبق إلا في الحدود التي لا تتعارض فيها مع النصوص الأكثر حداثة، فمقدمة دستور ١٩٤٦ طبقاً لهذا التصور تسمو على إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي ولا يطبق هذا الأخير في حالة التعارض التام بينهما^(٢).

وأكد هذه الحجة الأستاذ (لويس فليب) الذي بين أن النصوص المضمنة في دستور ١٩٥٨ تسمو على نصوص مقدمة دستور ١٩٤٦ والتي تسمو على المبادئ المعترف بها من قبل الجمهورية والأخيرة من جانبها تسمو على إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩، وأن الأحكام المتضمنة في هذا النص لا يمكن أن تتطوي على قيمة دستورية إلا حينما لا تتعارض مع الأحكام الدستورية الأخرى اللاحقة، وأنه يجب تحديد مداها مع الأخذ بنظر الاعتبار القيود التي يمكن أن تدخل بالتالي في النصوص الدستورية^(٣).

الحجة الثانية تقوم على فكرة المتطلبات أو المقتضيات الزمنية للقاعدة

ومن الحجج التي استند إليها هذا الفريق الفقهي الظروف والدواعي التي صدرت بموجبها القاعدة، فقد ذهب أنصاره إلى القول بأن تكون هذه الظروف والدواعي هي الأساس في تحديد قيمة القاعدة ووضعها بالنسبة إلى القواعد الأخرى^(٤)، وقد عبر الأستاذ (فرانسو لوشير) عن هذه الحجة بالقول

(1) Denizeau Charlotte, op.cit.,p73-74.

(٢) د. رجب محمود طاجن، المصدر السابق، ص ١٥٤.

(3) Denizeau Charlotte, op.cit.,p 74.

(4). Thierry Di MANO, op.cit.,p 151.

بأن إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩ يتماشى مع متطلبات عصره وان لعصرنا متطلبات أخرى , فالملكية التي عدّها حقاً مقدساً لا يمكن انتهاكه أصبحت وظيفة اجتماعية, كما أن المساواة في القانون هي مساواة شكلية قد أفسحت المجال أمام نوع من المساواة المادية وهكذا , فإعلان ١٧٨٩ لا ينبغي أن يفسر كما لو كان في بداية عهد الثورة الفرنسية الكبرى ولكن يفسر بالرجوع إلى عصرنا^(١).

وبطبيعة الحال لو رجعنا إلى الأحكام العامة لدستور ١٩٥٨ ومقدمته فأننا سوف نلاحظ في هذا الصدد احتواءه على حكم حاسم وهو حكم المادة الثانية منه والتي تنص على أن (فرنسا تعتبر جمهورية اجتماعية) وهذا التأكيد يقدم لنا مفتاح تفسير إعلان ١٧٨٩ الذي يجب أن يتم بصورة تسمح بجعله متماشياً مع متطلبات العصر^(٢), فإذا ما حدث تعارض بين نصين مختلفين فإنه يجب التوفيق بين النصين وإعطاء الأولوية والأفضلية للنص الأحدث من حيث التاريخ لكونه أقرب إلى متطلبات المجتمع في ذلك الوقت^(٣).

الفرع الثاني: الاتجاه الفقهي الذي يذهب إلى ترتيب مكونات الكتلة الدستورية بصورة عامة طبقاً للمعيار الشكلي

يستند أنصار هذا الاتجاه في تحديد مرتبة أحد مكونات الكتلة الدستورية بالنسبة إلى المكونات الأخرى إلى مصدر الجهة التي صدر عنها وصفتها, إذ أن السلطات التي وضعت مكونات الكتلة الدستورية ليست جميعها في مرتبة واحدة, وإنما منها ما هو أسمى مرتبة من الأخرى , فالسلطة التي وضعت الدستور أعلى مرتبة من السلطة التي يعهد إليها مهمة وضع القانون وهذه أعلى في مجال التشريع من السلطة القضائية, وأمام تعدد السلطات التي وضعت

(١) د, عيد احمد الغفلول , المصدر السابق , ص ٤٥.

(2) Thierry Di MANO, , op.cit.,p 151.

(3) . Denizeau Charlotte, op.cit.,p 76.

مفردات الكتلة الدستورية نجد أن المعيار الشكلي هو أول المعايير التي يمكن الاستناد إليها في هذا المجال، فالعبرة في تحديد مرتبة مكونات الكتلة الدستورية في ما بينها تكون بتحديد مصدر القاعدة، فإذا قام تعارض بين قاعدتين صادرتين عن سلطتين مختلفتين فإن القاعدة الصادرة عن السلطة الأعلى هي التي تعلو بغض النظر عن تاريخ إصدارها أي سواء كانت سابقة أم لاحقة للقاعدة الصادرة عن السلطة الأدنى، وبتطبيق الآلية السابقة على الهرم الدستوري، نجد أن الوثيقة الدستورية تتربع في قمة الهرم^(١)، ويرجع ذلك إلى أن الدستور يعد تعبيراً عن الإرادة الحالية للأمة متمثلة إما في السلطة التأسيسية الأصلية التي وضعت الدستور أو في السلطة التأسيسية المشتقة التي لها حق تعديل الدستور^(٢)، وإذا كان الدستور يستمد سموه على باقي مكونات الكتلة الدستورية من سمو السلطة التي وضعت، فإن القيمة الدستورية لبقية مكونات الكتلة تستمد بحسب مكانه الجهة التي أصدرتها، فتكون المبادئ ذات القيمة الدستورية في أسفل الهرم الدستوري لكونها من ابتداع القاضي الدستوري، إلا أن هذه الأخيرة ليست على درجة واحدة بل أنها تتدرج أيضاً فيما بينها، فهناك نوعان من المبادئ، مبادئ ذات قيمة دستورية تستند إلى نص دستوري مدون ومبادئ أخرى غير مستندة إلى نص، فإذا حدث تعارض بين مبدئين من المبادئ ذات القيمة الدستورية ينظر إليها من حيث كونها مستندة إلى نص مدون أم لا، فالمبادئ المستندة إلى نص مدون يكون لها العلو على تلك التي تفتقد لمثل هذا النص.

وإذا انتقلنا صوب القوانين الأساسية ذات الطبيعة الدستورية نجد أنها تحتل مرتبة أعلى من مرتبة المبادئ ذات القيمة الدستورية

(١) د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، مصدر سابق، ص ٩٧-٩٨.

(٢) د. سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص ٣٢.

كونها صادرة عن السلطة التشريعية التي تعد بمرتبة أعلى من السلطة القضائية من ناحية التشريع^(١).

وعلى هذا لم يبق إمامنا إلا إعلان حقوق الإنسان والمواطن ومقدمة دستور ١٩٤٨ اللذان لا خلاف في مرتبتها ضمن مكونات الكتلة الدستورية، إذ يعدان في مرتبة أدنى من مرتبة دستور ١٩٥٨ إلا أن الاختلاف يثار إذا ما حدث تعارض بينهما فأى منهما له الأولوية؟ الإعلان أم المقدمة؟ تعرض الفقه في الاتجاه السابق إلى هذه المسألة وكان هناك أكثر من رأي، الأول ذهب إلى إعلاء الإعلان على المقدمة أما الآخر فذهب إلى إعلاء المقدمة على الإعلان ومن جانبنا نؤيد الاتجاه الذي يرى علوية إعلان حقوق الإنسان والمواطن على مقدمة دستور ١٩٤٦ واحتلاله مرتبة تسمو على مرتبة مقدمة الدستور، وبهذا يكون ترتيب مكونات الكتلة الدستورية في فرنسا طبقاً للمعيار الشكلي بحسب الترتيب الآتي إذ يحتل دستور ١٩٥٨ المرتبة الأسمى ثم يليه إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩ ثم تليه مقدمة دستور ١٩٤٦ بما فيها من المبادئ المعترف بها من قبل الجمهورية والمبادئ المساييرة لروح العصر، ويتدرج بعدها المعاهدات والاتفاقيات التي تمت المصادقة عليها دستورياً ومن ثم القوانين الأساسية التي بدورها تسمو على المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية التي تحتل قاعدة الهرم الدستوري^(٢).

المطلب الثاني

الموقف في مصر والعراق

إما فيما يتعلق بالتدرج الشكلي بين مكونات الكتلة الدستورية في كل من مصر والعراق فالأمر مختلف، ويرجع ذلك إلى اختلاف

(١) د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، مصدر سابق، ص ٩٨.

(٢) د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، مصدر سابق، ص ٩٨.

نطاق الكتلة الدستورية في مصر والعراق عن نطاقها في فرنسا، والسبب الرئيس لهذا الاختلاف حسب اعتقادنا يرجع إلى طبيعة الدستور الفرنسي المكون من العديد من الوثائق التي صدرت في حقبات زمنية مختلفة، بطريقة أثارت النقاش في الفقه الدستوري حول مدى تساويها من حيث القوة الدستورية، على خلاف الأمر في مصر والعراق التي اقتصرت الكتلة الدستورية فيهما طبقاً للمعيار الموضوعي على الوثيقة الدستورية والقوانين الأساسية والمبادئ العامة ذات القيمة الدستورية، وبخصوص بقية المكونات فقد استبعد من نطاق الكتلة الدستورية المواثيق الوطنية كما بينا في الفصل الثاني من هذه الدراسة^(١)، إذ استقر الفقه والقضاء الدستوري في مصر على استبعادها ولم يكتف بإنكار القيمة الدستورية عنها، بل جردها من أي قيمة قانونية وعدها مجرد دليل فكري لأهداف الشعب، على الرغم من وجود اتجاه فقهي يدافع عن فكرة التدرج الشكلي بين مكونات الكتلة الدستورية في مصر والذي أضفى على الميثاق القيمة الدستورية من خلال بحثه حول مكانة الميثاق الوطني بين القواعد الدستورية وذهب إلى القول بوجود تدرج شكلي بين الدستور والميثاق الوطني وأعطى للميثاق مكانة تسمو على الوثيقة الدستورية^(٢)، إلا أن هذا الاتجاه لم يكتب له النجاح بعد استقرار القضاء والفقه الدستوري على إنكار القيمة القانونية عن الميثاق وعده مجرد دليل فكري لأهداف الشعب، إلا أننا ننحى منحى آخر ونرى من جانبنا أن هناك تدرج شكلي قائم بين مكونات الكتلة

(١) ينظر ص ٨٩-٩٣ من هذه الرسالة.

(٢) إذ ذهب د. محمود حلمي إلى القول (من رأينا أن الدستور لا يجوز أن يصدر مخالفاً للميثاق حتى لو أصدرته هيئة تمثل الإرادة الشعبية أو عرض في الاستفتاء، ذلك أنه إذا تعذر الرجوع إلى المعيار الشكلي في تحديد المراكز أو الهيئة التي أصدرت القاعدة القانونية بسبب صدور قاعدتين من هيئة واحدة أو من هيئات متجاورة ومتماثلة لا تعلق أحدهما على الأخرى، إذا تعذر ذلك وجب الرجوع إلى المعيار الموضوعي، وبمقتضاه تعلق على القاعدة الأكثر عمومية وتجريداً القاعدة الأكثر تحديداً وتفصيلاً) ينظر د. محمود حلمي، تدرج القواعد القانونية، مصدر سابق، ص ١٧٦.

الدستورية سواء أكانت في مصر أم في العراق، على الرغم من عدم تعدد الوثائق الدستورية مقارنة بالنظام الدستوري الفرنسي، وكما بينا فإن مكونات الكتلة الدستورية اقتصرت على الوثيقة الدستورية والقوانين الأساسية والمبادئ العامة ذات القيمة الدستورية استناداً إلى المعيار الشكلي الذي يعتمد في تحديد مرتبة القاعدة الدستورية على مصدر وصفة الجهة التي صدرت عنها ، وبما أن السلطات التي وضعت المكونات أعلاه ليست جميعها في مرتبة واحدة ، فهناك منها ما هو أسمى مرتبة من الأخرى فإن التدرج بين هذه المكونات يتحدد طبقاً لهذا المعيار ، فالوثيقة الدستورية بما إنها صادرة من أعلى سلطة في الدولة وهي السلطة التأسيسية فإنها تحتل قمة الهرم الدستوري ومن ثم تليها القوانين الأساسية التي تصدر عن السلطة التشريعية وهذه الأخيرة بدورها تعلو على المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية التي تحتل قاعدة الهرم الدستوري، فإذا ما تعارضت قاعدة دستورية موجودة في المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية مع قاعدة في القوانين الأساسية ، فإنه يجب على القاضي الدستوري طبقاً للمعيار الشكلي للتدرج إعمال القاعدة الأعلى وهي (القوانين الأساسية) وكذلك إذا ما حدث تعارض بين الأخيرة مع نص موجود في الوثيقة الدستورية فإنه يغلب النص الدستوري وهكذا^(١).

ونلخص مما تقدم أن هنالك تدرجاً شكلياً قائماً بين مكونات الكتلة الدستورية في العراق استناداً إلى المعيار الشكلي، حيث يحتل دستور ٢٠٠٥ قمة الهرم ثم تليه القوانين الأساسية المعمول بها طبقاً للدستور^(٢) ومن ثم تأتي المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية في المرتبة الأخيرة^(٣).

(١) د. رفعت عبد سيد ، الوجيز في الدعوى الدستورية ، مصدر سابق، ص ٩٨ .

(٢) منها قانون الانتخابات العراقي رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ .

(٣) منها الحكم الذي صدر عن القضاء الدستوري العراقي في ٢٩/٣/٢٠٠٦ مؤكداً فيه على القيمة الدستورية لبعض المبادئ المستوحاة من النصوص الدستورية إذ جاء فيه (منع سفر المدعي)

المبحث الثاني

التدرج الموضوعي بين مكونات الكتلة الدستورية

أثيرت مسألة التدرج الموضوعي بين القواعد الدستورية بعد أن تعرضت نظرية التدرج الشكلي للرفض من قبل الرأي القائل بعدم إمكانية وجود تدرج شكلي، مما دفع جانب من الفقه إلى تبني نوع آخر من التدرج يعتمد على إقامة تدرج بين القواعد الدستورية؛ على أساس محتواها ومضمونها، لا على أساس الوثيقة التي تتضمنها^(١)، والتدرج الموضوعي المقصود ليس من قبيل التدرج المعروف بين مختلف القواعد القانونية داخل النظام القانوني الواحد والذي من شأنه أن يؤدي إلى انزواء القاعدة الأقل في المرتبة أمام القاعدة الأعلى في حال التعارض بينهما، حيث لا يتصور وجود هذه العلاقة بين القواعد الدستورية، ففي إطار التدرج العادي بين القواعد القانونية مختلفة المصدر والطبيعة يجد القاضي نفسه مضطراً إلى إعلاء القاعدة الأعلى، أما في إطار التدرج الموضوعي بين القواعد الدستورية فإن القاضي الدستوري ذاته هو الذي يوازن بين محتوى نصين أو مبدئين من النصوص أو المبادئ الدستورية التي يوجد بينهما نوع من التعارض لاختيار أحدهما لحسم المسألة المعروضة عليه من دون الأخرى، لكن من دون أن يشكل ذلك إضفاء قيمة فوق الدستورية على الأولى ولا نفي الصفة الدستورية عن الثانية^(٢).

وقد حازت مسألة التدرج الموضوعي على اهتمام قطاع عريض من فقهاء القانون العام محاولة منهم لضمان أكبر قدر ممكن من الحماية الدستورية للحقوق والحريات من ناحية^(٣)، ومن ناحية ثانية الحفاظ على بعض المفاهيم السياسية والدستورية والاجتماعية التي أثبتت نوعاً ما من الفعالية وارتضتها الشعوب طواعية، كالحفاظ على شكل معين لنظام الدولة، وتلافى التحولات الجذرية المفاجئة في أساليب إدارة المجتمع والدولة^(٤).

إن القائلين بوجود هذه النظرية على الرغم من إنهم اتفقوا على وجود تدرج موضوعي بين مكونات الكتل الدستورية إلا إنهم اختلفوا في تحديد ما هو أساس هذه الفكرة، وانطلق كل جانب منهم على تصور معين في إقامة هذا النوع من التدرج، معتمدين في هذا التصور أما على دراسة

المميز عليه) لا سند له بالقانون وفيه تقييد لحرية السفر خارج العراق والعودة إليه ويعتبر تجريداً من حقوقه الأساسية التي صانته القوانين العراقية). ينظر: علي سعد عمران، المصدر السابق، ص ٣٤.

(١) د. رجب محمود طاجن، المصدر السابق، ص ١٦٧.

(٢) د. عيد احمد الغفلول، المصدر السابق، ص ٥٩.

(٣) د. محمد فوزي نويجي، المصدر السابق، ص ١٢٢.

(٤) د. عيد احمد الغفلول، المصدر السابق، ص ٥٥.

النصوص والمبادئ الدستورية وتحليلها أو على موقف القضاء الدستوري في هذه المسألة , وسنعرض هذه الاتجاهات على وفق التقسيم الآتي :

المطلب الأول : التدرج الموضوعي استناداً إلى تصنيف النصوص الدستورية.

المطلب الثاني : التدرج الموضوعي استناداً إلى تصنيف الحقوق والحريات الأساسية.

المطلب الثالث : التدرج الموضوعي استناداً إلى سمو النصوص المتعلقة بالسيادة الوطنية.

المطلب الرابع : التدرج الموضوعي استناداً إلى فكرة التوفيق بين النصوص والمبادئ الدستورية المتعارضة.

المطلب الخامس : التدرج الموضوعي استناداً إلى سمو النصوص المتعلقة بأحكام الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

التدرج الموضوعي استناداً إلى تصنيف النصوص الدستورية

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن القواعد الدستورية تترتب بصورة عمودية بحسب البناء الهرمي , وقد ساعد تحليل القواعد الخاصة بتعديل القواعد الدستورية على ظهور هذا البناء الهرمي الذي تتدرج فيه القواعد الدستورية إلى قواعد أولية وقواعد ثانوية , وتعد قواعد تعديل البناء الدستوري عند أنصار هذا الاتجاه من المقاييس الرئيسة للتمييز بين القواعد الأولية والقواعد الثانوية , معتمدين في هذا التصنيف على الوظائف التي تؤديها هذه القواعد , وكان للفقيه الفرنسي (هارت) الفضل في إبراز هذه الفكرة , إذ ذهب إلى القول (إن التوصل إلى التمييز بين فئتين من القواعد من الدرجتين الأولى والثانية الناشئة من مجموعة القواعد ذات القيمة الدستورية هو الشرط الأساسي لإيجاد البنية العمودية للنظام الدستوري ولل علاقة التدرجية بين قواعد النظام) (١).

وقد اعتمد أنصار هذا الاتجاه في التمييز بين هاتين الفئتين من القواعد الدستورية على فكرة التمييز التقليدي بين القواعد الأولية والثانوية لتبرير فكرة التدرج الموضوعي بين القواعد الدستورية استناداً إلى معيار الوظائف التي تقوم بها القواعد الدستورية من الدرجة الثانية في النظام الدستوري , فيما يتعلق بالعلاقة بين القواعد الأولية والقواعد الثانوية , وعلى معيار الصحة فيما يتعلق بالتمييز بين القواعد الثانوية والقواعد الدستورية الجديدة التي تصدر طبقاً للقواعد الثانوية , وسنعرض لهذه المعايير في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: العلاقة بين القواعد الدستورية الأولية والثانوية استناداً إلى معيار الوظائف التي تقوم بها الأخيرة

(1) Cyril Bami, op.cit.p210.

إذ يمكن عدُّ القواعد الدستورية الخاصة بالتعديل طبقاً لهذا المعيار قواعد ثانوية, لكونها تحدد الإجراءات وتعين المدة التي يستطيع المشرع الدستوري أن يتدخل خلالها لإجراء أي إلغاء أو تعديل أو إضافة على عناصر النص الدستوري, في حين يمكن عد غيرها من القواعد قواعد أولية, وقد اعتمد الفريق الذي طرح هذا المعيار في التمييز بين هذه القواعد على فكرة التمييز بين القواعد القانونية الأولية والثانوية في نظرية القانون العام^(١), إذ ميز الفقه القانوني بين القواعد القانونية التي تحمل صفة الإلزام والتي تسمى الأولية وبين القواعد القانونية الخاصة بالعقوبة والتي توصف بأنها ثانوية لكونها تطبق في المرحلة الثانية عند ما يتم خرق القواعد القانونية الأولية فعلاً, والتمييز الذي أشار إليه الفقيه (هارت) هو التعاقب الدائم للقواعد القانونية, فالقواعد التي تأتي أولاً هي التي يطبقها المواطنون, وهنالك قواعد تأتي فيما بعد عندما لا يكون للقواعد الأولى التأثير المطلوب, واعتمد الفقيه (هارت) في تمييزه هذا على تحليله للقانون الذي وصفه بـ (إيجاد القواعد الأولية ... مع القواعد الثانوية) وأوضح الفقيه بأن القواعد الثانوية تمتلك سمات مشتركة فيما بينها يمكن أن نعتها تحتل مرتبة تختلف عن المرتبة التي تنالها القواعد الأولية, بمعنى أنه إذا كانت القواعد الأولية تستند إلى الأفعال التي يجب أن يقوم بها الأفراد, فإن القواعد الثانوية تستند جميعها على القواعد الأولية نفسها^(٢).

وطبقاً لهذا التصور وعند تطبيق هذه الفكرة على مسألة التمييز بين القواعد الدستورية, فإنه يمكن القول بأن القواعد الدستورية الأولية هي القواعد التي تضم مجموعة من القواعد الخاصة بالحقوق والحريات أو بتوزيع صلاحيات السلطات الموجودة داخل الدولة, فيما عدا القواعد الخاصة بتعديل الدستور التي تعد قواعداً دستورية ثانوية, أذن يمكن تصنيف القواعد الخاصة بالتعديل الدستوري كقواعد من الدرجة الثانية تستند إلى قواعد أخرى وهي القواعد الأولية, ووصف الأخيرة بالثانوية جاء استناداً إلى الوظائف التي تقوم بها هذه القواعد في النظام الدستوري, فمن وجهة النظر الوظيفية فإن القواعد الخاصة بالتعديل الدستوري تعد أولاً قواعد تغيير النظام إذ يترتب عليها وضع قواعد دستورية جديدة من قبل الهيئات الدستورية, وتحدد طرق عمل هذه الهيئات وتضع لهذه الغاية عدد معين من القيود لا بل قد تصل في بعض الأحيان إلى حد المنع كما في حالة منع تغيير شكل الحكومة الجمهوري, أي أن هذه القواعد تنظم عملية وضع القواعد الدستورية, وعليه فهي قواعد ثانوية طالما تحدد كيفية وضع القواعد الدستورية^(٣).

(1) Béchillon D. de, Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État, Paris, Economica, 1996, p. 577.

(2) Cyril Bami, op.cit.p.211.

(3) Béchillon D. op.cit.,p 578 .

الفرع الثاني: التدرج بين القواعد الدستورية استناداً إلى معيار صحة القواعد الدستورية

ذهب أنصار هذا المعيار إلى أن البناء الدستوري يتمتع ببناء هرمي، وصحة كل قاعدة دستورية فيه تستند إلى قواعد التعديل الدستوري، إلا أن هذا القول ينطبق فقط على القواعد الدستورية الجديدة، أي القواعد الناتجة عن التطبيق^(١)، فالعلاقة التدرجية طبقاً لهذا المعيار لا تعمل إلا عندما يتم إعداد قاعدة دستورية جديدة على وفق إجراءات التعديل المنصوص عليها دستورياً، فعندما يتم تعديل القواعد الدستورية ينتج عنها قواعد دستورية جديدة تحدد شروط وضعها بموجب قواعد التعديل الدستوري، إلا أن هذا لا يعني أن كل القواعد الدستورية تجد أصلها في قواعد التعديل الدستوري بل يقتصر الأمر على القواعد الدستورية الجديدة الناتجة عن تطبيق إجراءات التعديل الدستوري، وهذا يدفعنا إلى القول بأن القانون الدستوري هو من ينظم عملية إنتاجه، في اللحظة التي نعترف بها أن التعديل ليس إلا عملية خلق قانون دستوري فعلي جديد، وبهذا فأن صحة هذه القواعد لا تعتمد على قواعد خارجية سواء أكانت فلسفية أم أخلاقية ولا على قواعد قانونية تابعة لنظام قانوني آخر، بل تعتمد في صحتها على القواعد الدستورية الموجودة في الدستور نفسه^(٢)، ومن ثم فإن الدستور يتألف من نظام وقواعد قانونية تترابط فيما بينها بحسب علاقة تدرجية، وأن المعيار الوحيد لهذه العلاقة هو معيار الصحة، فما دامت صحة القاعدة القانونية (أ) وجدت أساسها في القاعدة القانونية (ب) أذن يمكن عد القاعدة (ب) أسمى من القاعدة (أ)^(٣)، وعلى هذا الأساس فإن الطريقة الأكثر تأكيداً للعلاقة التدرجية تتعلق بعملية خلق القواعد، لكون شروط صحة القوانين هي نفسها شروط عملية خلق القواعد الدستورية الجديدة، وبحسب مفهوم هذه العلاقة فإنه سيكون هنالك دونية لقاعدة دستورية قياساً إلى قاعدة دستورية أخرى، بمعنى أن القاعدة الأسمى تحدد الشروط التي سيكون نتيجة لتحقيقها ظهور قاعدة دستورية جديدة، وبهذا سيكون هناك تدرجاً بحسب عملية الإنتاج^(٤).

وعلى هذا فإنه طبقاً للتصور أعلاه فإنه يمكن الوصول إلى نتيجة مؤداها أن النصوص الدستورية الخاصة بالتعديل تحدد الشروط الخاصة بصحة القواعد الدستورية الجديدة، أذن فهي أسمى من الأخيرة، وبمعنى آخر أن العلاقة بين النصوص التي تحظر المساس والنصوص الدستورية الجديدة هي علاقة تدرجية، لذا تحتل النصوص الدستورية الأولية قمة

(1) Cyril Bami, op.cit.,p 215.

(2) Béchillon D. de , op.cit.,p578.

(3) Cyril Bami, op.cit.,p216.

(4)Cyril Bami, op.cit.,p217.

النصوص الدستورية ثم تليها النصوص الخاصة بالتعديل لكونها تعد نصوصاً ثانوية إذا ما قورنت بالنصوص الأولى، ومن ثم تحتل النصوص الدستورية الجديدة قاعدة الهرم الدستوري كونها تستند في صحتها إلى القاعدة الثانية.

وبما أن الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ قد اقر صراحة في بعض نصوصه عدم إمكانية تعديل بعض أحكامه، فأنا نرى استناداً إلى التصور أعلاه أن الدستور العراقي قد اخذ بالتدرج الموضوعي بين نصوصه بحيث تحتل النصوص الدستورية المتعلقة بتنظيم السلطات العامة وبحقوق والحريات المرتبة الأولى، في حين تحتل النصوص المتعلقة بإجراءات التعديل الدستوري المرتبة الثانية، وفي حالة صدور قواعد دستورية جديدة طبقاً لإجراءات التعديل المنصوص عليها دستورياً فإنها تحتل المرتبة الثالثة، أما القواعد ذات الطبيعة غير الدستورية التي أدرجت في صلب الوثيقة الدستورية فإنها تحتل قاعدة الهرم الدستوري بمعناه الضيق .

المطلب الثاني

التدرج بين القواعد الدستورية استناداً إلى تصنيف الحقوق والحريات الأساسية

على الرغم من إضفاء المجلس الدستوري القيمة الدستورية للحقوق والحريات الأساسية، إلا أن حمايتها من جانب المجلس الدستوري لم تكن على مستوى واحد، مما دعا بعض الفقه إلى القول بإقامة نوع من التدرج بين الحقوق والحريات الدستورية ذات المرتبة الواحدة، والسؤال الذي يُثار في هذا الصدد هل أن نصوص الدستور تسمح بإقامة هذا النوع من التدرج بين الحقوق والحريات الأساسية؟ لاشك أن الإجابة على هذا التساؤل تتطلب منا بيان مفهوم الحقوق والحريات الأساسية وتمييزها عن الحريات العامة ومن ثم مدى إمكانية إقامة نوع من التدرج بين النصوص الدستورية استناداً إلى تصنيف هذه الحقوق والحريات .

الفرع الأول: مفهوم الحقوق والحريات الأساسية

تعد فرنسا أول من عرض هذه الحقوق من الدول وأضفى عليها القيمة الدستورية، لكن يلاحظ أن الدساتير الفرنسية جاءت خالية من تعريف خاص للحقوق والحريات الأساسية، مما دفع الفقه إلى تعريفها أمام هذا الفراغ الدستوري، فقد عرفها كل من (برنو جينيفوا) و (روبرت بادنتير) بأنها مجموعة من الحقوق والضمانات التي يقرها النظام الدستوري للأفراد في علاقتهم مع سلطات الدولة وتسمى بالأساسية؛ لكونها تتعلق بالإنسان الذي يعد أساس كل حق من جهة، ولأن نتائج الاعتراف بها تتجاوز أو كان يجب أن تتجاوز أي نظام قانوني من جهة أخرى(١).

(1) Bruno Genevois , Robert Badinter, op.cit,p317.

ويرجع الفضل في إضفاء الصفة الدستورية على الحقوق والحريات إلى قرارات المجلس الدستوري الفرنسي منذ عام ١٩٧١ (١), بعد أن كانت قبل هذا التاريخ تتمتع بالقيمة التشريعية, فقد صدرت قرارات عديدة من المجلس الدستوري تعلن صراحة عن الأساس الدستوري لكل حق ولكل حرية (٢), إلا أن اصطلاح الحقوق الأساسية لم يظهر في قرارات المجلس إلا حديثاً بتعابير مختلفة, فقد أطلق عليها اصطلاح الحرية الأساسية (٣),

(١) قرار ١٦ تموز عام ١٩٧١ الذي بفضله أصبح لجميع الحقوق والحريات في القانون الفرنسي اصل دستوري, مما انعكس على حمايتها, لا في مواجهة الإدارة فحسب بل في مواجهة القانون أيضا, تتلخص وقائع هذه القضية في انه قد أودع أعضاء جمعية (Amis de cause du peuple) النظام=الخاص بالجمعية لدى الإدارة إلا أن مدير البوليس قد رفض إعطاها إيصالاً بإعلانها, مما دفع الأعضاء بالطعن في القرار أمام المحكمة الإدارية بباريس, وقد دفعت وزارة الداخلية بان الهدف من هذه الجمعية هو اتحادها مع جمعية (la Gouche proletarienne) وهذه الأخيرة كان من الراجح حلها أمام القضاء, إلا أن المحكمة الإدارية قد رفضت الدفع وأبطلت القرار لتجاوز السلطة, ونظرا لان قانون ١٩٠١ المتعلق بالجمعيات لا يتضمن أي نص من شأنه أن يعطي للإدارة الحق في الاعتراض على إنشاء جمعية أو إعادة جمعية سبق حلها, اتجهت الحكومة إلى تعديل هذا القانون, وقد تضمن مشروع القانون _ الذي قدم إلى الجمعية الوطنية في ٢٥ حزيران _ في مادته الثالثة خضوع الجمعيات لشروط الترخيص المسبق, وجعل الترخيص في يد السلطة القضائية, إلا أن رئيس مجلس الشيوخ دفع بطلب فحص دستوريته بواسطة المجلس الدستوري استنادا إلى المادة الرابعة من الدستور التي تكفل تكوين الأحزاب والجمعيات السياسية, وافر المجلس الدستوري بعدم دستورية المادة الثالثة من مشروع القانون ولكن ليس استنادا إلى المادة الرابعة من الدستور, بل استند إلى المبادئ الأساسية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية, ورفض خضوع حريات الجمعيات بعدها حرية أساسية لنظام الترخيص ولو كان هذا الترخيص في يد السلطة القضائية وليست السلطة الإدارية. ينظر: د. عبد الحفيظ الشيمي, المصدر السابق, ص ١٣٩-١٤٠.

(٢) تجد بعض الحريات الأساسية مصدرها دستور ١٩٥٨ منها حرية العقيدة التي نصت عليها المادة الثانية, وحرية تكوين الأحزاب والجمعيات التي نصت عليها المادة الرابعة منه, وبعض الحريات تجد مصدرها في مقدمة دستور ١٩٤٦ التي تضم المبادئ الأساسية المعترف بها من قبل قوانين الجمهورية والمبادئ الضرورية المسيرة لروح العصر, من ذلك حرية إنشاء الجمعيات وحق الدفاع وحرية التعليم واستقلال التعليم العالي التي تستند إلى قوانين الجمهورية, وكذلك مبدأ المساواة أمام الجنسين وحق اللجوء السياسي وحق العمل وحق الإضراب.. الخ, والتي تجد مصدرها في المبادئ الضرورية المسيرة لروح العصر, وكذلك هناك حقوق أساسية تجد أساسها في المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية والتي قام المجلس الدستوري التأكيد عليها ومنها حق الإضراب بموجب قرار المجلس الصادر في ٢٥ تموز لعام ١٩٧٩ ومبدأ استمرارية المرافق العامة بموجب القرار الصادر في ١٨ أيلول لعام ١٩٨٦, والبعض الآخر تجد مصدرها في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩ ومن أهمها حرية الصحافة التي تجد أساسها في المادة ١٣ من الإعلان... الخ. ينظر في ذلك

-Bruno Genevois, Robert Badinter, op.cit,p323-324.

(٣) أطلق عليها الاصطلاح أعلاه بموجب القرار ١١ الصادر في تشرين الأول عام ١٩٨٤.

وأطلق عليها اصطلاح الحقوق والحريات المكفولة دستوريا(١), وأطلق عليها أيضا الحقوق والحريات ذات القيم الدستورية(٢).

الفرع الثاني: التمييز بين الحريات الأساسية والحريات العامة

من الأمور المعتادة أن الفقه والقضاء يستخدمان تعبير الحريات العامة وفي بعض الأحيان يستخدمان تعبير الحريات الأساسية , فهل معنى ذلك أن تعبير الحريات الأساسية يختلف عن تعبير الحريات العامة؟

أجاب بعض الفقه على هذا التساؤل بالإيجاب على أساس أن تعبير الحقوق الأساسية يختلف عن تعبير الحريات العامة ومن أبرزهم الفقيه الفرنسي (بر دو) الذي أكد هذا التمييز من خلال تعريفه لنظرية الحقوق المحددة أو المعرفة التي سادت في الفقه الفرنسي حتى عام ١٩٧١ , فقد بين أن نظرية الحقوق المعرفة يقصد بها الحقوق والحريات إلي تم تنظيمها وتحديدتها بواسطة التشريع وليس الدستور وبهذا تستفيد بحماية في مواجهة الإدارة وليس القانون , أما فيما يتعلق بالحريات الأساسية فقد ميزها الفقيه فافورو تمييزاً عن الحريات العامة التي نادى بها الفقيه (بر دو) بقوله أنها الحريات الدستورية التي تختلف عن الحريات العامة(٣).

وبذات المعنى ذهب الدكتور عبد الحفيظ الشيمي الذي حاول التمييز بين الحريات الأساسية والحريات العامة من عدة وجوه وكما يأتي:

١. أن الحقوق والحريات العامة بصفة جوهرية محل حماية في مواجهة السلطة التنفيذية فقط , بينما الحقوق والحريات الأساسية تتمتع بحماية في مواجهة السلطات الثلاث التنفيذية والتشريعية والقضائية .

٢. أن الحريات العامة تتفق مع مبدأ المشروعية الإدارية, بينما الحقوق والحريات الأساسية تتفق مع مبدأ القواعد الأعلى من التشريع أي المشروعية الدستورية .

٣. أن حماية الحقوق والحريات تعتمد بصفة أساسية على القانون العادي والمبادئ العامة للقانون, بينما الحريات الأساسية الدستورية مصدر حمايتها القواعد والمبادئ ذات القيمة الدستورية .

(١) أطلق عليها الاصطلاح أعلاه بموجب القرار الصادر في ١٣ كانون الأول عام ١٩٨٥ .

(٢) أطلق عليها الاصطلاح أعلاه بموجب القرار الصادر في ٢٢ كانون الثاني عام ١٩٩٠ . ينظر في ذلك

- Bruno Genevois , Robert Badinter, op.cit,p 318.

(٣) د. عبد الحفيظ الشيمي , المصدر السابق , ص ١٦١ .

٤. إن الحريات العامة ستكون محل حماية من جانب القضاء العادي والإداري بالاعتماد على التشريع العادي , بينما الحريات

الأساسية تكون محل حماية من جانب القاضي الدستوري (١).

الفرع الثالث: مدى إمكانية إقامة تدرج بين القواعد الدستورية استناداً إلى تصنيف الحقوق والحريات الأساسية

استند أنصار هذا الاتجاه إلى ما أقره المجلس الدستوري الفرنسي من ضمانات وحماية للحقوق الأساسية بالنظر إلى مضمونها وذهبوا إلى القول بأن الحقوق والحريات الأساسية الواردة في القواعد والمبادئ ذات القيمة الدستورية ليست على درجة واحدة من الحماية بل متباينة, وهي في تباينها يوجد بعضها في المرتبة الأولى والبعض الآخر في المرتبة الثانية والثالثة ... الخ (٢), وبصورة تؤدي إلى إثبات تدرج بين النصوص أو القواعد المتعلقة بهذه الحقوق بحيث تسمو الأولى موضوعياً على النصوص أو القواعد الأخرى (٣). وهذا الاتجاه كان محل دفاع من جانب كل من الفقيهان (فافورو وجينيفوا), حيث أقام (فافورو) التدرج بين الحريات على أساس حماية المجلس الدستوري لها, بينما أقام (جينيفوا) التدرج على أساس وجود نوع من التدرج الموضوعي للنصوص الدستورية المقررة للحقوق والحريات الأساسية (٤), وذلك على النحو الآتي:

المقصد الأول: تصنيف الحريات الأساسية على وفق اتجاه فافورو

ميز الفقيه فافورو بين الحقوق والحريات الواردة في النصوص والمبادئ ذات القيمة الدستورية على أساس درجة حماية القضاء الدستوري لها, وذهب إلى القول بأن جانب من الحقوق الأساسية ما يتمتع بحماية مطلقة ومنها ما يتمتع بحماية شبة مطلقة ومنها ما يتمتع بحماية نسبية (٥), وإن وجود هذا التدرج يعتمد على وجود مجموعة من العناصر, إذا توفرت هذه العناصر في الحرية فأنها تتصف بالحرية ذات المرتبة الأولى بينما الحريات الأخرى التي لا تتوافر فيها هذه الشروط تتصف بالحريات ذات المرتبة الثانية, وحدد الفقيه هذه الشروط في ثلاث نقاط:

١. عدم خضوع الحرية لنظام الترخيص المسبق .
٢. أن يكون اختصاص المشرع بصدد هذه الحريات مقيد بأمرين, من ناحية يجب أن لا يتدخل إلا من أجل زيادة فعالية الحرية المكفولة لها, ومن ناحية أخرى يجب أن يعمل على إقامة التوفيق بين ممارسة هذه الحريات وبين الأهداف الدستورية الأخرى التي يمكن أن تتعارض معها .

(١) د. عبد الحفيظ الشيمي , المصدر السابق , ص ١٦٢ .

(2) Bruno Genevois , Robert Badinter, op.cit,p337.

(٣) د. رجب محمود طاجن , المصدر السابق , ص ١٦٩ .

(٤) د. عبد الحفيظ الشيمي , المصدر السابق , ص ١٥٤ .

(5) Cyril Bami, op.cit.p298.

٣. أن تكون القواعد التي تحكم هذه الحريات موضوعا للتطبيق بصفة موحدة بالنسبة إلى سائر إقليم الدولة(١).

فمتى ما توافرت هذه الشروط جميعها أصبحت الحرية ذات مرتبة أولى وهكذا ... , وأقام فافورو تصنيفا بين الحقوق استنادا إلى مدى توفر هذه الشروط , فذهب إلى القول بأن الحرية الفردية وحرية الجمعيات والنشر والتعليم تحتل مرتبة أولى, ومن أمثلة الحريات ذات المرتبة الثانية التي لا توافر الشروط الثلاثة السابقة فيها حرية التعبير بواسطة الإذاعة والتلفزيون وحق الملكية والحق في الإضراب(٢).

ولم يتوقف فافورو عند هذا الحد بل أقام تدرجا بين المبادئ المأخوذة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩ وبين المبادئ المأخوذة من مقدمة دستور ١٩٤٦ عند حديثه عن قرار المجلس الدستوري الصادر في ١٦ كانون الثاني عام ١٩٨٢ , فيرى أن الصيغة التي استخدمها المجلس الدستوري تدفع إلى الاعتقاد بأن المبادئ المتمشية مع روح العصر تكمل المبادئ الواردة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩ , ومن ثم فإن أهميتها أقل منها , إذ لم يكتف بالتوفيق بين نص المادتين (٢, ١٧) (٣) من الإعلان والفقرة (٩) من مقدمة دستور ١٩٤٦(٤), بل قال بسمو بعضها على البعض الآخر, وإن الفقرة (٩) من مقدمة ١٩٤٦ لا تشتمل على أي التزام ولا تعد قيда على المشرع ومن ثم فإن هذا النص ليس له أي اثر قانوني(٥).

وبين أن القاضي الدستوري وضع تدرجا بين المبادئ المأخوذة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩ والمبادئ المأخوذة من مقدمة دستور ١٩٤٦ إلا أن هذا ليس بصورة مطلقة, ولا يعني ذلك أن القاضي الدستوري يعلي بصفة دائمة ومطلقة المبادئ الواردة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن على المبادئ الواردة في مقدمة دستور ١٩٤٦ بل السمو يقتصر على بعض هذه المبادئ ومنها المواد ٢ و ١٧ من الإعلان مقارنة بالمادة ٩ من المقدمة .

(١) د. محمد فوزي نويجي , المصدر السابق , ص ١٣١-١٣٢.

(٢) د. عبد الحفيظ الشيمي , المصدر السابق , ص ١٥٤-١٥٥.

(٣) نصت المادة(٢) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩ على (ان هدف كل تجمع سياسي هو الحفاظ على حقوق الإنسان الطبيعية وغير القابلة للتقادم للإنسان وهي الحرية الملكية , الأمن , ومقاومة العصيان).

ونصت المادة (١٧) منه على (لما كانت الملكية حقا مقدسا فلا يمكن لأحد أن يحرم منها إلا عندما تقتضي الضرورة العامة ذلك وبصورة واضحة وشرط التعويض العادل والمسبق).

(٤) نصت الفقرة (٩) من مقدمة دستور ١٩٤٦ على (كل مال وكل مشروع يكسب خصائص المرفق العام الوطني والاحتكار الفعلي ..).

(٥) د. محمد فوزي نويجي , المصدر السابق , ص ١٣٠.

وقد لاقى هذا الرأي التأييد من لدن الكثير من رجال الفقه الدستوري ومنهم الأستاذ (روبر بادنيتر) الذي أعلن صراحة أنه يوجد تدرج موضوعي بين الحقوق الأساسية بقوله (أنه في نظمنا الدستورية حريات لا يمكن المساس بها ومن ثم لا يستطيع المشرع الدستوري أن يلغيها , أما عن الحقوق القابلة للتعديل فهي لا تدخل ضمن الحقوق الأساسية) (١).

وكذلك د. عبد الحفيظ الشيمي الذي أعلن صراحة تأييده لهذا الرأي إلا أنه اختلف عنه في النتيجة التي تترتب على تصنيف الحقوق الأساسية, فذهب إلى القول (... فأئنا نؤيد التعبير الذي استخدمه فافورو بوجود حريات ذات مرتبة أولى وحريات ذات مرتبة ثانية , فمعيار التمييز بين النوعين من الحريات الأساسية لا يخضع إلى الدستور صراحة وإنما يرجع من وجهة نظرنا إلى عوامل ثلاثة) (٢).

وقد عرض د. عبد الحفيظ الشيمي هذه العوامل بما يأتي :
العامل الأول: طبيعة النص الدستوري المقرر للحق أو الحرية , فعلى سبيل المثال النص المقرر لحرية تكوين الأحزاب والجمعيات السياسية في القانون الفرنسي (وهو المادة الرابعة من الدستور) (٣), يختلف تماماً عن النص الدستوري المقرر لحق الملكية , فالنص الأول يطلق من حرية تكوين الأحزاب السياسية , بينما النص الدستوري المقرر لحق الملكية يخضع ممارسة هذا الحق لقيود قد تصل إلى الحرمان (٤).

العامل الثاني : يرجع إلى القضاء الدستوري , فعلى سبيل المثال في القانون الفرنسي أن ننسب إليه أكثر من حق أو حرية أساسية , وقد يوجد نصان دستوريان يقرران حقين دستوريين من دون أن يرسم الدستور أي حدود لهذا الحق أو الحرية , وهنا يأتي دور القاضي الدستوري ليستشعر أهمية الحق أو الحرية , ويضع تصوره لأهمية هذا الحق بالنسبة إلى المجتمع والفرد معا , ومن قبيل النص الذي يشمل أكثر من حق أو حرية أساسية , نص المادة (١١) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي , حيث يشمل هذا النص حرية التعبير بالصحافة , وهنا رفض المجلس الدستوري خضوع هذه الحرية لأي ترخيص مسبق أو نظام يعادل الترخيص المسبق, كما يشمل حرية التعبير

(١) د. محمد فوزي نويجي , المصدر السابق , ص ١٣٢.

(٢) د. عبد الحفيظ الشيمي , المصدر السابق, ص ١٦٥.

(٣) نصت المادة الرابعة من دستور ١٩٥٨ الفرنسي على (تساهم الأحزاب والجماعات السياسية في التعبير عن الرأي بالاقتراع , وهي تتكون وتباشر نشاطاتها بحرية , ويجب عليها احترام مبادئ السيادة الوطنية والديمقراطية).

(٤) نصت المادة السابعة عشر من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩ على (لما كانت الملكية حقاً مصوناً ومقدساً فلا يمكن لأحد أن يحرم منها إلا عندما تقتضي الضرورة العامة المثبتة قانوناً ذلك وبصورة واضحة وشرط التعويض العادل المسبق).

بواسطة الإذاعة والتلفزيون وقد قبل المجلس الدستوري في شأنها الترخيص المسبق .

أما بخصوص وجود نصين دستوريين يكفل كل منهما حق أو حرية دستورية , فعلى سبيل المثال النص المقرر لممارسة الحرية النقابية والنص المقرر لممارسة حرية الجمعيات لا يخضعان لأي قيد قانوني سابق, وعلى العكس فالنص المقرر لحق الإضراب وفقاً لمقدمة دستور ١٩٤٦ فإنه يفرض قيده على هذا الحق (حق الإضراب) وذلك حماية للمصالح الأساسية للدولة, كما أن المجلس الدستوري أجاز تقييد ممارسة هذا الحق حتى انه يمكن أن تصل هذه القيود إلى منع هذا الحق . وعليه فإن المجلس الدستوري يهياً أثراً بارزاً في استشعاره بأهمية الحق الدستوري أو الحرية الأساسية, سواء بالنسبة إلى الفرد أم بالنسبة إلى المجتمع بعدها شرطاً ضرورياً لدولة القانون, ومن ثم فإن النوع الأول من الحريات الأساسية نطلق عليه بالحريات ذات المرتبة الأولى, أما النوع الثاني فنطلق عليه بالحريات ذات المرتبة الثانية .

أما العامل الثالث فيرجع إلى طبيعة الحق أو الحرية , فمما لا شك فيه أن بعض الحقوق والحريات الدستورية تعد جوهرية وتتميز عن بعض الحقوق والحريات الدستورية الأخرى, فعلى سبيل المثال الحق في الحياة يمثل حقاً جوهرياً وأساسياً بالمقارنة بحرية التظاهر, والحق في تكوين الأحزاب والجمعيات يعد حقاً جوهرياً مقارنة بالحق في ممارسة الإضراب وهكذا... (١).

ويخلص د. عبد الحفيظ إلى القول (ومن ثم فأنا بناءً على ما تقدم ننتهي إلى وجود حريات أساسية ذات مرتبة أولى وحريات أساسية ذات مرتبة ثانية ...) (٢), إلا انه وعلى الرغم من تبنيه مبدأ التدرج بين الحقوق والحريات الأساسية, فإنه نفى أي نوع من التدرج بين النصوص الدستورية بقوله (انه من الصعب أن لم يكن من المستحيل إقامة التدرج بين النصوص الدستورية, فجميع هذه النصوص صدرت في اليوم نفسه خلال استفتاء واحد, كما أنها تتمتع بالقوة القانونية نفسها من حيث الموضوع) (٣). إلا أن هذه النتيجة التي توصل إليها د. عبد الحفيظ الشيمي تعرضت للانتقاد من جانب بعض الفقه ومنهم د. رجب محمود طاجن الذي ذهب إلى القول بأن هذا الفقيه انتهى إلى نتائج لا تتوافق مع ما سبق أن أعلنه من عدم وجود تدرج بين النصوص الدستورية, حينما أقر بوجود تدرج ومراتب للحقوق والحريات التي تضمنها الدستور وهو ما يؤدي إلى إيجاد تدرج موضوعي بين القواعد الدستورية , وان النتيجة التي انتهى إليها هذا الفقه لا تتوافق مع

(١) د. عبد الحفيظ الشيمي , المصدر السابق, ص ١٦٥.

(٢) د. عبد الحفيظ الشيمي , المصدر السابق, ص ١٦٥.

(٣) المصدر نفسه , ص ١٧٨.

ما سبق أن أعلنه, وهي نتيجة تؤدي إلى غير النتيجة التي يؤدي إليها تفكيره من الناحية الدستورية(١).

المقصد الثاني: تصنيف الحريات الأساسية على وفق اتجاه جينيفوا

يرى الأستاذ (برونو جينيفوا) أن المجلس الدستوري يقيم تدرجاً موضوعياً للحقوق والحريات الأساسية, وهذا التدرج لا يتنافى مع رفض أي شكل من أشكال التدرج الشكلي بين القواعد والمبادئ ذات القيمة الدستورية, أي بمعنى آخر أنه حتى وإن كانت جميع الحقوق والحريات على المستوى الشكلي لها القيمة الدستورية نفسها, إلا أنها ليست ذات قيمة واحدة من حيث الموضوع(٢), بل يتوقف تدرجها على وجود مجموعة من العناصر تتصل بدرجة دقة النص الذي يعالج الحق وما إذا كان يسمح بإدخال بعض الاستثناءات على ممارسة الحق ذاته, وبدرجة الإجماع على المرتبة التي ينالها الحق بين قائمة الحقوق والحريات الأساسية, وكذلك بحجم الرقابة التي يمارسها القضاء الدستوري على الأعمال القانونية من التشريعات أو القرارات التي تنظم هذا الحق أو تضعه موضع التنفيذ(٣), فإذا ما توافرت هذه العناصر في حق أساسي فأن الحق سيعطى للمرتبة الأولى والجزم بأنه في حالة تعديل الدستور واستحداث قواعد ومعايير تتناقض أو تتعارض مع حق أساسي ذي مرتبة أولى فإن القاضي لن يملك في حالة التعارض هذه إلا أن يفضل القواعد المتضمنة لحق أساسي, وهذا ما يعادل من الناحية العملية الاعتراف بوجود تدرج بين القواعد الدستورية, وفي إطار هذا التدرج تكون السلطة التشريعية أكثر اتساعاً أو أكثر ضيقاً وفقاً لوزن النص(٤) الدستوري تحت رقابة المجلس الدستوري(٥).

وأفصح عن المعنى ذاته (سيرري برامي) الذي يرى أن أصل نظرية التدرج المادي بين القواعد ذات القيمة الدستورية وبمعنى أدق بين الحقوق والحريات الدستورية, يعود بصورة واضحة إلى التحليل الذي قدمه (برنو جينيفوا) وأقر فيه بوجود تدرج مادي ظهر تدريجياً بين المبادئ ذات القيمة الدستورية والتي

(١) د. رجب محمود طاجن, المصدر السابق, ص ١٩٥.

(2) Denizeau Charlotte, op.cit,p 84.

(3) Bruno Genevois, Robert Badinter, op.cit,p341.

(٤) وفي المعنى نفسه ذهب (باندنتر) الذي فضل أن يستخدم أسلوباً روائياً بقوله ((أنه في يوم قام بزيارة رجل يقوم بعرض الإطباق الفنية بمناسبة ذكرى الثورة الفرنسية والتي كانت تحمل معالم الثورة الفرنسية, ثم أظهر إعجابه بهذه الإطباق مهنناً صاحبها, فرد عليه نعم هذا صحيح إنها جميعاً تتسم بالجمال ولكن أحب أن أقول لك أيضاً أنها جميعاً ذات سعر واحد ولكن ليست لها نفس القيمة أو الوزن)). ينظر في ذلك د. عبد الحفيظ الشيمي, المصدر السابق, ص ١٦٥.

(5) Bruno Genevois, Robert Badinter, op.cit,p341.

تكون على علاقة بدرجة دقة المبدأ موضوع الخلاف, وأكد (سيري برامي) أن هذه المحاولات الأولى للفقهاء الدستوري في الاعتراف بنظرية التدرج الموضوعي التي ظهرت في نهاية الثمانينات, ولا زالت متبعة حتى الآن, إلا أن هناك معايير أخرى للاعتراف بالتدرج ظهرت حديثاً والتي بموجبها يتم الاعتراف بالحقوق والحريات ذات المرتبة الأولى وهذه المعايير تعتمد على التحديد الذي يفرضه المشرع الذي بدوره يخضع لرقابة مشددة للوقوف على مدى تناسب هذا التحديد مع الهدف المتبع, فحتى تكون الحقوق والحريات ذات مرتبة أولى فإنه يجب أن تكون محددة بهدف ذي قيمة دستورية, وبعبارة ذلك تكون الحقوق والحريات ذات درجة ثانية طالما أنها محددة بواسطة المصلحة العامة وهكذا, فالحرية الشخصية التي تتضمنها المادة (٦٦) من الدستور تنتمي إلى فئة الحريات ذات المرتبة الأولى ما دامت تستوفي الشروط المذكورة سابقاً, حيث نجدها على سبيل المثال محددة بهدف ذي قيمة دستورية يتمثل بحماية النظام العام في القرار الصادر في ٢١ شباط عام ٢٠٠٨ الذي قام القاضي الدستوري بموجب برقابة شديدة على مدى تناسب الوسائل التي يستخدمها المشرع في هذا التحديد مع الغرض المنشود. وعلى العكس مما تقدم يوضع مبدأ المساواة ضمن المبادئ الدستورية ذات المرتبة الثانية, لكون ما يتضمنه هذا المبدأ من أحكام لا يتعارض مع تعامل المشرع بطرق مختلفة مع المراكز القانونية, ولا مع ما يخالف المساواة, ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة, بشرط أن يكون الاختلاف في المعاملة بين المراكز القانونية على علاقة مباشرة مع موضوع القانون الذي سنه, وأن القاضي الدستوري لا يحظر إلا الاختلافات في المعاملة التعسفية أي التفاوت الواضح للهدف المنشود, أي لم يكن سبب هذا الاختلاف في التعامل مع المراكز القانونية إلا اختلافاً مسبقاً في المراكز أو بدافع المصلحة العامة(١).

وتؤكد هذا الرأي أيضاً من قبل د. محمود عاطف البنا الذي انتهى إلى ذات النتيجة وأن لم يُبين صراحة فكرة الحرية أو الحق ذي المرتبة الأولى أو الثانية حينما يقول (كثيراً ما يجري التمييز بين الحريات المختلفة ودرجاتها على أساس كيفية النص الدستوري بشأنها, فتارة ترد الحرية في الدستور مطلقة من دون النص على إمكان تنظيمها من جانب المشرع أو الإدارة(٢), وتارة أخرى يقر

(1) Cyril Bami, op.cit.p298.300.

(٢) مثال على ذلك ما نص عليه الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ في المادة (٣٧) أولاً (حرمة الإنسان وكرامته مصونة), وفي المادة (٣٨) أولاً (تكفل الدولة بما لا يخل بالنظام العام

الدستور بعض الحريات ويبيح للمشرع تنظيمها(١)... فالحريات التي تكفلها نصوص مطلقة غير معلقة على تدخل تشريعي لتقييدها , إنما هي حريات عزيزة على المشرع الدستوري , بعكس الحريات التي تكفلها نصوص دستورية مع الإحالة إلى قوانين عادية فالحريات ليست كلها على قدم المساواة بل تتفاوت في درجتها تبعاً لأهميتها ... حيث ينبغي التسليم بوجود حريات أساسية وحريات أخرى تعتبر بالنسبة لها ثانوية(٢).

المطلب الثالث

التدرج الموضوعي استناداً إلى سمو النصوص المتعلقة بالسيادة الوطنية
يقيم أصحاب هذه الفكرة تدرجاً بين القواعد الدستورية بالنظر إلى مدى تعلقها أو عدم تعلقها بالسيادة الوطنية(٣), فالقواعد المتعلقة بالسيادة الوطنية ذات أهمية أكبر ومن ثم تملو من حيث الموضوع على القواعد

والآداب أولاً حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل. ثانياً حرية الصحافة والإعلان والإعلام والنشر .

(١) مثال على ذلك ما نص عليه الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ في المادة (٢٣) من أنه (الملكية الخاصة مصونة , ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها في حدود القانون) والمادة (٣٧) (ثالثاً التي نصت على كفالة (حرية الاجتماع والتظاهر السلمي وينظم بقانون) و المادة (٣٩) (التي نصت على أن) حرية تأسيس الجمعيات والأحزاب السياسية والانضمام إليها مكفولة وينظم ذلك بقانون) .

(٢) د. محمود عاطف البنا , حدود سلطة الضبط الإداري , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٨١ ص ٨٣.

(٣) لمصطلح السيادة في القانون الدستوري العديد من المعاني , فينصرف المعنى الأول إلى الكيان الذي لا يعلوه كيان آخر , وتفهم السيادة هنا كمساو للدولة التي لا تخضع لأي سلطة أخرى خارجية أو داخلية , وهذا المعنى لا يستبعد خضوع الدولة للقانون الدولي , فلا تتناقض السيادة مع هذا الخضوع , طالما كان ناتجاً عن إرادتها الحرة . وفي معنى ثانٍ تشير السيادة إلى جميع السلطات أو الاختصاصات التي يمكن أن تمارسها الدولة , أي سلطات الدولة , والسيادة في هذا المعنى جانبها قانوني , حيث تتولى الدولة اتخاذ القواعد الضرورية لتفعيل هذه الاختصاصات , وهذه السلطات هي التشريعية والتنفيذية والقضائية , وفي معنى ثالث فإن السيادة إذا كانت تعني بأنها قدرة الدولة على مباشرة كل الاختصاصات واتخاذ جميع القواعد اللازمة لتفعيلها , فإن السيادة هنا ستتضمن فكرة تدرج القواعد القانونية والتي تنحصر السيادة بموجبها في الاختصاص بإصدار القواعد العليا فقط وهي الدستور والقانون , اللذان يسمحان بصورة غير مباشرة بتحديد مضمون القواعد الأدنى منهما , والسيادة في هذا المعنى تشير إلى السلطة التأسيسية والسلطة التشريعية . ينظر في ذلك د. رجب محمود طاجن , المصدر السابق , ص ١٧٢-١٧٣.

الدستورية الأخرى^(١) على أساس أنها موجودة قبل وجود الدستور ذاته وما فعله الدستور بشأنها إنما هو تقرير لها بالنص عليها في صلب مواده, وان المواد المتعلقة بالسيادة الوطنية تقيد المشرع الدستوري^(٢), فهذه القواعد لا تخضع لما تخضع له القواعد الدستورية الأخرى من إمكانية التعديل, فالسلطة التأسيسية الأصلية لا تستطيع بحال تعديل القواعد المتعلقة بالسيادة الوطنية, لكونها تعد من القيود غير المرخص بتعديلها^(٣).

ويلاحظ أن العديد من الفقهاء ذهبوا إلى تأييد هذا الرأي من أبرزهم الأستاذ (أوليفيير بود) بطرحه فكرة التدرج بين القواعد الدستورية بالنظر إلى هذه القواعد فيما إذا كانت تمس سيادة الشعب من عدمه, وذلك بإعطاء مكانة أسمى لإحكام الدستور المتعلقة بسيادة الشعب في تدرج القواعد الدستورية^(٤), وان السيادة الوطنية تعد عنصرا غير قابل للمساس به في الدستور, وان أي تحفظات خاصة بالسيادة لا يمكن تعديلها عن طريق السلطة المختصة بالتعديل, ولكن عن طريق السلطة التأسيسية الأصلية وحدها, ويرى هذا الفقيه - معتمدا على مبدأ التدرج الموضوعي بين القواعد الدستورية - ان الفقرة الثالثة من المادة ٨٩ من دستور ١٩٥٨ والتي تقرر نظام الاستفتاء الشعبي كإجراء لتعديل الدستور, أعلى من الناحية الدستورية من الفقرة الثانية من ذات المادة التي تجيز إقرار التعديل الدستوري عن طريق مجلسي النواب مجتمعين في شكل مؤتمر بدلا من اللجوء إلى الاستفتاء, فالموضوعات التي تمس سيادة الشعب لا بد أن يتم اللجوء فيها إلى السلطة التأسيسية لأنها الوسيلة الوحيدة لاحترام سيادة الشعب, ولا يمكن تعديلها بطريقة الإقرار البرلماني, وان الفقرة الثانية تتصل مباشرة بالسيادة الوطنية التي تخضع مسألة التعديل فيها لسلطة الشعب صاحب السيادة طبقا للدستور بواسطة الاستفتاء التأسيسي, ومن ثم تسمو الفقرة الثانية على الفقرة الثالثة من المادة (٨٩) من الدستور^(٥).

وتأكد هذا الرأي أيضا من قبل الأستاذ (ليو هامون) الذي يرى أن في الدستور الفرنسي مبادئ أساسية لا يمكن تعديلها, وان السيادة الوطنية تدخل ضمن هذه الفئة من المبادئ غير قابلة للتعديل, ويؤكد الأستاذ (هامون) على ذلك ويقرر أن البرلمان الذي يلغي السيادة الوطنية أو يبتريها

(١) احمد إبراهيم صالح العسوسي, المصدر السابق, ص ٧٦.

(٢) د. محمد فوزي نويجي, المصدر السابق, ص ١٣٧.

(٣) د. رجب محمود طاجن, المصدر السابق, ص ١٧٤.

(٤) د. محمد فوزي نويجي, المصدر السابق, ص ١٣٧.

(٥) أشار لذلك د. رجب محمود طاجن, المصدر السابق, ص ١٧٧.

لا يقل في شططه عن البرلمان الذي يطالب بالترقية بين الفرنسيين على أساس عقيدتهم الدينية وعنصرهم وطبقاتهم^(١).

المطلب الرابع

التدرج الموضوعي استناداً إلى فكرة التوفيق بين النصوص والمبادئ الدستورية المتعارضة

نادى جانب من الفقه بالتدرج المادي استناداً إلى موقف القضاء الدستوري في أعمال فكرة التوفيق بين القواعد الدستورية المتعارضة , فمهمة القاضي الدستوري هي أعمال التوفيق بين القواعد الدستورية المتعارضة , وهذه النتيجة تؤكد فكرة التدرج المادي بين القواعد الدستورية , لكون القاضي الدستوري عند قيامه بهذه المهمة يضع أسساً موضوعية ويعملها بصدد كل حق وكل حرية حتى يستطيع حل كل تعارض , ولا شك أن هذه المعايير التي ستوضع بالاستناد إلى النص الدستوري المنظم للحق أو الحرية في ضوء الطريقة التي عالج بها هذا النص كل حق أو حرية , هي من ستعطي للقاضي سلطة تقديرية مقيدة في ضوء هذا التنظيم الدستوري , وتؤدي إلى التفضيل بين هذه الحقوق وليس إبعاد بعضها على حساب البعض الآخر , وهذا ما يشير إلى فكرة التدرج الموضوعي بين الحقوق والحريات الدستورية^(٢) , ومن ثم يشير إلى التدرج بين النصوص التي تشملها , وإن القول بعدم إهدار الحق أو الحرية عند تعارض الحقوق والحريات مع بعضها واعتماد التوفيق وليس الإبعاد , لا ينفي فكرة التدرج الموضوعي بل يؤكد على تدرج القاعدة الدستورية المقننة لهذا الحق أو هذه الحرية مع القاعدة الدستورية المقننة للحق أو الحرية الأخرى .

ولقد تبنى المجلس الدستوري فكرة التوفيق بين المبادئ الدستورية في العديد من قراراته ومن أهمها القرار الصادر في ٢٣ تشرين الثاني لعام ١٩٧٧ والذي تتخلص وقائعه بان هناك قانوناً صدر يتضمن في إحدى موادها نصاً يتعلق بإلزام القائمين بالتدريس في المؤسسات التعليمية الخاصة بضرورة احترام هذه المؤسسات , ومراعاة سمات المنشأة التعليمية وأهدافها الخاصة , فعد أعضاء الجمعية الوطنية أن هذا النص يخل بحرية العقيدة والاعتقاد المنصوص عليها في المادة الثانية من الدستور , ولم تكن إجابة المجلس الدستوري على هذه القضية بعدم مطابقة النص مع الدستور , وإنما بوضع قيد على المشرع , ومضمون هذا القيد انه يتعين على المشرع أن يعمل على التوفيق بين حرية التعليم المتمثلة في حماية النظم والسمات الخاصة بالمؤسسة التعليمية من ناحية , وبين ضرورة حماية حرية الاعتقاد للمدرس من ناحية أخرى , ومن ثم فإن المجلس الدستوري يرى انه وإن كان القانون يتطلب احترام سمات وأهداف المؤسسات التعليمية الخاصة والمرتبطة مع الدولة , فانه يكون بذلك قد وضع حرية التعلم موضع التنفيذ

(١) أشار إليه د. محمد فوزي نويجي , المصدر السابق , ص ١٣٦-١٣٧ .

(٢) د. رجب محمود طاجن , المصدر السابق . ص ٢٠١-٢٠٢ .

بعدها من المبادئ الأساسية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية, وقد استطرد المجلس محددًا أنه ينبغي على القانون عند وضعه التزامات على التدريسيين, والتي تتمثل بصفة خاصة في واجب التحفظ إلا تخل بحرية الاعتقاد المكفولة بالدستور(١).

وتأكد ما سبق في قرار المجلس الصادر في ٢٠ تموز عام ١٩٨٨ المتعلق بالعفو العام الشامل الذي ذهب فيه المجلس الدستوري إلى التوفيق الضروري بين الحقوق المتعارضة وعمل بموجبه على التوفيق بين حقوق كل شخص وحياته وحقوق الغير وحياتهم بصوره صريحة, وقرر في حيثياته أنه إذا كان قانون العفو الشامل قد نص بصورة صريحة على فصل ممثل كادر العمال أو المسؤول النقابي من وظيفته إذا أخطأ عند مباشرته هذه الوظيفة, وإن كان لا ينطوي ذلك على خطأ جسيم, فإن لهذا الشخص الحق بأن تتم إعادته إلى وظيفته, لكن هذه الحالة لن تكون نفسها عندما يتم فصل المعني بسبب ارتكابه الخطأ الجسيم(٢).

وفي قرار ٢٥ تموز لعام ١٩٧٩ والقرار ١٨ أيلول ١٩٨٦ عمل المجلس الدستوري على إعمال التوفيق بين المبادئ ذات القيمة الدستورية, إذ بموجب هذه القرارات وضع المجلس الدستوري على عاتق السلطة التشريعية وهي بصدد تنظيم الحق في الإضراب, إلا تصدر هذا الحق أو تشوّهه وإنما يتعين عليها أن تكفل ممارسة هذا الحق مع تحقيق نوع من التوازن والتوافق بينه وبين مبدأ استمرارية المرافق العامة, رافضاً اتجاه أعضاء الجمعية الوطنية والمناادي بعدم جواز تقييد الحق في الإضراب كونه حقاً دستورياً لأجل استمرارية المرافق العامة, وقرر للمبدأ الأخير(مبدأ استمرارية المرافق العامة) بالقيمة الدستورية وعمل على التوفيق بينه وبين الحق في الإضراب حماية للمصلحة العامة وإعلاء مبدأ استمرارية المرافق العامة وتفضيله على الحق في الإضراب ومن ثم سموه عليه من دون أن يهمل أو ينكر الحق في الإضراب(٣).

المطلب الخامس

التدرج الموضوعي استناداً إلى سمو النصوص المتعلقة بأحكام الشريعة الإسلامية

ذهب جانب من الفقه العربي(٤) إلى تبني فكرة التدرج بين أحكام الشريعة الإسلامية وبقية النصوص الدستورية وإعطاء الأحكام المتعلقة

(1) Bruno Genevois , Robert Badinter, op.cit,p328.

(٢) د. رجب محمود طاجن , المصدر السابق . ص ٢٠١-٢٠٢.

(3) Bruno Genevois , Robert Badinter, op.cit,p328.

(٤) ومن أبرزهم د. عبد الحميد متولي, الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور, ط٣, منشأة المعارف, الإسكندرية, ١٩٩٠, ص ١٦. و د عادل عمر شريف, المصدر السابق, ص ٢٣٣-

بالشريعة السمحاء العلو والسمو على القوانين كلها، استناداً إلى تضمن بعض الدساتير العربية نصوصاً تؤكد أن الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي أو الرئيسي للتشريع محاولة لإعلاء مبادئها على بقية القوانين الأخرى^(١)، فقد نص الدستور المصري لعام ١٩٧١ في المادة الثانية منه على (مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع) ليجعل من هذه المبادئ المصدر ذا المرتبة الأعلى بينما يجعل المصادر الأخرى ذات مرتبة أدنى وإذا ما تعارض أي نص من النصوص مع مبادئ الشريعة الإسلامية فإنه يجب على القاضي الدستوري إلغاء النص الذي يتعارض معها ، وبهذا أصبحت الشريعة الإسلامية تتساوى في القيمة مع النصوص الدستورية، فتصبح قيماً لا على السلطة التشريعية فحسب بل وحتى السلطة المختصة بالتعديل بحيث تغل يدها عن إصدار أي نص يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية^(٢) .

وتبنى العراق في دستوره لسنة ٢٠٠٥ هذا الاتجاه، فقد نص في المادة الثانية منه الفقرة أولاً على أنه (الإسلام دين الدولة الرسمي ، وهو مصدر أساسي للتشريع ، ولا يجوز سن أي قانون يتعارض مع ثوابت الإسلام) .

فهذه إشارة صريحة من المشرع الدستوري على إعلاء أحكام الإسلام على بقية القوانين الأخرى وعدّها قيماً على كل من المشرع العادي والدستوري، ومن ثم الالتزام بها وعدم إصدار أي نص أو قانون يتعارض مع ثوابته^(٣)، على هذا تعد الشريعة الإسلامية مرجعاً للقاضي الدستوري عند النظر في دستورية قانون ما، فإذا صدر نص مخالف لثوابت الإسلام فإنه يحكم بعدم دستوريته ومن ثم إلغائه، وتؤكد هذا الاتجاه في المادة ٩٢ من دستور ٢٠٠٥ الخاصة بتكوين أعضاء المحكمة الاتحادية العليا واختيارهم، في الفقرة ثالثاً منها التي نصت على (تتكون المحكمة الاتحادية

٢٣٦. و د سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية والشريعة الإسلامية ، مصدر سابق ، ص ١٥٣ .

(١) د . عبد الحميد متولي، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، مصدر سابق، ص ١٦ .

(٢) د. علي حسين نجيد، مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٦٢-٦٥ .

(٣) هنالك نوعان من أحكام الشريعة الإسلامية ، النوع الأول هي الأحكام القطعية بثبوتها ودالاتها ، وهي تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة ، والتي من غير المتصور أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير المكان والزمان إذ هي عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها . وهو المقصود به من كلمة ثوابت الإسلام في م (٢) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

أما النوع الثاني فيقصد بها الأحكام الظنية في ثبوتها ودالاتها وهي تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيماً لشؤون العباد بما يكفل مصالحهم المعترسة شرعاً ينظر في ذلك د. عادل عمر شريف ، المصدر السابق، ص ٢١٦-٢١٨ .

العليا من عدد من الأعضاء من القضاة وخبراء الفقه الإسلامي), هذه إشارة صريحة منه على إعطاء مبادئ الشريعة الإسلامية القيمة الأعلى من خلال تعيين عدد من خبراء الفقه الإسلامي ضمن أعضاء المحكمة الاتحادية, لكونهم أكثر دراية في مجال مطابقة النصوص والتشريعات مع ثوابت الإسلام, والنظر فيما إذا كانت هذه النصوص والتشريعات مخالفة لها أم لا, وبهذا أصبحت الشريعة الإسلامية القانون الأعلى للدولة ويسمو على غيره من النصوص ويحتل المرتبة الأولى وتليه من ثم النصوص الدستورية أي انه لا يصبح قيماً على السلطة التشريعية فحسب بل على السلطة المختصة بالتعديل أيضاً الالتزام بها وعدم الخروج على ثوابتها .

وقد أكدت أحكام القضاء الدستوري العراقي هذا الرأي في القرار الصادر في ٢٤ / ٨ / ٢٠٠٦ الذي الغي بموجبه قرار مجلس قيادة الثورة المنحل والمؤرخ في ١٤ / ١٠ / ٢٠٠١ الذي يقضي في الفقرة الثالثة بحرمان المورث من حقه الشرعي كوارث لوالدته بسبب عقوقه لوالديه ولذلك لمخالفة الدستور, ولكون القرار قد صدر في ظل دستور ١٩٧٠ المؤقت, وان الدستور ١٩٧٠ المؤقت قد تبنى في أحكامه الشريعة الإسلامية وعدم مخالفة أحكامها, وحيث أن الشريعة الإسلامية حددت الحالات التي يحرم فيها الوارث من الإرث وليس من بينها عقوق الوالدين, فان الفقرة الثالثة من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل قد جاءت مخالفة للدستور. واستناداً الى ذلك قررت المحكمة إلغاء القرار المذكور أعلاه (١).

المبحث الثالث

التقييم الفقهي لمعايير التدرج

بعد أن عرضنا فيما سبق لكلا المعيارين ومدى الاستناد إليهما في القول بوجود تدرج بين القواعد الدستورية, سنعرض في هذا المبحث الاتجاهات الفقهية التي ذهبت إلى إنكار فكرة التدرج عن هذه القواعد الدستورية, من ثم نحاول بيان رأينا في هذا الصدد في المطالب الآتية :

المطلب الأول

الاتجاه الفقهي الذي ينكر التدرج الشكلي بين القواعد الدستورية

في الوقت الذي ذهب إليه جانب من الفقه إلى الاعتراف بوجود تدرج شكلي بين القواعد الدستورية, أنكر جانب آخر من الفقه وجود مثل هذا النوع من التدرج بين القواعد الدستورية, وانقسم هذا التوجه الفقهي إلى فريقين, الأول يستند إلى

(١) قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١١ / اتحادية / ٢٠٠٦) في ٢٤ / ٨ / ٢٠٠٦. ينظر : علاء

صبري التميمي, قرارات وأراء المحكمة الاتحادية العليا, مكتبة صباح للنشر والتوزيع , بغداد, ٢٠٠٩, ص ١٧-١٨.

حجج انتقد من خلالها فكرة التدرج بمجملها, والفريق الثاني حاول الرد على الحجج التي استند إليها الاتجاه المؤيد لفكرة التدرج الشكلي بحسب ما عرضناه في المبحث الأول, وسنعرض لهذه الانتقادات في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الفريق الذي انتقد فكرة التدرج الشكلي بمجملها

استند أنصار هذا الفريق في إنكار وجود التدرج الشكلي على عدد من الحجج من أهمها :

الحجة الأولى : وحدة القواعد الدستورية

ذهب جانب من الفقه إلى القول باستحالة وجود تدرج شكلي بين القواعد الدستورية مختلفة المصدر, وذلك استناداً إلى مبدأ وحدة القواعد الدستورية^(١), الذي يترتب نوعاً من المساواة بين مختلف القواعد والمبادئ الموجودة في الوثيقة الدستورية أو التي وجدت خارجها ذات الأصل الدستوري, دون التعويل على اختلاف الأسلوب الذي صدرت بمقتضاه القواعد والمبادئ الدستورية أو على اختلاف الحقب الزمنية التي وضعت خلالها تلك القواعد وهذه المبادئ^(٢), وأكد هذه الحجة العميد فيدل بقوله (أن تحديد مضمون النص الدستوري أو عدم تحديده لا يترتب أي نوع من التدرج بين النصوص وإنما فقط ينشئ نوعاً من الاختصاص التقديري والاختصاص المقيّد للسلطة التشريعية)^(٣).

الحجة الثانية : التمييز بين التدرج القانوني والتدرج السياسي او المعنوي

استند أصحاب هذه الحجة في إنكار فكرة التدرج الشكلي بين القواعد الدستورية إلى فكرة التمييز وعدم الخلط بين التدرج القانوني^(٤), الذي يقصد به سمو بعض القواعد القانونية على

(١) د. عبد الحفيظ الشيمي, المصدر السابق, ص ١٦٩.

(٢) د. عيد احمد الغفلول, المصدر السابق, ص ٤٩.

(٣) د. عبد الحفيظ الشيمي, المصدر السابق, ص ١٠٨.

(٤) أكد العميد فيدل هذه الحجة بقوله (على انه يجب عدم الخلط بين فكرة التدرج القانوني بالمعنى الحرفي للكلمة وبين التدرج بالمعنى المعنوي أو السياسي, وان كافة القواعد الدستورية لا

بعضها في شكل تدرج هرمي، فالدستور يسمو على القانون وهذا الأخير يسمو على اللائحة .. وهكذا، وبين التدرج السياسي أو المعنوي بين القواعد الدستورية الذي بموجبه لا يكون لتفاوت القواعد الدستورية في الهرم الدستوري أي اثر قانوني، على هذا لا يمكن الاعتراف بوجود أي تدرج قانوني بين النصوص الدستورية وإنما بوجود تدرج سياسي أو أدبي بين هذه النصوص بصورة لا ينتج عنه أي اثر قانوني، فعلى سبيل المثال يمكن القول من الناحية السياسية بأن النص الذي يحرم أو يحضر فرض الرقابة على الصحافة (م ١١ من الإعلان) أكثر أهمية من النص الذي يحضر أو يمنع الجمع بين الوزارة والعضوية (١) (م ٢٣ من دستور ١٩٥٨) ٢.

الحجة الثالثة : نسبة القيمة القانونية للقاعدة الدستورية

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن القول بالتدرج من شأنه أن يؤدي إلى عدم دقة القيمة القانونية للقاعدة الدستورية وجعلها نسبية تختلف باختلاف القواعد حتى لو اتحدت في المصدر، وجعل بعضها يتمتع بقيمة دستورية وأخرى فوق الدستورية وثالثة تتمتع بقيمة فوق التشريعية، هذا فضلاً عن أن القاعدة الواحدة قد يكون لها قيمة قانونية في وقت معين ومن ثم تفقدها في وقت لاحق (٣).

الفرع الثاني: الفريق الذي قام بالرد على حجج القائلين بوجود تدرج شكلي بين القواعد الدستورية

لقد بينا فيما سبق أن القائلين بوجود تدرج بين مكونات الكتلة الدستورية انقسموا إلى قسمين الأول يذهب إلى إعلاء إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي على مقدمة دستور ١٩٤٦، والثاني ذهب إلى اتجاه مغاير فذهب إلى منح مقدمة دستور ١٩٤٦ مرتبة تسمو على إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي.

تحوز ذات الأهمية ولا ذات الاعتبار الأدبي أو السياسي (ينظر في ذلك د. محمد فوزي نويجي، المصدر السابق، ص ١٠٦ .

(١) د. رجب محمود طاجن، المصدر السابق، ص ١٥٩ .

٢ ينظر المادة (٢٣) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ التي نصت على (لا يجوز الجمع بين عضوية الحكومة مباشرة واي وكالة برلمانية او تمثيل نسبي ..)

(٣) د. محمد فوزي نويجي، المصدر السابق، ص ١٠٨

وكل قسم منهم استند إلى حجج, وحاول أنصار هذا الفريق إنكار التدرج من خلال الرد على هذه الحجج , وسنعرض لهذه الانتقادات في مقصدين:

المقصد الأول : الرد على الرأي القائل بعلو إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي على مقدمة دستور ١٩٤٦

لقد المحنا فيما سبق أن هذا الرأي استند في منح الإعلان المرتبة الأسمى على حجتين, الحجة الأولى تستند في منح الإعلان المرتبة الأسمى إلى طابع التقادم الذي ينطبق عليه وهذه الحجة بدورها تعرضت للرفض من قبل جانب من الفقه وعلى رأسهم (تيرى دي مانو) الذي يرى بأن القول بذلك يؤدي ويمهد لإدراج فكرة القانون الطبيعي في النظام القانوني (القانون الوضعي) ومن ثم يقال بالتدرج داخل الكتلة الدستورية على أساس أن المبادئ الواردة في القانون الطبيعي غير قابلة للمساس, ومن ثم تشغل مكان القمة في هذا التدرج(١), وفكرة القانون الطبيعي بوصفها تقوم على معايير مطاطة كمبدأ العدالة, مما يجعل من المستحيل الوصول إلى مفهوم محدد لها يسمح بتطبيقها في القانون الوضعي, ومما يجعل من الصعب الاعتماد عليها لإقامة تدرج بين نصوص الكتلة الدستورية التي لا تتحدد إلا من منظور أو معيار شكلي(٢).

أما الحجة الثانية القائمة على فكرة الطابع التكميلي لمقدمة دستور ١٩٤٦ فإنها لم تسلم أيضاً من النقد اذ وجه بعض الفقه الانتقاد إلى هذه الحجة بقوله أن هذه الحجة غير مقنعة لكون المشرع الدستوري هو الذي نظم العلاقة بين الوثيقتين وحدد الأوجه التي تكمل فيها المقدمة الإعلان, فلا يجوز لأية سلطة أخرى أن تستبعد أو تفصل واحد عن الآخر من هذه التكميلات, فإذا كان من الممكن أن تثار صعوبات في التفسير بين الإعلان والمقدمة حول أوجه إكمال الأخيرة للإعلان, إلا أنه لا يمكن أن تثار فكرة التدرج بينهما(٣).

المقصد الثاني : الرد على الرأي القائل بسمو مقدمة دستور ١٩٤٦ على إعلان حقوق الإنسان والمواطن

رد هذا الفريق على الحجة الأولى القائلة بأن اللاحق ينسخ السابق بالقول أنه لا يجوز إعلاء مقدمة دستور ١٩٤٦ على إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي بحجة أن المقدمة لاحقة على الإعلان وأكثر حداثة منه – وفي هذا تطبيق لمبدأ أن اللاحق ينسخ السابق – ذلك أن إشارة الدستور الفرنسي الحالي إلى كل من مقدمة دستور ١٩٤٦ وإعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩ جعلهما كأنهما قد صدرا في وقت واحد, والدليل على ذلك لو افترضنا أن دستور ١٩٥٨ لم يشير إليهما فهذا يعني إلغائهما, بمعنى آخر أن المقدمة وإعلان الحقوق بذكرهما في دستور ١٩٥٨ قد حصلا على شهادة ميلاد جديدة وبالتاريخ نفسها ومن هذا المنطلق

(1)Thierry Di MANO, , op.cit,p149,

(٢) د. رجب محمود طاجن , المصدر السابق , ص ١٦١.

(٣) د. محمد فوزي نويجي , المصدر السابق , ص ١٠٩-١١٠.

تم استبعاد تطبيق مبدأ أن اللاحق ينسخ السابق في إطار تدرج القواعد الدستورية(١).

أما الحجة الثانية التي تقوم على فكرة المتطلبات أو المقتضيات الزمنية التي صدرت بموجبها فإن هذه الحجة أيضاً دحضها الفقه بالقول بأن المشرع قدر أن المبادئ التي جاءت في مقدمة دستور ١٩٤٦ كانت ضرورية ومتماشية بشكل خاص مع زماننا، إلا أنه أبقى على نص إعلان ١٧٨٩ في صورته الكاملة، ومن ثم لا تستطيع أي سلطة أن تستبعد نصوص هذا الإعلان باسم التدرج، ومن دون أساس قانوني، من التطبيق لا كلياً ولا جزئياً(٢).

المطلب الثاني

الاتجاه الفقهي الذي ينكر التدرج الموضوعي بين القواعد الدستورية
تعرضت مسألة التدرج الموضوعي أيضاً للنقد من جانب الفقه الدستوري شأنها شأن التدرج الشكلي، وانقسم الفقه هنا أيضاً إلى فريقين الأول حاول انتقاد فكرة التدرج الموضوعي بمجملها، والثاني قام بالرد على الحجج التي استند إليها أنصار فكرة التدرج الموضوعي، وهذا ما سنوضحه في الفرعين الآتين:

الفرع الأول : الفريق الذي انتقد فكرة التدرج الموضوعي بمجملها

ذهب هذا الفريق إلى القول باستحالة وجود تدرج بين النصوص الدستورية استناداً إلى محتواها أو مضمونها، وذلك لكون نصوص الدستور كلها تتمتع بالقيمة الدستورية نفسها من دون أدنى تدرج فيما بينها على أساس أنها واردة بنفس الوثيقة الدستورية في الدول التي تأخذ بالمعيار الشكلي في تعريف القواعد الدستورية، ومن ثم يقتصر اعترافها بالقيمة الدستورية على القواعد المنصوص عليها في صلب الوثيقة الدستورية من دون غيرها من القواعد التي ترد خارج إطار هذه الوثيقة حتى وإن كانت ذات طبيعة دستورية استناداً إلى موضوعها ومحتواها، لذا فإن النص الذي ينظم حقاً أو حرية ذات مرتبة أولى لا يمكن أن يستلزم إجراءات مغايرة لتلك التي تستلزم لتعديل نص يشتمل على حق أو حرية ذات مرتبة ثانية أو أي نص آخر، وبما إن النصوص نفسها لم تجعل لها إجراءات خاصة أو تحظر تعديلها من الأساس، فسلطة التعديل لا تخضع إلا للقيود الواردة في الدستور، فهو الذي يحدد مدى اختصاصها ومضمونها(٣).

الفرع الثاني: الفريق الذي قام بالرد على حجج القائلين بوجود تدرج موضوعي

ذهب جانب من الفقهاء المنكرين لفكرة التدرج الموضوعي إلى قول بعدم وجود تدرج موضوعي بين النصوص الدستورية مستنديين في قولهم هذا إلى الرد على الحجج التي استند عليها القائلين بوجود تدرج موضوعي بين القواعد

(١) د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، مصدر سابق، ص ٩٨-٩٩.

(٢) د. محمد فوزي نويجي، المصدر السابق، ص ١١١.

(٣) د. رجب محمود طاجن، المصدر السابق، ص ٢٠٥.

الدستورية بحسب ما مر بنا بالمبحث الثاني من هذا الفصل وسنتناول عرض هذه الردود على وفق التقسيم الآتي :

المقصد الأول : الانتقاد الموجه إلى الحجة القائلة بوجود تدرج موضوعي استناداً إلى تصنيف النصوص الدستورية

ذهب هذا الفريق إلى القول بأن التمييز بين القواعد الدستورية وتصنيفها إلى قواعد جوهرية وأساسية وأخرى ثانوية يؤدي إلى القول بأن القواعد الدستورية تتفاوت فيما بينها من حيث الدرجة والمرتبة، بحيث تصبح القواعد الواردة في الدستور الواحد متباينة، فبعضها تكون لها أهمية تعلو على أهمية البعض الآخر، ومثل هذه النتيجة لا يمكن قبولها والتسليم بها، ذلك أن القواعد الدستورية جميعها سواء في أهميتها، أو في تقدير المشرع الدستوري لضرورتها، إذ لو كان لبعض هذه القواعد أهمية قانونية تقل عن أهمية البعض الآخر، لما عنى المشرع الدستوري بإدراجها في الوثيقة الدستورية ذاتها^(١) التي تحتل القواعد الواردة فيها مرتبة الصدارة بالنسبة إلى غيرها من القواعد الواردة في الأدوات القانونية الأدنى مرتبة، وإن ما يندرج تحت أحكام القانون الدستوري من قواعد إنما تمثل ضوابط أساسية وقواعد جوهرية لا تسلم العملية التشريعية إلا باستيفائها، والقول بغير ذلك يعني أن المشرع لا يعطي أهمية واحدة للقواعد الواردة في الدستور، هو قول لا يستقيم إذ لو صح لكان على المحكمة الدستورية أن تهمل بعض القواعد الواردة في الدستور للقول بعدم أهميتها في العملية التشريعية، وإن تعمل بعضها الآخر تأسيساً على لزومه في هذه العملية، ومن ثم يكون زمام المفاضلة بين القواعد الدستورية ذاتها بيد هذه المحكمة التي لا تعدو أن تكون هيئة قضائية قائمة بذاتها، أقامها الدستور رقيباً على الالتزام بإحكامه في مجموعها وهي هيئة تستوحي مقاصدها وأهدافها من أحكام الدستور^(٢).

المقصد الثاني : الانتقاد الموجه إلى الحجة القائلة بوجود تدرج موضوعي استناداً إلى تصنيف الحقوق الأساسية

كما ذهب هذا الفريق الفقهي إلى نفي وجود أي نوع من التدرج بين الحقوق والحريات الأساسية، سواء أكان هذا التدرج القائم على أساس شكلي أم على أساس موضوعي، ونفي فكرة علو حريات أساسية على حريات أساسية أخرى، واستند في ذلك على تحليل موقف المجلس الدستوري في رفض الترخيص المسبق لبعض الحقوق والحريات الأساسية مثل حريتي الجمعيات والصحافة وقبوله لحريات أخرى مثل حق الملكية وحرية التعبير بواسطة الإذاعة والتلفزيون، وذهبوا إلى القول أن مسلكه في هذا الشأن، لا يعني وجود تدرج بين الحريات الأساسية، ذلك لكون قبول الترخيص أو رفضه ليس إلا درجة من درجات الحماية الدستورية للحريات ولا يمكن أن يؤسس عليه لتدرج الحريات الأساسية، وعليه لا يجوز القول بوجود حريات تعلو على حريات أخرى أو القول بوجود حريات ذات مرتبة أولى وحريات ذات مرتبة ثانية بناء على مسألة الترخيص المسبق وإنما الأمر يتعلق في

(١) د. عادل عمر شريف، المصدر السابق، ص ٤٣٨-٤٣٩.

(٢) د. عادل عمر شريف، المصدر السابق، ص ٤٣٨-٤٣٩.

مضمون النص الدستوري نفسه الذي يتصدى للحق أو الحرية الأساسية, ومن ثم اختلاف نطاق القانون باختلاف الاختصاص التقديرى أو الاختصاص المقيد بنص الدستور(١).

المقصد الثالث: الرد على الحجة القائلة بسمو القواعد المتعلقة بالسيادة الوطنية

أن ما أقامه الفقه من التدرج بين القواعد الدستورية بالنظر إلى مدى تعلقها أو عدم تعلقها بالسيادة الوطنية, أمر لا يمكن القبول به وذلك لكون القواعد المتعلقة بالسيادة الوطنية لا تختلف من حيث القيمة والقوة عن القواعد الدستورية الأخرى, فهي لها قيمة دستورية لا تعلق عن القيمة الدستورية لغيرها من النصوص الأخرى, فضلاً عن كونها تعدل بذات الطريقة التي تعدل بها سائر نصوص الدستور بواسطة السلطة التأسيسية المنشأة(٢), فالنصوص المتعلقة بالسيادة الوطنية تتساوى مع بقية النصوص الدستورية وتخضع للمراجعة من جانب سلطة التعديل شأنها شأن كافة المواد الأخرى من الدستور, ومن ثم لا تعد عنصراً لا يمكن المساس به ولا تشكل قيدياً على سلطة المراجعة, وهي بذلك لا تسمو على غيرها ولا تنال أهمية أو قيمة تفوق القوة التي تنالها بقية النصوص الدستورية الأخرى(٣).

المقصد الرابع: الرد على الحجج القائلة بالتدرج الموضوعي استناداً إلى فكرة التوفيق بين النصوص الدستورية المتعارضة

رد جانب من الفقه على القول بأن القواعد الدستورية تتدرج استناداً إلى فكرة التوفيق بين النصوص المتعارضة بقوله أن في حالة تعارض أو تناقض نصين تعارضاً حقيقياً, فإن الحل هو ليس أعمال مبدأ وإهدار مبدأ آخر وإنما بإعطاء القاضي الدستوري مهمة التوفيق بين المبادئ الدستورية المتعارضة, من دون أن يكون بينهما أي نوع من التدرج, وعليه فإنه لا يمكن إقامة أي تدرج استناداً إلى فكرة التوفيق بين النصوص الدستورية المتعارضة(٤).

المطلب الثالث

الموازنة والاستنتاج في ظل الدستور العراقي

بعد أن عرضنا الآراء الفقهية التي قيلت في مسألة التدرج بين القواعد الدستورية ورأينا كيف احتدم الخلاف بينهم حول مدى وجود تدرج بين القواعد, فقد ذهب جانب منهم إلى القول بوجود تدرج بين القواعد الدستورية وهذا التدرج يقوم أما استناداً إلى المعيار الشكلي أو يكون مستنداً

(١) د. عبد الحفيظ الشيمي, المصدر السابق, ص ١٥٨ - ١٥٩.

(٢) د. رجب محمود طاجن, المصدر السابق, ص ٢٠٦.

(٣) د. محمد فوزي النويجي, المصدر السابق, ص ١٤٧.

(٤) د. عبد الحفيظ الشيمي, المصدر السابق, ص ١٧٠ - ١٧٢.

إلى المعيار الموضوعي, في حين ذهب الجانب الآخر إلى إنكار وجود مثل هذا النوع من التدرج مستنديين في ذلك على عدد من الحجج بعضها تنفي التدرج بصورة عامة والبعض الآخر تنفيها من خلال الرد على الحجج القائلة بوجود التدرج, وفي هذا لا بد أن نقف وقفة تأمل ونقول كلمتنا حول الآراء الفقهية التي قيلت بشأن وجود التدرج وهل يكون لهذا التدرج وجود؟ وإذا كان له وجود على أي معيار يمكن أن يستند؟ وهل يمكن أن يستند إلى المعيارين معاً أم أن استناده إلى أحدهما يمنع عليه الاستناد إلى الثاني؟ وما هو الموقف في ظل الدستور العراقي؟ سنحاول الإجابة على هذه التساؤلات من خلال النقاط الآتية :

أولاً : إن الانتقادات التي وجهت إلى فكرة التدرج والقائلة بأن التدرج يتعارض مع فكرة وحدة النصوص الدستورية يمكن الرد عليها بالقول أن تدرج القواعد الدستورية سواء استند إلى المعيار الشكلي أم الموضوعي لا يتعارض مع وحدة النصوص الدستورية , فجميع القواعد الداخلة بالكتلة الدستورية تتمتع بالقيمة الدستورية وإن تدرج هذه المكونات سواء كان شكلياً أم موضوعياً لا يترتب عليه إنكار الصفة الدستورية عن بعض مكوناتها ولا إضفاء قيمة فوق الدستورية على المكونات الأخرى بل تشكل بمجموعها كتلة دستورية متماسكة, والتي تعد مرجعاً للقاضي الدستوري من دون الإخلال بفكرة وحدة القواعد الدستورية .

ثانياً : أن الحجج التي ذهب إليها القائلون بعدم وجود تدرج بين النصوص الدستورية من خلال الرد على الحجج المؤيدة لوجود التدرج أغلبها تتعلق بشكل خاص بطبيعة النظام الدستوري الفرنسي بل هي امتداد للجدل الفقهي حول التدرج بين إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩ ومقدمة دستور ١٩٤٦ التي نشبت على خلفية غموض بعض قرارات المجلس الدستوري الفرنسي, وإن كانت لهذه الحجج أثرها وفعاليتها فيما يتعلق بإنكار التدرج عن بعض مكونات الكتلة الدستورية الفرنسية, إلا أنه لا ينطبق على كل الدساتير, ولا يترتب عليه إنكار فكرة التدرج بصوره عامة, فكل من الدستور المصري والعراقي جاءا خاليين من الوثائق الدستورية التي احتوتها الكتلة الدستورية في فرنسا, وعليه فإن هذه الانتقادات التي وجهت في الغالب تدور حول بعض مكونات الكتلة وليس بمجموعها .

ثالثاً : أن الانتقادات التي وجهت إلى المعيار الموضوعي لا يترتب عليها أي نتيجة, لكونها اعتمدت في انتقادها وإنكار هذا التدرج على الإجراءات المتبعة في تعديل النصوص الدستورية, وإنها تؤدي إلى المساواة بين النصوص الدستورية نظراً للإجراءات المتبعة في تعديلها, وهذا يتعارض مع الأساس الذي يقوم عليه المعيار الموضوعي للتدرج, فهو يعتمد في المفاضلة بين القواعد الدستورية على أهمية القاعدة الدستورية ومحتواها, بغض النظر عن مصدرها أو الإجراءات المتبعة في تعديلها, فكيف يمكن إنكار الفكرة استناداً إلى المعيار الشكلي في الوقت الذي يعتمد على المعيار الموضوعي.

رابعاً: أن تدرج القواعد الدستورية لا يقتصر على التدرج بمعناه الشكلي من جانب أو على التدرج بمعناه الموضوعي من جانب آخر، إذ أن التدرج يمكن إثارته بين القواعد الدستورية بمعناه الشكلي كما يمكن إثارته بين القواعد الدستورية بمعناه الموضوعي، أي يمكن أن يكون التدرج بين القواعد الدستورية شكلياً وموضوعياً في أن وجد.

وهذا ما ينطبق على التدرج القائم بين مكونات الكتلة الدستورية في العراق المكونة من الوثيقة الدستورية والقوانين الأساسية والمبادئ ذات القيمة الدستورية، فاستناداً إلى المعيار الشكلي تدرج هذه المكونات داخل الهرم الدستوري بحيث تحتل الوثيقة الدستورية قمة الهرم الدستوري ومن ثم تليه القوانين الأساسية التي تعلو بدورها على المبادئ ذات القيمة الدستورية التي تتموضع في قاعدة هذا الهرم، أما بالاستناد إلى المعيار الموضوعي فإن هنالك نصوصاً دستورية حرص المشرع الدستوري على منحها حماية أكثر من بقية النصوص الدستورية الأخرى وعدها قيداً على المشرع الدستوري^(١)، ومن ثم تعلو على غيرها من القواعد الدستورية، في حين تنال النصوص الدستورية الأخرى المرتبة الثانية، أما النصوص التي لا يعترف لها بالطبيعة الدستورية وإن كان موضعها في الوثيقة الدستورية فإنها تحتل المرتبة الأخيرة ضمن الهرم الدستوري . وعلى هذا فإن التدرج في ظل الدستور العراقي عند جمع المعيارين معاً يكون كالآتي :

- النصوص الدستورية بأنواعها الثلاث حسب الترتيب الآتي (النصوص الدستورية التي لا يجوز المساس بها ، والنصوص الدستورية الأخرى ، والنصوص التي ليس طبيعتها دستورية) في المرتبة الأولى .
- القوانين الأساسية في المرتبة الثانية .
- المبادئ ذات القيمة الدستورية في المرتبة الثالثة .

(١) منها ما نصت عليه المادة ١٢٦ الفقرة (ثالثاً) من دستور جمهورية العراق الحالي لسنة ٢٠٠٥ على أن (لا يجوز تعديل المبادئ الأساسية الواردة في الباب الأول منه والحقوق والحريات الواردة في الباب الثاني من الدستور، إلا بعد دورتين انتخابيتين متعاقبتين ...)

الخاتمة

الخاتمة

ترتيب مكونات الكتلة الدستورية وأثره على الهرم الدستوري

لقد آن لنا بعد أكمال مسيرة هذا البحث ، أن نقف وقفة تأمل فيما ورد في تضاعيفه من أفكار شتى، لنضع بعض الاستنتاجات ولنسجل بعض التوصيات التي نراها مهمة لتكتمل صورة هذا البحث ،وعلى النحو الآتي :

أولاً :الاستنتاجات

١. لقد بان لنا مما سبق أن فكرة التدرج ليست محصورة في القواعد القانونية بمجموعها بل يمكن أن تقصر على فرع من فروع القانون، وان سبق أن طبقت في مجال القانون الإداري إلا أن الفقه القانوني ذهب إلى توظيفها في مجال فرع آخر من فروع القانون وهو القانون الدستوري الذي وان كان يسمى على كل القواعد القانونية ليحتل مرتبة القمة في السلم القانوني، إلا انه هو الآخر يتفرع إلى عدة قواعد تترتب تدريجياً فيما بينها داخل إطار هذا القانون .

٢. لقد تبين لنا من خلال بيان مفهوم تدرج القواعد الدستورية كيف احتدم الخلاف بين أوساط الفقه حول تعريف القواعد الدستورية وعلى أي معيار

استقر في تحديدها عن غيرها من القواعد القانونية , فذهب كل جانب منهم إلى الاعتماد على معيار معين في تحديدها , حيث اعتمد جانب منهم على المعيار الشكلي والبعض الآخر اعتمد على المعيار الموضوعي , ومن جانبنا حاولنا اختطاط مسلك آخر فذهبنا إلى ترجيح المعيار الموضوعي مع الأخذ بالمعيار الشكلي فيما يتعلق بالقواعد غير الدستورية في طبيعتها لإضفاء القوة الدستورية عليها إلا أن ما يميزها عن غيرها من القواعد الدستورية هو أنها لا تتمتع بالقوة الدستورية نفسها في التدرج, بل تحتل المرتبة الأدنى في الهرم الدستوري , وبهذا يمكن أن نعتمد في تحديد القواعد الدستورية على المعيار الموضوعي والمعيار الشكلي مع إعطاء الغلبة للمعيار الموضوعي.

٣. يتحدد إطار القواعد الدستورية تبعاً لاعتناق أحد المعيارين: أما المعيار الموضوعي أو المعيار الشكلي, فإذا اعتمد على المعيار الشكلي فإن الإطار الدستوري يتقلص وينحصر بالنصوص الدستورية المدرجة داخل إطار الوثيقة الدستورية فقط, وإذا اعتنق المعيار الموضوعي فإن إطار هذه القواعد يتسع ليشمل كل القواعد والمبادئ ذات القيمة الدستورية أيًا كان محل تنظيمها سواء داخل الوثيقة الدستورية أم خارجها .

٤. توصلنا من خلال هذا البحث إلى نتيجة أنه كما رأينا وتأكد لنا بوجود هرم قانوني تتدرج فيه القواعد القانونية في الدولة كافة, هناك هرمٌ دستوري يتكون من عدة قواعد دستورية ليست متساوية ومتعادلة, وإنما تتفاوت في قوتها وسموها على شكل ترتيب هرمي يعلو بعضها على بعض الآخر بصورة تؤدي إلى إثبات التدرج بين هذه القواعد المكونة بمجموعها كتلة دستورية واحدة.

٥. يختلف الهرم الدستوري باختلاف النظام الدستوري في كل دولة , فقد يكون هرمًا دستوريًا ضيقاً في الدول التي تقتصر فيها الكتلة الدستورية على تدرج النصوص الدستورية داخل إطار الوثيقة الدستورية فقط ' وقد يكون الهرم الدستوري واسعاً في الدول التي تتسع فيها مكونات الكتلة الدستورية لتشمل فضلاً عن الوثيقة الدستورية كل القواعد والمبادئ ذات

الطبيعة الدستورية أي كان محل تنظيمها سواء داخل الوثيقة الدستورية أم خارجها , وبهذا نخلص إلى وجود معنيين للهرم الدستوري: معنى واسع ومعنى ضيق .

٦. يعد موضوع تدرج القواعد الدستورية من الموضوعات المهمة في الدول, والتي تحوي كتلتها عددا من المكونات لا يمكن التغاضي عن قيمتها الدستورية التي تكفل حماية الحقوق والحريات الأساسية للأفراد وتحقيق المصلحة العامة وتتسع لتضم إلى جانب نصوص الدستور مجموعة من المبادئ والقواعد الدستورية التي تشكل مجموعها كتلة دستورية .

٧. التدرج الذي نعنيه في دراستنا هو التدرج بين القواعد الدستورية الذي بحقيقته لا يختلف عن التدرج بين القواعد القانونية أو التدرج في القرارات الإدارية في كونه يقوم على معيارين: أحدهما معياراً شكلياً والثاني معياراً موضوعياً, فالبعض يؤمن بوجود تدرج شكلي بين النصوص المكونة لهذه الكتلة بحيث يمكن ترتيب القواعد الدستورية -طبقاً للمعيار الشكلي - بالنظر إلى مصدرها في حالة تعدد المصادر داخل النظام الدستوري الواحد, بينما تبني البعض الآخر نوعاً آخر من التدرج في إطار الكتلة الدستورية يعتمد على إقامة تدرج بين الإحكام والقواعد الدستورية استناداً إلى محتواها ومضمونها وليس استناداً إلى الوثيقة التي تتضمنها .

٨. في حالة وجود تعارض بين مختلف القواعد الدستورية فإن القواعد الدستورية شأنها شأن القواعد القانونية تتدرج فيما بينها بحيث يوجد بعضها في المرتبة الأولى والبعض الآخر في المرتبة الثانية والثالثة وهكذا, فإذا ما حدث تعارض بين قاعدة دستورية ما مع قاعدة دستورية أخرى تعلوها في المرتبة, فإن على القاضي الدستوري تغليب القاعدة الأعلى مرتبة من دون أن يترتب على ذلك إهدار القيمة الدستورية عن القاعدة الأدنى مرتبة .

٩. عرفت فرنسا ونظامها الدستوري كتلة دستورية واسعة مكونة من العديد من الوثائق والمبادئ الدستورية التي أقرها وأضفى عليها كل من المشرع والقضاء الدستوري القيمة الدستورية. وإن المعيارين الشكلي والموضوعي

لا يقتصران على تحديد مكونات الكتلة الدستورية , بل يلقيان بضلالهما على فكرة التدرج بين مكونات الكتلة الدستورية , فيكون التدرج أما استناداً إلى المعيار الشكلي أو إلى المعيار الموضوعي أو تعتنق بعض الدول المعيارين في التدرج .

١٠. وفي العراق ومن خلال ما بيناه نلخص إلى القول بان الكتلة الدستورية في العراق تتدرج فيما بينها استناداً إلى كل من المعيارين الشكلي والموضوعي على الرغم من ضيق الكتلة الدستورية فيه مقارنةً بالكتلة الدستورية في فرنسا, حيث تتدرج النصوص الدستورية استناداً إلى المعيار الموضوعي وتحتل النصوص الدستورية التي يحظر المساس بها قمة هذا الهرم, ومن ثم تليه القواعد الدستورية العادية التي يجوز تعديلها على وفق الإجراءات المنصوص عليها دستورياً, وإذا ما تم إنشاء قواعد دستورية بالتعديل فإنها تحتل المرتبة الثالثة, في حين تحتل القواعد التي لا تعد دستورية بطبيعتها المدرجة في الوثيقة الدستورية قاعدة الهرم الدستوري هذا من جانب, ومن جانب آخر تتدرج القواعد الدستورية بالاستناد إلى المعيار الشكلي, بالنظر إلى الجهة التي أصدرت النص أو المبدأ, فتكون المبادئ الدستورية في مرتبة أعلى إذا ما صدرت عن سلطة تحتل مرتبة أعلى على بقية السلطات في الدولة , حيث تأتي الوثيقة الدستورية في أعلى مرتبة تليها القوانين الأساسية وأخيراً المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية.

ثانياً :التوصيات

١. نظراً لما يترتب على فكرة تدرج القواعد الدستورية من نتائج مهمة في حماية الحقوق والحريات الأساسية ولضمان مبدأ المشروعية الدستورية داخل النظام الدستوري , فإننا في هذا الصدد نوصي المشرع الدستوري عند ممارسة اختصاصه في وضع القواعد الدستورية مراعاة هذا التدرج القائم بين مكوناتها وبما يحافظ على المشروعية الدستورية فيما بين القواعد الدستورية, بما لا يخالف القواعد والمبادئ التي تنال أهمية تفوق أهمية غيرها من القواعد الدستورية تبعا للإحكام التي تتضمنها أو المسائل التي تنظمها .

٢. بما ان الدستور هو الذي يتولى عملية وضعه من خلال عملية التعديل التي ما هي ألا عملية خلق قانون دستوري فعلي جديد يتلاءم مع متطلبات المجتمع , فان على السلطة المختصة بالتعديل عند ممارستها لاختصاصاتها مراعاة هذا التدرج وعدم الخروج عنه بإصدار قاعدة دستورية جديدة تخالف القواعد الدستورية التي تتال المرتبة الأعلى من القواعد الدستورية التي تصدر استنادا إلى هذه القواعد, و إلا عدت مخالفة للمشروعية الدستورية .

٣. الكتلة الدستورية كما بينا تختلف باختلاف النظام الدستوري في الدولة , فقد تتسع في بعض الدول لتشمل العديد من القواعد والمبادئ, وهذا يرجع الى مسلك كل من المشرع والقضاء الدستوريين في إضفاء القيمة الدستورية على مبادئ وقواعد دستورية توجد خارج إطار الكتلة الدستورية, ففي فرنسا مثلا اعتمد هذا الاتجاه وافر كل من المشرع والقاضي الدستوري الفرنسي بالقيمة الدستورية للعديد من مكونات , على خلاف الأمر بالنسبة للمشرع والقاضي الدستوري العراقي الذي قصر مكونات الكتلة الدستورية على ثلاثة مكونات فقط , واستبعد العديد منها وأبرزها المعاهدة الدولية ومنحها قيمة القانون العادي ومن ثم أخرجها من نطاق الكتلة الدستورية , لذا نوصي كل من المشرع والقضاء الدستوري بإعطاء المكونات الكتلة الدستورية الباقية قيمة تعلو على قيمة القوانين العادية؛ لجعلها مرجعا للقاضي الدستوري ليتمكن من تحقيق المشروعية القانونية عموما والمشروعية الدستورية خصوصا , والحفاظ على الحقوق والحريات الأساسية للأفراد .

٤. غالبا ما يواجه القاضي الدستوري وعند ممارسة اختصاصه تعارضاً بين القواعد ذات الطبيعة الدستورية , فيصبح في موقف لا يحسد عليه في الترجيح بين هذه القواعد لحل التعارض الواقع بين قواعد داخلية في الإطار نفسه, فإننا ومن خلال هذه الدراسة وبعد أن أثبتنا وجود تدرج بين القواعد الدستورية وحددنا أي من القواعد تعلو على الأخرى , أصبح من الواضح أمام القاضي الدستوري أي طريق يسلكه في هذا الشأن , فعليه الالتزام بهذا التدرج وإذا ما حدث مثل هذا التعارض عليه إعمال القاعدة الأعلى مرتبة

من بين القواعد الدستورية من دون أن ينكر القيمة الدستورية عن القاعدة الأدنى مرتبة منها.

٥. نصي المشرع الدستوري العراقي عند ممارسته لاختصاصه في وضع او تعديل القواعد الدستورية بعدم إدراج موضوعات غير دستورية بطبيعتها ضمن الوثيقة الدستورية ؛ ذلك ان المواضيع الغير دستورية بطبيعتها تتضمن قواعد تشريعية , لذا فأنها تدخل تبعاً لذلك في نطاق التشريعات العادية وليس الدستورية , صيانة واحتراماً وترصيناً لمكونات الكتلة الدستورية.

والله من وراء القصد .

قائمة المصادر

قائمة المصادر

أولاً : المصادر العربية

أ. الكتب

١. د. إبراهيم الدرويش , القانون الدستوري , ط٤ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٤ .
٢. د. إبراهيم عبد العزيز شيحا , المبادئ الدستورية العامة , منشأة المعارف , الإسكندرية , ٢٠٠٦ .
٣. د. إبراهيم عبد العزيز شيحا , النظم السياسية والقانون الدستوري , الدار الجامعية , بيروت , بدون سنة طبع .
٤. د. إبراهيم عبد العزيز شيحا , القضاء الإداري , منشأة المعارف , الإسكندرية , ٢٠٠٦ .
٥. د. إحسان المفرجي وآخرون , النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق , ط٢ , المكتبة القانونية , بغداد , ٢٠٠٧ .
٦. د. احمد سرحان , القانون الدستوري والنظم السياسية- الإطار والمصادر , ط١ , المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع , بيروت , ٢٠٠٢ .
٧. د. احمد فتحي سرور , الحماية الدستورية للحقوق والحريات , دار الشروق , القاهرة , ٢٠٠٠ .
٨. د. إسماعيل مرزح , مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي , الجزء الأول , ط١ , شركة الطبع والنشر الأهلية , بغداد , ١٩٦٠ .
٩. د. اشرف فايز اللمساوي , الشرعية الدستورية في التشريعات المختلفة ودور القضاء الدستوري في رقابة المشروعية , ط١ , المركز القومي للإصدارات القانونية , مصر , ٢٠٠٦ .
١٠. د. أمين عاطف صليبيا , دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون , المؤسسة الحديثة للكتاب , طرابلس , ٢٠٠٢ .
١١. اندريه هوريو , القانون الدستوري والمؤسسات السياسية , ج ١ , ترجمة علي مقلد , الأهلية للنشر والتوزيع , بيروت , ١٩٧٤ .
١٢. د. ثروت بدوي , تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٧ .
١٣. د. حسان محمد شفيق , الدستور , مطبعة أهالي بغداد , بغداد , ١٩٨١ .

١٤. د. حسين عثمان محمد عثمان و د. عمر الحوري , القانون الدستوري , ط١ , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , ٢٠١٠ .
١٥. د. حمدي العجمي , مقدمة في القانون الدستوري في ضوء الدساتير العربية المعاصرة , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٩ .
١٦. د. حيدر طالب الإمارة و د. حنان القيسي , القانون الدستوري , المكتبة القانونية , بغداد , ٢٠٠٧ .
١٧. د. جورج شفيق ساري , أصول وأحكام القانون الدستوري , الكتاب الأول , ط٤ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٣ .
١٨. د. دعاء الصاوي يوسف , القوانين الأساسية وعلاقتها بالسلطة والحريات , ط١ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٨ .
١٩. د. رجب عبد الحميد , القانون الدستوري , النظرية العامة , , دار أبو المجد للطباعة بالهرم , القاهرة , ٢٠١٠ .
٢٠. د. رجب محمود طاجن , قيود تعديل الدستور , ط١ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٦ .
٢١. د. رفعت عيد سيد , الجوانب السياسية والقانونية لتعديل المادة ٧٦ من الدستور , ط١ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٥ .
٢٢. د. رفعت عيد سيد , الوجيز في الدعوى الدستورية , ط١ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٤ .
٢٣. د. رمزي الشاعر , النظرية العامة للقانون الدستوري , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٧٠ .
٢٤. د. سامي جمال الدين , القانون الدستوري والشرعية الدستورية , منشأة المعارف , الإسكندرية , ٢٠٠٥ .
٢٥. د. سامي جمال الدين , القضاء الإداري , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , ٢٠٠٣ .
٢٦. د. سامي جمال الدين , تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية , منشأة المعارف , الإسكندرية , ١٩٨٦ .
٢٧. د. سعاد الشرقاوي , نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على النظم القانونية , موسوعة القضاء والفقه , حسن الفكهاني , ج٨٨ , القاهرة , ١٩٨٠ .
٢٨. د. سعد عصفور , القانون الدستوري , القسم الأول , ط١ , منشأة المعارف , الإسكندرية , ١٩٥٤ .
٢٩. د. سعد عصفور و د. محسن خليل , القضاء الإداري , موسوعة القضاء والفقه , حسن الفكهاني , ج٦٨ , القاهرة , ١٩٨٠ .
٣٠. د. سعيد أبو شعير , القانون الدستوري والنظم السياسية (دراسة مقارنة) , ط٢ , دار المطبوعات الجامعية , الجزائر , ١٩٩١ .
٣١. د. سعيد السيد علي , المبادئ الأساسية للنظم السياسية وأنظمة الحكم المعاصر , دار أبو المجد للطباعة بالهرم , مصر , ٢٠٠٥ .
٣٢. د. شعبان احمد رمضان , الوسيط في الأنظمة السياسية والقانون الدستوري , ط١ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٩ .
٣٣. د. صلاح الدين عامر , مقدمة وجيزة لدراسة القانون الدولي العام المعاصر , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٩١ .
٣٤. د. طعيمة الجرف , القانون الدستوري , مكتبة القاهرة الحديثة , القاهرة , ١٩٦٤ .
٣٥. د. طعيمة الجرف , مبدأ المشروعية وضوابط الخضوع للقانون , مكتبة القاهرة الحديثة , القاهرة , ١٩٧٣ .
٣٦. د. عادل الحياوي , القانون الدستوري والنظام الدستوري الأردني , مطابع غانم عبده , عمان , ١٩٧٢ .

٣٧. د. عادل عمر شريف , قضاء الدستورية القضاء الدستوري في مصر , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٨٨.
٣٨. د. عاشور سليمان صالح شوايل , مسؤولية الإدارة عن أعمال وقرارات الضبط الإداري , ط١ , منشورات جامعة قاريونس , بنغازي , ١٩٩٧.
٣٩. أ. عبد الباقي البكري و زهير البشير , مدخل لدراسة القانون , العاتك لصناعة الكتاب , القاهرة , بدون سنة طبع .
٤٠. د. عبد الحفيظ الشيمي , القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠١ .
٤١. د. عبد الحميد متولي , الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور , ط٣ , منشأة المعارف , الإسكندرية , ١٩٩٠.
٤٢. د. عبد الغني بسيوني عبد الله , الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري , مطبعة السعدني , مصر , ٢٠٠٤ .
٤٣. د. عبد الفتاح حسن , مبادئ النظام الدستوري في الكويت , بدون دار نشر , بيروت , ١٩٦٨ .
٤٤. د. عبد الفتاح ساير داير , مبادئ القانون الدستوري , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٥٩ .
٤٥. د. عبد المجيد إبراهيم سليم , السلطة التقديرية للمشرع - دراسة مقارنة , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , ٢٠١٠.
٤٦. د. عثمان خليل عثمان , القانون الدستوري المبادئ الدستورية العامة , المطبعة المصرية , القاهرة , ١٩٥٦.
٤٧. د. عدنان عاجل عبيد , القانون الدستوري , مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع , النجف , ٢٠١٠.
٤٨. د. عصام الدبس , القانون الدستوري , ط١ , دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان , ٢٠١١ .
٤٩. د. علي حسين نجده , مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٩٠.
٥٠. د. علي خطار شطناوي , موسوعة القضاء الإداري , ج ٢ , ط١ , دار الثقافة , عمان , ٢٠١١.
٥١. د. علي سعيد عمران , القضاء الإداري العراقي والمقارن , ط١ , مكتبة السنهوري , بغداد , ٢٠١١.
٥٢. د. علي عبد العال سيد احمد , القوانين الأساسية دراسة مقارنة , دار الثقافة الجامعية , القاهرة , ١٩٩٠ .
٥٣. د. علي يوسف الشكري وآخرون , دراسات حول الدستور العراقي , ط١ , مؤسسة آفاق للدراسات والأبحاث العراقية , بغداد , ٢٠٠٨.
٥٤. د. علي يوسف الشكري , مبادئ القانون الدستوري , ط٢ , دار صفاء للنشر والتوزيع , عمان , ٢٠١١ .
٥٥. د. عمر احمد حسبو , القوانين الأساسية المكملة للدستور , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠١.
٥٦. د. عوض عبد الجليل الترساوي , الرقابة القضائية على مشروعية المعاهدات الدولية - دراسة مقارنة في القانونين الداخلي والدولي , ط١ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٨.
٥٧. د. عوض عبد الجليل الترساوي , المعاهدات الدولية أمام القاضي الدستوري - دراسة مقارنة , ط١ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٨ .
٥٨. د. عيد احمد الغفلول , فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٤.
٥٩. د. فؤاد العطار , القضاء الإداري , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٦٧.

٦٠. د. فؤاد العطار , النظم السياسية والقانون الدستوري , ج ١ , دار النهضة العربية , القاهرة , دون سنة طبع.
٦١. د. فتحي فكري , القانون الدستوري , المبادئ الدستورية العامة , الكتاب الأول , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٧ .
٦٢. د. ماجد راغب الحلو , القانون الدستوري , دار الجامعة الجديدة , مصر , ٢٠٠٦ .
٦٣. د. ماجد راغب الحلو , القضاء الإداري , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , ٢٠١٠ .
٦٤. د. محسن العبودي , المبادئ الدستورية العامة وتطور الأنظمة الدستورية المصرية , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٦ .
٦٥. د. محسن خليل , القانون الدستوري والنظم السياسية , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٧٨ .
٦٦. د. محسن خليل , القضاء الإداري اللبناني , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٨٢ .
٦٧. د. محمد أبو زيد محمد , الوجيز في القانون الدستوري , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٣ .
٦٨. د. محمد انس قاسم جعفر , النظم السياسية والقانون الدستوري , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٩٩ .
٦٩. د. محمد عبد الحميد أبو زيد , القضاء الإداري - دراسة مقارنة , دار النهضة العربية , ١٩٩٥ .
٧٠. د. محمد عبد الحميد أبو زيد , القضاء الدستوري شرعا ووضعا , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٤ .
٧١. د. محمد حافظ غانم , الأصول الجديدة للقانون الدولي العام , ط ٣ , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٥٥ .
٧٢. د. محمد رفعت عبد الوهاب , القانون الدستوري , المبادئ الدستورية العامة , دار الجامعة الجديدة , القاهرة , ٢٠٠٨ .
٧٣. د. محمد رفعت عبد الوهاب , القضاء الإداري , دار الجامعة الجديدة , القاهرة , ٢٠٠٧ .
٧٤. د. محمد رفعت عبد الوهاب , المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , ٢٠٠٩ .
٧٥. د. محمد عبد العال السناري , النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة (دراسة مقارنة) , دار النهضة العربية , القاهرة , بدون سنة طبع.
٧٦. د. محمد عبد الله الفلاح , تطور الأنظمة السياسية عبر العصور المختلفة , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠١٠ .
٧٧. د. محمد علي ال ياسين , القانون الدستوري والنظم السياسية , مطبعة المعارف , بغداد , ١٩٦٤ .
٧٨. د. محمد فؤاد مهنا , مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٧٧ .
٧٩. د. محمد فوزي نويجي , فكرة تدرج القواعد الدستورية , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٧ .
٨٠. د. محمد كامل ليلة , القانون الدستوري , دار الفكر العربي , الإسكندرية , ١٩٧١ .
٨١. د. محمد محمد عبده امام , القضاء الإداري , مبدأ المشروعية , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , ٢٠٠٧ .
٨٢. د. محمود حافظ , القضاء الإداري في القضاء المصري والمقارن , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٩٣ .
٨٣. د. محمد حلمي , المبادئ الدستورية العامة , دار الفكر العربي , الإسكندرية , ١٩٦٤ .
٨٤. د. محمود عاطف البنا , حدود سلطة الضبط الإداري , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٨١ .

٨٥. د. مصطفى أبو زيد فهمي , النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة, منشأة المعارف , الإسكندرية, ١٩٦٦.
٨٦. د. منذر الشاوي , القانون الدستوري , ج ٢ , ط ٢ , العاتك لصناعة الكتاب, القاهرة , ٢٠٠٧.
٨٧. هانز كلسن , النظرية المحضة في القانون , ترجمة د. أكرم الوتري, منشورات مركز البحوث القانونية , بغداد, ١٩٨٦.
٨٨. د. هاني علي الطهراوي , النظم السياسية والقانون الدستوري, دار الثقافة للنشر والتوزيع, عمان, ٢٠٠٨.
٨٩. د. يحيى الجمل , النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية مع مقدمة في دراسة المبادئ الدستورية العامة , موسوعة القضاء والفقه , حسن الفكهاني, الدار العربية للموسوعات , جزء ١٠٩ , , بيروت, ١٩٨٠.
٩٠. د. يوسف حاشي , في النظرية الدستورية , ط ١ , دار ابن النديم للنشر والتوزيع , بيروت , ٢٠٠٩.

ب. الرسائل و الأطاريح الجامعية

٩١. احمد إبراهيم صالح العسوسي , نطاق تعديل القواعد الدستورية- دراسة مقارنة مصر , الأردن , الكويت - رسالة ماجستير , جامعة عمان العربية للدراسات العليا , كلية الدراسات القانونية العليا , ٢٠٠٨.
٩٢. احمد العزي النقشبندى , تعديل الدستور , أطروحة دكتوراه , جامعة بغداد , كلية القانون , ١٩٩٤.
٩٣. أزهار عبد الكريم عبد الوهاب , طبيعة مقدمات الدساتير والمواثيق الوطنية , أطروحة دكتوراه , كلية القانون , جامعة بغداد , ١٩٩٨.
٩٤. باسل عبد الله محمد ياوزير , دور القضاء الدستوري في تطوير مفهوم الحقوق والحريات الأساسية - دراسة تطبيقية مقارنة , رسالة ماجستير , كلية الدراسات الفقهية والقانونية , جامعة آل البيت , الأردن , ٢٠٠٨.
٩٥. سمير خيرى توفيق , مبدأ سيادة القانون , رسالة ماجستير , جامعة بغداد كلية القانون , ١٩٧٦.
٩٦. طه سعيد السيد , مبدأ سيادة القانون وضماناته , دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية , أطروحة دكتوراه , جامعة القاهرة , كلية الحقوق, بدون سنة.

ج. البحوث والمقالات

٩٧. احمد فهمي مصطفى , وضع الميثاق بين القواعد القانونية , مجلة مصر المعاصرة, السنة ٥٩ , العدد ٣٣, أكتوبر, ١٩٦٩.
٩٨. د. محمود حلمي , تدرج القواعد القانونية , مجلة العلوم الإدارية , السنة الخامسة , العدد الأول , ١٩٦٣.
٩٩. د. عبد الحميد متولي , مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا الغير مدونة في الدستور , مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية , السنة الثانية , العددان الثالث والرابع , ١٩٥٩.
١٠٠. ميشال فرومون , تعديل الدستور والقواعد الدستورية غير القابلة للمس في القانون الألماني , مجلة القانون العام وعلم السياسة , العدد ١ , سنة ٢٠٠٧, ترجمة د. محمد عرب صاصيلا .

د . الدساتير والقوانين

• الدساتير

١٠١. القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ .
١٠٢. الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦ .
١٠٣. الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ .
١٠٤. دستور ٢٧ تموز لعام ١٩٥٨ العراقي المؤقت .
١٠٥. دستور ٢٩ نيسان لعام ١٩٦٤ العراقي المؤقت .
١٠٦. دستور ٢١ أيلول لعام ١٩٦٨ العراقي المؤقت .
١٠٧. دستور الجمهورية العراقية لسنة ١٩٧٠ المؤقت .
١٠٨. الدستور المصري عام ١٩٧١ النافذ .
١٠٩. دستور جمهورية العراق الحالي لسنة ٢٠٠٥ .

• التشريعات والقوانين

١١٠. إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام ١٩٧٨ .
١١١. قانون انتخاب مجلس النواب العراقي لسنة ١٩٢٤ .
١١٢. قانون انتخاب النواب العراقي رقم ١١ لسنة ١٩٤٦ .
١١٣. قانون انتخاب النواب العراقي رقم ٥٣ لسنة ١٩٥٦ .
١١٤. قانون انتخاب أعضاء مجلس الأمة العراقي رقم ٧ لسنة ١٩٦٧ .
١١٥. قانون اصلاح النظام القانوني العراقي رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ .
١١٦. قانون المجلس الوطني رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٠ .
١١٧. قانون الأحزاب السياسية العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٩١ .
١١٨. قانون المجلس الوطني العراقي رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٥ .
١١٩. قانون تنظيم الاستفتاء الشعبي العراقي رقم ١٣ لسنة ١٩٩٥ .
١٢٠. الامر رقم (٩٦) لسنة ٢٠٠٤ المتعلق بانتخاب الجمعية الوطنية .
١٢١. قانون الانتخابات العراقي رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ .
١٢٢. قانون الإجراءات التنفيذية الخاصة بتكوين الأقاليم العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨ .
١٢٣. قانون الإصلاح السياسي للمرحلة القادمة العراقي رقم ٤٤ لسنة ٢٠٠٨ .

ثانيا - المراجع الأجنبية

124. Alberton G., « De l'indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité », RFDA, 2005.
125. Bchoit delaunay , linadispensable du droit constitutionnel .
126. Béchillon D. de, Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État, Paris, Economica, 1996,
127. Bernard CHantebout , Droit constitutionnel et science politique, 14e édition, armand colin ,paris, 1997.

128. Bruno Genevois , Robert Badinter, hiérarchie des Normes de constitutionnelle et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux Rapport présenté par la délégation française à la VIIIe conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, 7-10 mai 1990).RFDA ,1990 .
129. Champeil-Desplats V., Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques, Paris, Economica, PUAM, 2001.
130. Chlaude Emeri , Gouvernement des juges ou veto des sages .Article publie en , R.D.P,1990
131. Cyril Brami, La hiérarchie des normes en droit constitutionnel français, Université de Cergy Pontoise: 2008.
132. Denizeau Charlotte., Existe-t-il un bloc de constitutionnalité ?, Paris, LGDJ, 1997.
133. Elisabeth Zoller, Droit constitutionnel , 2e édition , Presses Universitaires de France, 1999.
134. Francois Lachaume , la hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français , Bibliothèque de droit public , tome LXV ,paris .L.G.D.J,1966.
135. Genevois B., « Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ; RFDA, 1998.
136. Jean Morange , la déclaration des droits de l'homme et du citoyen , presses universitaires de France , 1988.
137. Lite – veaux, la continuité du droit interne .essai d'une théorie juridique des révolutions, tues Rehues ,1982 .
138. Loïc Philip , La valeur juridique la déclaration des de l'homme et du citoyen du 26 Aout 1789 , Selon la Jurisprudence du conseil constitutionnel , in études offertes à pierre kayser ,presses universitaires d'Aix-Marseille , 1979.
139. Picard É., « Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen », RFDA, 1993 .
140. Thierry Di Mano, le conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office ,Economica ,P.U.A.M.

Abstract

This thesis is based on an hypothesis says that the hierarchy is within the norms that have the same nature(the rules of the constitutional nature).

First, we should explain the concept of the constitutional norms and the concept of the principle of hierarchy. For the constitutional rules, the jurisconsults did not adopt the same definition . Some of them adopted the formal criteria, others adopted the objective criteria. In this regard, the researcher have an opinion in the definition of the constitutional rules, whether based on the formal or objective criteria, or creating another one that differs from these two criteria.

The historical origin of the concept of hierarchy is due to the Austrian jurist ,Hans Kelsen, who put his ideas in a study entitled: "The Pure Theory of Law", which deals with the idea of the juridical norm. As for the juridical term of the hierarchy , it refers to the hierarchy which is determined through the proper relationship of the hierarchical norms. And then, if there was a hierarchy between two norms, it means that the first norm derives its validity from the supreme norm. The hierarchy in the juridical system has two aspects: the first is an

objective hierarchy in which the criteria of differentiation of the juridical norms is derived from the nature of the norms themselves and from the obliged power they have. The second aspect is a formal hierarchy in which the criteria of differentiation of the juridical norms is based on the rank of the authority which have issued the juridical norm and on the procedures followed in this matter.

The hierarchy we mean in our study is the hierarchy among the constitutional norms .It can be raised in its formal aspect, which means the hierarchy among the components of the constitutional bloc ,so that these norms can be organized according to their sources in case of multiplying sources within the single system. This hierarchy is associated with historical considerations , dating back to the time of issuance of the constitutional document. This hierarchy can be also raised among the constitutional norms in its objective aspect , which means it is not a hierarchy among the different texts of the constitutional bloc , but it is among the various dispositions of these texts, en considering of their content. Or, it can be raised according to the

formal and objective criteria in the same time, which means the hierarchy among the entire constitutional norms.

The hierarchy of the constitutional rules is a very important issue in countries whose constitutional bloc contains a number of components that no one can deny their constitutional value which guarantee the protection of the rights and freedoms of the individuals , ensure the public interest and expand to include ,to the texts of the Constitution, a group of constitutional principles and norms that serve as a reference to the constitutional judge. This matter made the jurisprudence search for the solution in case of a contradiction among the different norms that have a constitutional value whose sources are multiplied and vary according to the period of time that they arose during. And , in case of contradiction, do some of these norms have advantage over others? This study raises many questions , perhaps the most important is that if the constitutional bloc is formed of many texts; potentially, the problem of hierarchy of these texts appears clearly . This requires to know if the texts that form the constitutional block holds the same value, despite the fact that all the texts have a constitutional source on which they based?

All these and other questions raised by this study , necessitated to make a study about this issue. Through searching in this subject , it appears that a number of the jurists have answered in a positive way to these questions ;they see that there is a hierarchy among the entire norms which have sources in the constitutional texts, so they take a higher rank over other norms in the Constitution . While others answered in a negative way . And , between the positive and negative answers , a doctrinal debate has been raised . We will try ,through this

study , to demonstrate this debate and the possibility of the existence of the hierarchy among the constitutional rules.

Résumé

Cette thèse est basée sur une hypothèse dit que la hiérarchie est au sein des normes de la même nature (les normes de la nature constitutionnelle).

Premièrement, il faut expliquer les deux concepts des normes constitutionnelles et du principe de la hiérarchie. Pour les normes constitutionnelles, les jurisconsultes n'ont pas adopté la même définition. Certains d'entre eux se sont appuyés sur le critère formel pour définir ces normes; d'autres ont adopté le critère objectif. À cet égard, le chercheur a une opinion à la définition des normes constitutionnelles, soit basée sur les deux critères formel ou objective, ou en créant un autre qui se diffère de ces derniers critères.

L'origine historique du concept de la hiérarchie est due au juriste autrichien, Hans Kelsen, qui a mis ses idées dans une étude intitulée: «La Théorie Pure du Droit», traitant l'idée de la norme juridique. Quant au terme juridique de la hiérarchie, il signifie que la

hiérarchie est déterminée par la relation correcte des normes hiérarchisées. Et puis, s'il y avait une hiérarchie entre deux normes, cela signifie que la première norme tire sa validité de la norme suprême. La hiérarchie dans le système juridique comprend deux aspects: le premier est une hiérarchie objective dans laquelle le critères de différenciation des normes juridiques est dérivé de la nature des normes elles-mêmes et de la puissance qu'ils ont tenus. Le deuxième aspect est une hiérarchie formelle dans laquelle le critère de différenciation des normes juridiques est basé sur le rang de l'autorité qui ont émis la norme juridique et sur les procédures suivies dans cette affaire.

La hiérarchie que nous entendons dans notre étude est la hiérarchie entre les normes constitutionnelles. Elle peut être soulevée en son aspect formel, c'est-à dire la hiérarchie entre les composants du bloc constitutionnel, de sorte que ces normes peuvent être organisées en fonction de leurs sources en cas de multiplication des sources au sein du seul système. Cette hiérarchie est associée à des considérations historiques, datant à l'époque de la délivrance du document constitutionnel. Cette hiérarchie peut être également soulevée en son aspect objectif, ce qui signifie qu'elle n'est pas une hiérarchie entre les différents textes du bloc constitutionnel, mais elle est parmi les diverses dispositions de ces textes, en considérant leur contenu. Ou, elle peut être soulevée en référant aux deux critères formel et objectif en même temps; c'est-à dire, la hiérarchie entre les normes constitutionnelles en entière.

La hiérarchie des normes constitutionnelles est une affaire très importante dans les pays dont le bloc constitutionnel contient un certain nombre des composants que personne ne peut pas nier leur valeur constitutionnelle qui garantissent la protection des droits et libertés des individus, assurent l'intérêt public et s'élargissent pour inclure, aux textes de la Constitution, un groupe de principes et de normes constitutionnels qui servent comme une référence au juge constitutionnel. Cette question a fait la jurisprudence rechercher de la solution en cas de contradiction entre les différentes normes de valeur constitutionnelle dont les sources sont multiples et varient selon la période de temps au cours de laquelle elles sont nées. Et, certaines de ces normes ont-elles une préférence sur les autres en cas de contradiction ?

Cette étude soulève de nombreuses questions, peut-être , la plus importante est quand le bloc constitutionnel comprend de nombreuses textes , le problème de la hiérarchie des textes apparaît clairement; cela nécessite de savoir si les textes qui forment le bloc constitutionnel ont-ils la même valeur, malgré le fait que tous les textes ont une source constitutionnelle sur laquelle ils ont fondé?

Toutes ces questions et d'autres , soulevées par cette étude, ont nécessité de faire une étude sur cette affaire . Grâce à la recherche dans ce sujet, il apparaît qu'un certain nombre de juristes ont répondu de manière positive à ces questions, ils voient qu'il ya une hiérarchie entre les normes qui ont leur source dans les textes constitutionnels, de sorte que elle prennent un rang plus élevé des autres normes dans la Constitution. Alors que d'autres ont répondu en négative. Entre le positif et le négatif, un débat doctrinale a été soulevée. Nous allons essayer , à travers cette étude, de démontrer ce débat et la possibilité de l'existence de la hiérarchie des normes constitutionnelles. .

Republic of Iraq
Ministry of Higher Education and Scientific
Research
Al-Anbar University
College of law And Political Sciences



THE HIRRARCHY OF THE CONSTITUTIONAL RULES ((COMPARATIVE STUDY))

PRESENTED BY
AHMED OUDAH MOHAMMED AL-DULAIMI

SUBMITTED TO THE COUNCIL OF THE COLLEGE OF LAW AND
POLITICAL SCIENCES/AL-ANBAR UNIVERSITY IN PARTIAL
FULFILMENT OF THE REQUIREMENTS OF THE MASTER`S
DEGREE IN PUBLIC LAW

SUPERVISED BY:
ASST.PROFESSOR DR.MAJED NAJAM EIDAN
AL-JIBOURI

2011 M

1433 H