الشرعية الدستورية في الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥

المدرس الدكتور

سمير داود سلمان

الجامعة المستنصرية – كلية القانون

المدرس / لمى علي فرج

كلية القانون

الملخص

ان الدساتير هي أهم القواعد التي تمثل الحصن الحصين للحقوق والحريات وذلك لان الشعوب ناضلت من اجل الحرية والتحرر لذلك قرر فلاسفـة وكتاب القرن الثامن عشر والقرن التاسع عشر ان الأصل في الشرعية تعود للشعب وهو صاحب السلطـــــة وله وحده تعود الصلاحيات يفوضـــاه لممثليه عن طريق الانتخاب وعلى الرغم ان المعنى الدستوري ليلفظ الشرعية يعني خضوع الحكام لأحكام الدستور كونه المعبر عن سيادة الأمة ألا أنا المعنى الحقيقي للشرعيـــة يكمن في من يملكها

extracter

That constitutions are the most important rules that are fortified fort of Rights and Freedoms, because people fought for freedom and liberty so decidedphilosophers and writers of the eighteenth century and nineteenth century thatoriginally legitimacy belong to the people, a man of power and he alone backpowers Evaudhah to representatives throu gh elections and despite thatmeaningpronounces constit utional legitimacy means subordination to the provisio ns of theConstitution rulers being expressed about th e sovereignty of the nation should not I am the true meaning of legitimacy lies in who owns

ـ المقدمة ـ

أن الدستور وثيقة الشعوب وعنوان رقيها وحضارتها ومبدأ تقدمها وصيانة كرامتها وثمار كفاحها لعصور طويلة .
وتتسابق الدول فيما بينها لكي تثبت لبعضها البعض أن تسير على خطى التحرر والاستقلال. ومن هنا برزت فكرة الشرعية الدستورية التي كان لها صدى واسع على مختلف الميادين وذلك لأن الدساتير كما يقول (جورج بيردو) الفقيه الدستوري الفرنسي هي المعبرة عن ضمير الأمة وهي الصوت الصادق لوجدان الشعوب .
لذلك لجأت الغالبية العظمى من الأنظمة السياسية الى تبرير وجودها باعتبارها معبرة عن أرادة الشعب وذلك لأن الشعب هو مصدر السلطة وشرعيتها ولكن المبدأ السالف الذكر لم يكن مبدأ حديث العهد بل أن هذا المبدأ يجد أصله في كتابات فلاسفة القرن الثامن عشر ومخيلات (هوبز ولوك وروسو) في العقد الاجتماعي .
حيث برر العقد أصل السلطة محدد في بنود عقد بين صاحب السلطة (الشعب) وبين من يمارسها (الحاكم) يقوم بمقتضى ذلك الطرف الأول التنازل عن جزء من السلطة للطرف الثاني مقابل قيام الأخير بممارسة هذه السلطة تحت طائلة التنظيم مع مراعاة حقوق الطرف الأول من حقه في فسخ هذا العقد واستعادة ما أعطى ..
ولكن سرعان ما تلاشت هذه الفكرة فوق خيوط الواقع حتى عدت مجرد أوهام وتخبطات وسفسطة لا سند لها من التطبيق ومن ثم أعاد ثوار الثورة الفرنسية بمبادئهم الحق المسلوب الى الشعوب من خلال التأكيد على أن الشعب هو مصدر السلطة وشرعيتها يمارس هذا الحق من خلال فلسفة الانتخاب .
ولكن سرعان ما تلاشت مبادئ الثورة الفرنسية تحت مطرقة الدكتاتورية وسندان الواقع الذي استحال معه ان يباشر الشعب بمجموعه هذه السلطة .
ومن ثم عدنا من حيث بدأنا ندور في وبدقة كيفية تفسير مبررات أصل السلطة .
وعموماً فالشرعية الدستورية تعني احترام الشعب حكاماً ومحكومين لمباديء الدستور . أو خضوع السلطات والشعب لحكم القانون . والشعب كما هو معلوم منبع السلطة الأ أنه تنازل عن هذه السلطة بموجب الوثيقة الدستورية لنواب او وكلاء يمارسون هذا الأمر نيابة عنه وتحسب كافة التصرفات القانونية التي يأتيها النائب تصرفات شعبية وصحيحة لأن الأول مخول من الأخير .
أما في أحكام الشريعة الإسلامية فالأمر مختلف وذلك لأن الله تعالى هو الذي استخلف الناس في الأرض لعمارتهم لها لذلك فالله هو ملك السماوات والأرض وهو صاحب السلطة فهو جل في علاه (يهب الملك لمن يشاء وينزع الملك عن من يشاء بيده الخير ..)
وفي أعتقادي المتواضع ان التفسير الإسلامي هو أروع تفسير وذلك لأن الله واحد وعادل وهو مقرر الحقوق ومكلف الواجبات وهو الذي يجزي عن كل أمر
الأ أننا هنا في أطار بحث قانوني لذلك فأننا ألينا تقسيم هذا البحث إلى ثلاث فروع ..

- الفرع الأول :- التعريف بمبدأ الشرعية الدستورية وتمييزه عن غيره من المصطلحات المتشابهة .
- الفرع الثاني :- النظريات التي تبرر أصل السلطة (سيادة الأمة – سيادة الشعب)
- الفرع الثالث :- الأثر المترتب على أقرار مبدأ الشرعية الدستورية في دستور ٢٠٠٥

الخاتمة ..

الفرع الأول – التعريف بمبدأ الشرعية وتمييزه عن غيره من المصطلحات المتشابهة ..

يطلق مبدأ سيادة القانون على احترام الحكام والمحكومين للقواعد المنظمة للأفراد أو الهيئات الحاكمة ويعرف هذا المبدأ في انكلترا
بـ Principle of Rule law(مبدأ حكم القانون) كما يطلق في الولايات المتحدة الأمريكية The principle of limited government (مبدأ الحكومة المقيدة) وأحيانا يطلق عليه تعبير (حكومة قانون لا حكومة أشخاص)
A government of laws not of men
كما يطلق عليه في مصر وفرنسا (مبدأ سيادة القانون) Preeminence du droit
وبمقتضى هذا المبدأ التزام جميع أعضاء المجتمع وسلطات الدولة على السواء باحترام القانون كأساس لمشروعية الأعمال [١]. أن مبدأ الشرعية الدستورية هو الذي يحكم غالبية دساتير الدول المتقدمة مثل سويسرا وانكلترا وفرنسا . ولا بد أن يكون هنالك تطبيق عملي لهذا المبدأ لذا
سنراعي تقسيم هذا الفرع إلى نقطتين :-

- أولاً – التعريف بمبدأ الشرعية الدستورية
- ثانياً – تمييز مبدأ الشرعية عن غيره من المصطلحات المتشابهة .

- أولاً – التعريف بمبدأ الشرعية الدستورية :

تعرف الشرعية لغة [٢].. السنة أو الشريعة . والشرعة ما سن الله تعالى من الدين والشرعي هو ما يطابق الشرع
أما اصطلاحا فتعني – خضوع التصرف كان خاصاً أو عاماً لقاعدة القانون أي الخضوع للقانون [٣]..
وان سيادة القانون تعني احترام والتزام جميع الهيئات الحكومية والشعب بحكم القانون كما وتعني سيادة القانون سموه وارتفاعه على جميع سلطات الدولة .
وهو ما يتطلب أن تبدو هذه السيادة في مضمون القانون لا مجرد الالتزام بأحكامه . فالقانون يجب أن يكفل الحقوق والحريات للأفراد فهذا الضمان جوهر سيادة القانون والشرعية الدستورية تعني خضوع الشعب حكام ومحكومين لسيادة القانون كون القواعد القانونية تتمتع بسمو وعلوية على باقي القواعد والشرعية الدستورية كما

---

[١] د. أحمد فتحي سرور/ الحماية الدستورية للحقوق والحريات – دار الشروق القاهرة – ط١ ١٩٩٩ ص ٢١
وقد عبرت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن (الدولة القانونية) هي التي تتقيد في جميع مظاهرنشاطها – و اي كانت سلطاتها- بقواعد تعلو عليها وتكون بذاتها ضابطاً لأعمالها وتصرفاتها في أشكالها المختلفة ذلك ان ممارسة السلطة لم تعد امتيازاً شخصياً لأحد ولكنها تباشر نيابة عن الجماعة).

[٢] أبن منضور / لسان العرب / الجزء ٨ دار صادر بيروت ١٩٨٥ ص١٧٥

[٣] مصطفى كمال وصفي / المشروعة في الدول الأشتراكية – مجلة العلوم الأدارية ٨- العدد الثاني ١٩٦٦ القاهرة ص١٠٤
د. عبدالرحمن نورجان الأيوبي / القضاء الأداري في العراق – دار مطابع الشعب-القاهرة ١٩٦٥ ص٤

يراها جانب من الفقه فكرة سياسية [1] كونها مقررة تقريراً وليست ضمن موافقة الأفراد الصريحة .

ولكن في اعتقادي ان الأمر ليس بهذا التصور وذلك لأن الشرعية الدستورية هي فكرة قانونية وليست سياسية لان هذه الفكرة هي التي تبرر علوية أوسمو القانون وهذه الأخيرة فكرة قانونية بحتة .

والأمر ان مبدأ الشرعية الدستورية يحمل بين طياته ضمانات أساسية للأفراد حكاماً ومحكومين وذلك لأن الأول يمثل قيداً على سلطات الدولة. فلا بد من وجود مثل هذا القيد حتى يكون القانون في منأى وأمان من كل اعتداء . وذلك لأن القانون ليس مجرد أداة لعمل الدولة ولكنه أيضاً الضمان الذي يكفل الحقوق والحريات [2].

ويقصد بالقانون هنا كل قاعدة قانونية وفقاً لتدرجها في النظام القانوني للدولة .

أما الدستور فهو القانون السامي والذي له السيادة وتلتزم به جميع سلطات الدولة والأفراد. فالسلطة التشريعية تلتزم بالدستور فيما تصدره من التشريعات والسلطة التنفيذية تلتزم بكل من الدستور والتشريع فيما تصدره من لوائح و جميع أفراد المجتمع ملزمون باحترام القانون أيا كان مصدره ومستواه في النظام القانوني .

والواقع أن في الدولة القانونية يسمو القانون على الدولة . فتلتزم بضمان الحقوق والحريات للأفراد في مواجهة سلطاتها ولاً يقتصر دور القانون على تنظيم سلطات الدولة او تحديد أطار أعمالها وبهذا تتحقق سيادة القانون في عنصرين :-

- أولهما :- شكلي ، وينبع من السلطة المختصة بإصداره ويتمثل في التزام المخاطبين بأحكامه سواء كانو من سلطات الدولة أو أفرادها .
- ثانيهما :- موضوعي ،وهو ان يكفل القانون في مضمونه احترام الحقوق والحريات للأفراد وتعتبر هذه الحقوق شرطاً أساسيا لممارسة الديمقراطية.

وإذا كان الدستور ينظم علاقة سلطات الدولة فيما بينها فأنه فوق كل ذلك يكفل احترام الحقوق والحريات للأفراد في مواجهة الدولة . فالدستور بهذا المعنى هو أداة فعالة لحماية هذه الحقوق والحريات في مواجهة الجميع بما في ذلك السلطة التشريعية [3] .

والواقع ان الدولة القانونية – التي يحكمها مبدأ سيادة القانون هي الدولة التي تقبل ان تعمل بواسطة القانون وان يحكمها القانون ، قانون يوفر للأفراد حقوقهم وحرياتهم

---

[1] **د. منذر الشاوي /القانون الدستوري / نظرية الدستور- مطبوعات مركز البحوث القانونية . وزارة العدل- بغداد ١٩٨١ ص ١٨١**

[2] **Norman Marshi Commission internationale des jurists, le Principe de la legalite dans une Societe libre (Rapport sur les travaux du Congres international des jurists tenu a New Delhi . Janvier 1959 P .62.**

[3] **p- ComboT: La protection constitutionnelle do la liberte individuelle en france et en Es pagne Economica 1998 Preface**

وخضوع الدولة للقانون يجب ان يكون مكفولاً برقابة قضائية يباشرها قضاء مستقل محايد [1]

ويتفق مبدأ سيادة القانون في عنصره الموضوعي الثاني المتعلق بمضمون القانون مع ما يتطلبه مبدأ حكم القانون .

(Rule of law) في المفهوم البريطاني ومبدأ اتباع الوسائل القانونية السليمة "Due process of law" ومعلوم أن مبدا الشرعية الدستورية يحمل بين طياته مبدأ سيادة الدستور الذي يعني في مضمونه الشكلي التزام جميع سلطات الدولة بالقانون ويقتضي هذا المبدأ ان السلطة التشريعية تلتزم بأن تضع القوانين في حدود الدستور فهذا الألتزام هو مظهر سيادة القانون على السلطة التشريعية – فالدستور بوصفه القانون الأساسي يحدد شروط ممارسة نواب الشعب الأرادة العامة للشعب [2]

وتنبع سيادة القانون على السلطة التشريعية من مبدأ سيادة الدستور على سائر القواعد القانونية .

كما أن مضمون الشرعية الدستورية هي التي يجب ان تحكم القانون ذلك لأن هنالك مباديء دستورية لا يمكن فصلها عن العناصر المكونة لنظام الدولة فمثلاً مبدأ استقلال القضاء وأحترام حقوق الأنسان وعمل الدولة وفق احكام الدستور هي مباديء مكونة للشرعية الدستورية .

ولكن في اعتقادي المتواضع ان مبدأ الشرعية الدستورية يعتمد اصلاً على ان الشعب هو مصدر السلطة وشرعيتها فما دام القانون هو المعبر عن ارادة الشعب فالدستور هو المعبر عن الضمير المستقر للشعوب لذلك فأن هذا التعبير عن الضمير المستقر هو الذي يقود الى وجوب احترام القواعد الدستورية وسموها على غيرها من القوعد .

اذا فنظرية سيادة الشعب كما ارى هي اساس مبدأ الشرعية الدستورية او على الأقل هي التفسير الفلسفي للشرعية وهي التي قادت الى هذه النتائج .

---

[1] **Commission internationale des jurists Rapport sur les travaux du congres international des Juristes, Le principe dela legalite . New Delhi .1959. P. 11**
D. Mockle "letat de droit et la the " orie dala Rule of law (1995) 35 Caniers de droit (Univer site Laval)P D 823–905

[2] **د. احمد فتحي سرور / المرجع السابق/ ص٣٠ د ماهر هادي / حقوق الانسان – قيمتها القانونية و اثرها على بعض فروع القانون الوضعي – القاهرة ١٩٨٤ ص٢٠ و ما بعدها**

ثانياً :- تمييز مبدأ الشرعية عن غيره من المصطلحات المتشابهة ..

هنالك عدة مباديء قد تتشابه مبدأ الشرعية من حيث اللفظ او معنى قريب من مبدأ الشرعية وهي عديدة لكننا سنشير الى بعضها وهي :

أولاً – مبدأ المشروعية ..
ثانياً – مبدأ الشرعية الجنائية ..
ثالثاً – مبدأ الفصل بين السلطات ..

أولاً – مبدأ المشروعية ومبدأ الشرعية الدستورية .

اشار البعض من الفقه انه لا يوجد فرق بين الشرعية والمشروعية وان مدلول كل منهما يدل على وجوب احترام القواعد القانونية بان تكون جميع تصرفات السلطات العامة في الدولة متفقة وأحكام القانون بمدلوله العام[١]

ولكن الغالبية العظمى تميز بين المفهومين وكالآتي :-

- الشرعية legalite يقصد بها السلطة أو الحكومة التي تستند في وجودها الى القواعد المحددة في الدستور أو في النظام القانوني فأذا حدث ووجدت سلطة أو حكومة دون ان تعتمد على السند الدستوري او القانوني فأنها تسمى فعلية او واقعية وبالتالي فهي تتمتع بصفة الشرعية .
- أما المشروعية فأنها يقصد بها السلطة او الحكومة التي تتمتع بصفة المشروعية

ولكن ليس هذا الفرق الذي يعنينا . ولكن الفرق الحقيقي بين الشرعية والمشروعية يكمن في أن الشرعية هي خضوع تصرفات اشخاص القانون العام لأحكام الدستور.

اما المشروعية فهي تتعلق بمدى مطابقة أعمال الأدارة (السلطة التنفيذية) لأحكام القانون حيث ان المشروعية تقتضي وجوب احترام تدرج القواعد القانونية.

وبالرغم كما اشرنا انفاً ان جانباً من الفقه لا يرى وجوب الأبتعاد او التمييز بين المصطلحين فكلاهما مرادفاً للأخر وذلك للأسباب الآتية .

١- ان كلاهما مستمد من رضا الشعب [٢]
٢- ان كلاهما يستند لأعتبارات سياسية [٣]
٣- وان الشرعية والمشروعية يسريان في القانون العام والخاص [٤]
٤- ان المصطلحات يشيران الى نفس المفهوم ولكن احدهما ضيق والآخر واسع [٥]

---

[١] د. محمد علي جواد / القضاء الأداري – شركة العاتك القاهرة بدون تاريخ ص٣٥
[٢] اندرية هوريو / القانون الدستوري – الأهلية للنشر بيروت ١٩٧٤ ص١١٠
- د. اسماعيل مرزة/ مباديء القانون الدستوري /الأهلية- بغداد ١٩٦٠ ص١٦٥
[٣] عادل محمود حمدي/ الأتجاهات المعاصرة في نظم الأدارة المحلية- دار الفكر – القاهرة ١٩٧٣ ص٥٥٨
[٤] د. كمال زكي /وسائل التوازن الأجتماعي بين السلطة والحرية – المحاماة ١٩٧٧ ص٥٧
[٥] د. طعيمة الجرف م مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون – دار الثقافة العربية – القاهرة ١٩٧٣ ص٥
- د. فؤاد العطار/ القضاء الأداري – دار النهضة العربية القاهرة ١٩٦٣ ص٢١
- د. محسن خليل/ القضاء الأداري. منشأة المعارف –الأسكندرية ١٩٦٢ ص٦
- د. صفاء الحافظ/ المشروعية في الدول الأشتراكية – مجلة العلوم الإدارية العددان ٢-٣ ١٩٦٦ ص١٣

إلى أن جانباً آخر من الفقه أشار إلى هذا التمييز [١] حيث اشارو إلى أن الشرعية هي الصفة التي يجب أن تملكها حكومة ما . أما المشروعية فهي مبدأ يتعلق بالنظام القانوني الوضعي لتنسحب صفة المشروعية على التصرفات التي تقوم بها السلطة (التنفيذية) وفقاً للقواعد القانونية الوضعية.

وفي اعتقادي هنالك تمييز بين الشرعية الدستورية والمتعلقة بالسيادة القانونية وسمو القانون و تتعلق بخضوع الشعب حكام ومحكومين لأحكام الدستور .
أما مبدأ المشروعية والتي تتعلق بخضوع أعمال السلطة التنفيذية لأحكام القانون حيث ان هنالك مبدأ تدرج القواعد القانونية [٢]

- **ثانياً- <u>مبدأ الشرعية الجنائية والشرعية الدستورية</u>**

كما أشرنا فيما سبق فأن الشرعية الدستورية تقضي خضوع الشعب حكام ومحكومين لأحكام الدستور .
أما مبدأ الشرعية الجنائية أو دستورية الجرائم والعقوبات
Nullum Crimen, Unlla Poena Sine lege وشرعية الجريمة والجزاء
La leglite des delit et des peiness وتعني عدم جواز تجريم اي فعل من الأفعال الا بناءً على نص قانوني وارد في القانون الجزائي (العقوبات) [٣]
ولقد ورد هذا المبدأ باديء ذي بدأ في القرآن الكريم في قوله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا)[٤]وقوله تعالى (وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في آمها رسولاً يتلو عليهم آياتنا..)[٥].
وقوله تعالى (لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل ...)[٦]

---

[١] – د. منذر الشاوي/ القانون الدستوري – مطبعة شفيق- بغداد ١٩٨٣ ص٦٦
[٢] د. سليمان الطماوي/ نظرية التعسف في أستعمال الحق (الأنحراف بالسلطة) ط٣. مطبعة عين شمس – القاهرة ١٩٧٨ص٩٧ وما بعدها.
[٣] د. كامل مرسي والسعيد مصطفى السعيد /شرح قانون العقوبات المصري/ مطبعة النهضة العربية – القاهرة ١٩٣٧ ص٩٨-٩٩
[٤] سورة الأسراء /الآية ١٥
[٥] سورة القصص / الآية ٥٩
[٦] سورة النساء / الآية ١٦

ولقد ورد هذا المبدأ (لا جريمة ولا عقوبة الأ بنص) في الدساتير الوضعية [1]
ومنها المادة (١٩) من دستور ٢٠٠٥ العراقي الفقرة الثانية بالنص (لا جريمة ولا عقوبة ألا بنص.....) والقوانين الجزائية [2] ومنها المادة الأولى من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ التي نصت على (لا عقاب على فعل أو امتناع ألا بناء على قانون ينص على تجريمه ...)
ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات هو مبدأ دستورية ومن ثم تحول إلى مبدأ قانوني[3]
وعموماً فالتمييز أصبح واضحاً بأن مبدأ الشرعية الدستورية يتعلق بسمو القانون (الدستور) على باقي السلطات أما مبدأ الشرعية الجزائية فهو وجوب أن تخضع كل الجرائم إلى نص قانوني مستند إلى سلطات المشرع أي يتعلق بالجرائم والعقوبات [4]
[4]

- ثالثاً – مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ الشرعية الدستورية ..

أشرنا أنفاً أن الشرعية الدستورية تعني خضوع الشعب حكام ومحكومين لأحكام الدستور .
أما مبدأ الفصل بين السلطات فهو يعني ان للسلطات الثلاثة
(التشريعية والتنفيذية والقضائية) سلطات وصلاحيات محددة في الدستور ولكل سلطة صلاحياتها الدستورية ولا يجوز لها ان تتدخل في سلطات وصلاحيات السلطة الأخرى .
وهكذا فعلى كل سلطة ممارسة صلاحياتها الدستورية من دون تدخل من السلطتين الآخرتين .
وبمعنى آخر لا يجوز للبرلمان التدخل في عمل السلطة التنفيذية أو عمل السلطة القضائية ولا يجوز العكس أيضا

---

[1] مثل نص م (٣٢) دستور /الكويت ١٩٦٢- م (٢٠) دستور الهند ١٩٤٩ م(٣٩) دستور اليابان ١٩٦٣ وم (٤٩) دستور يوغسلافيا لعام ١٩٦٣

[2] م (١) من قانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠
- م (١) قانون العقوبات السوري للسنة ١٩٤٩

[3] أستاذنا الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي /أسباب اباحة الأعمال الجرمية في الشريعة والقانون ط٢ مطبعة شهاب اربيل ٢٠١٠ ص٨
- أستاذنا الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي /المدخل لدراسة الشريعة في نمط جديد ط٧ مطبعة ماردين- اربيل ٢٠١٠ ص١٤٦

[4] الأستاذ عبدالقادر عودة/ التشريع الجنائي الإسلامي / ج١/ دار الكاتب العربي – بيروت ص١١٧
- د. عدنان الخطيب / موجز القانون الجزائي / الكتاب الأول – مطبعة جامعة دمشق ١٩٦٣ ص٣٨
- د. سلطان الشاوي والدكتور علي حسين الخلف / المباديء العامة في قانون العقوبات – مطبعة الرسالة – الكويت ١٩٨٢ ص٢٩-٣٠

وكان مبدأ الفصل من أفكار الفقيه (مونتسكيو) حينما أشار الى وجوب أن توقف السلطة السلطة الأخرى أذا ما تجاوزت عليها في العمل الوظيفي أو العضوي [1]
وقال مونتسكيو هنا (ان مبدأ الفصل بين السلطات قد وجد لكي توقف كل سلطة من السلطات السلطة الأخرى عند حد ما وأنه اذا اجتمعت سلطتان في يد واحدة انعدمت الحرية ولو كانت في يد الشعب ذاته....)[2]
والحقيقة صحيح أن مبدأ الفصل يعني تحديد صلاحية كل سلطة ألا أن هذا الفصل وجوب ان يجتمع مع مبدأ التعاون لأن كل السلطات تعمل كيد واحدة.

- الفرع الثاني – النظريات التي تبرر أصل السلطة (نظرية سيادة الأمة، والسيادة الشعبية)

أن الشرعية الدستورية بالمعنى السابق ترتب كما الفينا مجموعة من المبادئ مثل سيادة القانون أو سمو القواعد القانونية (الدستورية) والانتخابات البرلمانية واحترام الحقوق والحريات العامة .
ولكن ما سبب هذه الشرعية الدستورية ؟ وما هو أساس هذه الشرعية ؟
أن سبب وأساس الشرعية الدستورية هو أن الدساتير هي المعبرة عن ضمير الشعوب ولما كانت القواعد الدستورية تقرر ان الشعب هو مصدر السلطات وشرعيتها ان هذا يعني ان الشعوب هي أساس مبدأ الشرعية..
أذا فالنظريات التي بررت أساس السلطات وشرعيتها هي التي حققت مبدأ الشرعية الدستورية فالقواعد الدستورية تسمو على غيرها من القواعد كونها المعبر الحقيقي عن ضمير الأمة او الشعب ...
ولما كانت النظريات غير ثابتة حيث بدأت من عصور السلطة الإلهية للحكام ومن ثم انتقلت الى سلطة القبيلة او العشيرة ومن ثم الى السلطة الأبوية ولكن هذه النظريات لم تقف على حقيقة أصل السلطات حتى ظهر في فرنسا بعيد الثورة الفرنسية نظرية سيادة الأمة ومن ثم تطورت الى نظرية السيادة الشعبية او سيادة الشعب . لذلك سوف نبحث في هذا الفرع النظريتين وكالآتي :

-أولاً – نظرية السيادة الأممية او سيادة الأمة
- ثانياً – نظرية السيادة الشعبية أو سيادة الشعب

- أولاً – نظرية سيادة الأمة

---

[1] د. علي محمد صالح الدباس والدكتور علي عليان محمد/ حقوق الأنسان وحرياته دار الثقافة ٢٠٠٥ ص٨٤ .

[2] د. جابر ابراهيم الراوي /حقوق الأنسان وحرياته الأساسية في القانون الدولي والشريعة الأسلامية/ دار وائل للطباعة – ط١ ١٩٩١ ص٢١١

2- Thierry Renoux : Le constitinnnel el Iautorite , Paris 1984 . P-28

ان هذه النظرية تنسب الى جان جاك روسو الذي لكتاباته الفضل الكبير على التأكيد على المعاني الذي يعني الصفة الآمرة العليا في الدولة لا ترجع الى فرد أو افراد معينين بذواتهم او الى هيئة او هيئات معينة بل الى وحدة مجردة ترمز الى جميع الأفراد هذه الوحدة التي تمثل المجموع بأفراده وهيئاته ، لا يمكن تجزئتها وهي مستقلة تماماً عن الأفراد الذين تمثلهم وترمز أليهم .[١]

ولما كانت السيادة تعود للأمة بمجموعها فلا سيادة لفرد بل للصفة الآمرة العليا تعود لمجموع الأفراد على اعتبار ان هذا الشخص الجماعي يمثل وحدة لا تتجزأ مستقلة عن أفرادها وهي الأمة لذلك قيل ان السيادة لا تتجزأ ولا تقبل التنازل عنها او التصرف بها لأنها ملك للأمة وحدها .[٢]

ولقد نصت وثيقة إعلان حقوق الإنسان عن الجمعية الوطنية في فرنسا عام ١٧٨٩ قررت المادة الثالثة أن (الأمة هي مصدر كل سيادة ولا يجوز لأي فرد او هيئة ممارسة السلطة ألا على اعتبار أنها صادرة منها...)

وكذلك فعل الدستور الفرنسي الصادر في ٣ سبتمبر عام ١٧٩١ في الباب الثالث الفقرة الأولى والثانية (٢) وكذلك نص دستور ١٩٢٣ -١٩٣٠ المصري في المادة (٢٣) والدستور الأردني الحالي ١٩٥٢م (١/٢٤)

ويترتب على هذه النظرية نتائج منها :-

١- أن القانون لا يعد ألا معبراً عن أرادة الأمة (الإدارة العامة) وهذه الأمة تشمل الأجيال السابقة والقادمة [٣]

٢- أن النائب في البرلمان يمثل الأمة كلها .

٣- أن الأمة هي صاحبة الحق في وضع الدستور وتعديله.

٤- ان الانتخاب في ظل النظرية يعد وظيفة وليس حق [٤]

ولكن وجه لهذه النظرية انتقادات كثيرة ومنها ...

١- أن هذه النظرية تجعل الدولة تتكون من شخصين معنويين هما الأمة (كما جاء في النظرية) والدولة (كما هو معلوم في القانون الدستوري والقانون الدولي) فمن هنا صاحب السيادة الفعلية ؟ [٥]

---

[١] د. عبد الحميد متولي /الوجيز في النظريات والأنظمة السياسية – منشورات دار المعارف- القاهرة – ط١ ١٩٥٩ ص١٧٤

د. نعمان احمد الخطيب/ الوجيز في النظم السياسية /مكتبة دار الثقافة / عمان ١٩٩٩ ص٣٩

[٢] سعد عصفور / المباديء الأساسية في القانون الدستوري – منشآت المعارف الأسكندرية ١٩٨٠ ص١٤٩

- د. طعيمة الجرف /نظرية الدولة والمباديء الأساسية للأنظمة السياسية دار النهضة العربية- القاهرة ١٩٨٧ ص٢٥١

[٣] بنظر رسالتنا للماجستير بعنوان (مدى تمثيل النائب للناخبين في ظل النظام النيابي) مقدمة الى كلية الحقوق- جامعة النهرين ٢٠٠٦ ص٣٢

[٤] د. جوجي شفيق ساري / الأسس والمباديء العامة للنظم السياسية/ اركان النظام السياسي/ مكتبة الجلاء- المنصورة- ط٤ ١٩٩٧ ص٨٧

[٥] د. محسن خليل (النظم السياسية والقانون الدستوري) ج١ النظم السياسية دار النهضة العربية – بيروت- ١٩٧٢ ص٧٦

٢- أن السبب من وراء إعلان هذه النظرية هي أسباب تاريخية وليست واقعية كما يقول البعض وذلك هروباً من سطوة الحاكم الانفرادية.[١]
٣- ان هذه النظرية لا تمثل نظاماً سياسياً معيناً .
٤- ان هذه النظرية كما يرى البعض تمثل خطراً على حقوق وحريات الأفراد وذلك لأن مقتضى هذه النظرية أن جميع القوانين المشرعة حتى لو كانت جائرة هي معبرة عن أرادة الأمة او الإرادة العامة .

وقد أسفر التطبيق العملي لهذه النظرية في بعض الأحيان الى زيادة الاستبداد ومن أمثلة ذلك ما أقرته الجمعية الوطنية في فرنسا عام ١٧٩١ من استبدال لنظام الانتخاب الى نظام الانتخاب المقيد حتى أصبح نسبة الناخبين ١٦,٥% من مجموع الشعب الفرنسي
اما موقف الشريعة الإسلامية فالأمر مختلف وذلك لأن النظام الإسلامي ديمقراطي على أكمل وجه فالحقوق فيه محفوضة والحرمات فيه مصونة والخلافة بيعة والأمر شورى.
ولكن الحرية في الإسلام لا يترك لها الحبل على الغارب بل هي مقيدة بتعاليم الشرع وأوامره ونواهيه. وان السيادة في الإسلام لله تعالى الذي انزل تعاليمه لإسعاد الأمة [٢]
ولكن على صعيد الأنظمة السياسية فأن نظرية سيادة الأمة لم تأت أكلها لتبرير أصل السلطة وذلك حتى نعد ان القانون او القواعد الدستورية هي قواعد معبرة عن الأمة او عن ضمير الأمة حتى يتبرر السند الحقيقي من وراء التزام الحكام والمحكومين بأحكام الدستور .
وعلى الرغم من ان هذا الموضوع قد أثير أيضاً على مستوى القانون الدولي حيث بحث البعض في كيفية التزام الدول بأحكام القانون الدولي ولكن دون جدوى [٣]

- **<u>ثانياً – نظرية السيادة الشعبية (سيادة الشعب)</u>**

ان هذه النظرية لا تختلف عن سابقتها الأ بالتصور الفقهي والذي يجعل السيادة مملوكة للشعب اللذين ينظر أليهم بذواتهم وتقرر اشتراكهم جميعاً في السيادة بحيث يمكن تقسيم السيادة عليهم وبالتالي يكون لكل فرد جزء من السيادة[٤] وهذا ما أشارة

- د. محمد كامل ليلة / النظم السياسية الدولة والحكومة- دار الفكر العربي – القاهرة ١٩٦٨ ص٢٠٨

[١] د. عبدالحميد متولي / مباديء نظام الحكم في الأسلام مقارنة بالمباديء الحديثة ط٤ –منشأت المعارف- الأسكندرية -١٩٧٨ ص١٧٤

[٢] الشيخ علي عبدالرزاق / الأسلام واصول الحكم – ط٣- مطبعة مصر ١٩٥٢ ص٩
- د. محمود حلمي / نظام الحكم في الأسلام – مقارنة بالنظم المعاصرة – ط٣ دار الفكر العربي – القاهرة ١٩٧٥ ص٣٦٨
- د. حازم عبد المتعال الصعيدي /النظرية الأسلامية في الدولة مقارنة في الفقه الدستوري –دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٧٧ ص٢٨٢

[٣] د. عصام العطية / القانون الدولي العام – شركة العاتك- القاهرة ط٣ – ٢٠١٠ ص٨١ ما بعدها
[٤] د. سعد عصفور / المرجع السابق ص١٥٠

روسو في العقد الاجتماعي [1] وهكذا نرى ان السيادة الشعبية La Souvevainete Popuiaire ممكن ان تجزأ السيادة بالتساوي على مجموع الشعب بالتساوي .
اما النتائج المترتبة على هذه النظرية فهي
١- تتلائم هذه النظرية مع الديمقراطية المباشرة التي تجيز مباشرة الشعب للسلطة وبشكل مباشر [2]
٢- ان الانتخاب حق للأفراد وليس وظيفة [3]
٣- لا بد من الأخذ بنظام الاقتراع العام ويكفي توافر الشروط التنظيمية في أي ناخب لمباشرة الانتخابات
٤- أن هذه النظرية كانت الباب للأخذ بنظام التمثيل النسبي اي تقسيم مقاعد البرلمان حسب القوائم الفائزة
٥- بموجب هذه النظرية فأن القانون الصادر عن البرلمان يعد القانون الصادر عن الأغلبية.

ولكن وجه لهذه النظرية سهام النقد منها أن هذه النظرية لم تكن ذات توجه ديمقراطي لأن الأغلبية البرلمانية قد تكون من طرف أو حزب واحد مما يعني عودة الدكتاتورية بلباس جديد [4].
وعلى العموم فقد أخذت بهذه النظرية غالبية الدول ومنها فرنسا في دستورها الصادر في ٢٤ حزيران ١٧٩٣ ودستور ١٩٥٨ والدستور المصري ١٩٦٤م(٢) ودستور ١٩٧١ المصري أيضاً ودستور ١٩٥٩ التونسي ودستور١٩٧٠ العراقي الملغي م(٢) (الشعب مصدر السلطة وشرعيتها) ودستور البحرين ١٩٧٣ ودستور الجزائر عام ١٩٧٦م (٥) [5]

- أما موقف المشرع العراقي في دستور ٢٠٠٥ فقد جعل المشرع العراقي نوعاً من التجانس بين سيادة القانون وسلطة الشعب فقد نصت المادة (٥) من الدستور على أن (السيادة للقانون ،والشعب مصدر السلطات وشرعيتها ، يمارسها بالاقتراع السري العام المباشر وعبر مؤسساته الدستورية).
- وفي الحقيقة أن بحثنا هذه النظريات نابع عن قناعتنا أن الشرعية الدستورية تقود في النهاية إلى الشعب فهو مصدر هذه الشرعية وأي التزام وإلزام حاصل للقواعد الدستورية ومن ثم للقواعد القانونية (التشريع العادي) سوى لأنهما معبران عن سيادة وضمير (الشعب) المستقر لذلك لا يجوز بحث صفة إلزام

---

[1] د. مصطفى أبو زيد فهمي / مباديء الأنظمية السياسية / منشأة المعارف – الأسكندرية ١٩٨٤ . ص٧٦

[2] د. ثروت بدوي / النظم السياسية – ج١ مطبعة دار النهضة العربية القاهرة ص١٤

[3] د. محمد كامل لبلة / المرجع السابق ص١٢٢

[4] د. ثروت بدوي / المرجع السابق ص٢٤

[5] د. محسن خليل / المرجع السابق ص٥٦

الحكام والمحكومين بأحكام الدستور الأ ببحث أصل هذه الإلزام وهو سيادة الشعب .

الفرع الثالث : الأثر المترتب على أقرار مبدأ الشرعية الدستورية في دستور ٢٠٠٥ العراقي

معلوم أن لأي مبدأ من المبادئ القانونية والدستورية له تأثير مباشر على الأنظمة السياسية ولما كان مبدأ الشرعية الدستورية يحمل بين طياته صفة إلزام الحكام والمحكومين بأحكام الدستور فأن لهذا الأمر انعكاسات وأثار ونتائج تترتب على الإقرار..

ولا شك أن هنالك نتائج وآثار تترتب على أصل المصدر وأثار أخرى تترتب على الالتزام بأحكام الدستور.

لذلك فأننا سنبحث هنا الآثار المترتبة على أصل مصدر السلطة وشرعيتها وهي كما أسلفنا نظرية السيادة الشعبية حيث أن الأثر المترتب عليها هو الانتخاب .

أما الأثر الآخر فهو المترتب على صفة الإلزام بهذه القاعدة وهو مبدأ سيادة القانون او (سمو الدستور) ومبدأ الفصل بين السلطات لذلك سنقسم هذا الفرع إلى نقطتين هما :

- أولاً – الأثر المترتب على أصل المصدر (الانتخاب) .
- ثانياً – الأثر المترتب على صفة الإلزام وهو (مبدأ سمو الدستور ومبدأ الفصل بين السلطات).

وسنشير أليهما بشيء من الإيجاز على اعتبار أننا اشرنا إلى بعض هذه الأمور في الفرع الأول من البحث.

- أولاً- (الانتخاب) كأثر مترتب على أصل المصدر (سيادة الشعب)

يترتب على أقرار ان الشعب هو مصدر السلطة وشرعيتها أن القانون هو المعبر عن ضمير الأمة (الشعب) أن هذا الشعب لا يستطيع ممارسة هذه السيادة بنفسه وذلك لضرورة فنية وتنظيمية مفادها عدم أمكانية جمع هذا العدد الهائل من النفوس السكانية وعدم وجود مكان يسع كل هؤلاء لممارسة دفة الحكم . على الرغم من انه سابقاً في بعض الدويلات السويسرية كان الشعب يمارس ما يسمى بـ (الديمقراطية المباشرة) السيادة بنفسه من خلال تشريع القوانين ولكن يستحال تطبيق هذا الأمر في الوقت الراهن.

انما الشعب يمارس السلطة عن طريق وكلاء أو نواب يمارسون السيادة والسلطة نيابة عنه يختارهم عن طريق الانتخاب كما يمكن ان يمارس الشعب نوعاً من السلطة من خلال تطبيق ما يسمى (الديمقراطية شبه المباشرة) والتي يكون فيها للشعب ممارسة السيادة عن طريق (الاقتراع الشعبي- الاستفتاء الشعبي –الاعتراض الشعبي)[1].

ولأهمية هذه المظاهر سوف نشير لها بشيء من الإيجاز قبل مباشرة بحثنا في الانتخاب.

---

[1] د حميد حنون خالد / الأنظمة السياسية – ط٣ – شركة العاتك – القاهرة ٢٠١٠ ص٣٢ ما بعدها

- **أولاً – الاقتراع الشعبي**

ويراد به قيام الناخبين بأعداد مشروع قانون يعالج مسألة محددة ثم يعرض على البرلمان لمناقشته .

ويكون الاقتراح بالفكرة فقط دون تفصيل أو تبويب وقد أخذت به سويسرا حتى دستور ٢٠٠٠ النافذ والدستور الأيطالي ١٩٤٧

والدستور الأرجنتيني ١٩٩٤ ودستور الصومال ١٩٦٠ [١] .

- **ثانياً – الاستفتاء الشعبي**

ويراد به عرض موضوع معين على الشعب بمفهومه السياسي (أي من لهم حق الانتخاب من أطياف الشعب) لغرض معرفة وجه نظره فيه وللاستفتاء الشعبي صور متعددة فقد يكون الاستفتاء على موضوع معين كأن يكون مشروع قانون أو الاستفتاء على شخص رئيس الجمهورية وهنالك وقت معين وقد يكون إجباري أو استفتاء اختياري من حيث الإلزام من عدمه .[٢]

وقد أخذ به دستور سويسرا ١٨٧٤ ودستور الولايات المتحدة الأمريكية ١٧٨٧ ودستور فرنسا ١٧٩٣ [٣] ودساتير مصر للأعوام ١٩٥٨- ١٩٥٦- ١٩٧١ والدستور الجزائري ١٩٩٤

- **ثالثا – الاعتراض الشعبي**

ويراد به حق الشعب في الاعتراض على قانون أقره البرلمان الأ أن هذا الاعتراض يجب أن يقدم من عدد محدود من الناخبين و خلال مدة محدودة و قد اخذ بذلك دستور سويسرا لعام ١٩٩٨ وايطاليا ١٩٤٧ وهنالك أيضا حق الناخب في إقالة النائب وقد أخذت به دساتير الولايات المتحدة كدستور (لوس أنجلس ١٩٠٣) و (دستور كاليفورنيا لعام ١٩١١) [٤]

- **أما الانتخـــــــــاب**

فبعد أن نص دستور ٢٠٠٥ العراقي في المادة (٥) منه على أن الشعب مصدر السلطة وشرعيتها يمارسها بالاقتراع السري العام المباشر وعبر مؤسساته الدستورية ما يعني أن الدستور رهن ممارسة السلطة من قبل الشعب بالانتخاب السري العام والمباشر وجاءت المادة (٤٩) من الدستور لتنص على م ٤٩ – أولاً (يتكون مجلس النواب من عدد من الأعضاء بنسبة مقعد واحد لكل مائة ألف نسمة

---

[١] جورج آرثر – الحكومة الأتحادية في سويسرا – ترجمة محمد فتح الله الخطيب القاهرة ١٩٦٦ ص٨٣

[٢] - د. محسن خليل / المرجع السابق ص٢٢

[٣] د. السيد صبري / مبادىء القانون الدستوري – مكتبة عبدالله وهبه القاهرة ١٩٤٩ ص١٠٥

[٤] حميد حنون / المرجع السابق ص٣٧

من نفوس العراق يمثلون الشعب العراقي بأكمله يتم انتخابهم بطريق الاقتراع العام السري المباشر، ويراعى تمثيل سائر مكونات الشعب فيه ...)
وهذا يعني كما أشرنا ان الانتخاب هو الممثل الحقيقي لممارسة الشعب لسلطاته وسيادته . وعموماً فأن الانتخاب يعني مشاركة الشعب مع النواب في ممارسة السلطة وقد قيل في تكييف الانتخاب آراء كثيرة منها

- ان الانتخاب حق شخصي للشعب نابع من مبدأ المساواة بين الأفراد في الحقوق المدنية والسياسية وتأسيساً على ذلك فأن الانتخاب حق مكفول لكل فرد يتمتع بصفة المواطنة ويستندون في ذلك الى مبدأ سيادة الشعب اذ ان السلطة وفقاً لأنصار هذا المبدأ نتيجة حتمية لتقسيم السيادة ولذلك يكون لكل مواطن حصة في السيادة يمارسها عن طريق الانتخاب وهو حق من حقوقه الطبيعية التي لا يجوز ان يحرم من مباشرتها وتترتب على هذا التصوير عدة نتائج أهمها :-

١- تقرير مبدأ الاقتراع العام .. حيث ان لكل فرد عضو في الجماعة له الحق في ممارسة السيادة باعتباره صاحبة لها ومن ثم لا يجوز حرمان اي خص من مباشرته .
٢- حرية استعماله.. أذ كان الانتخاب حقاً مقرراً لمصلحة المواطن فله حرية المشاركة في التصويت او الامتناع عنه [١]
- أما الرأي الآخر فيقول أن الانتخاب وظيفة وهذا الأمر كما اشرنا ناتج عن نظرية سيادة الأمة..
لكن الاتجاه الأول هو الغالب لأن نظرية سيادة الشعب أكثر ديمقراطية من سيادة الأمة
- هنالك اتجاه ثالث يرى أن الانتخاب مكنة قانونية [٢] ولا بد أن يكون هنالك أداة لتنظيم استعمال هذا الحق وتلك الأداة هي القانون من صنع السلطات العامة في الدولة وهذا القول ينطبق مع القول ان الانتخاب وظيفة حيث يجب تنظيم مباشرة تلك الوظيفة وحتماً سيتم اللجوء الى القانون لتحقيق ضوابط وشروط تلك المباشرة .
واتساقا ً مع ذلك فان الانتخاب مكنة قانونية تنظم من قبل المشرع مما يتفق مع تطور المجتمع في كافة مجالات الحياة ومن ثم لا يجوز التعسف في استخدام القانون كأداة لحرمان الأفراد من مباشرة الحقوق السياسية وأن هذه المكنة مقررة لمصلحة الفرد والجماعة ومن ثم يجب أن يكون هنالك توازن وتناسب بين هاتين المصلحتين فلا يصح حرمان الفرد من المشاركة في النشاط السياسي بحجة ان الانتخاب مقرر لمصلحة الجماعة ولا يصح أيضا ترك هذه المساهمة سائبة دون تنظيم بذريعة كون الانتخاب مقرر لمصلحة الأفراد[٣]

وجدير بالذكر إن المشرع العراقي في المادة (٤٩) من الدستور اقر أن الانتخاب يتم بالاقتراع العام السري المباشر . وهذه المصطلحات نشير إليها بشيء من الإيجاز

---

[١] د. محمد كامل ليلة / المرجع السابق ص٧٩٦
[٢] د. حميد حنون / الحرمان من مباشرة الحقوق السياسية – بحث منشور في مجلة العلوم القانونية- كلية القانون – جامعة بغداد العدد الثاني لسنة ٢٠٠٤ ص٣
[٣] د. ثروت بدوي / المرجع السابق ص٢٣٩

- فالاقتراع العام.. يعني نقيض الاقتراع او الانتخاب المقيد والذي أخذت به فرنسا بعد الثورة وخاصة عام ١٧٩١ حيث اشترط الدستور بعض الشروط بالنسبة للناخبين حيث لا بد لمن يتوافر فيه شروط الناخب أن تتوفر فيه شرطان وهما (النصاب المالي والكفاءة العلمية)[١]
- أما الاقتراع العام هو النظام الذي لا يسمح بفرض قيود على الناخبين أيا كانت درجة هذه القيود أي السماح لكل من توافر فيه شرط نصاب العمر والأهلية بممارسة الانتخاب وتأخذ بهذا النظام معظم الدول .
- أما السري... فيعني أن الناخب يعطي صوته لمن يمثله بشكل سري دون اي أكراه أو ضغوط فمعلوم أن العلانية هنا لأتضمن الحرية التامة للناخبين .
- أما الانتخاب المباشر Direct Suffrge .. وفيه يقوم الناخبون بأنفسهم بانتخاب نوابهم أو حكامهم مباشرة بدون وساطة او وسيط Sns intermedire وهذا الانتخاب هو انتخاب من درجة واحدة التي يقوم فيها الناخبون بانتخاب نوابهم فلا توجد درجات أخرى وهذ نقيض الانتخاب غير المباشر الذي يقوم فيه الناخبون بانتخاب أشخاص يتولون انتخاب أعضاء المجالس النيابية أي انتخاب على درجتين والاتجاه الأول يضمن للناخبين معرفة مرشحيهم.. [٢]

- **ثانياً – الأثر المترتب على صفة الإلزام**

أن الأثر المترتب على ألزام الشعب حكام ومحكومين بأحكام القانون يترتب عليه عدة أمور منها التزام الدولة باحترام الحقوق والحريات الدستورية فهذا الضمان من الأهمية بمكان بحيث تسعى له جميع الشعوب...

أن احترام الحقوق والحريات الدستورية واجب ايجابي وسلبي فالايجابي يعني وجوب أن توفر الدولة كل الوسائل اللازمة للأفراد كي يتمتعوا بحقوقهم وحرياتهم . أما الواجب السلبي فأنه يتجلى في وجوب أن توفر الدولة ضمانات قانونية ودستورية تكفل عدم تعرض الآخرين لهذا الفرد حين ممارسته لحقوقه وحرياته[٣]

أما الآثار الدستورية التي تترتب على صفة الإلزام فهي:-

١- مبدأ سيادة او سمو الدستور...وينتج عنه مبدأ تدرج القواعد القانونية

٢- مبدأ الفصل بين السلطات... وينتج عنه احترام وتعاون من قبل هذه السلطات

---

[١] **د. حميد حنون / المرجع السابق ص٤٥**

[2] **Maurice Hauriou. Droit Constitutionnel 2edition Paris Recueil Sirey – 1929 . P 147**

[٣] **ينظر بحثنا (الضمانات الدستورية لممارسة الحريات الدينية) وعد بالنشر مجلة كلية التربية الاساسية الجامعة المستنصرية- بغداد ص٢٨**

مبدأ سيادة الدستور (سمو الدستور)

أسلفنا أن مبدأ الشرعية الدستورية يعني التزام جميع سلطات الدولة بالدستور ويقضي هذا المبدأ أن السلطة التشريعية تلتزم بأن تضع القوانين في حدود أحكام الدستور فهذا الالتزام هو مظهر سيادة الدستور . فالدستور بوصفه القانون الأساسي يحدد شروط ممارسة نواب الشعب للإرادة العامة للشعب.

وتنبع سيادة الدستور وسموه من مبدأ علو القواعد الدستورية على جميع القواعد القانونية للقانون العادي وهنا لا ترجع هذه السيادة إلى عناصر مادية فحسب كون القواعد الدستورية تنظم ممارسة السلطات وكيفية أدارة الحكم في الدولة وإنما لعناصر شكلية مفادها أن قواعد الدستور لها طقوس معينة في حال تعديلها ولا تشابه تعديل القانون العادي كما أن هنالك قواعد لا يجاز تعديلها البتة.

كما أن المشرع الدستوري يقوم بمراعاة ما أفرغه من قواعد في الوثيقة الدستورية وذلك لأن السلطة التأسيسية لا تعبر عن نفسها من خلال النظام القانوني بل هي سابقة عليه ومن ثم فأنها تعلو على جميع سلطات الدولة كنظام قانوني [1] ومن هذا تأخذ الشرعية الدستورية سيادتها على مبدأ المشروعية.

وعموماً أن مبدأ سمو الدستور يعتمد على عنصرين الأول – ان كل سلطة في الدولة تعمل وفقاً للدستور – الثاني أن الدستور يحتوي على مبادئ حقوق وحريات الإنسان ذات الأهمية القصوى.

وقد اخذ المشرع الدستوري العراقي بمبدأ سيادة الدستور في أحكام المادة (١٣) من دستور ٢٠٠٥ حيث نصت على ٠

أولاً – (يعد هذا الدستور القانون الأسمى والأعلى في العراق ويكون ملزماً في إنحائه كافة أو بدون استثناء .

ثانياً – لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ويعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم أو أي نص قانوني أخر يتعارض معه...)

ولقد نتج عن مبدأ سمو أو علو الدستور مبدأ آخر مفاده تدرج القواعد القانونية ولا شك أن هذا الأخير مستند إلى مبدأ تدرج السلطات فبعد ان عد الانتخاب هو الوسيلة الوحيدة كي يعبر بها الشعب عن نفسه وسلطاته بعده صاحب السلطة وشرعيتها ينتج عن ذلك ان تعد السلطة التشريعية المنتخبة أعلى واسما كل السلطات وذلك لأن الشعب أختارها نيابة عنه وبالتالي فهي المعبرة عنه وأصبح للسلطة التشريعية بعد الحرب العالمية الأولى الأولوية على باقي السلطات لأنها أكثر تمثيلاً للشعب [2]

---

1 - Denys de Bechillon: Hierrchie des norms et hierrchie des functions normtivdes de IEtt , Economic , 1996 , P52

- Le principe du Constitutionnlite . Essi de definition d pres la jurisprudence du conse:costitutionnel , Mel Eisenmnn ed. Cujs 1975. p 34

د. احسان المفرجي و كطران زغير و رعد ناجي / النظرية العامة في القانون الدستوري في العراق – ط٢ – المكتبة القانونية – بغداد ٢٠٠٧ ص١٦٤

[2] د. حميد حنون / المرجع السابق ص٦١ وما بعدها

وقد اخذ بهذا الاتجاه دستور فرنسا ١٨٧٥- ١٩٤٦وسويسرا ١٨٧٤ فأنه ما يهمنا صواباً أن نقول أن مبدأ تدرج القواعد القانونية كان مستنداً إلى مبدأ تدرج السلطة لذلك كان هنالك تسلسل هرمي للقواعد القانونية يأتي في مقدمتها الدستور ثم يليه القانون العادي ثم تليه اللائحة ثم تليه التعليمات ثم الأوامر وذلك لأن الدستور قد وضع من السلطة التأسيسية الأولى المعبرة عن ضمير الشعب أما القانون الوضعي فهو من تشريع السلطة التشريعية (البرلمان) وهي سلطة معبرة عن سيادة الشعب بالانتخاب ومن ثم الأنظمة واللوائح والتعليمات وهي من صنع السلطة التنفيذية وهي سلطة خلقها الدستور وتسيرها السلطة التشريعية وتلزمها بقوانينها.

- مبدأ الفصل بين السلطات

يقوم هذا المبدأ على أساس توزيع اختصاصات السلطة بين هيئات متعددة[١] فهنالك هيئة أو سلطة تختص بالتشريع وأخرى تباشر التنفيذ وثالثة تختص بالفصل في المنازعات بين الإفراد . ومبدأ الفصل هذا لم يكن ابتكار العصر الحديث وإنما هو جهد وفكر فلسفي . ففكرة تقسيم وظائف الدولة فكرة قديمة تناولتها كتابات فلاسفة الإغريق حيث لاحظ أفلاطون ضرورة توزيع الوظائف في الدولة على هيئات متعددة مع مراعاة التوازن بينها منعاً لاستحواذ هيئة على كل السلطات مما يؤدي إلى استبدادها ويخلق حالة من التذمر قد تؤدي إلى حدوث اضطرابات في المجتمع كرد فعل على حكم الاستبداد والتعسف وقد ارتأى أفلاطون في كتابه ((القوانين)) توزيع وظائف الدولة على عدد من الهيئات بحيث تختص كل هيئة بمباشرة وظيفة محددة . ويلاحظ أن أفلاطون وان قال بمبدأ الفصل بين السلطات ألا انه اتجه نحو مبدأ التدرج حيث أن هنالك مجلس للسيادة يراقب عمل السلطات الأخرى .. وقد قال بمبدأ الفصل كلاً من ارسطو ولوك [٢] ولكن أهم من قال بمبدأ الفصل مونتسكبو في كتابه ((روح الشرائع) حيث أشار إلى مبادئ منها :-

١- أن وضع كل السلطات في يد واحدة يؤدي إلى الاستبداد حيث (أن الحرية السياسية لا تكون ألا بالحكومات المعتدلة ولا يعني هذا أنها تكون في الحكومات المعتدلة على الدوام . وفي كل زمان فيه إنسان قابض على زمام السلطة يميل إلى إساءة استعمالها حتى النهاية فلكي لا يسيء احد استعمال السلطة يجب أن يقوم النظام على أساس ان السلطة تحد السلطة أو السلطة توقف السلطة) [٣] .

٢- أن فصل السلطات هو الذي ادى إلى احترام القوانين وتطبيقها تطبيقاً سليماً حيث يرى مونسكيو بأن (لا حرية حيث تكون السلطة التشريعية

---

[١] ايسمن / اصول الحقوق الدستورية . ترجمة محمد عادل زعيتر / الطبعة المصرية – القاهرة دون سنة طبع ص٢٤١

[٢] جون لوك (Locke john) فيلسوف انكليزي عاش مابين ١٦٣٢- ١٧٠٤ من اهم مؤلفاته . مقال في الفهم الانساني ومقالتان في الحكومة المدنية د. حميد حنون / المرجع السابق هامش ص٦٠

[٣] مونسكيو / روح الشرائع – ترجمة عادل زعيتر – دار المعارف – مصر ١٩٥٣ ص١٧٥ .

والسلطة التنفيذية في قبضة رجل واحد او هيئة واحدة إذ يخشى أن يسن ذلك الرجل او تلك الهيئة قوانين جائرة ليجور في تنفيذها وكذلك لا حرية حيث لا تكون سلطة الحكم منفصلة عن السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية فكون القاضي مشرعاً يجعله طاغياً . وعليه يضيع كل شيء أذا كان الشخص الواحد او الهيئة الواحدة هو الذي (يمارس السلطات الثلاث سلطة سن القوانين وسلطة تنفيذ القرارات العامة وسلطة الحكم في الجرائم والفصل في خصومات الأفراد) وقد أخذت بمبدأ الفصل دستور الولايات المتحدة الأمريكية ١٧٨٧ ودساتير فرنسا عام ١٧٨٩ وقد كتب جيمس مادسون احد مؤسسي النظام الأمريكي (من المؤكد انه ليست هنالك حقيقة سياسية أعظم قيمة واجل قدراً و أكثر ملائمة لحكم المثقفين من أنصار الحرية من الحقيقة القائلة ان تجميع السلطات كافة من تشريعية وتنفيذية وقضائية وتركيزها في يد واحدة سواء أكانت يد فرد أم يدي عدد قليل أو كثير من الأشخاص وسواء أكان الفرد او هؤلاء الأفراد يتلقون السلطة بالوراثة او بفرض أنفسهم او بالانتخاب هي الطغيان ام الاستبداد بعينه) [١] وقد انعكس هذا الفصل على دساتير أمريكا وفرنسا وأخذتا بالفصل المطلق التام الشامل بين السلطات بحيث تنتفي كل علاقة اوتداخل بين الهيئات التي تتولى تلك السلطات . وقد اقيم دستور ١٧٩١الفرنسي على عزل تام للسلطات الثلاث بحيث كل سلطة في عزلة كاملة عن أختها وهو مالم يكن يقصده مونستكيو حيث كان يقصد بمبدأ الفصل توزيع السلطات بين هيئات مختلفة حتى لا تتركز السلطة في قبضة شخص او هيئة واحدة وتتعرض الحريات والحقوق للضياع . ولقد ذكر مونتسكيو ان السلطات على الرغم من فصلها ستجد نفسها بالضرورة وبطبيعة الأشياء مضطرة للتضامن والتعاون والسير معاً وهذا القول هو البيان الصحيح لمونتسكيو . لذلك ان الفصل لا يتم الا بالتعاون بين السلطات الثلاث ولقد أشار المشرع الدستوري العراقي في دستور ٢٠٠٥ إلى مبدأ الفصل بين السلطات في احكام المادة ((٤٧)) من الدستور والتي نصت ((تتكون السلطات الاتحادية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية تمارس اختصاصاتها ومهماتها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات ...)) كما يمكن الاستدلال بالمادة ((٨٧)) التي نصت ((السلطة القضائية مستقلة)) والمادة ((٨٨)) التي نصت ((القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ولا يجوز لاية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة ...)) و عموماً فهذه المواد تشير بشكل واضح إلى استقلال السلطات وخاصة السلطة القضائية لما لها من أهمية في فصل النزاعات الفردية والحكومية ..

---

[١] اوستن رني / سياسة الحكم – ترجمة حسن علي ذنون – بغداد ١٩٦٤ ص٨٦ .

الخاتمة

ان الدساتير هي سند الشعوب ودرعها الحصين وسلاحها ضد الظلم والاستبداد وذلك لان الوثيقة الدستورية تحتوي حدود حمراء تمنع كل تجاوز او افتئات على الافراد كما و انها تحتوي على اقرار وصيانة لحقوقهم وحرياتهم . كما وتحتوي الوثيقة على اعتراف صريح ومباشر على ان الشعب هو منبع السلطة وشرعيتها وهو من فوض النواب ليباشروها نيابة عنه بوكالة تعرف بالانتخابات . وللشعب انى شاء سحب هذه الوكالة من خلال اعتراضه وتظاهراته على عمل النواب ومن ثم معاقبة النائب في الدورة المقبلة بعدم انتخابه جزاءً وفاقا.. ولكن الدساتير لا تشير الى ذلك بشكل صريح انما الأعراف الدستورية هي من اقرت ذلك .. ولقد سار الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ على منهج الدساتير الديمقراطية فلقد اقر كما اسلفنا ان الشعب هو مصدر السلطة وشرعيتها وهذا يعني ان دستور العراق يتبنى نظرية السيادة الشعبية . بنتائجها وسلبياتها و ايجابياتها . وما يهمنا فعلاً ما استنتجناه من خلال بحثنا هذا وهذه الاستنتاجات هي :-

-اولاً –ان مصدر الشرعية الدستورية يختلف عن صفة الالزام فمصدر الشرعية الدستورية هو سيادة الشعب وذلك كون الشعب هو صاحب السيادة الاصلي ولكن للعدد السكاني الكبير الذي منعه من مباشرة هذه السيادة لجأ الى توكيل نواب عنه يمارسون السيادة بالنيابة عنه عن طريق اختيارهم بالانتخاب .. اما صفة الالزام بهذه الشرعية فهي التزام الحكام والمحكومين باحكام الدستور اذاً هنالك مصدر اساس للشرعية ونتيجة لهذه الشرعية ..

-ثانياً –يترتب على اصل مصدر السلطة ان يكون الانتخاب هو وسيلة ممارسة السلطة اما نتيجة الشرعية الدستورية فهي مبادىء منها سمو الدستور والفصل بين السلطات .

- ثالثاً –ان النص على سمو الدستور في قلب الوثيقة الدستورية في دستور ٢٠٠٥ كان من باب التأكيد لا باعتبار ان هذا النص جزء من الدستور وذلك لان سمو الدساتير من ناحية شكلية وموضوعية هو امر تقتضيه طبائع الاشياء فالدستور الانكليزي هو دستور عرفي وغير مكتوب وايضاً تتصف قواعده بالقواعد السامية شكلاً وموضوعاً .

- رابعاً –ان السبب في تقسيم البحث الى ثلاث فروع هو لبحث الموضوع من كل جوانبه والوقوف على كافة التفاصيل .

خامسا- ان الدساتير الديمقراطية تتبنى نظرية سيادة الشعب و ذلك لاسباب كثيرة اهمها امكانية تقسيم السيادة على مجموع الشعب و بالتالي يصبح الانتخاب حقا للفرد ان شاء استحقه و ان شاء تركه و امتنع عن الانتخاب ..

سادسا- ان مبدأ الشرعية الدستورية مبدأ ثابت و مستقر في الانظمة السياسية و لكن التطبيق الحقيقي لهذا المبدأ ليس كما هو واضح فالغالبية العظمى من الانظمة السياسية تميل بانحراف عن التطبيق و تحاول بطريقة او اخرى التقليل من حمى وطيس هذا الالتزام .

سابعا- الاصل كان يجب ان يمارس القضاء نوعا من الرقابة على الشرعية الدستورية كما هو الحال في ممارسة القضاء الاداري نوعا من رقابة المشروعية الادارية او غير

مشروعية اللوائح التنفيذية حتى تضمن ان القضاء الدستوري سيحقق هدفه في اقرار العدالة و تحقيق اعلى مستوى من العدل والانصاف وذلك لان النصوص الدستورية تتعامل مع هيئات سياسية تعد اعلى سلطان في الدولة كما وتتعامل مع صاحب السيادة الاساسي وهو الشعب
الانه يلاحظ وللاسف ان الغالبية العظمى من الانظمة السياسية تميل الى تهميش دور الشعب لانها لا تعد نفسها ممثل له بل تعد نفسها نيابة عنه وكانه غير موجود

والله من وراء القصد

قائمة باهم المراجع

أولا – القران الكريم
ثانيا_ المراجع العربية والمترجمة

١- أبن منظور/ لسان العرب ط٨ دار الصادر – بيروت ١٩٨٥
٢- د. أحمد فتحي سرور / الحماية الدستورية للحقوق و الحريات – دار الشروق القاهرة – ط١ ١٩٩٩
٣- د. أحسان ألمفرجي و د كطران زغير و د. رعد الجدة / النظرية العامة في القانون الدستوري في العراق –ط٢ المكتبة القانونية – بغداد ٢٠٠٧
٤- د. إسماعيل مرزة / مبادئ القانون الدستوري – المطابع الأهلية بغداد ١٩٦٠
٥- الشيخ علي عبد الرزاق/ الإسلام و أصول الحكم في الإسلام – مقارنة بالمبادئ الحديثة ط٤ منشأة المعارف – الإسكندرية ١٩٧٨
٦- د. السيد صبري/ مبادئ القانون الدستوري – مكتبة عبد الله وهبة القاهرة ١٩٤٩
٧- الأستاذ عبد القادر عودة / أتشريع الجنائي الإسلامي –ط١ – دار الكتب العربي – بيروت ١٩٨٠
٨- اندريه هوريو / القانون الدستوري - ترجمة محمد نصار – الأهلية للنشر – بيروت ١٩٧٤
٩- أوستن رني / سياسة الحكم – ترجمة حسن ذنون . بغداد ١٩٦٤
١٠-أيسمن / أصول الحقوق الدستورية – ترجمة محمد عادل / المطبعة المصرية القاهرة – دون سنة الطبع٠
١١-د. ثروت بدوي / النظم السياسية – ط١ دار النهضة العربية – القاهرة
١٢-د. جبار إبراهيم الراوي / حقوق الإنسان و حرياته الأساسية في القانون الدولي و الشريعة – دار وائل – ط١ بغداد ١٩٩١
١٣-جورج آرثر / الحكومة الاتحادية في سويسرا – ترجمة محمد فتح الله الخطيب القاهرة ١٩٦٦
١٤-د. جورج شفيق ساري/ الأسس و المبادئ العامة للنظم السياسية – مكتبة الجلاء – المنصورة – ط٤ ١٩٩٧
١٥-د. حازم عبد المتعال / النظرية الأساسية في الدول مقارنة بالفقه الدستوري – دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٧٧
١٦-د. حميد حنون / الأنظمة السياسية ط٣ العاتك القاهرة ٢٠١٠
١٧-د. سعد عصفور / المبادئ الأساسية في القانون الدستوري – منشاة المعارف – الإسكندرية ١٩٨٠
١٨-د. سليمان الطماوي / نظرية التعسف في استعمال الحق ((الانحراف في السلطة)) ط٣ مطبعة عبد الشمس – القاهرة ١٩٧٨

١٩-د. سلطان الشاوي و د. علي حسين / المبادئ العامة في قانون العقوبات – مطبعة الرسالة – الكويت ١٩٨٢
٢٠-د. صفاء الحافظ/ المشروعية في الدول الاشتراكية – مجلة العلوم الإدارية – العدوان ٢-٣ ١٩٦٦ – القاهرة .
٢١-د. طعيمة الجرف / مبدأ المشروعية و ضوابط خضوع الدولة للقانون دار الثقافة العربية – القاهرة ١٩٧٣
٢٢-د. طعيمة الجرف / نظرية الدولة و المبادئ الأساسية للأنظمة السياسية دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٧٨
٢٣-عادل محمود حمدي / الاتجاهات المعاصرة في نظم الإدارة المحلية – دار الفكر العربي – القاهرة ١٩٧٣
٢٤- عبد الرحمن نورجان / القضاء الإداري في العراق – دار مطابع الشعب – القاهرة ١٩٦٥
٢٥- د. عبد الحميد متولي / الوجيز في النظريات و الأنظمة السياسية – منشورات – دار المعارف – القاهرة ط١ ١٩٥٩
٢٦- د. عبد الحميد متولي / مبادئ نظام الحكم في الإسلام – مقارنة بالمبادئ الحديثة ط٤ منشأة المعارف – الإسكندرية ١٩٧٨
٢٧-د. عدنان الخطيب / موجز القانون الجزائي / الكتاب الأول – مطبعة جامعة دمشق – ١٩٦٣
٢٨-د. عصام عطية / القانون الدولي العام – شركة العاتك القاهرة ط٣ -٢٠١٠
٢٩-د.علي محمد صالح ود٠ علي عليان/حقوق الإنسان وحرياته دارالثقافة ٢٠٠٥
٣٠-د. فؤاد العطار / القضاء الإداري– دار النهضة العربية القاهرة ١٩٦٣
٣١-د. كامل مرسي و السعيد مصطفى السعيد / شرح قانون العقوبات المصري مطبعة النهضة العربية – القاهرة ١٩٣٧
٣٢-د. كمال زكي / وسائل التوازن الاجتماعي بين السلطة و الحرية – المحاماة ١٩٧٧
٣٣-د. نعمان احمد الخطيب / الوجيز في النظم السياسية – مكتبة دار الثقافة – عمان ١٩٩٩
٣٤- د. ماهر عبد الهادي / حقوق الإنسان – قيمتها القانونية و أثرها على بعض فروع القانون – القاهرة ١٩٨٤
٣٥- د. محمد علي جواد / القضاء الإداري – شركة العاتك – القاهرة بدون تاريخ .
٣٦- د. محمد كامل ليلة / النظم السياسية – الدولة و الحكومة – دار الفكر العربي - القاهرة ١٩٦٨
٣٧- د. محسن خليل / القضاء الإداري – منشآت المعارف – الإسكندرية ١٩٦٢
٣٨- د. محسن خليل / القانون الدستوري و النظم السياسية ط١ النظم السياسية دار النهضة العربية – بيروت ١٩٧٢
٣٩-د. محمود حلمي / نظام الحكم في الإسلام مقارنة بالنظم المعاصرة – ط٣ دار الفكر العربي – القاهرة ١٩٧٥

٤٠- مصطفى كامل وصفي / المشروعية في الدول الاشتراكية – مجلة العلوم الإدارية السنة ٨ - العدد الثاني – القاهرة ١٦٦
٤١- د. مصطفى إبراهيم الزلمي / أسباب أباحة الإعمال الجريمة في الشريعة و القانون ط٢ مطبعة شهاب اربيل – ٢٠١٠
٤٢-د. مصطفى إبراهيم الزلمي / المدخل لدراسة الشريعة في نمط جديد ط٧ مطبعة ماردين – اربيل ٢٠١٠
٤٣-د. مصطفى أبو زيد فهمي / مبادئ الأنظمة السياسية / منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٨٤
٤٤- د. منذر الشاوي / القانون الدستوري – نظرية الدستور - مطبوعات مركز البحوث القانونية – وزارة العدل – بغداد ١٩٨١
٤٥-د. منذر الشاوي/ القانون الدستوري – مطبعة شفيق – بغداد ١٩٨٣
٤٦-مونسكيو / روح الشرائع – ترجمة عادل زعيتر – دار المعارف القاهرة ١٩٥٣

ثالثا- الرسائل و البحوث
١- سمير داود سلمان / رسالة ماجستير بعنوان (مدى تمثيل النائب للناخبين في ظل النظام النيابي) كلية الحقوق – جامعة النهرين ٢٠٠٦
٢- د. حميد حنون خالد بحث بعنوان (الحرمان من مباشرة الحقوق السياسية) منشورة في مجلة كلية القانون – جامعة بغداد العدد ٢ لسنة ٢٠٠٤
٣- د. سمير داود سلمان بحث بعنوان (الضمانات الدستورية في ممارسة الحريات الدينية) منشور على شبكة الانترنت و مجموعة من المجلات القانونية

رابعا_المراجع الاجنبية

1. Thierry Renoux : Le constitinnnel el Iautorite , Paris 1984 . P-28 .
2. Maurice Hauriou. Droit Constitutionnel 2edition Paris Recueil Sirey – 1929 . P 147 .
3. Denys de Bechillon: Hierrchie des norms et hierrchie des functions normtivdes de IEtt , Economic , 1996 , P52 .
4. Le principe du Constitutionnlite . Essi de definition d pres la jurisprudence du conse:costitutionnel , Mel Eisenmnn ed. Cujs 1975. p 34 .