المبادئ العليا واثرها في تطبيق الدستور

م.د. سعد غازي طالب

Supreme principles and their impact on applying the constitution

الكلمات الافتتاحية :
التنظيم القانوني، للوظيفة ،الوقائية، للمسؤولية، التقصيرية

Keywords :
Legal ,regulation , the preventive, function . tort

Abstract

The legal rules are substantively gradual, starting with the constitution, then the ordinary law legislated by Parliament, then the regulations (regulations) issued by the executive authority, and each of these rules governs the rule below it. that are above them, but is the constitution above a certain rule? The jurists of constitutional law agree on the existence of supreme principles that transcend the constitution and are considered ruling over the constitution called the supreme principles governing the constitution (the ruling ideology) these principles represent the vision and philosophy of those in charge of the system .The economic that the state embraces in terms of being a capitalist or socialist, and on the exercise of rights and freedoms in terms of the type of rights and freedoms contained in the constitution and how they are exercised, and therefore these principles leave their impact on the political, economic and social system of the state

الملخص: تتدرج القواعد القانونية من الناحية الموضوعية لتبدأ بالدستور ثم القانون الاعتيادي المشرع من البرلمان ثم اللوائح (الأنظمة) الصادرة من السلطة التنفيذية، وكل قاعدة من هذه القواعد حاكمة على القاعدة التي دونها فلا يخالف القانون الدستور ولا تخالف الأنظمة القانون وهكذا إلى أصغر قاعدة قانونية لا تخالف القاعدة التي تعلوها ، ولكن هل يعلو الدستور قاعدة معينة ،يتفق فقهاء القانون الدستوري على وجود مبادئ عليا تعلو الدستور وتعتبر حاكمة على الدستور تسمى المبادئ العليا الحاكمة على الدستور (الايدلوجية الحاكمة) هذه المبادئ تمثل رؤية وفلسفة القائمين على النظام السياسي ،ولذلك تتنوع أنظمة الحكم تبعا لنوع المبادئ العليا من ليبرالية إلى محافظة ومن دينية متشددة إلى أنظمة دينية معتدلة ،كما تترك هذه المبادئ أثرها على تطبيق الدستور وطبيعة العلاقة بين سلطات الدولة وماهية هذه الهيئات الحاكمة ،كما تؤثر في النظام الاقتصادي الذي تعتنقه الدولة من حيث كونه رأسماليا أو اشتراكيا ،وعلى ممارسة الحقوق والحريات من حيث نوع الحقوق والحريات التي يتضمنها الدستور وكيفية ممارستها ،وبالتالي فهذه المبادئ تترك أثرها على النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة .

المقدمة

١- التعريف بالموضوع وأهميته

تتدرج القواعد القانونية في الدولة لتبدأ بالدستور الذي يحتل قمة الهرم القانوني ، والذي يتميز بخاصية السمو على كافة القواعد القانونية الأخرى في الدولة والتي تأخذ قانونيتها أو عدم قانونيتها من مدى توافقها أو عدم توافقها مع الدستور ، وبذلك فأن جميع القواعد القانونية مثل التشريع البرلماني (القانون العادي) واللوائح (الأنظمة) وغيرها من القرارات الفردية التي تصدر من السلطة الإدارية يجب أن تكون موافقة للدستور وفي حالة عدم موافقتها للدستور تحكم الجهة القضائية المختصة بعدم دستوريتها ، لذلك نجد أن أغلبية دول العالم تشكل قضاء دستوري متخصص للنظر في مخالفة القواعد القانونية للد ستور وفي حالة مخالفة أي قاعدة قانونية للد ستور يحكم القضاء الدستوري بعدم دستوريتها ويزيلها من البناء القانوني للدولة ، فإذا كان الدستور يعد قمة الهرم القانوني للدولة هل هناك قواعد تعلو الدستور ومن الممكن أن يخضع لها

الدستور ؟ ومن أين يستمد الدستور سموه وعلوه ؟ من الناحية الموضوعية لا توجد قواعد قانونية تعلو الدستور لكن يذهب غالبية الفقه الدستوري إلى أن هناك ما يسمى بالمبادئ العليا الحاكمة على الدستور أو ما يسمى ب (الآيدلوجية الحاكمة) هذه المبادئ ليست قواعد قانونية موضوعية ولكنها مبادئ تمثل رؤية القائمين على النظام السياسي ، بعض هذه المبادئ يتضمنها الدستور سواء من الناحية السياسية أو الاقتصادية أو حتى الاجتماعية ، لكن الدستور لن يكون من السعة مهما بلغ عدد مواده ليستوعب جميع هذه المبادئ لذلك تظل بعض هذه المبادئ تمثل آيدلوجية حاكمة على الدستور وتؤثر في تطبيقه على كل النواحي و ما الاختلافات التي نراها في الأنظمة السياسية وتنوعها من ليبرالية إلى محافظة ومن أسلامية منفتحة إلى راديكالية كل ذلك يعود إلى هذه المبادئ الدستورية العليا التي تمثل رؤية القائمين على وضع الدستور ، ويذهب بعض الفقهاء إلى أن هذه المبادئ الدستورية العليا وبالرغم من أنها ليست مكتوبة فهي تلزم النظام السياسي والدولة بنفس القوة التي تلزمها بها لو أنها أعلنت على وجه رسمي ، ويترتب على ذلك وجوب التسليم بأن القضاء الذي يمتنع عن تطبيق تشريع قد لا يخالف نصاً دستورياً مكتوبا لكنه يتعارض مع مبدأ من مبادئ القانون الأعلى غير المكتوبة ، وهو مبدأ يمس ضمير الجماعة ويعطي إحساساً قوياً بأنه ملزم للدولة ، ورغم اختلاط هذا المفهوم بمفهوم القانون الطبيعي الذي قال به بعض الفقهاء ، إلا أن الفقيه(ديجي) ينكر أن تكون القاعدة القانونية على هذا النحو هي رجوع إلى فكرة القانون الطبيعي ، فالقانون الطبيعي يستند إلى إرادة عليا فوق المجتمع وأحكامه مثالية مطلقة لا تتغير في جوهرها وأن تغيرت في مظاهرها ، ويسعى المجتمع أن يكشف عنها ليقترب منها ما أستطاع ، أما القاعدة القانونية التي يقول بها (ديجي) فليست وليدة إرادة عليا بل تنشأ من طبيعة الروابط الاجتماعية ذاتها ، وقد وجدنا بأن مسألة البحث في المبادئ العليا لم تنل أهميتها من البحث في الدراسات العراقية رغم أهميتها في تطبيق الدستور وأثرها على النظام السياسي والدولة برمتها ، فما هي المبادئ العليا الدستورية ؟ وما مفهومها ؟ وكيفية تحديدها ؟ وكيف تؤثر في طبيعة النظام السياسي؟ هذه هي الخطوط العريضة لهذا البحث آملين من الله التوفيق والسداد .

٢- إشكالية البحث

يثير موضوع البحث في المبادئ العليا الحاكمة على الدستور الإشكاليات الآتية :-

الإشكالية الأولى :- إذا كانت هذه المبادئ العليا غير مكتوبة فكيف يتم تحديدها

الإشكالية الثانية :- من هي الجهة المخولة بتحديد هذه المبادئ الدستورية العليا

الإشكالية الثالثة:- في حالة التعارض بين نص دستوري مكتوب ومبدأ من هذه المبادئ فلمن يكون التغليب

٣- منهجية البحث

سوف نعتمد في دراسة موضوع (المبادئ الدستورية العليا وأثرها في تطبيق الدستور) على المنهج التحليلي الذي يهتم بعرض المشكلة وموقف رجال الفقه وأحكام القضاء ، والمنهج المقارن من خلال إيراد النصوص الدستورية والقانونية للدول محل المقارنة .

٤- خطة البحث

اقتضى بحث موضوع (المبادئ الدستورية العليا وأثرها في تطبيق الدستور) أن تتم معالجته وفق خطة علمية مكونة من مطلبين وكما يلي :-

المطلب الأول :- ماهية المبادئ الدستورية العليا ونشأتها

الفرع الأول :- مفهوم المبادئ الدستورية العليا

الفرع الثاني :- نشأتها وتطورها

المطلب الثاني :- تطبيقات المبادئ العليا وجهة تحديدها

الفرع الأول :- تطبيقات المبادئ الدستورية العليا

الفرع الثاني :- السلطة المختصة بتحديد المبادئ العليا

المطلب الأول :- ماهية المبادئ الدستورية العليا ونشأتها

يعرف الفقه الدستوري نوعاً من القواعد يطلق عليها المبادئ فوق الدستورية أو المواد فوق الدستورية أو القواعد المؤسسة للدستور ، وهي وكما يعرّفها الفقه مبادئ دستورية تعطي بوصفها قواعد تمس قضايا كبرى ومصيرية وذات أبعاد استثنائية في الدولة وتتعلق بحقوق ومصالح ومستقبل كل فئات الشعب دون استثناء . فإذا كانت القاعدة القانونية بمعناها العام هي تقنين لأوضاع معينة ، والقاعدة الدستورية بشكل خاص هي نتاج سياسة وأهداف ومصالح السلطة الحاكمة ، أي أن السياسي يهدف من خلال القانون إلى تحقيق هدف أو (آيدلوجية)( ) عليا يعتنقها ويسعى إلى تحقيقها .لذلك نجد أن هدف القاعدة القانونية في دولة تعتمد المذهب الليبرالي يختلف عن هدف تلك القاعدة في دولة تتبنى النهج الاشتراكي ، وهذا يعني أن القاعدة القانونية مهما كان سموها وجمودها ليست هي الغاية بحد ذاتها وإنما بما تستهدفه من غايات يسعى واضعها إليها ، ومعلوم أن القواعد الدستورية هي قواعد قانونية وأن كانت أسمى تلك القواعد وأعلاها مرتبة بحكم تدرج القواعد القانونية ذلك التدرج الذي يضمن عدم مخالفة القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى منها مرتبة( ) . وما دامت القاعدة الدستورية هي قاعدة قانونية فهي تهدف إلى تحقيق غاية معينة هذه الغاية تختلف باختلاف أنظمة الحكم وآيدلوجيتها ، ومختلف نواحي المجتمع الاقتصادية والاجتماعية والثقافية . فهذه المنظومة تكوّن مجموعة مبادئ يجسد بعضها الدستور بشكل نصوص مكتوبة يعمل على إلزام سلطات الدولة بتنفيذها ، لكن وثيقة الدستور مهما كانت من التفصيل لن تستطيع أن تضع كل تلك المبادئ ضمن نصوصها إضافة إلى ما يلحق الواقع الدستوري من تطور يباعد بينه وبين النص ، مما يعني بقاء مبادئ عليا غير مقننة يعتبرها الكثير من الفقهاء

حاكمة على الدستور فهي ملزمة للمشرع الدستوري والعادي على السواء .
وحتى الفقهاء الذين لا يعترفون إلا بالتشريع مصدراً للقاعدة القانونية وفي مقدمتهم (كاريه دي مالبرج) من أصحاب الاتجاه الشكلي في تحديد مضمون القاعدة القانونية ، فأنهم يعترفون بوجود قانون أعلى من قانون الدولة يحكم سلوك الأفراد والمجتمعات وسلطات الدولة ، إلا أنهم وبما ينسجم مع تحليلهم لمضمون القاعدة القانونية يرون بأن القاعدة التي قبلتها الدولة تكون وحدها القاعدة القانونية بالمعنى الدقيق للكلمة ( ).
فما هي تلك المبادئ ؟ وكيف نشأت وتطورت ؟ وهل يقتصر إلزام سلطات الدولة وهي تمارس اختصاصها على نصوص الدستور المدونة أم أنها ملزمة باحترام هذه المبادئ العليا ؟ كل ذلك يتطلب منا أن نخصص هذا المطلب لدراسة هذه المبادئ وماهيتها في الفرع الأول ونخصص الفرع الثاني لنشأة هذه المبادئ وتطورها .

الفرع الأول :- مفهوم المبادئ الدستورية العليا يعتبر الحكم المطلق مظهراً للأنظمة القديمة وبتطور الفكر الإنساني وثورات الشعوب ضد الحكام المستبدين بدأت الدول تتجه إلى تقييد سلطات الحكام وأصبح هذا التقييد لسلطات الدولة لا يناقض سيادتها ، إذ ليس من خصائص السيادة إلا تخضع لأحكام أية قاعدة قانونية ، ومن ثم فأن صاحب السيادة كما يذهب بعض الفقه هو الأمة أما سلطات الدولة فهي ممثل للأمة لا تملك إلا بعض الاختصاصات ( ). وهذا التقييد لسلطات الدولة كان من أهم نتائج الثورة الفرنسية ، إذ أصبحت الدولة تعامل كشخص مختلف ومتميز عن الحكام الذين أصبحوا يتمتعون باختصاصات لا سلطة ، شأنهم في ذلك شأن الموظفين . وأن تقييد سلطة الدولة من أجل حماية الحقوق والحريات الفردية لا يمكن أن يجعل هذا التقييد خاضعاً لنصوص الدستور المكتوبة فقط ، خصوصاً مع التطور الذي يصيب مختلف نواحي الحياة وعدم إمكانية النص من ملاحقته ، مما دفع بعض فقهاء القانون العام إلى الاتفاق على وجود مبادئ عليا تعمل على تقييد سلطات الدولة وتفرض نفسها على النظام السياسي والاجتماعي ( ). وعلى الرغم من اتفاق الفقهاء خصوصاً في فرنسا على وجود هذه المبادئ إلا أنهم اختلفوا على مفهومها وعلى النحو الآتي :-

أولاً- نظرية التحديد الذاتي وهي النظرية التي استنبطها الفقه الألماني في القرن التاسع عشر للتوفيق بين سيادة الدولة وخضوعها للقانون ( ) ، إذ يذهب أصحاب هذه النظرية إلى أن الدولة تتقيد بالقانون بإرادتها فهي التي تضع القانون وتقيد نفسها به ( ).
وقد تعرضت هذه النظرية لانتقادات شديدة خصوصاً من الفقه الفرنسي الذي يرى بأن الأخذ بهذه النظرية واعتبار التزام الدولة بالقانون نابع عن إرادتها الذاتية ولا يوجد أي إلزام آخر يؤدي إلى الفوضى القانونية وإمكانية الدولة من التحلل بسهولة من أي التزام قانوني على الصعيد الداخلي أو على الصعيد الدولي ، كما يكون مبرراً للأخذ بالحكم المطلق .
ثانياً- نظرية القانون الطبيعي حاول بعض الفقهاء تحديد هذه المبادئ على أساس مبادئ

القانون الطبيعي ، وتعد نظرية القانون الطبيعي نظرية قديمة تعود بجذورها إلى القانون الروماني [ ] ونشأت في كنف الدين المسيحي ، ويعد الفقيه الهولندي (جروسيوس) من أوائل الفقهاء الذين نادوا بنظرية القانون الطبيعي وتبعه في ذلك الفقيه الألماني (بفندروف) حيث استهدفت جهودهم الفصل بين القانون الطبيعي واللاهوت [ ] ، ومضمون هذه النظرية يقوم على أساس وجود قانون أسمى يحتوي مبادئ عالمية في صحتها ، عادلة في مضمونها تقود الناس في حياتهم الفردية والجماعية نحو الكمال وهذه القواعد العادلة الشاملة يكشف عنها العقل الطبيعي . ويرى أصحاب هذه النظرية أن للإنسان حقوقاً طبيعية تنشأ معه منذ ولادته ولا تنفصل عنه ومن ثم فأنها موجودة قبل وجود الدولة ، الأمر الذي يفرض على سلطات الدولة كافة الاحترام لهذه الحقوق الطبيعية وعدم المساس بها لأنها حقوق تتصل بطبيعة الإنسان البشرية وهي سابقة على كل سلطة ولا يمكن لأي تشريع تقييدها [ ] ، فالقانون الطبيعي لا يدين بوجوده لإرادة المشرع كما أنه قانون مستقل عن القانون الوضعي ويعلو عليه ، فبينما يستمد القانون الوضعي وجوده من سلطان الحكام نرى أن القانون الطبيعي يستمد وجوده من سلطان الحكم[ ] . وكانت نظرة القديس توما الأكويني إلى القانون الطبيعي من خلال علم اللاهوت فميز بين ثلاثة أنواع من القوانين متدرجة بالشكل التالي " القانون الأزلي " وهو العقل الآلهي (العقل المطلق) الذي يحكم العالم ولا يستطيع أحد أن يعرفه بكامله ، بعده يأتي " القانون الطبيعي " الذي هو ما يستطيع البشر معرفته بواسطة العقل من القانون الأزلي ، أخيراً يأتي " القانون البشري " الذي هو صنيعة الإنسان (القانون الوضعي) باعتباره بلورة للقانون الطبيعي[ ] . وقد أخذ رجال الثورة الفرنسية بهذه النظرية وتضمنها إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر عقب الثورة الفرنسية لعام ١٧٨٩ في مادته الأولى ، وعلى الرغم من أهمية تلك النظرية وبقاءها سائدة لمدة طويلة إلا أنه تعرضت إلى نقد شديد بعد أن ظهر فيها كثير من النقص واعتراها القصور بعد ظهور المذاهب ذات النزعة الاشتراكية ، وأهم ما وجه لها من انتقادات ما يأتي :-

١- تنسب هذه النظرية حقوقاً للفرد سابقة على الجماعة ، وهذا غير ممكن لأن الحق يعني ممارسته تجاه الآخرين ، فلابد من وجود مجتمع يضم مجموعة من الأفراد التي تخضع لقواعد تكفل الجماعة تنفيذها [ ] .

٢- أن الأخذ بهذه النظرية سوف يؤدي إلى زوال سلطان الدولة ، لأن ترك تحديد تلك الحقوق إلى الفرد يؤدي إلى انعدام وجود سلطة الدولة وترك تحديدها للدولة يؤدي إلى استبدادها .

٣- هذا المبدأ يحفظ للفرد حقوقه بمنع التجاوز عليها ، لكن لا يفرض التزامات إيجابية على الأفراد وفق متطلبات الحياة الاجتماعية ونظام الدولة بمفهومها الحديث .

٤- تتعارض هذه النظرية مع النظرة الحديثة لوظائف الدولة تجاه الفرد ، فهي لا تفرض

على الدولة التزامات إيجابية تجاه الأفراد كالصحة والتعليم ، وربما يتناسب مضمون هذه النظرية مع النظرة التقليدية لوظائف الدولة وفق مفهوم " الدولة الحارسة " .

٥- أن نظرية القانون الطبيعي كما يرى الدكتور منذر الشاوي هي إقرار بالفشل في تقييد الحكام بالقانون الوضعي ومحاولة لتقييدهم أو على الأقل إدانة عدم تقييدهم بالقانون الوضعي ( ) . وخلاصة هذه النظرية أنها تتضمن آراء ومبادئ فلسفية ليلست لها قيمة قانونية ولا يلزم المشرع بها سواء كان مشرعاً دستورياً أو عادياً ، إلا أنه ممكن أن يستوحي تلك المبادئ ويصوغها بشكل نصوص وحينها يتوافر لها عنصر الإلزام القانوني .

ففكرة القانون الطبيعي وفق التحديد السابق تمثل أحكاماً مثالية مطلقة لا تتغير في جوهرها وأن تغيرت في مظاهرها ويسعى المجتمع دائماً للكشف عنها ليقترب منها ما أستطاع ، في حين أن المبادئ العليا كما يذهب بعض الفقه هي ليست مطلقة وإنما واقعية ومتطورة ومن ثم فكل تشريع يتعارض مع تلك المبادئ هو تشريع غير دستوري ( ) .

وهكذا نرى أن فكرة القانون الطبيعي غير المبادئ العليا ، فصفة التشابه تأتي من أن كليهما مبادئ غير مكتوبة لكنهما يفترقان في أن المبادئ العليا هي مستوحاة من مختلف مكونات النظام القانوني للدولة ومن الدساتير السابقة والآيدلوجية العليا ، وبالتالي فحين استخلاص هذه المبادئ من قبل القضاء فأنها ملزمة لسلطات الدولة كافة ويعمل القضاء على الامتناع عن تطبيق التشريعات المخالفة لها .

ثالثاً- نظرية التضامن الاجتماعي رائد هذه النظرية هو الفقيه ديجي (duguit) الذي يعتبر من أشد فقهاء القانون العام تحمساً لفكرة المبادئ الدستورية العليا التي وجدت قبل أن توجد الدولة ذاتها ، ومن ثم فان جميع تشريعات الدولة حتى الدستورية يجب أن تخضع لهذه المبادئ ، إلا أن(ديجي) يرى بأن هذه المبادئ تقوم على فكرة التضامن الاجتماعي ، ويرى بعض الفقهاء أن هدف النظرية هو أن القانون الذي يقيد الدولة يجب أن يكون قانوناً بالمعنى الدقيق للكلمة وليس مجرد معتقدات " ميتافيزيقية " كما هو الحال بالنسبة للقانون الطبيعي ( ) ، فكل مبدأ حتى يصبح من مبادئ القانون الأعلى يجب أن تجتمع له ميزتان :-الأولى- شعور الناس بأن هذا المبدأ أصبح لازماً وضرورياً للاحتفاظ بالتضامن الاجتماعي

الثانية – أنه حق وعدل والعدالة هنا نسبية بمقياس الزمان والمكان وتظهر إلزامية هذه المبادئ في الشعور الجماعي الذي يتولد عند الإخلال بها ( ) ، وبموجب نظرية التضامن[٧] الاجتماعي فأن الدولة تشل تماماً أي لا يكون لها أي دور في تحضير القانون ، وكل ما يقوم به المشرع هو إقرار قواعد القانون الموضوعي وإعطائها الصيغة التكنيكية( ) .

ويعتبر الفقيه(ديجي) من أشد المعارضين لفكرة القانون الطبيعي ، إذ يرى بأن هذه المبادئ هي وليدة الروابط الاجتماعية ذاتها ، وخلاصة فكرته أن التشريع الذي يخالف القانون الأعلى هو تشريع غير دستوري سواء كان هذا القانون مكتوباً كالدستور أو إعلانات الحقوق أو غير مكتوب كالمبادئ العليا .

وأهم الانتقادات التي وجهت إلى هذه النظرية أنها تنكر فكرة السيادة للدولة تلك الفكرة التي أصبحت لازمة لصفة الدولة على الصعيدين الداخلي والخارجي . وهذا ينسجم مع فكرة الفقيه ديجي عن الدولة التي لا يرى فيها إلا مجموعة من المرافق العامة وينكر على الدولة سلطتها وشخصيتها المعنوية (٩) . كما أنه ينكر التمييز بين القانون العام والخاص وذلك مرتبط بإنكاره الشخصية المعنوية للدولة فلا يصح أن تكون طرفاً في علاقة قانونية . ومن المؤيدين لفكرة المبادئ العليا العميد (هوريو) الذي يرى بأن هذه المبادئ أما أن تتضمنها إعلانات الحقوق أو أنها مبادئ تضمنتها الدساتير السابقة . ولم ينص عليها الدستور الجديد ولا يعتبر إغفال الدستور الحالي إعراضاً عنها وإنما استناداً إلى أنها أصبحت من أسس القانون العام الفرنسي (١٠) .وقد وجه الدكتور عبد الحميد متولي انتقادات إلى العميد (هوريو) مضمونها أن إعلانات الحقوق قد ثار الجدل بشأن قيمتها ومرتبتها القانونية ومدى إلزامية نصوصها . والرأي الراجح لدى الدكتور عبد الحميد متولي أن لهذه الإعلانات مجرد طبيعة أكاديمية . أي أنها قواعد أو حقائق مجردة لا فائدة لها من الناحية القانونية الوضعية (١١) .أما مبادئ النظام الفردي التي أشار إليها العميد (هوريو) واعتبرها مبادئ عليا حاكمة على الدستور وسلطات الدولة . فأن الاتجاه القانوني الحديث يميل إلى إقامة التشريع على أساس النزعة الاشتراكية المضادة لمبادئ المذهب الفردي .والخلاصة في تحديد ماهية هذه المبادئ فأننا نساير الاتجاه الذي يذهب إلى أنها من القواعد القانونية التي يمكن استخلاصها من النصوص الدستورية الحالية والدساتير السابقة . ومن روح النص الدستوري بما يتوافق مع الآيدلوجية العليا بفلسفتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي سار واضعو الدستور على هداها باعتبار أنها المبادئ التي صدر عنها الدستور . وحين يذهب الفقه إلى اعتبار هذه المبادئ ملزمة لسلطات الدولة فأنه بذلك يضيف عماداً لتلك الأعمدة التي تقام لحماية الدساتير من العبث بأحكامها(١٢) .

الفرع الثاني:- نشأة المبادئ العليا وتطورها

يرى البعض من الفقه أن ظهور تلك المبادئ ترافق مع أول ظهور ونشأة للدساتير ذاتها . تلك الأخيرة التي هي بحد ذاتها موضع خلاف واختلاف حول تأريخ نشأتها . فمنهم مثلاً يعتبر الوثيقة التي أصدرها الرسول الكريم محمد (ص) بشأن تنظيم الحياة في المدينة المنورة بعد الهجرة أول دستور . في حين يرى آخرون أن وثيقة العهد الأعظم ١٢١٥ الأنكليزية أولى الدساتير(١٣) .بينما يذهب آخرون أن التناوّل الأول لمصطلح الدستور بالمفهوم السياسي كان من قبل فلاسفة اليونان وأبرزهم أرسطو(١٤) . إلا أن استخدام الدستور كمفهوم ومصطلح حديث أرتبط بالنهضة الديمقراطية وتطور نظريات العقد الاجتماعي في أوربا . ويرى الفقيه الفرنسي (ديجي) أن هناك مبادئ عليا غير مكتوبة تمثل قانوناً أعلى يسبق وجود الدولة . وأن هذه المبادئ تتطور وينشأ مع التطور مبادئ عليا جديدة . وفي هذا الصدد يمكن التمييز بين نوعين من المبادئ فوق الدستورية :-

أولاً- المبادئ ذات البعد العالمي :- لا يمكن أن ننكر أن المبادئ فوق الدستورية أخذت طابع الخصوصية والأهمية والوضوح الأكثر وفق المفهوم الغالب والحديث لها بدءاً من ميثاق إعلان الا ستقلال الأمريكي في ٤/ تموز (١٧٧٦) والذي نص على جملة من تلك المبادئ والتي كانت تعتبر من حيث المبدأ حقوقاً بديهية وطبيعية كالحق في الحياة والحرية والسعي وراء السعادة . إلا أنها أرست لأسس وقواعد راسخة في بناء الديمقراطية ومفهومها الحقيقي .تبع ذ لك الإعلان مي ثاق حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي عام (١٧٨٩) إ بان الثورة الفرنسية حيث ورد في الميثاق تأكيد كبير لمفهوم المبادئ فوق الدستورية عبر التعهد والتأكيد من خلال بنود الميثاق في الحفاظ على حقوق الإنسان مهما تغيرت النظم( ) .
تلا ذلك صدور وثيقة الحقوق الأمريكية عام (١٧٩١) بتعديلاتها العشرة التي تتضمن هي الأخرى العديد من المبادئ . وبذات الاتجاه والتأكيد كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام (١٩٤٨) .ثانياً- المبادئ الخاصة أو الوطنية :- إلى جانب ما ذكرنا من تطور تأريخي للمبادئ العليا الدستورية وأنها كانت بالدرجة الأساس مضمون المواثيق وإعلانات حقوق الإنسان . فلابد لنا من أن نسلط الضوء أيضاً على صورة أخرى من المبادئ فوق الدستورية إلا وهي تلك التي يمكننا تسميتها بالمبادئ الخاصة أو الوطنية سواء كانت مضمون وثيقة مستقلة عن الدستور أو كانت مضمون دستور الدولة ذاته . حيث تنهل معظم دول العالم من إعلانات الحقوق والمواثيق العالمية في بناء دساتيرها الوطنية وبأشكال مختلفة، فمنها ما تنص على بعض تلك المبادئ في دساتيرها كمواد دستورية إلى جانب مواد الدستور الأخرى . ومنها ما تذهب إلى أبعد من ذلك وتأكد على صبغتها فوق الدستور والخاصة .وأياً كان الأمر فلابد لنا في هذا الصدد من توضيح أمر في غاية الأهمية إلا وهو أن ذاك النوع من المبادئ العليا الدستورية ذات الطابع العالمي أي نصوص الإعلانات والمواثيق العالمية سواء وردت في دستور الدولة وبأي صفة أو لم ترد أصلاً فأنها تبقى مواداً فوق الدستورية ملزمة للدول والشعوب ومصونة عالمياً. وما أخذ الدول بها والنص عليها أو على بعضها في دساتيرها إلا لتأكد عليها في حاجتها وظروفها إلى مثل تلك المواد أو المبادئ . أضف إلى ذلك ربما لتزين دساتيرها بطابع ديمقراطي ملفت والظهور بمظهر الحرص على حقوق الإنسان وكرامته .وبالعودة إلى ما ذكرناه من المبادئ فوق الدستورية الخاصة أو التي ليست مجالاً لإعلانات لحقوق والمواثيق العالمية وإنما تكون لها علاقة مبا شرة بمعاناة الدول الخاصة وظروفها وأحوالها وبنفس الوقت لا تكون مخالفة أو متعارضة مع إعلانات الحقوق ولا ترتب التزاماً من الدول التي تعتمدها تجاه الخارج .فهي وكما يحدد أهدافها جانب من الفقه التي تعني في المقام الأول بالإنسان وحقوقه الطبيعية إلا أن هذا لم يمنع إضفاء هذه الصفة على بعض القواعد في الوثيقة الدستورية والمعنية بالحفاظ على كيان الدولة ووحدة ترابها الوطني ونوع نظام الحكم فيها أو تلك التي ترسم هوية الدولة( ) . كما علينا أيضاً أن نفهم أن تلك المبادئ والتي لها مثيلها عبر التأريخ تم

اللجوء إليها بعد عصر من القمع جرى فيه انتهاكات لحقوق الإنسان ولم تتأثر بتغيير النظم أو الدساتير على مر السنوات فتم وضعها في مواثيق مستقلة عن الدستور وتغييرها أن لزم الأمر يتطلب إجراءات مختلفة منفصلة عن الدستور .

المطلب الثاني :- تطبيقات المبادئ العليا وسلطة تحديدها

أوضحنا فيما تقدم الخلاف حول طبيعة هذه المبادئ ففي الوقت الذي يتفق الفقهاء على وجودها فهم يختلفون في طبيعة وماهية تلك المبادئ ، ومن ثم يجب أن نبين بعض تلك المبادئ في الدستور العراقي والدساتير المقارنة وكذلك السلطة التي لها الحق بتحديد تلك المبادئ لتكون حينها ملزمة لسلطات الدولة . وسوف نخصص الفرع الأول لتطبيقات المبادئ الدستورية العليا في حين يكون الفرع الثاني للسلطة المختصة بتحديدها .

الفرع الأول :- بعض تطبيقات المبادئ العليا مما لاشك فيه أن وجود هذه المبادئ أمر ضروري لحيوية النصوص الدستورية ومواكبتها للواقع المتغير ، الذي يتطلب تفسير النص في حالة غموضه تفسيراً واسعاً بما ينسجم مع مختلف ظروف وضعه والآيدلوجية العليا التي تحكم النص . ففي الدساتير الفرنسية التي أعقبت الثورة الفرنسية لعام ١٧٨٩ نجد أنها استندت على مذهب النظام الفردي ، وهذا ما دفع الفقهاء على اعتبار المبادئ التي يتضمنها هذا النظام هي مبادئ عليا حاكمة على الدساتير الفرنسية التي أعقبت الثورة الفرنسية سواء نص الدستور على هذه المبادئ أم لم ينص عليها ، فمبادئ الحرية الفردية ومبدأ المساواة كلها مبادئ عليا حاكمة على الدستور ، فإذا ما صدر قانون من السلطة التشريعية مخالف لتلك المبادئ فأنه يعد قانون غير دستوري ويلزم القضاء بالحكم بعدم دستوريته ، على الرغم من أن تلك المبادئ لم ينص عليها الدستور .

فمثل تلك المبادئ تحدد في الأغلب أو تبين أسس النظام السياسي أو الأسس التي يقوم عليها المجتمع الذي تمارس فيه السلطة ، فهي تحدد الاتجاه العام الذي تمارس فيه السلطة عن طريق وضع القواعد القانونية وفق تلك المبادئ أو تبيان أساس العلاقة بين الدولة والأفراد . وكما يذهب الأستاذ (إيسمان) فأن هذه المبادئ هي نتاج مباشر لفلسفة القرن الثامن عشر والحركات الفكرية التي طورتها ، أي أنها تلك المبادئ المستخلصة في تلك الفترة كأسس لتنظيم سياسي عقلاني( ) ، فمبدأ المساواة وعدم التمييز الاجتماعي إلا على أساس المصلحة العامة مبدأ تضمنته أغلب الدساتير ومواثيق حقوق الإنسان وإعلاناتها ومن هنا يكون مبدأ أعلى ملزماً لكل سلطات الدولة . فالمشرع العادي الذي يضع قانوناً من شأنه عدم المساواة أو التمايز الاجتماعي أو الطبقي سوف يكون قانون غير دستوري لأنه يناقض المبادئ العليا التي تدين عدم المساواة أو التمايز ، كذلك بالنسبة للتشريع الذي يمس الحرية أو الملكية أو الأمن فهذه المفاهيم أصبحت بحكم ترديدها مبادئ عليا لا يجوز لأي مشرع دستوري أو عادي انتهاكها .

وفي الدساتير المصرية يورد بعض الفقه مثلاً المبدأ الذي استخلصته المحكمة الدستورية العليا اثر تعديل المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الذي يقضي بتخويل المحكمة الد ستورية حق تحديد آثار بعض أحكامها ( ) . فأعتبر الفقه ذلك خرقاً لمبدأ من المبادئ العليا المستخلص من المادة (١٧٨) من الدستور المصري الملغي لعام ١٩٧١ ( ) . ومضمون النص الد ستوري أن المشرع الد ستوري قد فوض المشرع العادي وحده الحق في تنظيم آثار الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص تشريعي ( ) . دون أن تقيده بقاعدة أو تفوضه في تفويض غيره في تحديد هذه الآثار . والقاعدة المستقرة في كل د ساتير العالم ومنها الد ستور المصري والتي يمكن ا ستخلاص مبدأ منها أنه لا يمكن تخويل أو تفويض المحكمة الدستورية سلطة تحديد آثار بعض أحكامها الصادرة بعدم الدستورية إلا بنص دستوري يجيز للمشرع العادي تفويض المحكمة بذلك . وبناءً على هذه القاعدة فأن المشرع الد ستوري قد فوض المشرع العادي في تحديد آثار الحكم الصادر بعدم الدستورية ولم يفوضه في تفويض المحكمة الدستورية العليا في تحديد هذه الآثار . ويذهب أغلب الفقه المصري إلى أن الرقابة على دستورية القوانين لم يرد بها نص دستوري في دستور ١٩٢٣ لكنه لم يرد نص بتحريمها . ومن ثم يمكن ا ستخلاص حق القضاء في الرقابة على د ستورية القوانين من خلال المبادئ التي تقرر هذا الحق وأن كانت متوافرة في وضع هذا الدستور . سواء من حيث السلطة التي وضعته ومن حيث سموه ومن حيث تدرج القوانين . ومن حيث المبادئ الدستورية العليا . كل هذه المبادئ تؤكد عدم تحريم رقابة الدستورية بل تقرر هذا الحق ضمناً وواقعاً دستورياً كونه مبدأ من المبادئ العليا الدستورية ( ) . وفي العراق فأن تجربة المحكمة الاتحادية من القصر إضافة إلى عدم ا ستقرار النظام السيا سي وما يشهده البلد من مختلف الأو ضاع التي تؤثر على عمل مختلف سلطات الدولة ومنها القضاء وبالأخص القضاء الدستوري . نلاحظ من خلال متابعة أحكام المحكمة الاتحادية ومحاولة تلمس بعض المبادئ العليا التي ا ستخلصتها المحكمة مستلهمة روح النصوص الد ستورية وغاياتها آخذة بنظر الاعتبار نصوص الدساتير السابقة . وما أفرزته وثائق وإعلانات الحقوق ودساتير العالم المتمدن . فقد أصدرت المحكمة قرارها الذي تضمن رؤيتها لحق الملكية الخاصة ومدى الاحترام الذي يحظى به هذا الحق و حمايته من كل عدوان عليه أو الانتقاص منه . حيث قضت المحكمة بعدم د ستورية قرار مجلس قيادة الثورة المنحل (رقم ٨٠٠ لسنة ١٩٨٩) . لأن تقدير التعويض عن نزع الملكية بطريق الاستملاك يكون بتاريخ الكشف والتقدير الذي يجري بمناسبة دعوى الاستملاك . وليس بتاريخ وضع اليد أو طلب الاستملاك . فاستخلصت المحكمة من عدالة التعويض المنصوص عليه في المادة (١٦) ( ) من الدستور الملغي لعام ١٩٧٠ ونص المادة (٢٣ / ف١) من الدستور النافذ لعام ٢٠٠٥ التي تذهب إلى عدم جواز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة ووفق تعويض عادل . فاستخلصت المحكمة مبدأ من المبادئ الدستورية العليا في ضرورة عدالة التعويض بما

٣

يناسب القيمة الفعلية للمال المستملك وقت المطالبة . فقرار مجلس قيادة الثورة المنحل نص على التعويض إلا أن حيثيات القرار جاءت بما يناقض التعويض العادل الذي أشارت إليه النصوص الدستورية وعدالة التعويض ركن أساسي من أركان مبدأ الاستملاك الذي يأتي استثناء من المبادئ المقررة لحماية حق الملكية فلا يكون إلا لأغراض المصلحة العامة . فقضت المحكمة بعدم دستورية القرار المذكور( ) . الفرع الثاني :- السلطة المختصة بتحديد المبادئ العليا السلطة المختصة بتحديد هذه المبادئ هو القضاء وذلك يدخل في صلب عمل القاضي . فالقاضي الذي يعرض عليه قانون لغرض معرفة ما إذا كان يخالف أو يناقض نصاً من نصوص الدستور الذي يتضمن إضافة إلى القواعد التي تنظم ممارسة السلطة قواعد تتضمن في الغالب حقوق وحريات الأفراد ( ) ٣ . فالقاضي عليه قبل كل شيء أن يقوم بتفسير النص أو النصوص الدستورية التي يدعى بأن قانون ما يخالفها . وعلى ضوء هذا التفسير يقرر فيما إذا كان القانون يخالف حقيقة الدستور أم لا . وبعيداً عن الجدل الفقهي الذي تثيره الرقابة القضائية على دستورية القوانين من إحلال لإرادة القاضي محل النص الدستوري أي محل إرادة المشرع الدستوري واضع النص . وهو ما عبر عنه (ادوارد لامبير) في مؤلفه (حكومة القضاة) . الذي يتضمن إشارة إلى هيمنة السلطة القضائية بموجب تفسيراتها للنصوص الدستورية . بل أن بعض الفقهاء يذهب إلى أن الأعلوية أو التدرجية ليست بين نص دستوري وآخر قانون اعتيادي . وإنما هي أعلوية إرادة القاضي أو المحكمة على قاعدة وهو القانون العادي ( ) . ورغم كل ذلك فأن تفسير النصوص الدستورية يدخل في صميم عمل القاضي الدستوري . فالنصوص الدستورية تنقسم إلى قسمين :-

الأول- نصوص محددة تحديداً دقيقاً في عباراتها وواضحة في مدلولاتها . لدرجة أن تفسيرها يأتي في حدود مرسومة بجلاء . الأمر الذي يترتب عليه أنه نادراً ما تكون هذه النصوص محلاً للجدل أو الخلاف الثاني- هي النصوص التي تضع معايير واسعة ليتمكن المشرع العادي في التعامل معها . بالإضافة إلى مبادئ يمكن استخلاصها من بعض المبادئ الأولية فترد على سبيل المثال في الدساتير كلمات الحرية . الملكية . المساواة . فيمكن القول أن المحكمة لا تقوم باستنتاج المعنى من هذه الكلمات وإنما تضع لها معنى من خارجها( ) . كما أن التطورات الجديدة هي الأخرى مسوغاً للأخذ بالتفسير القضائي للنصوص الدستورية . فالقاضي يوسع من مفهوم النصوص الدستورية لتتطابق مع التطورات الجديدة . وبخلافه فأن الدستور يقف عند لحظة معينة( ) . فالدستور الأمريكي تم وضعه منذ أكثر من مائتي عام . فلا يمكن أن تكون نصوصه بموادها السبعة مع تعديلاتها كافية لتغطية عمل سلطات الدولة وتطور نظامها ( ) .

الخاتمة

بعد إكمال البحث المتعلق بالمبادئ العليا وأثرها في تطبيق الدستور توصلنا إلى جملة من النتائج نقرنها بتوصيات وكما يلي :-

١- أن هناك اتفاقاً على وجود مبادئ عليا ملزمة للمشرع الدستوري والعادي على السواء ، وأن الخلاف لم يكن على وجود هذه المبادئ التي يكون وجودها ضرورة لمرونة النصوص ومواجهة المتغيرات وإنما كان الخلاف على ماهيتها .

٢- أن هناك خلط لدى بعض الباحثين بين فكرة المبادئ العليا وفكرة القانون الطبيعي ، ويأتي هذا الخلط من أن كليهما مبادئ غير مكتوبة ، لكنهما يفترقان في أن المبادئ العليا مستوحاة من مختلف مكونات النظام القانوني للدولة ومن الدساتير السابقة والآيدلوجية العليا ، وبالتالي حين استخلاص هذه المبادئ من قبل القضاء فأنها ملزمة لسلطات الدولة كافة ويعمل القضاء على الامتناع عن تطبيق التشريعات المخالفة لها ، في حين أن فكرة القانون الطبيعي أقرب ما تكون إلى فكرة ميتافيزيقية .

٣- أن تلك المبادئ هي مبادئ موضوعية تستخلص من نص الدستور والروح التي تهيمن على نصوصه ومن الدساتير السابقة ، ومختلف نواحي الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية التي تحكم المجتمع خلال مرحلة معينة .

٤- أن القضاء هو الجهة التي تستخلص تلك المبادئ ولا يعتبر ذلك إحلالاً لإرادة القاضي محل إرادة المشرع لأن تفسير النص الدستوري يدخل في صلب وظيفة القضاء .

٥- على القضاء وبالذات القضاء الدستوري أن يعير الاهتمام الكبير لهذه المبادئ فهي خير معين في تفسير النص الدستوري وإعطائه المرونة الكافية لكي يتوائم مع الظروف المتغيرة .

٦- هذا بحث مقتضب حول هذه المبادئ ويتضمن توجيه الدعوة للباحثين العراقيين لإعطائها القدر الذي تستحق من البحث نظراً لأهميتها وهيمنتها على الدستور بغض النظر عن آيدلوجية النظام السياسي الحاكم وطبيعة نظام الحكم .

المصادر

أولاً-الكتب القانونية

١- إبراهيم بو خزام ، الوسيط في القانون الدستوري ، (الكتاب الأول الدساتير والديمقراطية) ، ط١ ، دار الكتاب الجامعي الجديد ، ٢٠١٠ .

٢- د. إبراهيم محمد درويش و د. محمد إبراهيم درويش ، القانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .

٣- د. أبو اليزيد علي المتيت ، النظم السياسية والحريات العامة ، ط٣، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، ١٩٨٢ .

٤- د. أحمد سعيفان ، الحريات العامة وحقوق الإنسان ، ج١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٨ .

٥- د. بشير علي الباز ، أثر الحكم بعدم الدستورية ، مطبعة الإسكندرية ، ٢٠٠١ .

٦- د. ثامر كامل محمد الخزرجي ، النظم السياسية الحديثة والسياسات العامة (دراسة معاصرة في استراتيجية السلطة) ، ط١ ، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٤ .

٧- د. حميد حنون خالد ، حقوق الإنسان ، ط١ ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٣ .
٨- د. رمزي الشاعر ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين ، بلا دار نشر ، ٢٠٠٣ .
٩- د. سعاد الشرقاوي ، النظم السياسية في العالم المعاصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .
١٠- د. عامر حسن فياض ، الرأي العام وحقوق الإنسان ، ط١ ، الناشر صباح صادق جعفر ، بغداد ، ٢٠٠٣ .
١١- د. عوض المر ، الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية ، مركز رينيه جان دوبوي للقانون والتنمية ، بلا سنة نشر .
١٢- د. محمد بكر حسين ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، بلا دار نشر ، ١٩٩٩ .
١٣- د. محمد رفعت عبد الوهاب ، رقابة دستورية القوانين (المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية) ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ١٩٩٩ .
١٤- د. محمد ماهر أبو العينين ، الانحراف التشريعي ، ط١ ، المركز القومي للإصدارات ، ٢٠١٣ .
١٥- د. محمود حلمي ، نظام الحكم الإسلامي مقارناً بالنظم المعاصرة ، ط٤ ، دار الهدى للطباعة ، ١٩٧٨ .
١٦- د. مصطفى أبو زيد فهمي ، النظام البرلماني في لبنان ، ط١ ، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع ، بيروت ، ١٩٦٩ .
١٧- د. منذر الشاوي ، نظرية الدستور ، مركز البحوث القانونية ، بغداد ، ١٩٨١ .
١٨- د. منذر الشاوي ، مذاهب القانون ، دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٩٠ .
١٩- د. منذر الشاوي ، دولة القانون ، الذاكرة للنشر والتوزيع ، بغداد ، ٢٠١٢ .
٢٠- د. منذر الشاوي ، فلسفة الدولة ، الذاكرة للنشر والتوزيع ، بغداد ، ٢٠١٢ .
٢١- د. منذر الشاوي ، تأملات ف فلسفة حكم البشر ، الذاكرة للنشر والتوزيع ، بغداد ، ٢٠١٣ .

ثانياً- القوانين

أ- القوانين العراقية

١- دستور ١٩٢٥
٢- دستور ١٩٦٨
٣- دستور العراق لعام ١٩٧٠
٣- دستور ٢٠٠٥

ب- القوانين العربية

١- الدستور المصري لعام ١٩٧١
٢- الدستور المصري لعام ٢٠١٤

ج- القوانين الأجنبية

١- الدستور الفرنسي لعام ١٧٨٩
٢- إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩
٣- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨
ثالثاً- الرسائل الجامعية
١- أحمد محمد أمين ، حدود السلطة التشريعية ، أطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٢ .
ثالثاً- البحوث والدوريات
١- د. عبد الرزاق السنهوري ، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في ممارسة الوظيفة التشريعية ، بحث منشور ، مجلة مجلس

الهوامش

(١) الآيدلوجية بوصفها اصطلاحاً ظهر عام ١٧٩٨ إذ استعمله أحد مفكري الثورة الفرنسية (ديستان تريسي) وكان يقصد به العلم الذي يهتم بدراسة الأفكار ، وجاء ماركس بعد ذلك وكان يقصد بالآيدلوجية بناءً فكرياً كاملاً يتكون من مجموعة الأفكار التي يقدمها الضمير الفردي أو الجماعي لتكون وسيلة تعبير لمجموعة اجتماعية معينة . د. مصطفى أبو زيد فهمي ،النظام البرلماني في لبنان، ط١، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع ، بيروت ١٩٦٩، ص ١٨ ٨

(٢) يختلف الفقه في أساس الطبيعة القانونية للقواعد الدستورية فيذهب الأستاذ (فالين) إلى تفسير قانونية هذه القواعد بشعور جماعة من البشر بالإخلاص نحوها، في حين يذهب الأستاذ (كلسن) إلى أن قانونيتها تستمد من قاعدة أعلى منها أطلق عليها "الستة الأساسية" ، ويحاول الأستاذ منذر الشاوي تبيان خصائص القاعدة القانونية ومدى انطباق هذه الخصائص على القاعدة الدستورية . للمزيد حول الخلاف ينظر د. منذر الشاوي ، نظرية الدستور، مركز البحوث القانونية بغداد ١٩٨١، ص ٨٠ وما بعدها.

(٣) د. منذر الشاوي ، مذاهب القانون ، دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٩٠، ص ٩٧

(٤) نقلاً عن أحمد محمد أمين ، حدود السلطة التشريعية ، أطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٢، ص ٢ ٥

(٥) يذهب بعض الفقهاء إلى أن تأثير الآيدلوجية في تفسير الدستور يبلغ في كثير من الأحيان حداً يغدو معه من المستحيل تفسير نصوص الدستور دون الرجوع إلى الآيدلوجية ذاتها .مصطفى أبو زيد فهمي، النظام البرلماني في لبنان، مصدر سابق ص ٣ ٣

(٦) أحمد محمد أمين ، حدود السلطة التشريعية ،مصدر سابق ص ١٣

(٧) د. منذر الشاوي ، دولة القانون، ط ١، الذاكرة للنشر والتوزيع ، بغداد ، ٢٠٢ ص ٣ ٢. وينظر في نفس المعنى ، د.سعاد الشرقاوي ،النظم السياسية في العالم المعاصر ، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٢ ٩

(٨) ينكر الدكتور منذر الشاوي أن فكرة القانون الطبيعي معروفة عند الرومان بهذا المعنى ، فهم يميزون بين القانون الطبيعي وقانون الشعوب ، إلا أن القانون الطبيعي عندهم هو قانون الظواهر الطبيعية وليس القانون المستمد من العقل الذي يحكم العلاقات البشرية . د. منذر الشاوي ، مذاهب القانون ، مصدر سابق ص ٢٨

(٩) وضعت مدرسة اللاهوت في العصور الوسطى تدرجاً للقوانين يبدأ بالقانون الوضعي ثم القانون الطبيعي ثم القانون الآلهي . د. عامر حسن فياض ، الرأي العام وحقوق الإنسان ط ١، الناشر صباح صادق جعفر بغداد ٢٠٠٣، ص ٣ ٨

(١) د. محمود حلمي ، نظام الحكم الإسلامي مقارنا بالنظم المعاصرة ط ٤، دار الهدى للطباعة ١٩٧٨، ص ٣ ٣٥ ٣

(١) د. منذر الشاوي ، دولة القانون ، مصدر سابق ص ٤٦ ٢

(١) د. منذر الشاوي ، تأملات في فلسفة حكم البشر ، الذاكرة للنشر والتوزيع ، بغداد ، ٢٠٠٣، ص ٥ ٧.

(١) د. أبو اليزيد علي المتيت ، النظم السياسية والحريات العامة ط ٣، مؤسسة شباب الجماعة ، الإسكندرية ،٢٠٠١، ص ٩ ٢٥

(١) د. منذر الشاوي ، دولة القانون مصدر سابق ص ٤٩ ٢

(١) د. محمد ماهر أبو العينين ، الانحراف التشريعي ط ١، المركز القومي للإصدارات، ٢٠٠٣، ص ٢٢ ٤

(١) د. منذر الشاوي ، دولة القانون ، مصدر سابق،ص ١٢٥ .

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في ممارسة الوظيفة التشريعية ، بحث منشور ، مجلة مجلس الدولة ، السنة الثالثة ،٢ ص ٩٥

(١) د. منذر الشاوي ، دولة القانون ، مصدر سابق،ص٢ ٢٥.

(١) د. محمد بكر حسين ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، بلا دار نشر ، ١٩٩٩م ٧

(٢) أحمد محمد أمين ، حدود السلطة التشريعية ، مصدر سابق،ص١ ٢١

(٢) رأي الدكتور عبد الحميد متولي في قيمة إعلانات الحقوق نقلاً عن أحمد محمد أمين ، مصدر سابق،ص ٢ ٢١

(٢) د. محمد ماهر أبو العينين ، الانحراف التشريعي ، مصدر سابق،ص ٣٧ ٤.

(٢) د. أحمد سعيفان ، الحريات العامة وحقوق الإنسان ج ١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٨م،ص ٩ ٥.

(٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب ، رقابة دستورية القوانين " المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية " ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ١٩٩٩م، ٤ ٧.

(٢) د. حميد حنون خالد ، حقوق الإنسان ، مكتبة السنهوري،ط ١، ٢٠١٣م،ج١ ٥.

(٢) د. إبراهيم بو خزام ، الوسيط في القانون الدستوري (الكتاب الأول الدساتير والديمقراطية)،ط ٢، دار الكتاب الجمعي الجديد، ٢٠١٠م، ٦٥

(٢) د. منذر الشاوي ، فلسفة الدولة،ط ١، الذاكرة للنشر والتوزيع ،٢٠١٢م، ٢ ٢.

(٢) عدلت الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار ٦٨ لسنة ١٩٩٨ وأصبح (يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم تاريخاً آخر.....).للمزيد من الآراء التي قيلت بشأن التعديل ينظر درمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين ، بلا دار نشر، ٢٠١٣م، ص١٩٥وما بعدها.

(٢) تخول بعض الدساتير الجهة القضائية بأن تقرر في حدود سلطتها التقديرية ، أثراً رجعياً لحكمها بعدم الدستورية مثلما هو الحال في النمسا بعد تعديل دستورها عام ١٩٧٥ . د.عوض المر ، الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية ، مركز رينية جان دوبوي للقانون والتنمية ، بلا دار نشر، ١٩٨٨م، ٤ ٥

(٣) د. بشير علي الباز ، اثر الحكم بعدم الدستورية ، مطبعة الإسكندرية، ١٩٩٥م، ٤ ٣

(٣) د. إبراهيم محمد درويش ، و د. محمد إبراهيم درويش ، القانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩م، ٨ ٢٥

(٣) تنص المادة (٦) من الدستور العراقي الملغي لعام ١٩٧٠ (عدم نزع الملكية الخاصة إلا لمقتضيات المصلحة العامة ووفق تعويض عادل)

(٣) القرار رقم ٢ اتحادية ، ٢٠٠٨، في ٢ ٥ ٢٠٠٨، أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية ٢٠٠٨، ٢٠٠٨ جمعية القضاء العراقي ، المجلد الثاني ، نيسان ،٢٠١١، ٤٧

(٣) يرى البعض من الباحثين أن النص في الدستور على حقوق معينة للافراد يعطي هذه الحقوق صفة دستورية ، ومن ثم فأنه يجعلها من حيث الأصل بعيدة عن يد الممارسين للسلطة ، ويقيم من هذه الحقوق قيداً على السلطات العامة في الدولة لا يجوز لها أن تتخطاها إلا في الحدود والأوضاع التي يرسمها الدستور نفسه ، أو ما يحيل إليه من قوانين إذا فرض وأجاز الدستور مثل هذه الإحالة . د. ثامر كامل محمد الخزرجي ، النظم السياسية الحديثة والسياسات العامة ، دراسة معاصرة في استراتيجية السلطة،ط ١، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٤م، ٤ ٧١.

(٣) د. منذر الشاوي ، فلسفة الدولة ، الذاكرة للنشر والتوزيع،ط ٢، ٢٠١٢م، ٦ ٤٧.

(٣) د. محمد ماهر أبو العينين ، الانحراف التشريعي،ط ١، المركز القومي للإصدارات، ٢٠١٣م، ٧ ٣

(٣) يقول الدكتور منذر الشاوي" أن حوار القاضي مع النص حين تطبيقه هو حوار مع المجتمع في عاداته وتقاليده وحاجاته وطموحاته وتناقضاته التي أراد القانون أن يضع لها إطاراً عاماً " ، د. منذر الشاوي ، تأملات في فلسفة حكم البشر ، الذاكرة للنشر والتوزيع ، ٢٠١٣م، ١٤.

(٣) يتكون الدستور الأمريكي لعام ١٧٨٧ من سبعة مواد وسبعة وعشرون تعديلاً .