المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية
المجلد (٢) – العدد(٢) , كانون الآول ٢٠١٨
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)
ص:١٨٩-٢١٠

فكرة التدرج الشكلي للقواعد الدستورية
(دراسة تحليلة في النظام الدستوري الفرنسي و العراقي)

أ.د. شيرزاد أحمد النجار
قسم القانون – كلية القانون -جامعة صلاح الدين – اربيل - العراق

م. شالاو صباح عبدالرحمن
قسم القانون – كلية القانون -جامعة السليمانية- العراق

الملخص

مفهوم القواعد الدستورية توسع و شمل الكثير من المبادئ و القواعد الأخرى المنصوص عليها في وثائق أخرى كإعلانات الحقوق و المواثيق، و نتيجة هذا الإتساع أثيرت مسألة التعارض بين هذه القواعد الدستورية المختلفة من حيث المصدر، ولإزالة هذا التعارض بينها ظهرت فكرة التدرج بين القواعد الدستورية، ويقصد بتدرج القواعد الدستورية من الناحية الشكلية ترتيب المصادر المتعددة للقواعد ذات القيمة الدستورية من حيث القيمة، بحيث يعلو معين مصدر على المصادر الأخرى، لأنه يتمتع بقيمة قانونية أعلى مقارنة ببقية المصادر الأخرى، و بالتالي تكون للقواعد الدستورية الواردة في هذا المصدر مرتبةً اعلى مقارنة بالقواعد الواردة في المصادر الدستورية الأخرى، وهذه الفكرة قد ظهرت لأول مرة في فرنسا ومن ثم إنتشرت فيما بعد في دول أخرى، وإن هذه الفكرة يمكن أن تثار في العراق أيضاً نتيجة وجود مصادر متعددة لأحكام و قواعد تقيد سلطة المشرع عند سنه للقانون.

پوختە

مەفهومی بنەماکانی یاسای دەستوری فراوان بووە بە شێوەیەك کۆمەڵێك لە بنەما و رێسای تری لە خۆگرتووە کە لە دیکۆمێنتی تردا هاتووە وەك جارنامەی مافەکان، لە ئە نجامی ئەم فراوان بوونەدا بابەتی دژیەکبوونی ئەم بنەما دەستوریانە هاتە کایەوە کە لە رووی سەرچاوەوە جیاوازن، بۆ لابردنی ئەم دژ یەکبوونەش لە نێوانیاندا بیرۆکەی پلەبەندی لە نێو بنەما دەستوریەکاندا سەری هەڵدا، کە مەبەست لە پلەبەندی بنەما دەستوریەکان لە رووی روکارییەوە بریتی یە لە پلە بەندی کردنی ئەو سەرچاوە جیاوازانەیە کە بنەمای دەستوریيان لە خۆ گرتووە ، بە شێوەیەك کە هەندێکیان پلەی بەرز تریان هەیە بەرامبەر هەندێکی تریان، لەبەر ئەوەی هێزی بەرزتری هەیە لە چاو سەرچاوەکانی تر، بەمەش ئەو بنەمایانە کە لەو سەرچاوەیەدا هاتووە پلەیەکی باڵا تریان هەیە بەرامبەر بنەماکانی تر، ئەم بیرۆکەیەش بۆ یەکەم جار لە فەرەنسا سەری هەڵدا و دواتریش لە نیو وڵاتانی تردا بڵاو بوویەوە، لە عێراقیش هەمان بیرۆکە سەری هەڵداوە لە ئە نجامی بوونی سەرچاوەی جیاواز بۆ ئەو بنەمایانەی کە کۆت و بەندی دەسەڵاتی یاسادانەر دەکەن لە کاتی دانانی یاساکاندا .

Abstract

The concept of constitutional rules expended and covered many of the principles and other rules set out in other documents such as declarations of rights and charters. As a result of this expansion, the issue of conflict between these different constitutional rules was raised in terms of source. To remove this contradiction of the constitutional rules is meant to be the order of multiple sources of rules with constitutional value in terms of value, so that the source is higher than the other sources, because it has a higher value than the rest of the other sources. Thus, the constitutional rules contained in this rules It ranked highest compared to the rules contained in other constitutional sources, and that this idea appeared for the first time in France and then spread in other countries, and this idea could be raised in Iraq also as a result of the presence of multiple sources of the provisions and rules restrict the legislature authority when enacted law.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/_2.2.8

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

المقدمة

ان فكرة تدرج القواعد الدستورية ظهرت نتيجة إتساع إطار القواعد الدستورية، فمفهوم القواعد الدستورية توسع وشمل الكثير من المبادئ و القواعد الأخرى المنصوص عليها في وثائق أخرى كإعلانات الحقوق والمواثيق، فالقواعد الدستورية المدونة في الوثيقة الدستورية و تلك الأحكام و المبادئ ذات القيمة الدستورية تكوّن ما يسميها الفقة الدستوري بـ (الكتلة الدستورية أو المجموعة الدستورية constitutionality Block de)[١]. وطرحت فكرة التدرج بين القواعد الدستورية في فرنسا أولاً، وإنتقلت فيما بعد الى الدول الأخرى، ويتمثل مضمون فكرة التدرج بين القواعد الدستورية في أن هناك بعضاً من القواعد الدستورية تتمتع بقيمة و أهمية أكبر مقارنة ببعضها الآخر، و بالتالي فعند وجود التعارض فيما بينها تسمو القاعدة الدستورية الأكثر قيمةً و أهميةً على القاعدة التي لا تحوز الأهمية ذاتها، أو على القاعدة التي تتمتع بأهمية أقل، وهذا يعنى إن هناك درجات متفاوتة بين القواعد الدستورية، وبناء عليه فالقواعد الدستورية التي هي من الدرجة الأولى تشكل قيداً على ممارسة سلطة تعديل الدستور، وهذه الفكرة طرحت على المستويين (الشكلي و الموضوعي)، فالتدرج الشكلي يعني وجود تدرج بين جميع القواعد الدستورية المكونة للكتلة الدستورية في دولة ما، أما التدرج الموضوعي فيتعلق بموضوع القواعد الدستورية، بمعنى انه يحدد قيمة النص الدستوري على أساس موضوعه. وسيتم التركيز في هذه الدراسة على التدرج الشكلي بين القواعد الدستورية دون التدرج الموضوعي.

أهمية البحث:

ان التدرج الدستوري من الناحية الشكلية يتطلب وجود وثائق دستورية متعددة ونافذة في نفس الوقت و المكان، ففي فرنسا هناك قواعد دستورية متعددة المصادر، ونتيجة لهذا التعدد أثيرت مسألة كيفية إزالة التعارض فيما بين هذه القواعد الدستورية و المكونة للكتلة الدستورية، و للإجابة على هذا السؤال ذهب جانب من الفقه الى التمسك بفكرة التدرج بين هذه القواعد بحيث يوجد تفاوت بين هذه القواعد الدستورية من حيث القيمة القانونية و ذلك بالنظر الى مصدرها، في حين رفض جانب آخر من الفقه هذه الفكرة تماماً، وفي العراق وفي ضوء الدستور العراقي النافذ هناك مبادئ وأحكام أخرى تشكل قيداً على السطة التشريعية عند سنها للقوانين، بحيث ينبغي عليها أن تحترم هذه المبادئ و الأحكام الواردة خارج الوثيقة الدستورية و إلا يشوب عملها بعيب مخالفة الدستور. أي إنه يوجد في العراق أيضاً قواعد أخرى غير القواعد الواردة في صلب الوثيقة الدستورية و تقيد السلطات العامة في البلاد و تشكل مع القواعد الواردة في الدستور العراقي النافذ إطار الكتلة الدستورية.

مشكلة البحث:

تتمثل إشكالية هذه الدراسة حينما يتسع إطار الكتلة الدستورية وتشمل قواعد دستورية ذات مصادر متعددة و مختلفة من حيث وقت صدورها و الفلسفة التي سادت عليها تظهر مشكلة التدرج فيما بين هذه القواعد، بحيث يثور سؤال مفاده: هل إن القواعد الدستورية المكونة للكتلة الدستورية تتمتع جميعها بنفس القيمة القانونية؟ أم أن بعضها تتمتع بقيمة أكبر دون الأخرى و يؤخذ القاضي الدستوري بالقاعدة الأعلى دون الأخرى عند وجود التعارض أو التنازع فيما بينها.

منهجية البحث:

تعتمد الدراسة على المنهج التحليلي عند كتابة هذا البحث، وذلك من خلال بيان هذه الفكرة في فرنسا لأنها تعد مهد هذه الفكرة، وتحليل المنقشات الحادة بين الفقهاء الفرنسيين حول هذا الموضوع مما دفع بالمجلس الدستوري الفرنسي أن يكون له موقفاً بهذا الشأن، وسندرس كذلك هذه الفكرة في العراق على ضوء ما جاء في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية لعام ٢٠٠٤ و الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥.

هيكلية البحث:

بالنسبة لهيكلية هذه الدراسة تنقسم الى مبحثين، يتناول المبحث الأول مفهوم فكرة التدرج الشكلي للقواعد الدستورية بشكل عام و فكرة التدرج الشكلي في فرنسا بشكل خاص و ذلك من خلال مطلبين، يتطرق المطلب الأول لموقف الفقه الفرنسي بشأن التدرج الشكلي للقواعد الدستورية، ويبين في المطلب الثاني موقف القضاء الدستوري الفرنسي من التدرج الشكلي للقواعد الدستورية في فرنسا، أما المبحث الثاني سيخصص للتدرج الشكلي للقواعد الدستورية في العراق، ويقسم هذا المبحث أيضاً الى مطلبين، يتناول

[١] و هناك تسميات أخرى، مثل (قواعد المرجعية Norms de References) ، أو المبادئ التي تكون لها القيمة الدستورية، أو (المقتضيات ذات الطابع الدستوري). ينظر: أ.د. يوسف الحاشي، في نظرية الدستور، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٩، ص ٣١٩-٣٢٠.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

المطلب الأول فكرة التدرج الشكلي للقواعد الدستورية في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية اعام ٢٠٠٤، وسيخصص المطلب الثاني لدراسة هذه الفكرة في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ . وفي ختام هذه الدراسة سيتم تبيين أهم الإستنتاجات و التوصيات التي تم التوصل إليها.

المبحث الأول
مفهوم التدرج الشكلي للقواعدالدستورية في فرنسا

إن فكرة التدرج الشكلي للقواعد الدستورية أثيرت في فرنسا نتيجة لأمرين "الأمر الأول: أنه بعد قرار المجلس الدستوري الصادر في ١٩٧١/٧/١٦ و الذي منح مقدمة الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ القيمة الدستورية الكاملة، أصبح الدستور الفرنسي يتكون من نصوص دستور ١٩٥٨ و إعلان الحقوق و المواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩ و مقدمة الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦ و ميثاق البيئة لعام ٢٠٠٤، فما هو الحل إذا ما وقع تنازع أو تعارض بين هذه المصادر المختلفة؟ أما الأمر الثاني يرجع الى قرار المجلس الدستوري الصادر في ١٩٨٢/١/١٦ الخاص بقضية التأميم و الذي بموجبه أعلن المجلس أن مقدمة دستور ١٩٤٦ تعتبر مكملة لإعلان ١٧٨٩ و من ثم هي أدنى مرتبة منه"[٢]

إضافةً الى ما سبق فقد ساعد أعضاء الجمعية الوطنية الفرنسية إثارة فكرة تدرج القواعد الدستورية، بحيث إنقسموا الى إتجاهين، قسم منهم الذين هم أصحاب المذهب الفردي قالوا بعلوية إعلان الحقوق و المواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩ على مقدمة الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦، بينما القسم الآخر إتجهوا بعكس ما سبق قالوا بعلوية مقدمة الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦ على إعلان الحقوق و المواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩و هم أصحاب المذهب الإجتماعي.[٣]

ويقصد بالتدرج الشكلي للقواعد الدستورية "إمكانية تقسيم القواعد الدستورية وترتيبها في طوائف قد يعلو بعضها على بعض الآخر في حالة وجود تعارض بينها، و ذلك بالرجوع الى مصدرها في حالة وجود مصادر متعددة للقواعد الدستورية داخل النظام القانوني الواحد"[٤]

ولا يقصد بالتدرج الشكلي، التدرج بين القواعد الدستورية الواردة في الوثيقة الدستورية الواحدة، بل يقصد به التدرج بين مختلف القواعد الدستورية المكونة للدستور في الدولة، و لا تثار هذه المسألة إلا في حالة تعدد الوثائق المكونة للدستور.[٥] إذن فالتدرج الشكلي للقواعد الدستورية هو التدرج بين القواعد المكونة للكتلة الدستورية، فمن خلال ما سبق يمكن ان نُعَرِّف التدرج الشكلي بين القواعد الدستورية بالتدرج بين القواعد ذات القيمة الدستورية المكونة لدستور الدولة، وذلك إعتماداً على المصادر المختلفة و المتعددة لهذه القواعد الدستورية.

بمعنى آخر فالتدرج الشكلي هو ترتيب المصادر المتعددة للقواعد ذات القيمة الدستورية من حيث القيمة، بحيث يعلو مصدر على المصادر الأخرى، لأنه يتمتع بقيمة قانونية أعلى مقارنة بباقي المصادر الأخرى و بالتالي على القاضي الدستوري أن يأخذ بالنص الوارد في هذا المصدر و يستبعد النص الدستوري الوارد في المصدر الأقل قيمةً لإزالة التعارض فيما بينهما. هذا هو رأي جانب من الفقهاء الفرنسيين، أما الجانب الآخر فهو يرفض هذه الفكرة و لا يؤمن بالتدرج بين النصوص الدستورية إستناداً الى مصدرها، ويرى بأن جميع القواعد الدستورية تتمتع بنفس القيمة من الناحية الشكلية و يتساءلون كيف يمكن أن نُميز بين هذه المصادر الدستورية من حيث القيمة؟ أي ما هو المعيار لترتيب هذه المصادر الدستورية؟[٦]

المطلب الأول

[٢] د. عبدالحفيظ علي الشيمي، القضاء الدستوري و حماية الحريات الأساسية في القانون المصري و الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ص١٦٥-١٦٦.

[٣] رجب محمود طاجن، قيود تعديل الدستور، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٤١.

[٤] نقلاً عن د. عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٤٤.

[٥] د. رجب محمود طاجن، مصدر سابق، ص ١٤٣.

[٦] محمد فوزي نويجي، فكرة تدرج القواعد الدستورية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٦٤.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/_2.2.8

موقف الفقه الدستوري من التدرج الشكلي للقواعد الدستورية في فرنسا

إنقسم موقف الفقه الدستوري في فرنسا حول فكرة التدرج الشكلي للقواعد الدستورية في فرنسا إلى إتجاهين: إتجاه يؤيد التدرج بين القواعد الدستورية من الناحية الشكلية و إتجاه يرفض ذلك، ولغرض شرح هذا الموضوع يقسم هذا المطلب لفرعين، يتطرق الفرع الأول للإتجاه المؤيد للفكرة التدرج الشكلي للقواعد الدستورية، بينما يتناول الفرع الثاني الإتجاه الرافض لهذه الفكرة.

الفرع الأول
الإتجاه الفقهي المؤيد للتدرج الشكلي للقواعد الدستورية

ذهب جانب من الفقه الفرنسي الى وجود تدرج بين القواعد الدستورية من الناحية الشكلية و على رأسهم الفقيه (جان ماري أوبي) (Jean- Marie Auby)[٧]الذي يقول "ليس لمجموعة القواعد ذات القيمة الدستورية (Bloc Constitutionnalise) قيمة قانونية واحدة، مع تسليمه في ذات الوقت بأن تحديد قيمة قاعدة دستورية معينة بالمقارنة مع قاعدة دستورية أخرى هو أمر لا يخلو من الصعوبات"[٨].

يرى أنصار هذا الإتجاه[٩]بأن هناك قواعد تعلو على قواعد أخرى داخل الكتلة الدستورية، وأن هذه القواعد الدستورية نشأت في عصور متتالية ومتباينة، ونتيجة لذلك فقد تتعارض بعضها مع البعض، وبالتالي هناك قواعد تعلو على الأخرى، لأن القاعدة الدستورية التي تتمتع بمرتبة أعلى تتضمن مبادئ لا يمكن الإستغناء عنها، و هذا يعطيها علوية و تسمو على غيرها من القواعد الدستورية. وفيما يتعلق بتحديد القاعدة الدستورية التي تحتل المرتبة الأعلى فقد إنقسم هؤلاء الفقهاء أيضاً الى قسمين، فقسم منهم يذهب بإتجاه إعلاء النصوص المدرجة في إعلان حقوق الأنسان و المواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩، وهم الفقهاء الذين تأثروا بمبادئ المذهب الفردي، والقسم الآخر نادى بعلوية النصوص الواردة في مقدمة الدستور الفرنسي الصادر في عام ١٩٤٦ و ذلك إثر تأثرهم بمبادئ المذهب الإجتماعي. وسيتم عرض آراء كلا الإتجاهين فيما يلي:

أولاً/ علوية الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩ على مقدمة الدستور الفرنسي لعام١٩٤٦

يترأس هذا الإتجاه الأستاذ الفرنسي (فرانسوا طوطويل) (Francois Goguel)؛[١٠]وينادي هذا الإتجاه بعلوية الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان و المواطن الصادر عام ١٧٨٩ على مقدمة دستور ١٩٤٦، وقال بشكل واضح "إن جميع الحقوق التي يكفل حمايتها المجلس الدستوري في مواجهة المساس الذي يحمله القانون لها، ليس لها نفس الطبيعة، فالمبادئ السياسية و الإقتصادية و الإجتماعية الخاصة و الضرورية لوقتنا الحاضر و المعلنة بمقدمة دستور ١٩٤٦ ليس لها نفس القوة الدستورية كتلك الحقوق المعلنة بإعلان ١٧٨٩، أو بالحقوق المعلنة من خلال المبادئ الأساسية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية أو الحقوق الثابتة بدستور١٩٥٨ "[١١]أي أن هناك إختلاف بين القيمة الدستورية للمبادئ المعلنة في المصادر المتعددة للقواعد الدستورية، حيث يرى إن المبادئ السياسية و الإجتماعية و الإقتصادية التي تتضمنها مقدمة الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦ أدنى مرتبةً مقارنةً بالمبادئ الواردة في

[٧] ولد (جان ماري أوبي) (Jean– Marie Auby) في فرنسا عام ١٩٢٢ وتوفي عام ٢٠٠٠ و هو أستاذ القانون في جامعة بوردو (في عام ١٩٨٨). عميد كلية والرئيس السابق لجامعة بوردو، ومن أبرز مؤلفاته تدوين الإجراءات الإدارية، حق السلطات المحلية، العولمة و القانون و الدولة. ينظر الرابط الالكتروني التالي:
http://spire.sciencespo.fr/hdl:/2441/9labe9r4se65i789685q5a80n/export/cv/cv-Auby-Jean-Bernard.pdf. Last visit: 18/1/2018

[٨] نقلاً عن: د.عيد أحمد الغفلول، مصدر سابق، ص ٣٥.

[٩] أمثال: (Jean Marie Auby, FranCois Goguel, Stifane Rials, Fracois Luchare)

[١٠] (فرانسوا كوكويل) (Francois Goguel): ولد في (٣ فبراير ١٩٠٩، توفي ١٥ أبريل ١٩٩٩) سياسي فرنسي ، يعتبر أحد مؤسسي "الجغرافيا الانتخابية" وعلم الاجتماع الانتخابي، وهو عضو سابق بالمجلس الدستوري الفرنسي. ينظر الموقع الالكتروني التالي:
https://fr.wikipedia.org/wiki/Fran%C3%A7ois_Goguel. Last visit: 18/1/2018

[١١] د. عبدالحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص١٦٧.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

إعلان حقوق الإنسان و المواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩، ويؤيده في الرأي الفقيه الفرنسي (ستيفان ريال) (Stephane Rials)[١٢]الذي يرى "أن هناك بعض المبادئ التي تشغل مكاناً اساسياً في النظام القانوني في الدولة، ومبادئ المنظومة القانونية في فرنسا مدرجة في إعلان ١٧٨٩، ولا يمكن الإستغناء عنها في التنظيم القانوني، الذي يقر هذه المبادئ الواردة في الإعلان بإعتبارها سابقة و سامية و طبيعية و غير قابلة للتقادم".[١٣]

ويرى كذلك "هناك مبادئ أساسية لنظامنا القانوني و أنها تتسم بالأسبقية و العلو على مبادئ أخرى ترتبط بحضارتنا القانونية و لكنها تعتبر لاحقة على المبادئ السابقة، لأن المبادئ التي ترتبط بحضارتنا القانونية، إنما تتسم عادة بالتوجيه و الإرشاد و عدم التحديد، ومن قبيل ذلك مبدأ الأمة تكفل للفرد و للأسرة الشروط الضرورية لتنميتهم، ومبدأ أن كل عامل له الحق في المساهمة بنفسه أو بواسطة من اختياره في تحديد الشروط الجماعية للعمل، كذلك الحق في إدارة المشروع، فهذه جميعاً تتسم بالتوجيه و عدم التحديد و من ثم تلي المبادئ التي تتسم بالأسبقية و العلو و الثباتة بإعلان الحقوق و المواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩".[١٤]

وعليه ؛ ان الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان و المواطن لعام ١٧٨٩ يتضمن نصوصاً مطلقة و غير قابلة للتقادم و التي تتماشى مع جميع الظروف والأزمنة، بعكس النصوص الواردة في الدساتير اللاحقة و التي تتماشى مع مقتضيات روح العصر أوفترة زمنية معينة كالمبادئ المتمشية مع روح العصر.[١٥]بالإضافة الى مـــــــــا سبق يقول الفقية (روبيرت بادينتر) (Robert Badinter)[١٦] بأن "إعلان حقوق الإنسان و المواطن الصادر عام ١٧٨٩ يحتوي على حريات غير قابلة للمساس، بحيث يتعذر على المشرع الدستوري ذاته أن يلغيها".[١٧]

إذن حسب هذا الإتجاه فالنصوص الواردة في الإعلان الفرنسي تعد أصلاً و أساساً للنظام القانوني في الدولة ، وبالتالي تكون هذه النصوص أسمى و أعلى من تلك النصوص الواردة في الوثائق الدستورية الأخرى والتي لا تتميز بالمطلقية بل تتمشى مع روح مرحلة أو فترة زمنية معينة. وعند طرحهم لرأيهم هذا فإنهم يستندون على حجتين أساسيتين و هما:

1. تتمثل الحجة الأولى في الطابع المطلق و غير القابل للتقادم للحقوق الواردة في الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان و المواطن، ويرى أصحاب هذا الرأي أن إعلان ١٧٨٩ يتمتع بالسمو لأن الحقوق الواردة فيه لا ترتبط بمعطيات تستند الى تطور تأريخي أو إجتماعي أو إقتصادي، و إنما ترتبط بالإنسان بإعتباره إنساناً، بينما المبادئ الواردة في مقدمة دستور ١٩٤٦

---

[١٢] (ستيفان ريال) (Stephane Rials): ولد في ٣ أبريل ١٩٥١ في باريس، هو أستاذ في مدارس الحقوق. حاصل على درجة الماجستير في التاريخ الحديث (١٩٧٢)، خريج كلية الحقوق العامة (١٩٧٥)، خريج العلوم السياسية (١٩٧٤)، خريج معهد باريس للدراسات السياسية (١٩٧٥). أطروحته على القاضي الإداري الفرنسي والتقنية القياسية، هو أستاذ مشارك في كليات الحقوق منذ عام ١٩٧٨، أستاذ أول في ميتز (١٩٧٩-١٩٨١) ومن ثم في كاين (١٩٨١-١٩٨٧)، وأستاذ في جامعة بانتيون منذ عام ١٩٨٧. وكان عضو بارز في المعهد الجامعي فرنسا. ينظر الموقع الالكتروني التالي:

https://fr.wikipedia.org/wiki/St%C3%A9phane_Rials.Last visit:18/1/2018

[1]Cyril BRAMI, La hiérarchie des normes en droit constitutionnel français Essai d'analyse systémique, these pour l'obtention du grade de docteur en droitdel 'UNIVERSITE DE CERGYPONTOISE, p317.

[١٤] *د. عبدالحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص ١٦٧-١٦٨.*

[15]Fracois Goguel, Object et portee de la protection des droits fondamentaul, P444.

فرانسوا كوكول، موضوع ونطاق حماية حقوق الإنسان، ص ٤٤٤.

[١٦] روبرت بادينتر (ولد في ٣٠ مارس ١٩٢٨) هو محام جنائي وأستاذ جامعي وسياسي وناشط ضد عقوبة الإعدام. عضو في الحزب الاشتراكي (سكرتير العدل ثم رئيس المجلس الدستوري تحت إشراف فرانسوا ميتران). ين ظرالموقع الالكتروني التالي:
https://en.wikipedia.org/wiki/Robert_Badinter. Last visit:18/1/2018.

[١٧] نقلاً عن د. عيد أحمد الغفلول، مصدر سابق، ص٣٨.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/_2.2.8

تتعلق بمعطيات تأريخية و سياسية و إجتماعية، أي تتعلق بوقتنا الحاضر بما قد يشير الى عدم ضرورتها بالنسبة للماضي و المستقبل، و هذا يشير الى نسبية هذه المبادئ بعكس الحقوق الواردة في الإعلان.[١٨]

و "إن المبادئ الواردة بمقدمة دستور ١٩٤٦ و الخاصة بالمبادئ الضرورية لوقتنا الحاضر فهي كما توصف بمقدمة الدستور ضرورية لوقتنا الحاضر، وربما كانت غير ضرورية في الماضي و ربما تكون غير ضرورية في المستقبل، فمثلاً الحق في الإضراب قد يكون ضرورياً في ظل مجتمع رأسمالي، إلا إنه لا يعتبر حقاً ضرورياً في ظل مجتمع إشتراكي"[١٩]

2. أما الحجة الثانية التي ينادي بها أصحاب هذا الإتجاه تتمثل في الطابع التكاملي لمقدمة دستور ١٩٤٦، و يرى بأن مقدمة دستور ١٩٤٦ هي مكملة لإعلان ١٧٨٩ و هذا ما أكدتها مقدمة الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ التي نصت على "يعلن شعب فرنسا مجدداً أن كل إنسان، دون تمييز بسبب العِرق أو الديانة أو العقيدة، يملك حقوقاً مقدسة و ثابتة. ويؤكد رسمياً من جديد حقوق و حريات الإنسان و المواطن المنصوص عليها في إعلان الحقوق الصادر سنة ١٧٨٩ و المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية.... ":[٢٠]هذا من جانب، ومن جانب آخر يستند أصحاب هذا الإتجاه على قرار صادر من المجلس الدستوري الفرنسي في ١٩٨٢/١/١٦ الذي يؤكد على ان مقدمة دستور ١٩٤٦ يعد تأكيداً على الحقوق و الحريات المكرسة بواسطة إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩، و لا تعدو بذلك أن تكون مكملة فقط له.[٢١]

وتأسيساً على ما جاء أعلاه، فان الأسانيد التي إعتمدها هذا الإتجاه و المنادي بعلوية الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان و المواطن لعام ١٧٨٩على مقدمة دستور ١٩٤٦، تترتب عليها نتيجتين أساسيتين هما:

النتيجة الأولى: هي إزالة التعارض في حال إذا كان نص من نصوص الإعلان الفرنسي لعام ١٧٨٩ يتعارض مع نص في مقدمة دستور ١٩٤٦، ففي هذه الحالة فإنه على القاضي الدستوري أن يأخذ بالنص الوارد في الإعلان الفرنسي لعام ١٧٨٩ و يستبعد النص الوارد في مقدمة دستور ١٩٤٦، لأن الإعلان الفرنسي يعلو ويسمو على مقدمة دستور ١٩٤٦.

النتيجة الثانية: تتعلق بتقييد سلطة تعديل الدستور، فالنصوص المدرجة في إعلان ١٧٨٩ تشكل قيداً على سلطة تعديل الدستور، التي لا تستطيع مخالفتها على أساس أن لها قيمة قانونية أعلى و أسمى من النصوص الواردة في مقدمة دستور ١٩٤٦، ويؤكد ذلك العميد ليون دوكي و يقول "إعلان حقوق الإنسان و المواطن يحتوي على حقائق فوق دستورية"[٢٢]فعند الفقية دوكي إن " الإعلانات هي قوانين وضعية حقيقية، تفرض ليس على المشرع الإعتيادي فحسب، بل على المشرع المؤسِس أيضاً. إعلانات الحقوق لم تكن مطلقاً مجرد معتقدات أو مجرد بيانتات نظرية صاغها مشرع فيلسوف، لقد كانت قوانين وضعية حقيقية، ملزمة لا للمشرع الإعتيادي فقط، بل للمشرع المؤسِس. بالأخص، إعلان ١٧٨٩ للحقوق إحتفظ حتى أيامنا بكل قوته التشريعية الوضعية.... حتى إنني أعتقد بإن إعلان ١٧٨٩ للحقوق يفرض الآن ليس على المشرع الإعتيادي فحسب، بل على المشرع المؤسِس، وإن جمعية أُمية، مشكلة وفق شروط المادة ٨ من قانون ٢ شباط ١٨٧٥ الدستوري، لا تستطيع مطلقاً من الناحية القانونية عمل قانون إعتيادي مخالف لنصوص إعلان ١٧٨٩"،[٢٣]إذن إستناداً الى ما سبق، فالمبادئ الواردة في إعلان حقوق الإنسان و المواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩ تشكل قيداً على السلطة المؤسِسة و هي المشكلة المعروفة بـ (السمو الشرعية) الدستورية.[٢٤]

ثانياً/ علوية مقدمة الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦ على مبادئ الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩

على عكس الإتجاه الأول، فإن أنصار هذا الإتجاه يرون أن مقدمة الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦ تعلو على إعلان ١٧٨٩ و ذلك عند تعارضهما، و قد إعتمدوا على القواعد العامة للتفسير، والتي بمقتضاها أن النص الأكثر حداثة يعلو على القواعد الأكثر قدماً، و يستندون في طرحهم على حجتين و هما :

---

[18] Francois Goguel, Object ET portee de la protection des droits fondamentaul, 1981, P444.

[١٩] د. عبدالحفيظ علي الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٨٣.

[٢٠] المركز القومي للترجمة، دساتير العالم، (المجلد الأول)، الولايات المتحدة الأمريكية ، فرنسا، ألمانيا الإتحادية، جمهورية الصين الشعبية، الإتحاد الروسي، تقديم د. يحيي الجمل، ترجمة: أماني فهمي، القاهرة، ط١، ٢٠٠٧، ص٥٣.

[٢١] نقلاً عن د. رجب محمود طاجن، مصدر سابق، ص ص ١٤٥-١٤٦.

[٢٢] نقلاً عن د. عيد أحمد الغفلول، مصدر سابق، ص ٣٨.

[٢٣] نقلاً عن : د. منذر الشاوي، في الدستور، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٥، ص ص ١٨٧–١٨٨.

[٢٤] نفس المصدر أعلاه، ص ١٨٧.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

1. الحجة الأولى: عرض الفقيه الفرنسي (لويك فيليب) (Loic Philip)[٢٥]هذه الحجة و التي تتمثل بتفضيل النص الأحدث على النص الأقدم، ويرى بأن النص الأكثر حداثة أو الذي صدر لاحقاً يعلو على النص الأقدم أو الذي صدر سابقاً و ذلك إعتماداً على قاعدة (اللاحق يخالف ويحذف السابق) و إستناداً الى هذه القاعدة فإنه في حالة التنازع بين قاعدتين، فإن القاعدة اللاحقة تستبعد القاعدة السابقة من التطبيق.

وإرتباطاً بما سبق يرى أصحاب هذا الإتجاه بأن ميثاق البيئة الفرنسي الصادر عام ٢٠٠٤ يسمو على الدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٥٨، وهذا الدستور يعلو على مقدمة دستور ١٩٤٦ و إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩، و مقدمة دستور ١٩٤٦ تعلو على الإعلان الفرنسي لعام ١٧٨٩،[٢٦]بالإضافة الى ذلك يرى الأستاذ (فيليب) بأن النصوص الأقدم لاتحوز القيمة الدستورية و لا تطبق الا في الحدود التي لا تناقض فيها مع النصوص اللاحقة أو الأكثر حداثة.[٢٧]

إلا إن مقدمة الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ نص بشكل صريح على إن الإعلان الفرنسي و مقدمة دستور ١٩٤٦ يتمسك بها الشعب الفرنسي و تعد جزءً من الكتلة الدستورية في فرنسا، وهذا يتنافى مع ما قاله الأستاذ (فيليب) بإن النصوص السابقة و الواردة من الإعلان و المقدمة لا تحوز القيمة الدستورية إلا بقدر عدم تعارضها مع النصوص اللاحقة.

2. الحجة الثانية: عرض الفقيه الفرنسي (فرانسوا لوشير) (Francois Luchaire)[٢٨]هذه الحجة بقوله "إعلان حقوق الإنسان و المواطن الصادر في عام ١٧٨٩ يتماشى مع متطلبات عصره، على ان لعصرنا متطلبات أخرى، فالملكية التي اعتبرها الإعلان الفرنسي للحقوق حقاً مقدساً لا يمكن إنتهاكه، أصبحت الآن تتمثل وظيفة إجتماعية، كما ان المساواة أمام القانون هي مساواة شكلية لأنها تحولت الى المساواة المادية، فإعلان ١٧٨٩ لا ينبغي أن يفسر كما لو كنا في بداية عهد الثورة الفرنسية الكبرى عام ١٧٨٩، و لكن بالرجوع الى عصرنا و الى احكام دستور ١٩٥٨ بما تضمنه من مقدمة دستور ١٩٤٦، تلاحظ أن دستور١٩٥٨ يحتوي على حكم حاسم بهذا الصدد حيث تنص المادة الأولى من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على "تكون فرنسا جمهورية غير قابلة للتجزئة، وعلمانية، وديمقراطية، واجتماعية، تكفل تساوي حميع المواطنين أمام القانون، دون تمييز بينهم على أساس الأصل أو العرق أو الديانة، و تحترم جميع معتقداتهم".[٢٩]واليوم فرنسا تنظيمها لا مركزي، يضمن القانون المساواة بين النساء والرجال في تقلد الولايات الانتخابية والوظائف الانتخابية، وكذا ممارسة المسؤوليات المهنية والاجتماعية" وهذا التأكيد يقدم لنا مفتاح تفسير إعلان ١٧٨٩ الذي يجب بصورة تسمح بجعله متماشياً مع متطلبات العصر:[٣٠]

وحسب ما عرضه الفقيه (لوشير) ينبغي تفسير النصوص الواردة في إعلان ١٧٨٩ بشكل ينسجم مع نصوص مقدمة دستور ١٩٤٦ و نصوص دستور ١٩٥٨، وهذا يعني إعطاء الأولوية لهذه القواعد على ماورد من النصوص في الإعلان.[٣١]

---

[٢٥] لويك فيليب Loic Philip: ولد في ١٠ يوليو ١٩٣٢، ابن أندريه فيليب، أستاذ فخري في القانون في بول سيزان إيكس – مرسيليا الثالث. وهو متخصص في القانون القانون الدستوري و المالية العامة وقانون الضرائب. ينظر الموقع الألكتروني التالي:
.https://fr.wikipedia.org/wiki/Lo%C3%AFc_Philip. Last visit: 3/2/2018

[٢٦] د.عبدالحفيظ علي الشيمي، القضاء الدستوري و حماية الحريات الأساسية في القانون المصري و الفرنسي، مصدر سابق، ص ١٦٨.

[٢٧] د. رجب محمود طاجن، مصدر سابق، ص ١٥٣-١٥٤.

[٢٨] فرانسوا لوشير Francois Luchaire: ولد في ١ يناير ١٩١٩ في لاروشيل وتوفي في ٧ أغسطس ٢٠٠٩ في باريس، وهو أستاذ القانون العام الفرنسي، المؤسس المشارك لجامعة باريس بانثون السوربون وهو يترأسها من ١٩٧٠ إلى ١٩٧٦، متخصص في القانون الدستوري، و عضو سابق بالمجلس الدستوري الفرنسي. ينظر الموقع الألكتروني التالي:
https://fr.wikipedia.org/wiki/Fran%C3%A7ois_Luchaire. Last visit: 18/1/2018.

[٢٩] المركز القومي للترجمة، مصدر سابق، ص ٥٥.

[٣٠] نقلاً عن د. عيد أحمد الغفلول، مصدر سابق، ص ٤١.

[٣١] د. محمد فوزي نويجي، مصدر سابق، ص ١٠١.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/_2.2.8

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

الفرع الثاني
الإتجاه الفقهي الرافض للتدرج الشكلي للقواعد الدستورية

هذا الإتجاه يرفض فكرة التدرج الشكلي للقواعد الدستورية، وبالتالي رفض جميع الحجج التي عرضها الإتجاه السابق، ويرى اصحاب هذا الإتجاه بأنه لا يمكن ترتيب القواعد الدستورية من حيث مصدرها و ينكرون وجود التدرج الشكلي، ويقولون بأنه لا توجد قاعدة دستورية تعلو على البعض من الناحية الشكلية، ويعتمد هذا الإتجاه على جملة من الحجج من ابرزها:

1. الحجة الأولى تتعلق بمبدأ (وحدة الدستور)، فأصحاب هذا الإتجاه يستندون على مبدأ وحدة الدستور لرفض فكرة التدرج بين القواعد الدستورية ذات مصادر متعددة، لأن هذا المبدأ يقضي بالمساواة بين مختلف القواعد و المبادئ الدستورية المكونة للكتلة الدستورية، وبالتالي يعني عدم وجود فوارق بين القواعد الدستورية لا من حيث الأسلوب الذي صدرت به القاعدة الدستورية و لا من حيث الفترة الزمنية التي وضعت خلالها تلك القواعد الدستورية.

وإرتباطاً بما سبق يؤكد الفقيه (جورج فيدل) على "أن جميع القواعد الدستورية ذات قيمة قانونية واحدة، وذلك على أساس أن قرار المجلس الدستوري الصادر في ١٩٧١/٧/١٦ قد رجع الى مقدمة الدستور في مجموعها، ولم يرجع الى جزء واحد فقط، كما إن الدستور و مقدمته تمت الموافقة عليه من خلال إستفتاء واحد في أكتوبر ١٩٥٨"[٣٢]وكذلك يميز بين التدرج القانوني و التدرج السياسي، حيث يرى "بأن التدرج القانوني يختلف عن التدرج السياسي أو التدرج المعنوي، فالتدرج القانوني يعني وجود تدرج بين القواعد القانونية داخل النظام القانوني، أما التدرج السياسي أو التدرج المعنوي لا يترتب عليه أي تدرج قانوني، ويرى بأن كافة القواعد الدستورية لا تحوز ذات الأهمية و لا ذات الإعتبار الأولى أو السياسي، أي بمعنى آخر يمكن ان يوجد التباين و التدرج بين القواعد الدستورية فيما بينها من حيث الأهمية السياسية، إلا إن مثل هذا التدرج السياسي لا يعني وجود تدرج قانوني فيما بين هذه القواعد الدستورية".[٣٣]

٢. الحجة الثانية تتعلق بنسبية القيمة القانونية للقواعد الدستورية، فأصحاب هذا الإتجاه يردون على مؤيدي التدرج الشكلي بين القواعد الدستورية بهذه الحجة و يرون بأن التدرج بين القواعد الدستورية يؤدي الى نسبية القيمة القانونية للقواعد الدستورية، بحيث تختلف القواعد الدستورية من حيث القيمة القانونية حتى و إن كان مصدرها واحداً، فتصبح طائفة من هذه القواعد الدستورية تتمتع بقيمة فوق دستورية و بعض منها تتمتع بقيمة دستورية و تتمتع بعضها الآخر بقيمة فوق تشريعية.[٣٤]

أما الحجة الثالثة فقد عرضها الفقيه الفرنسي (فيليب ترينير) (Philippe Terneyre)[٣٥]تتعلق بالظروف السياسية التي كانت سائدة في فرنسا، حيث يرى أن وجود التدرج بين إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩ و مقدمة دستور ١٩٤٦ و علوية و سموهما على بعضهما البعض ترجع الى الظروف السياسية و لا توجد إعتبارات قانونية خالصة لهذا التدرج فيما بينهما، و يرى كذلك بأنه ليس من السهل فهم مثل هذا الجدل القائم حول التدرج بين النصوص الدستورية إلا عند الرجوع الى الظروف السياسية المصاحبة لهذه الآراء و المتمثلة في وصول الإشتراكيين الى السلطة في فرنسا عام ١٩٨١، والذين تبنوا سياسات إشتراكية مناوئة للسياسات الرأسمالية التي كانت تمثل السمة المميزة لأقتصاد الفرنسي في الفترة التي سبقت مجيئهم الى السلطة، ونتيجة ذلك فإن المبادئ السياسية و الإقتصادية و الإجتماعية الواردة في مقدمة دستور ١٩٤٦ كانت لها الأولوية و الأفضلية على أساس إنها ضرورية

---

[٣٢] د. عبدالحفيظ علي الشيمي، المصدر السابق، ص ١٦٩.

[٣٣] المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

[٣٣] Gorges Vedel, Gorges Vedel, La Place de Declaration de 1789 dans le "Block de Constitutionnalle" la declaration des droits de hemme ef du citoyen etla jurisprudane, collque des 25 maiet 26 mal au conseil constitutionnel, Paris, P.U.F p84.

[٣٤] د. عيد أحمد الغفلول، مصدر سابق، ص ٤٥.

[٣٥] فيليب تيرنير Philippe Terneyre: أستاذ القانون العام رئيس برنامج البحوث "قانون الأعمال العامة"، الرئيس المشارك لبرنامج البحوث "قانون الطاقة".
ينظر الموقع الألكتروني التالي:
.http://paudroitpublic.univ-pau.fr/fr/_plugins/mypage/mypage/content/terneyre.html. Last visit: 3/2/2018

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

لتلك الفترة مقارنة بالمبادئ الواردة في إعلان حقوق الإنسان و المواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩[٣٦] ونتيجة لهذه الظروف السياسية فإنه كان طبيعياً أن يدعي أصحاب المذهب الحر و الرأسمالية بعلوية و سمو نصوص إعلان حقوق الإنسان و المواطن على مقدمة دستور ١٩٤٦، و في المقابل يدعي أصحاب المذهب الإجتماعي بسمو و علوية مقدمة دستور ١٩٤٦ على نصوص الإعلان الفرنسي.

المطلب الثاني
موقف القضاء الدستوري الفرنسي من فكرة التدرج الشكلي للقواعد الدستورية و تقديرها

من أجل التحدث عن هذا الموضوع يقسم هذا المطلب الى فرعين، يتناول الفرع الأول موقف القضاء الدستوري بشأن فكرة التدرج الشكلي للقواعد الدستورية، أما الفرع الثاني يتطرق إلى تقدير هذه الفكرة في فرنسا. وكما يللي:

الفرع الأول
موقف القضاء الدستوري الفرنسي من التدرج الشكلي للقواعد الدستورية

القضاء الدستوري في فرنسا أبدى موقفه بشأن التدرج الشكلي للقواعد الدستورية و ذلك من خلال القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري الفرنسي التي جَسَّدت الإتجاه الذي يُنكر التدرج بين القواعد الدستورية المكونة للكتلة الدستورية و يحدد المبادئ ذات القيمة الدستورية التي تكون الكتلة الدستورية في فرنسا.

ومن أبرز القرارات التي صدرت عن المجلس الدستوري الفرنسي بهذا الصدد القرار الصادر في ١٦/ ١٩٧١/٧ و الذي يقضي بأن مقدمة دستور ١٩٥٨ تتمتع بقيمة دستورية شأنها في ذلك شأن النصوص الواردة في صلب الدستور، وبالتالي يتعين على كل من المشرع العادي و الإدارة العامة عدم الخروج على أحكامها و التقيد بكافة المبادئ الواردة في المقدمة.[٣٧]

وإستناداً الى القرار أعلاه فإن مقدمة دستور ١٩٥٨ الفرنسي تتمتع بنفس القيمة الدستورية للقواعد المدرجة في متن دستور ١٩٥٨. وعند الرجوع الى ما جاء في المقدمة نجد أنها نصت على"يعلن الشعب الفرنسي رسمياً تمسكه بحقوق الإنسان و بمبادئ السيادة الوطنية مثلما حددها إعلان ١٧٨٩ و أكدت عليها و أكملتها و أثبتتها ديباجة دستور عام ١٩٤٦، وكذا تمسكه بالحقوق و الواجبات التي أقرها ميثاق البيئة في عام ٢٠٠٤".[٣٨]

وإستناداً الى المقدمة فإن الكتلة الدستورية في فرنسا تتضمن عدة مبادئ و قواعد دستورية من مصادر متعددة، و التي تشتمل على قواعد الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ بالإضافة الى القواعد المدرجة في إعلان حقوق الإنسان و المواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩ و مقدمة دستور ١٩٤٦ و ميثاق البيئة لعام ٢٠٠٤. وعلى الرغم من إختلاف تلك القواعد الدستورية من حيث المصدر إلا إن هناك نقطة مشتركة فيما بينها و هي أن جميع تلك القواعد الدستورية تتمتع بقيمة دستورية متساوية، بحيث ان كل من هذه النصوص مجتمعةً تشكل الكتلة الدستورية في فرنسا و بنفس القدر من الأهمية و القيمة القانونية.

وفي قرار آخر له حول المساواة في الأجور بين النساء و الرجال،[٣٩]إستند المجلس الدستوري الفرنسي على القواعد الدستورية الواردة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩ ومقدمة دستور ١٩٤٦ في آن واحد من دون أن يعلو أحدهما على الآخر، حيث أشار المجلس في قراره أعلاه الى المادة الأولى من الإعلان حقوق الإنسان و المواطن لعام ١٧٨٩و التي تنص على "يولد

---

[٣٦] د. رجب محمود طاجن، مصدر سابق، ١٦٠.

[٣٧] قرار رقم ٧١-٤٤، الصادر من الجلس الدستوري في فرنسا، الصادر في ١٩٧١/٧/١٦، متاح على الصفحة الألكترونية الأتية:
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/case-law/sample-of-decisions-in-relevant-areas-dc/decision/decision-no-71-44-dc-of-16-july-1971.135366.html. Last visit: 19/1/2018.

[٣٨] الفقرة الأولى من مقدمة الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨، ينظر الموقع الالكتروني التالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=ar. Last visit: 19/1/2018.

[٣٩] قرار رقم ٢٠٠٦-٥٣٣، الصادر من نفس المجلس الأعلاه في ٢٠٠٦/٣/١٦، متاح على الصفحة الألكترونية الأتية:
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2006/2006-533-dc/decision-n-2006-533-dc-du-16-mars-2006.1005.html. Last visit: 19/1/2018.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/_2.2.8

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

البشر أحراراً و متساوين في الحقوق ....."، ويشير في نفس الوقت الى مقدمة دستور ١٩٤٦ أيضاً، بحيث يعتمد على الفقرة الثالثة من المقدمة لتبرير قراره و التي تنص عـــلى "يكفل القانون للمرأة في جميع مجالات الحقوق متساوية للرجال".

وفي قرار آخر للمجلس الدستوري الفرنسي الصادر في ١٦/ ١ / ١٩٨٢ و المتعلق بقوانين التأميم، يُقر المجلس الدستوري في الفقرة الخامسة عشر من القرار المذكور على " ..... أن ديباجة دستور عام ١٩٤٦ تؤكد من جديد رسمياً حقوق وحريات المواطن المكرسين في إعلان حقوق ١٧٨٩، ولا تميل إلا أن تكملها بوضع مبادئ سياسية واقتصادية والاجتماعية اللازمة بشكل خاص لوقتنا؛ أنه وفقا لديباجة دستور عام ١٩٥٨، فإن الشعب الفرنسي يعلن رسميا التزامه بحقوق الإنسان ومبادئ السيادة الوطنية على النحو المحدد في إعلان عام ١٧٨٩، الذي أكده واستكمله ديباجة دستور ١٩٤٦":[٤٠]

وفي عام ٢٠٠٦ أصدر المجلس الدستوري قراراً آخر بخصوص قانون تكافؤ فرص العمل للمواطنين[٤١]و إستند المجلس في قراراه على الفقرة الخامسة من مقدمة دستور ١٩٤٦ و التي تعطي الحق لكل فرد للحصول على العمل، وفي نفس الوقت إستند على المادة الرابعة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان و المواطن لعام ١٧٨٩ و التي تنص على "تقتصر الحرية على قدرة المرء على القيام بكل ما لا يلحق ضرراً بالأخرين وهكذا فإنه لا حدود لممارسة الحقوق الطبيعية لكل إنسان ....."[٤٢].

الفرع الثاني
تقدير التدرج الشكلي للقواعد الدستورية في فرنسا

ومن خلال دراسة القرارات الصادرة من المجلس الدستوري ارتأت الدراسة بأن هذا المجلس يرجع و يعتمد على كل القواعد الدستورية المكونة للكتلة الدستورية و المشار اليها في الدستور الفرنسي النافذ لعام ١٩٥٨ لتبرير و تسبيب أحكامه من دون الإشارة الى التدرج فيما بين هذه القواعد الدستورية المتعددة المصادر، أي بغض النظر عن مصدر القاعدة الدستورية المعتمد سواء كان وارداً في الإعلان أو المقدمة أو ميثاق البيئة أو الدستور النافذ نفسه، وهذا يدل (و لو ضمنياً) على عدم قيام القضاء الدستوري بالمفاضلة فيما بين النصوص المكونة للكتلة الدستورية من الناحية الشكلية، أي لم يقم القضاء الدستوري بترتيب القواعد الدستورية على أساس المصدر الذي ورد منها، كما فعله أنصار الإتجاه المنكر لفكرة التدرج الشكلي للقواعد الدستورية، بل ان القضاء يشير الى كل قاعدة من هذه القواعد بالتساوي من حيث القيمة الدستورية و بالتالي يكون كل هذه القواعد مجتمعةً مرجعاً دستورياً يرجع اليها القاضي الدستوري للرقابة على دستورية القوانين.

ونتيجة لما عرضناه سابقاً من آراء الفقهاء الفرنسيين و القضاء الفرنسي بخصوص التدرج الشكلي بين القواعد الدستورية في فرنسا، نرى بأن الرأي القائل برفض التدرج الشكلي هو الرأي الراجح، و ذلك إستناداً الى القرارت التي عرضناها سابقاً و التي تنكر وجود التدرج بين النصوص الدستورية هذا من جانب، ومن جانب آخر فقد دحض جانب من الفقه الفرنسي جميع الحجج التي نادى بها مؤيدوا التدرج الشكلي و من أبرزهم الفقيه (تيري دي مانو) (Thierry Di Manno)[٤٣]حيث يرد على الحجة التي تتعلق بأن إعلان الحقوق و المواطن يتضمن مبادئ و نصوص تخص الإنسان بصفته إنساناً و يعد هذه النصوص نصوصاً مطلقة وغير قابلة للتقادم، بالقول بأن مثل هذا القول يعني إدراج قواعد القانون الطبيعي في نطاق النظام القانوني، وقواعد القانون الطبيعي تقوم على معايير

---

[٤٠] قرار رقم ٨١-١٣٢، الصادر من المجلس الدستوري الفرنسي في ١٩٨٢/١/١٦، متاح على الصفحة الألكترونية الأتية:
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1982/81-132-dc/decision-n-81-132-dc-du-16-janvier-1982.7986.html. Last visit: 19/1/2018

[٤١] قرار رقم ٥٣٥-٢٠٠٦، الصادر من المجلس المذكر أعلاه في ٢٠٠٦/٣/٣٠، متاح على الصفحة الألكترونية الأتية:
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2006/2006-533-dc/decision-n-2006-533-dc-du-16-mars-2006.1005.html. Last visit: 19/1/2018

[٤٢] المادة (٤) من إعلان حقوق الإنسان و المواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩.

[٤٣] تيري دي مانو Thierry Di Manno: أستاذ القانون العام وعميد كلية الحقوق في تولون – دراغويغنان و مدير المشارك في مركز القانون والسياسة المقارنة بجان كلود إسكاراسمدير. ينظر الموقع الالكتروني التالي:
https://translate.google.iq/translate?hl=en&sl=fr&u=http://data.bnf.fr/12390208/thierry_di_manno/&prev=search. Last visit: 19/1/2018.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

غير محددة كفكرة العدالة مثلاً، ومن الصعب الإعتماد على معايير غير محددة للقول بوجود فكرة التدرج[٤٤]و كذلك دحض الفقيه (جورج فيدل) الحجة التي نادى بها الفقيه (لوشير)، والتي تتعلق بعلوية المبادئ الضرورية و المتمشية مع روح العصر على المبادئ التي صدرت في الأزمنة الأخرى، فيدحضه بالقول بأن المشرع الدستوري قَدَّر المبادئ الموضوعة في مقدمة دستور ١٩٤٦ بأنها ضرورية و متمشية بشكل خاص مع زماننا، إلا إنه في الوقت نفسه أبقى على إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩ في صورته الكاملة لكونها ضرورية لزماننا أيضاً، و بالتالي لا تستطيع أية سلطة أن تقوم بأسم التدرج و بدون أساس قانوني بأستبعاد تطبيق الإعلان جزئياً أوكلياً.

المبحث الثاني
فكرة التدرج الشكلي للقواعد الدستورية في العراق

تم التطرق في المبحث الأول لفكرة التدرج الشكلي للقواعد الدستورية بشكل عام و في فرنسا بشكل خاص، وسنتطرق في هذا المبحث لمدى إمكانية إثارة هذه الفكرة في العراق بعد ٩ نيسان ٢٠٠٣، و ذلك إستناداً الى قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية لعام ٢٠٠٤ و دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، لذلك سنقسم هذا المبحث لمطلبين، سنتطرق في المطلب الأول لفكرة التدرج الشكلي في ضوء قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية لعام ٢٠٠٤، بينما نخصص المطلب الثاني لفكرة التدرج الشكلي في ضوء الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥.

المطلب الأول
التدرج الشكلي للقواعد الدستورية في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية لعام ٢٠٠٤

لغرض شرح هذا الموضوع يقسم هذا المطلب الى فرعين، يتناول الفرع الأول نشوء قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية لعام ٢٠٠٤، أما الفرع الثاني يتطرق إلى فكرة التدرج الشكلي للقواعد الدستورية في القانون أعلاه.

الفرع الأول
نشوء قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية لعام ٢٠٠٤

بعد إحتلال العراق[٤٥]من قبل القوات المتحالفة برئاسة الولايات المتحدة الأمريكية، سقط النظام السياسي الذي كان يحكم العراق منذ عام ١٩٦٨، و نتيجة لذلك حصل فراغ دستوري و سياسي و إداري في البلاد، ولسد هذا الفراغ قامت الإدارة الأمريكية بتعيين السفير (بول بريمر) مديراً إدارياً في العراق لكي يقوم بممارسة السلطة فيه[٤٦]ومن جانب آخر أصدر مجلس الأمن لمنظمة الأمم المتحدة قراراً بخصوص العراق حيث نص على "يؤيد قيام شعب العراق، بمساعدة السلطة و بالعمل مع الممثل الخاص، بتكوين

[٤٤] نقلاً عن د. محمد فوزي نويجي، مصدر سابق، ص ١٠٩.

[٤٥] وفقاً لمضمون القرار الصادر من مجلس الأمن لمنظمة الأمم المتحدة رقم ١٤٨٣ في ٢٠٠٣/٥/٢٢ يُعد دخول القوات المتحالفة للعراق إحتلالاً، حيث ينص القرار على"وإذ يلاحظ الرسالة المؤرخة ٨ أيار/مايو ٢٠٠٣ الموجهة إلى رئيس مجلس الأمن من الممثلين الدائمين للولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا الشمالية (٢٠٠٣/٥٣٨) وإذ يسلِّم بالصلاحيات والمسؤوليات والالتزامات المحددة بموجب القانون الدولي المنطبق على هاتين الدولتين، بوصفهما دولتين قائمتين بالاحتلال تحت قيادة موحدة (السلطة)" ينظر الموقع الالكتروني التالي:
https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/Resolution_1483_cle01784e.pdf. Last visit: 19/1/2018.

[٤٦] بعد تعيينه قام السفير (بول بريمر) بإصدار نظام (سلطة الإئتلاف المؤقتة) رقم ١ حول إجتثاث البعث، بموجبه عهد الى السفير ممارسة كافة السلطات التشريعية و التنفيذية و القضائية. لتفصيل أكثر ينظر: بول بريمر، عام قضيته في العراق النضال لبناء غد مرجو، ترجمة عمر أيوبي، دار الكتاب العربي، بيروت، ٢٠٠٦، ص ٥٧ وما بعدها ؛ د. حميد حنون خالد، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣، ص٣٠١.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/_2.2.8

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

إدارة عراقية مؤقتة بوصفها إدارة إنتقالية يسيرها العراقيون، الى ان ينشيء شعب العراق حكومة ممثلة له معترف بها دولياً و تتولى مسؤوليات السلطة".[٤٧]

إذن وفقاً لهذا القرار فإن على الإدارة الأمريكية و بالتعاون مع الممثل الخاص لمنظمة الأمم المتحدة في العراق أن تنقل السلطة تدريجياً الى العراقيين و ذلك عن طريق تشكيل إدارة عراقية مؤقتة لكي تدير السلطة للمرحلة الإنتقالية، وتطبيقاً لقرار مجلس الأمن أصـــــــدر المدير الإداري في العـــــــــــراق اللائحة التنفيذية الخاصة بتكوين (مجلس الحكم)[٤٨] هو الجهاز الرئيسي لإدارة العراق للمرحلة الإنتقالية، وكان المجلس يتألف من خمسة و عشرين عضواً، حيث تم تعيين الأعضاء على أساس المحاصصة العرقية و الطائفية.[٤٩] فبعد تكوين مجلس الحكم أعلن في ٢٠٠٣/٨/١١ عن تشكيل لجنة دستورية تحضيرية مكونة من خمسة و عشرين عضواً، حيث رشح كل عضو في المجلس شخصاً واحداً لعضوية هذه اللجنة، التي كان عليها أن تتصل بالقوى والجهات السياسية في البلاد ومن ثم تقدم توصيتها الى المجلس، وبعد الكثير من المناقشات والإقتراحات و الخلافات بخصوص مسائل عدة التي ينبغي ان تنظمها الدستور تم الإعلان في ٢٠٠٣/١١/١٥ عن إتفاق بين مجلس الحكم و سلطة الإئتلاف على وضع قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية. إن هذا القانون على الرغم من إنه نظم كل المواضيع الدستورية إلا إنه لم يسم الدستور المؤقت كما كان الحال عليه في الدساتير العراقية السابقة، وعلى كل حال إن هذا القانون يعد الدستور فعلاً لأنه وفقاً لما عرضناه سابقاً بخصوص تعريف الدستور فإنه ينظم شكل الدولة ونظام الحكم في العراق طوال الفترة الإنتقالية و يأسس السلطات العامة و يحدد إختصاصاتها إضافةً الى بيانها للحقوق و الحريات العامة.

وإرتباطاً بموضوع الدراسة فإن ما ورد في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية تعد قواعد دستورية، إلا إن هذه القواعد الواردة في القانون ليست هي وحيدة بل توجد مبادئ و قواعد قانونية أخرى بجانبها، وبالتالي فكل القواعد كانت تشكل الكتلة دستورية خلال المرحلة الإنتقالية و التي بمثابة قيد على حرية المشرع في إختيار المصادر الموضوعية التي يستلهم منها ما يضعه من تشريعات، وكذلك توسع دائرة الرقابة الدستورية على القوانين، وإن هذه القواعد و المبادئ نص عليها قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية لعام ٢٠٠٤، حيث نص على "الإسلام دين الدولة الرسمي و يعد مصدراً للتشريع و لا يجوز سن قانون خلال المرحلة الإنتقالية يتعارض مع ثوابت الإسلام المجمع عليها و لا مع مباديء الديمقراطية و الحقوق الواردة في الباب الثاني من هذا القانون .....".[٥٠]

و ما يستنتج من هذا النص هو إن أحكام ثوابت الإسلام المجمع عليها و المبادئ الديمقراطية أصبحت قيداً على سلطة المشرع العادي و الفرعي بحيث ينبغي أن يراعيها عندما يضع التشريعات، وهذا يعني إن كل تشريع يخالف الأحكام الثابتة في الشريعة الإسلامية و المبادئ الديمقراطية تعد مخالفة للدستور، بمعنى إن هذه الأحكام الثابتة و المبادئ لها مكانة و مرتبةً أعلى من مرتبة التشريعات العادية لأنه وفقاً لهذا النص من القانون فعندما يعارض التشريع مع هذه الأحكام و القواعد يستبعد التشريع، وهذا يعني إن الأحكام الثابتة في الشريعة الإسلامية و مبادئ الديمقراطية تشكلان مع قواعد قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية الكتلة الدستورية في العراق خلال المرحلة الإنتقالية مثلما الحال مع الكتلة الدستورية في فرنسا و مصر.[٥١]

الفرع الثاني

تقدير فكرة التدرج الشكلي للقواعد الدستورية في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية لعام ٢٠٠٤

ورد في ديباجة قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية، و التي تعد جزءاً لا يتجزأ من القانون[٥٢] على مايأتي "يؤكد إحترامه للقانون الدولي لا سيما و هو من مؤسسي الأمم المتحدة، عاملاً على إستعادة مكانه الشرعي بين الأمم....."[٥٣] فهذه العبارة ليست

---

[٤٧] الفقرة (٩) من القرار الصادر من مجلس الأمن لمنظمة الأمم المتحدة، رقم ١٤٨٣، جلسة رقم ٤٧٦١، المعقودة في ٢٠٠٣/٥/٢٢.

[٤٨] للإطلاع على اللائحة التنفيذية رقم ٦، في ٢٠٠٣/٧/١٣، ينظر الوقائع العراقية ، عدد ٣٩٧٧، في ٢٠٠٣/٦/١٧.

[٤٩] د. حميد حانون خالد، قراءة في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية، بحث منشور في كتاب: دراسات دستورية عراقية، مجموعة مؤلفين، ط١، Boyd Printing Company، نيويورك، ص ٤٢٦.

[٥٠] المادة (٧/أ) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية لعام ٢٠٠٤.

[٥١] إن تفصيل فكرة التدرج الشكلي بين هذه القواعد المتعددة من حيث المصدر سنتناوله في الصفحات القادمة عند تطرقنا للدستور العراقي النافذ لأن هذا النص إنتقل بالكامل الى الدستور.

[٥٢] وفقاً للمادة (١/ج) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية.

[٥٣] ديباجة نفس القانون أعلاه.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

واضحة، فماذا يقصد بإحترام القانون الدولي؟ فهل هذا يعني إن المشرع الدستوري يقصد بأن جميع المعاهدات العامة و إعلانات الحقوق الدولية يجب أن تحترم من قبل المشرع؟ بمعنى آخر هل إن قواعد القانون الدولي تشكل قيداً على سلطة المشرع و على المشرع أن يراعيها مثلما كان الحال بالنسبة للأحكام الثابتة في الشريعة الإسلامية ومبادئ الديمقراطية؟

من أجل الوصول الى إجابة التساؤلات السابقة ندرس الدساتير المختلفة التي تضمنت مثل هذه النصوص التي تنص على إحترام قواعد القانون الدولي ومنها الدستور السويسري و القانون الأساسي الألماني و دستور الولايات المتحدة الأمريكية، حيث ورد في الدستور السويسري نص مشابه للنص الوارد في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية و الذي ينص على "يحترم الإتحاد و الكانتونات القانون الدولي"[٥٤]، فُسِّر هذا النص من قبل الباحث السويسري (فايس هاوبت) بأن الموقف السويسري يعتبر "ان القانون الدولي و القانون الداخلي يكونان نظاماً قانونياً موحداً و إن المعاهدات الدولية تعتبر جزءً مندمجاً مع هذا النظام و إن الإلتزامات الدولية تتحول الى القانون الداخلي و ذلك عن طريق عمل قانوني خاص، ولهذا فإن لقواعد القانون الدولي السريان المباشر في سويسرا"[٥٥].

يتبين مما سبق بأن سويسرا تأخذ بنظرية وحدة القانون و السريان المباشر للمعاهدات الدولية سواء كان على صعيد الإتحادي أم الإقليمي، وهذا يعني إن قواعد القانون الدولي تشكل قيداً على حرية المشرع عند وضعه للتشريعات، وبالتالي إن قواعد القانون الدولي تحتل مرتبة عليا مقارنة بالتشريعات العادية الإتحادية و الإقليمية، لأن النص جاء صريحاً في إحترام هذه القواعد من قبل السلطات الإتحادية و الإقليمية في سويسرا.

إضافة الى الدستور السويسري هناك دساتير أخرى تنص بشكل صريح على علوية القانون الدولي على التشريعات الداخلية، فمثلاً ينص القانون الأساسي الألماني على " ..... تكون أحكام القانون الدولي العامة جزء من تركيبة القانون الإتحادي لها الأفضلية على القوانين الإتحادية، ويترتب عليها حقوق و واجبات مباشرة على سكان المناطق في أنحاء الإتحاد "[٥٦]، هذا النص يعطي بشكل صريح الأفضلية و العلوية لأحكام القانون الدولي العامة على التشريعات العادية الإتحادية، وهذا يعني إن علوية هذه الأحكام على دساتير و تشريعات الأقاليم يكون من باب أولى، لأنه في الدولة الفدرالية على الأقاليم إن تحترم الدستور الإتحادي و التشريعات الإتحادية، ولذلك فإن أحكام القانون الدولي العامة تدخل في دائرة المجموعة الدستورية في المانيا وعلى المشرع الإتحادي و المشرع الدستوري و العادي في اقاليم ألمانيا عدم مخالفة هذه الأحكام و إلا يكون التشريع مشوباً بعيب مخالفة الدستور.

وبالنسبة لدستور الولايات المتحدة الأمريكية يلاحظ بأنه نص بشكل واضح على إن "..... هذا الدستور و قوانين الولايات المتحدة التي تصدر تبعاً له، وجميع المعاهدات الدولية المعقودة أو التي تعقد تحت سلطة الولايات المتحدة هو القانون الأعلى للبلاد، ويكون القضاة في جميع الولايات ملزمين به، و لا يعتد بأي نص في دستور أو قوانين أية ولاية يكون مخالفاً لذلك"[٥٧].

ويستنتج من النص الوارد في الدستور الأمريكي بأن الكتلة الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية تتضمن قواعد الدستور الإتحادي و قوانين الولايات المتحدة التي تصدر تبعاً لدستور الأمريكي و المعاهدات المعقودة أو التي تعقد في مستقبل تحت سلطة الولايات المتحدة، وهذا يعني إن المعاهدات التي عقدتها الولايات المتحدة أو التي سوف تعقدها لها قيمة القواعد الدستورية و لها العلوية على الدستور الفيدرالي و قوانين الولايات، وألزم جميع القضاة في كل الولايات بتطبيق ما تضمنها المجموعة الدستورية الأمريكية و من بينها المعاهدات الدولية.

أما بالنسبة للدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ يلاحظ وجود موقفاً مخالفاً لموقف دساتير الدول السابقة، حيث ينص دستور الجمهورية الخامسة على "المعاهدات أو الإتفاقيات المصدق عليها وفقاً للقانون يكون لها إعتباراً من وقت نشرها قوة أعلى من قوة القوانين و ذلك شريطة أن يطابق الطرف الآخر ذات المعاهدة أو الإتفاق"[٥٨]، من خلال هذا النص يتبين لنا بأن المعاهدات و الإتفاقيات الدولية لا تدخل ضمن المجموعة الدستورية و بالتالي لا تحتل مرتبة الدستور، ولكن تعلو على القوانين العادية بشرط تطبيق المعاهدة من قبل الطرف المقابل.

وبالرجوع الى ما ورد في ديباجة قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية يرى الدكتور سامر ناصر[٥٩] بأن ما جاء في ديباجة هذا القانون لا يدل على فحوى قانونية، إنما يجلب الإلتباس فهل يعني التأكيد على إحترام تشريعات الأمم المتحدة المصادقة على

---

[٥٤] المادة (٤/٥) من الدستور السويسري الصادر في ١٩٩٩/٤/١٨.

[٥٥] نقلاً عن:خانزاد أحمد عبد، القانون الدستوري الدولي، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص ص ٦٦- ٦٧.

[٥٦] المادة (٢٥) من القانون الأساسي الألماني لعام ١٩٤٩.

[٥٧] المادة (٦) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٩.

[٥٨] المادة (٥٥) من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسي لعام ١٩٥٨.

[٥٩] هو أستاذ القانون الدستوري بجامعة القديس بطرس في مدينة مدريد.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/_2.2.8

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، إتفاقيات جنيف و بروتوكولات نيورك، النظام الأساسي لمحكمة الجنائية الدولية؟ ماذا يعني من نص الديباجة ذلك؟:[٦٠]

ويرى بأن ما جاء في ديباجة قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية بخصوص إحترام القانون الدولي، لا يعني إن قواعد القانون الدولي تكون جزء من الكتلة الدستورية في العراق، لأن المعاهدات و الإتفاقيات التي تبرمها العراق لا تسري بشكل مباشر، بل ان على السلطة التشريعية أن تسن قانوناً بذلك، لذلك لا نستطيع أن نفسر عبارة إحترام القانون الدولي بالشكل الذي تم التطرق إليها في الدول الأخرى، بحيث أن قواعد القانون الدولي لا ترقى الى مرتبة القواعد الدستورية في العراق، ولا تدخل في دائرة مرجعية القاضي الدستوري عند رقابته لدستورية القوانين، إضافة الى ذلك نرى بأن عبارة إحترام القانون الدولي هي للتأكيد على الزام العراق بتنفيذ التزاماتها الدولية خاصة في مجال منع إنتشار وتطوير الأسلحة المحظورة دولياً و الذي هو السبب الظاهر لأحتلال العراق، وللتأكيد على ما نراه هو ما جاء في فقرة (ه) من المادة سبعة و عشرين التي تنص على "تحترم الحكومة العراقية الإنتقالية وتنفذ التزامات العراق الدولية الخاصة بمنع إنتشار و تطوير و إنتاج و إستخدام الأسلحة النووية و الكيميائية و البيولوجية .....".[٦١]فهذا يدل على إن سلطة الإئتلاف كانت مصرة عند صياغة قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية بأن تلزم الحكومة العراقية بتنفيذ التزاماتها الدولية في المجال العسكري، دون أن يكون لقواعد القانون الدولي أثر على حرية سلطة المشرع سواء على الصعيد الإتحادي أو الإقليمي.

المطلب الثاني
فكرة التدرج الشكلي للقواعد الدستورية في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥

من أجل شرح هذا الموضوع يقسم هذا المطلب الى فرعين، يتناول في الفرع الأول نشوء دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، بينما يخصص الفرع الثاني لفكرة التدرج الشكلي في هذا الدستور.

الفرع الأول
نشوء دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥

ورد في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية آلية إقامة الدستور العراقي النافذ، إذ ألزم (الجمعية الوطنية) بكتابة مسودة الدستور حيث نص على "على الجمعية الوطنية كتابة مسودة للدستور الدائم للعراق. و ستقوم هذه الجمعية بآداء هذه المسؤولية بطرق منها تشجيع المناقشات بشأن الدستور بولسطة إجتماعات عامة علنية ودورية في كل أنحاء العراق و عبر وسائل الإعلام، وتسلك المقترحات من مواطني العراق أثناء قيامها بعملية كتابة الدستور"[٦٢]وفي ٢٠٠٥/٥/١٠ صوت أعضاء الجمعية لتشكيل لجنة صياغة الدستور، و بعد تشكيلها تم إجراء إجتماعات مكثفة من أجل التوصل الى إعداد المسودة في الوقت القانوني و المحدد في المادة الواحدة و الستون من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية التي نصت على "على الجمعية الوطنية كتابة المسودة للدستور الدائم في موعدٍ أقصاها ١٥ آب ٢٠٠٥"[٦٣]إلا إن اللجنة واجهت العديد من الصعوبات و الخلافات بين الكتل السياسية في العديد من المسائل و القضايا، ولكن رغم هذه الصعوبات تم الإعلان عن الإنتهاء من كتابة مسودة الدستور في ٢٠٠٥/٩/١٤. وتطبيقاً لما جاء في قانون إدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية بشأن طرق إقرار الدستور الذي نص على "تعرض مسودة الدستور الدائم على الشعب العراقي للموافقة عليه بإستفتاء عام. وفي الفترة التي تسبق إجراء الإستفتاء، تنشر مسودة الدستور و توزع بصورة واسعة لتشجيع إجراء نقاش عام بين أبناء الشعب بشأنها"[٦٤]وأصدر المجلس الوطني العراقي قانون الإستفتاء على مشروع الدستور الدائم، وبموجبه حدد يوم السبت الموافق ٢٠٠٥/١٠/١٥ لإجراء الإستفتاء الدستوري.[٦٥]

---

[٦٠] د. سامر ناصر، الفكر الدستوري العراقي بين الحاضرو المستقبل، بحث منشور في كتاب دراسات دستورية عراقية، مصدر سابق، ص ٤٨٤.

[٦١] المادة (٢٧/ه) قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية لعام ٢٠٠٤.

[٦٢] المادة (٦٠) قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية لعام ٢٠٠٤.

[٦٣] المادة (٦١/أ) نفس القانون أعلاه.

[٦٤] المادة (٦١/ب) نفس القانون أعلاه.

[٦٥] المادة (١) من قانون الإستفتاء على مشروع الدستور العراقي، رقم ٢ لسنة ٢٠٠٥.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

بعد أن أجري الإستفتاء في الموعد المحدد له، أعلنت المفوضية العليا للإنتخابات بعد خمسة عشرة يوماً نتيجة الإستفتاء، حيث أدلى ٧٨,٥٨% من الناخبين المشاركين بنعم لمشروع الدستور في مقابل ٢١,٤١% من الأصوات التي رفضت ذلك المشروع، وبعد موافقة المصوتين على مشروع الدستور، نشر الدستور في ٢٠٠٥/١٢/٢٨.[٦٦]

وبعد صدور الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ الغى المشرع الدستوري بشكل جزئي قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية، حيث إستثنى فقرة (أ) من المادة الثلاثة و الخمسين المتعلقة بإقليم كوردستان العراق و المادة الثمانة و الخمسين المتعلقة بحل النزاعات الملكية العقارية، حيث نص الدستور على "يلغى قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية، وملحقه، عند قيام الحكومة الجديدة، بإستثناء ما ورد في الفقرة (أ) من المادة (٥٣) و المادة (٥٨) منه".[٦٧]

وبالنسبة لنطاق الكتلة الدستورية في ظل هذا الدستور قد توسعت كثيراً، فلا تتضمن المجموعة الدستورية قواعد الدستور العراقي النافذ و ماتبقى من قانون إدارة الدولة العراقية، بل تشتمل على قواعد و مبادئ أخرى، حيث إن هذه القواعد و المبادئ جنباً الى جنب القواعد الواردة في الدستور العراقي تشكل قيداً على سلطة المشرع من جانب، وتوسع دائرة الرقابة الدستورية للقاضي الدستوري من جانب آخر. وكما أشرنا سابقاً إن هذه القواعد و المبادئ إنتقلت بشكل مباشر من قانون إدارة الدولة العراقية الى هذا الدستور، والتي تتمثل في الأحكام الثابتة في الشريعة الإسلامية و مبادئ الديمقراطية. حيث نص الدستور على "الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع: أ/ لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت الإسلام. ب/ لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية. ج/ لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق و الحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور".[٦٨]

وإرتباطاً بما سبق فالكتلة الدستورية تتكون من الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ و المادتين (٥٣/أ و ٥٨) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية لعام ٢٠٠٤ و ثوابت أحكام الإسلام و مبادئ الديمقراطية، والسؤال المطروح هنا ماذا لو حصل تعارض بين هذه القواعد المتعددة المصدر؟ وإن إمكانية التعارض بين هذه القواعد تثور بشكل مؤكد لأن التوفيق بين ثوابت أحكام الإسلام مع مبادئ الديمقراطية ليس سهلاً، فلذلك على المحكمة الإتحادية أن تجد حلاً لرفع التعارض بين هذه القواعد المكونة للكتلة الدستورية في العراق.

الفرع الثاني
التدرج الشكلي للقواعد الدستورية في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥

أشرنا في الفرع الأول من هذا المطلب بإن هناك قواعد أخرى بجانب قواعد دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ تقيد سلطة المشرع عند ممارسة عمله و تتمثل هذه القواعد بأحكام ثوابت الإسلام و مبادئ الديمقراطية. إن ما جاء من عبارة (الإسلام دين الدولة الرسمي) ليست أمراً جديداً بل إن هذه العبارة وردت في جميع الدساتير العراقية السابقة حيث نص القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ على "الإسلام دين الدولة الرسمي، و حرية القيام بشعائره المألوفة في العراق على إختلاف مذاهبه محترمة لا تمس،....."[٦٩] كالدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٥٨ على "الإسلام دين الدولة"[٧٠] و نص الدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٦٤ على "الإسلام دين الدولة و القاعدة الأساسية لدستورها ....."[٧١] وكذلك أكد الدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٦٨ على" الإسلام دين الدولة و القاعدة الأساسية لدستورها....."[٧٢] والدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٧٠ نص على "الإسلام دين الدولة"[٧٣] و لكن كونه مصدر أساس

---

[٦٦] للتفصيل أكثر حول الأعمال التحضيرية لإقرار الدستور العراقي ينظر: د. حميد حنون خالد، مبادئ القانون الدستوري، مصدر سابق، ص ٣٢٨ ؛ دلاور عثمان مجيد، دستور جمهورية العراق لسنة٢٠٠٥، أكاديمية التوعية وتأهيل الكوادر، السليمانية، ٢٠١٢، ص٦٦ وما بعدها ؛ جوناثان مورو، العملية الدستورية العراقية الفرصة الضائعة، تقرير رقم ١٥٥، معهد السلام الأمريكي، واشنطن، ٢٠٠٥، ص٨ ؛ ياسين محمود عبابكر، دور الإنتخابات البرلمانية في عملية التحول الديمقراطي في العراق بعد ٢٠٠٣، مطبعة الحاج هاشم، أربيل، ٢٠١٣، ص ص٢٠٩-٢١٦.

[٦٧] المادة (١٤٣) من الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥.

[٦٨] المادة (٢) من نفس الدستور أعلاه.

[٦٩] المادة (١٣) من القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥.

[٧٠] المادة (٤) من الدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٥٨.

[٧١] المادة (٣) من الدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٦٤.

[٧٢] المادة (٤) من الدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٦٨.

[٧٣] المادة (٤) من الدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٧٠.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/_2.2.8

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

للتشريع، و عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابته أمر مستحدث بالكامل حيث جاءت هذه العبارة أولاً في قانون إدارة الدولة العراقية ثم إنتقلت نصاً الى دستور ٢٠٠٥. وهذا الأمر هو الذي يهمنا في دراستنا حيث تثور جملة من الأسئلة منها ماالمقصود بثوابت أحكام الإسلام؟ و إذا كان الإسلام مصدر أساس للتشريع، فهل هذا يعني إن أحكام الإسلام تكون مصدراً موضوعياً أو مصدراً رسمياً للتشريع أو ألإثنين معاً؟[٧٤]ومن ثم ما هومرتبة ثوابت أحكام الإسلام في النظام القانوني في العراق؟ هل إن ما ورد من الفقرات أ و ب من المادة السابقة يعد خطاباً موجهاً الى المشرع العادي و الفرعي أم موجهاً الى المشرع الدستوري كذلك؟

إن الإجابة على التساؤلات السابقة يفرض ضرورة البحث عن آراء الفقهاء و القضاء الدستوري حول هذا الموضوع في الدول المختلفة، حيث نصت دساتير دول عربية أخرى على كون أحكام الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع منها: نص الدستور المصري لعام ٢٠١٤ على "مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"؛[٧٥]ونص الدستور الإماراتي أيضاً على "الإسلام هو الدين الرسمي للإتحاد، و الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيه ....." ؛[٧٦]وكذلك نص الدستور الكويتي على "دين الدولة الإسلام، و الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع".[٧٧]

ولقد إختلف فقهاء الدستوريين و أساتذة القانون الدستوري حول تفسير هذه النصوص، فيرى الفقيه المصري الدكتور عبدالحميد متولي "إن نص المادة الثانية من الدستور المصري هو حكم تخييري لا وجوبي، وإن القصد منه هو الإرتقاء بأحكام الشريعة الإسلامية الى قمة المصادر الموضوعية التي يستلهم منها المشرع عند سن القانون و إن هذا النص يعد بمثابة خطوة تمهيدية للنص مستقبلاً على أن تكون الشريعة مصدراً رئيسياً للدستور".[٧٨]

أما الفقية الدكتور سامي جمال الدين فله رأي آخر، حيث يقول "إن تفسير المادة الثانية من الدستور المصري هو ألتزام المشرع بإتباع مبادئ الشريعة الإسلامية عنما يسن تشريعاً معيناً، و هو الإلتزام الذي يحول أحكام الشريعة الإسلامية الى مصدر رسمي للقانون و ليس فقط مصدراً موضوعياً للتشريع، وإن دلالة المادة الثانية من الدستور تؤدي الى تقييد سلطة المشرع على الأقل بضرورة الرجوع الى مبادئ الشريعة الإسلامية عند سن التشريعات"؛[٧٩] يضيف أيضاً "لتعديل المادة الثانية أثره القانوني الواضح و البالغ الأهمية، فهو من ناحية حول هذه المبادئ الى المصدر الرسمي للقانون، ومن ناحية أخرى جعل لها الأولوية بين المصادر الموضوعية، و من ثم يغدو المشرع ملزماً بالرجوع الى المبادئ الشريعة الإسلامية ابتداءً كلما هم بسن تشريع، و بالتالي لا يجوز لتشريع وضعي أن يخالف حكماً قطعياً من أحكام الشريعة الإسلامية أو أحد مبادئها القطعية و إلا كان هذا التشريع مشوباً بعيب مخالفة الدستور، لإغفاله مبادئ الشريعة الإسلامية و تقديم مصدر موضوعي ثانوي فرعي عليها وهي المصدر الرئيسي الأول بحكم الدستور".[٨٠]

ويضيف بأن مبادئ الشريعة الإسلامية ملزمة للمشرع، و يرى كذلك بأن الرجوع الى مبادئ الشريعة الإسلامية ليس مفروضاً على المشرع وحده، و بل مفروض على القاضي كذلك. ويبرر ذلك بأنه إذا كان القاضي يلتزم أصلاً بإرادة المشرع وهي إرادة بدورها ملزمة بإتباع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها، فمن باب أولى ان يكون القاضي كذلك. وبأن مبادئ الشريعة الإسلامية لها مرتبة أعلى من مرتبة التشريعات العادية و أقل مرتبة من القواعد الدستورية.[٨١]

---

[٧٤] يقصد بالمصدر الموضوعي هو الذي يستمد منه القانون مضمونه، أي المواد الأولية التي تساهم في صنع القاعدة القانونية، أما المصدر الرسمي هو الذي يوفر للقاعدة القانونية قوة الإلزام و الصبغة الرسمية. ينظر، أستاذنا د. فاروق عبدالله كريم، "الآثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع"، بحث منشور في كتاب دراسات دستورية عراقية، مصدر سابق، ص٣٠٥؛ القاضي خالد محي الدين أحمد، "مدى ملائمة الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور و القوانين الوضعية"، بحث منشور في كتاب دراسات دستورية عراقية، مصدر سابق، ص٣٢١.

[٧٥] المادة (٢) من الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٤.

[٧٦] المادة (٧) من دستور الإمارات العربية المتحدة، لعام ١٩٧١.

[٧٧] المادة (٢) من دستور دولة الكويت، لعام ١٩٦٢.

[٧٨] د.محمد فوزي نويجي، مصدر سابق، ص ١١٤.

[٧٩] د. سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية و مبادىء الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، ٢٠١٣، ص ١٨٨.

[٨٠] د. سامي جمال الدين، نفس المصدر أعلاه، ص ١٨٩

[٨١] د. سامي جمال الدين، المصدر أعلاه، ص ٢٠٩؛ د. عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر، أطروحة دكتوراه قدمت الى كلية الحقوق بجامعة عين الشمس، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٢٣٧.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

و يرى الدكتور فتحي فكري بأن المادة الثانية من الدستور المصري خطاب موجه الى المشرع العادي و القاضي الدستوري معاً، فالمشرع أصبح يمتنع عليه أن يصدر قانوناً مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وعلى القاضي الدستوري الحكم بعدم دستورية القوانين المخالفة للشريعة الإسلامية.[٨٢]

و بالنسبة لموقف القضاء الدستوري حول هذا الخلاف فنجد أن المحكمة الدستورية العليا في مصر إتجهت في العديد من قراراتها نحو إلزام المشرع بعدم مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية و الزام القاضي الدستوري بمراقبة القوانين للتأكد عن مطابقة القوانين لهذه المبادئ، ففي حكم لها نصت على ان "ما نص عليه الدستور في مادته الثانية – بعد تعديلها في سنة ١٩٨٠- من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، إنما يتمخض عن قيد يجب على السلطة التشريعية أن تتحراه و تنزل عليه في تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل، فلا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها و دلالتها ....."[٨٣] و في حكم آخر لها قضت نفس المحكمة بأن "سلطة التشريع إعتباراً من تأريخ العمل بتعديل العبارة الأخيرة من المادة الثانية من دستور ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠، أصبحت مقيدة فيما تسنه من تشريعات مستحدثة أو معدلة لتشريعات سابقة على هذا التأريخ، بمراعاة أن تكون هذه التشريعات متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية ..... كان إلزام المشرع بإتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع على ما سلف بيانه لا ينصرف سوى الى التشريعات التي تصدر بعد التأريخ الذي فرض فيه الإلزام بحيث إذا إنطوى أي منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع في حومة المخالفة الدستورية".[٨٤]

وعليه يستنتج من قرارات المحكمة الدستورية المصرية أن مبادئ الشريعة الإسلامية في مصر تعد مصدراً رسمياً ملزماً للمشرع من تأريخ تعديل المادة الثانية من الدستور، وإعترفت المحكمة الدستورية كذلك بأن مبادئ الشريعة الإسلامية لها قوة الزامية تعلو على القوانين، وعند مخالفة هذه المبادئ سيكون القانون مشوباً بعيب مخالفة الدستور.

أما فيما يخص المادة الثانية من الدستور العراقي النافذ، أن العبارات الواردة في هذه المادة مازالت مبهمة و غير واضحة، بحيث إختلفت الآراء حول صياغة هذه المادة و مفهوم الإسلام و عدم وجود التوافق التام بين ثوابت الإسلام و مبادئ الديمقراطية. و من أهم هذه الآراء مايأتي:

يرى (ناثان براون)[٨٥] إن عبارة الإسلام مصدر أساسي للتشريع هي صيغة توفيقية بين صيغة (مصدر للتشريع) بصيغة التنكير، وصيغة (المصدر الأساسي) بصيغة التعريف، فالفرق واضح جداً بين صيغة المصدر الأساسي التي تفيد بأن الإسلام هو المصدر الوحيد للتشريع، وبين صيغة (مصدر التشريع) و التي تفيد بوجود مصادر أخرى بجانب أحكام الإسلام كالعرف المحلي و الإجتهادات.[٨٦]

ويضيف براون بأن عبارة عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام توحي بأنها لن تطبق إلا على التشريعات التي سوف تسن بعد إقرار الدستور، وإن هذه المادة تفرض على البرلمان أن يستخدم الإسلام كمصدر للتشريع، وأن يحرص على تجنب المساس بثوابت أحكام الإسلام. أما بالنسبة لما يراه بصدد الفقرة (ب) من المادة الثانية فيقول "تعد إرشاداً قوياً و إن يكن غامض المعنى، أن يقوي المواد الدستورية الضعيفة الخاصة بالحقوق، وذلك على مدى البعيد".[٨٧]

ويرى الأستاذ الدكتور (غازي فيصل مهدي)[٨٨] أن "عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت الإسلام فإنه يحتاج الى إيضاح، لنه ليس هناك من قائمة تحصى ثوابت أحكام الإسلام، فلكل مذهب من المذاهب الإسلامية آراؤه و إجتهاداته، وما يعد حكماً ثابتاً في

---

[٨٢] د. فتحي فكري، تعليق على إقتراح تعديل المادة الثانية من الدستور الكويتي مع تقييم بعض جوانب قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر بشأن المادة المقابلة من دستور ١٩٧١، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة الثامنة عشر، العدد الرابع، ١٩٩٤، ص٢٨٣.

[٨٣] حكم المحكمة الدستورية العليا، الصادر في ٢٠٠٧/٧/١، القضية ٧٠ ق.دستورية، جزء ١٢، المجلد الأول، ص ٥٨٠.

[٨٤] حكم المحكمة الدستورية العليا المصري، الصادر في ١٩٨٥/٥/١٦، القضية ٢٠ ق١ الدستورية، في الجريدة الرسمية المصرية، العدد ٢٠، ص ٩٩٧-٩٩٨.

[٨٥] الباحث الأقدم في مؤسسة كارنيجي لدراسات السلام العالمي.

[٨٦] فالح عبدالجبار، متضادات الدستور الدائم، بحث منشور في كتاب: مأزق الدستور، معهد الدراسات الإستراتيجية، بغداد-بيروت، ٢٠٠٦ ، ص٩١.

[٨٧] ناثان براون، ملاحظات التحليلية حول الدستور، بحث منشور في كتاب: مأزق الدستور، المصدر السابق، ص ٣٣.

[٨٨] خريج كلية القانون بجامعة بغداد ١٩٧٣-١٩٧٤، حاصل على شهادة الماجستير في القانون الخاص في جامعة بغداد عام ١٩٩٢، و شهادة الدكتوراه في القانون الإداري في نفس الجامعة عام ١٩٩٢، مارس التدريس في مواد مختلفة في جامعات بغداد و المستنصرية و العلوم الإسلامية و هيئة المعاهد الفنية و كلية التراث الجامعة، عمل مديراً للدائرة القانونية في وزارة التعليم العالي و البحث العلمي و عميداً لكلية النهرين للحقوق بجامعة النهرين.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/_2.2.8

مذهب، قد لا يعد كذلك في مذهب آخر، ولعل الخلاف بين المذاهب الإسلامية تعلق حتى بالمصادر الأصلية للتشريع، فهناك إختلاف في تفسير الآيات القرآنية، ومثله في أسانيد السنة النبوية، فكيف يمكن بعد ذلك استيحاء الثوابت خصوصاً و ان الدستور إعترف في المادة (٣) منه بأن العراق بلد متعدد القوميات و الأديان و المذاهب"[٨٩]ويضيف كذلك ان "عدم جواز سن قانون يتعارض مع المبادئ الديمقراطية فهو الآخر قد ركس في وحل الغموض، لأن الديمقراطية أنواع، فهناك الديمقراطية الغربية و الديمقراطية الماركسية و الديمقراطية الإجتماعية، و الديمقراطية الغربية على رأي الفقية (روبرت دال) نظام حكم الأكثرية انها منهاج حكم يتقبل التكيف مع عقائد المجتمعات المختلفة ويراعي ظروفها الخاصة. و بالتالي فهي ليست عقيدة كاملة للحياة"[٩٠]

أما الدكتور (فالح عبدالجبار) يرى أن عبارة الإسلام هو مصدر أساسي للتشريع هي عبارة مستحدثة و جديدة، لأنه يشير الى الإسلام بشكل عام و ليس الى الشريعة، حيث العبارة الأخيرة تتضمن الفقه، وإن الدساتير دول الأخرى نصت على الشريعة المصدر الرئيسي للتشريع كالدستور المصرى لعام ١٩٧١ أو حتى بعض الدساتير تعتمد على مذهب معين كمصدر للتشريع كالدستور الإيراني.[٩١]و عند دراسة هذه الإشكالية يمكن القول أن العراق هي دولة تحتوي على مذاهب و طوائف دينية متعددة و متباينة إلا إن المشرع الدستوري أراد من الإسلام الأحكام الثابتة و هي تلك الأحكام القطعية الثبوت كما ذكرنا سابقاً و هي ما ورد في كتاب الله و الأحاديث النبوية القطعية المجمع عليها بين جميع المذاهب الدينية، لذلك لا نرى بأن القصد من الإسلام كافة الأحكام و التراث الغني طوال الحياة الإسلامية كما يعتقده الدكتور فالح عبدالجبار بل تشمل الأحكام الثابتة فقط، و على المحكمة الإتحادية العليا أن تبين هذا التفصيل و تفسر هذه المادة كما حدث في مصر حيث قامت المحكمة الدستورية العليا بواجبها و وضح ما هي مبهمة و غير واضحة من عبارة (الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع).

إضافة الى ما سبق يشير د.فالح عبدالجبار الى أن الفقرة (أ) من المادة الثانية تحظر أي تشريع يناقض ثوابت أحكام الإسلام، و في الفقرة (ب) من نفس المادة ذاتها تحظر اي تشريع تعارض مبادئ الديمقراطية، فيرى بأنه ليس معروفاً أية هيئة عليها أن تحدد ما هي الأحكام الثابتة و ماهي الأحكام المتغيرة في الإسلام، و ما هي مبادئ الديمقراطية؟ أهي الديمقراطية الأغلبية البرلمانية البسيطة أم مبادئ الديمقرطية التوافقية؟ ولا ريب إن اللبس و الإبهام واردان بهذا الشأن، وإنه بالتالي ينطوي ضمناً أو صراحةً على حكم رجال الدين لتفسير معنى الإسلام و وضع فئة واحدة لا تزيد على بضعة آلاف موضع القيم على تفكير الملايين.[٩٢]

إضافةً الى ما أبدي حول التعارض و التناقض بين فقرتي المادة الثانية يرى مجموعة من الباحثين[٩٣]إن ماجاء في المادة الثانية تحوي تناقضات عدة، حيث يرون بأن إحدى الأسس في الحياة الديمقراطية هو النشاط الإقتصادي الحر و التعامل اليومي مع إقتصاديات السوق القائمة على المعاملات الربوية المحرمة طبقاً لثوابت الإسلام، فكيف سيتم تسيير الشؤون الإقتصادية في البلاد؟ هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى إن الإسلام هو مجموعة قيم ومبادئ و مفاهيم و طريقة حياة، بينما الديمقراطية مجموعة مبادئ و قيم لإدارة العملية السياسية في البلاد.[٩٤]

وهناك لأستاذنا البروفيسور الدكتور فاروق عبدالله كريم بهذا الصدد حيث يكتب "إن المراد من المصدر الوارد – في المادة الثانية – هو المصدر المادي أو الموضوعي، وإن المراد من عبارة التشريع هو سن قواعد قانونية مكتوبة، و هذا يعني إن السلطة المختصة في الدولة تكون ملزمة بإتخاذ الشريعة الإسلامية مصدراً في سنها للقوانين".[٩٥]

نتيجة ما عرضناه من آراء الباحثين نرى بأن المراد من عبارة الإسلام مصدر رئيسي للتشريع هو المصدر الموضوعي، ويكون أحكام الإسلام إحدى المصادر الموضوعية التي يستلهم منها المشرع عند وضع القوانين، وهذا يعني إن المشرع أمامه مصادر موضوعية أخرى لكي يستلهم منها موضوع و مضمون القاعدة القانونية الموضوعية إلا إنه يجب أن تتطابق مع أحكام الشريعة الإسلامية و مبادئ الديمقراطية. لأن ما جاء في الفقرتين (أ،ب) من المادة الثانية من الدستور هو خطاب موجه الى المشرع بأن يتجنب سن تشريع مخالف للأحكام الثابتة للإسلام و لمبادئ الديمقراطية، و كذلك يعد خطاباً موجهاً الى القاضي الدستوري، الذي يلزمه بمراقبة التشريعات الصادرة من مطابقته لثوابت الإسلام و مبادئ الديمقراطية. إلا إن ما يستوجب الإشارة اليه هو إن التوفيق

---

[٨٩] د. غازي فيصل مهدي، نصوص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ في الميزان، ط١، موسوعة الثقافة القانونية، بغداد، ٢٠٠٨، ص ص٧-٨.

[٩٠] د.غازي فيصل مهدي، نفس المصدر أعلاه، ص ٨.

[٩١] فالح عبدالجبار، مصدر سابق، ص ٩٢.

[٩٢] فالح عبدالجبار، التوافقية و الدين و الدولة وهوية العراق، بحث منشور في كتاب: مأزق الدستور، مصدر سابق، ص١١٥.

[٩٣] منهم (غانم جواد باحث في قضايا حقوق الإنسان ونعمان منى).

[٩٤] غانم جواد، نظرة نقدية الى الدستور العراقي، بحث منشور في كتاب: مأزق الدستور، مصدر سابق، ص ١٣٠.

[٩٥] أستاذنا د. فاروق عبدالله كريم، الآثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع، بحث منشور في كتاب: دراسات دستورية عراقية، مصدر سابق، ص ٣٠٧-٣٠٨.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

بين ثوابت الإسلام و مبادئ الديمقراطية من قبل المشرع ليس أمراً يسيراً، لأنه حتى إذا آمنا بأنه ليس هناك تعارض تام بين ثوابت الإسلام و مبادئ الديمقراطية إلا إنه لا يمكن إيجاد توافق تام بينهما، ولهذا فأنه سيكون للمحكمة الإتحادية دور كبير في تفسير هذه المادة عليها أن تقوم بوظيفتها في رفع كل هذا الإبهام و اللبس و التعارض الوارد في هذه المادة كما فعلت مثيلتها في مصر و أنارت الطريق أمام المشرع والقاضي الدستوري معاً.

وفي ختام هذا المبحث يستنتج بأنه لا يمكن إقامة التدرج الشكلي بين القواعد المكونة للكتلة الدستورية ذات مصادر متعددة، لأن لا يوجد نص دستوري يشير الى ذلك و لم يتطرق المحكمة الإتحادية الى هذا الموضوع، وإن الدستور العراقي النافذ نص على هذه المرجعيات من دون أن يعطي لأحدها الأفضلية و الأولوية على الأخرى وحتى إن النص جاء مشتركاً في الفقرات (أ،ب،ج) من المادة الثانية و تكررت عبارة "لا يجوز سن قانون يتعارض ....." في الحالات الثلاث للتأكيد على أنها بمرتبة متساوية من حيث قوة (المنع) للتشريع و لا يوجد هناك ما يدل علي علوية بعضها على الأخرى.

الخاتمة

في خاتمة هذه الدراسة سيتم بيان أهم اللإستنتاجات وأبرز التوصيات وكما يلي:

أولاً/ الإستنتاجات

1. التدرج الشكلي هو ترتيب المصادر المتعددة للقواعد ذات القيمة الدستورية من حيث القيمة، بحيث يعلو مصدر ما على المصادر الأخرى، لأنه يتمتع بقيمة قانونية أعلى مقارنة بباقي المصادر الأخرى و بالتالي على القاضي الدستوري أن يأخذ بالنص الوارد في هذا المصدر و يستبعد النص الدستوري الوارد في المصدر الأقل قيمةً لإزالة التعارض فيما بينها.
2. ظهرت هذه الفكرة في فرنسا نتيجة وجود وثائق دستورية متعددة، المتمثلة بإعلان حقوق الإنسان و المواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩ ومقدمة الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦ و الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ و ميثاق البيئة الفرنسي الصادر عام ٢٠٠٤، و نتيجة هذا الإتساع في نطاق القواعد الدستورية أُثيرت مشكلة التعارض بين هذه القواعد الدستورية ذات المصادر المختلفة من حيث وقت صدورها.
3. إنتقلت هذه الفكرة الى العديد من الدول الأخرى منها الدولة المصرية و ذلك نتيجة إتساع نطاق القواعد الدستورية، وكذلك شملت هذه الفكرة العراق أيضاً خاصةً بعد عام ٢٠٠٣ و صدور كلا الدستورين (قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية لعام ٢٠٠٤ و دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥) اللذين أشارا الى العديد من الأحكام و المبادئ التي تكون بمثابة قيد على أعمال المشرع في العراق و ذلك من خلال نصهما على عدم جواز سن قانون يتعارض مع أحكام ثوابت الإسلام و مبادئ الديمقراطية.
4. إختلف الفقهاء الدستوريين و أساتذة القانون الدستوري بشأن هذه الفكرة، فالبعض منهم أيده هذه الفكرة والبعض الآخر رفضها، أما بالنسبة لموقف القضاء الدستوري بشأن هذه الفكرة فقد رفض المجلس الدستوري في فرنسا وجود تدرج بين القواعد الدستورية من الناحية الشكلية، و أشار في العديد من قراراته الى تطبيق القواعد الدستورية ذات مصادر مختلفة بشكل متساوي، دون إقامة أي تدرج بينها.
5. وبالنسبة للعراق، فعلى الرغم من وجود قواعد و مبادئ أخرى بجانب القواعد الواردة في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، إلا إن إقامة التدرج بينها من الناحية الشكلية لم تثيرها المحكمة الإتحادية.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/_2.2.8

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

ثانياً/ التوصيات

1. وردت في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ نصوص غامضة يتعذر حملها على معنى محدد، و لهذا تختلف فيها وجهات النظر وتتباين على صعيد الفقه والقضاء، ومن بين هذه النصوص، نص المادة الثانية بفقراتها (أ، ب، جـ) من الدستور، التي نصت على أنه لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام، و كذلك لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية ، وأيضاً مع الحقوق و الحريات الأساسية الواردة في الدستور، إن التوفيق بين ثوابت الإسلام و مبادئ الديمقراطية من قبل المشرع ليس أمراً يسيراً، لأنه حتى إذا آمنا بأنه ليس هناك تعارض تام بين ثوابت الإسلام و مبادئ الديمقراطية إلا إنه لا يمكن إيجاد توافق تام بينهما، لذلك نقترح بتعديل هذه المادة بشكل يرفع هذا التعارض بين فقرتي أ و ب من المادة الثانية.
2. وبالنسبة لعدم جواز سن قانون يتعارض مع الحقوق و الحريات الأساسية الواردة في الدستور فهو حكم زائد لا جدوى منه ويمكن الاستغناء عنه، لأن الدستور و في المادة (١٣/ ثانياً) منه نص على عدم جواز سن قانون يتعارض مع أحكامه، و اعتبر باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه، و على فرض صدور قانون من هذا القبيل فإنه يمكن مهاجمته (الاعتراض عليه) أمام المحكمة الإتحادية العليا و طلب إلغائه. لذلك نقترح بحذف الفقرة الثلاثة من المادة الثانية من الدستور.

قائمة المصادر

أولاً/ الكتب العربية

1. بول بريمر، عام قضيته في العراق النضال لبناء غد مرجو، ترجمة عمر أيوبي، دار الكتاب العربي، بيروت، ٢٠٠٦.
2. جوناثان مورو، العملية الدستورية العراقية الفرصة الضائعة، تقرير رقم ١٥٥، معهد السلام الأمريكي، واشنطن، ٢٠٠٥.
3. د. حميد حنون خالد، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣.
4. خانزاد أحمد عبد، القانون الدستوري الدولي، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.
5. دلاور عثمان مجيد، دستور جمهورية العراق لسنة٢٠٠٥، أكاديمية التوعية وتأهيل الكوادر، السليمانية، ٢٠١٢.
6. د. رجب محمود طاجن، قيود تعديل الدستور، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
7. د. سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية و مبادىء الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، ٢٠١٣.
8. د. عبدالحفيظ علي الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
9. د. عبدالحفيظ علي الشيمي، القضاء الدستوري و حماية الحريات الأساسية في القانون المصري و الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
10. عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
11. غازي فيصل مهدي، نصوص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ في الميزان، ط١، موسوعة الثقافة القانونية، بغداد، ٢٠٠٨.
12. د. محمد فوزي نويجي، فكرة تدرج القواعد الدستورية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
13. د. منذر الشاوي، في الدستور، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٥.
14. ياسين محمود عبابكر، دور الإنتخابات البرلمانية في عملية التحول الديمقراطي في العراق بعد ٢٠٠٣، مطبعة الحاج هاشم، أربيل، ٢٠١٣.
15. أ.د. يوسف الحاشي، في نظرية الدستور، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٩.

ثانياً / الكتب الأجنبية

1. Cyril BRAMI, La hiérarchie des normes en droit constitutionnel français Essai d'analyse systémique, these pour l'obtention du grade de docteur en droitdel 'UNIVERSITE DE CERGY PONTOISE
2. Fracois Goguel, Object et portee de la protection des droits fondamentaul.
3. Gorges Vedel, La Place de Declaration de 1789 dans le "Block de Constitutionnalle" la declaration des droits de hemme ef du citoyen etla jurisprudane, collque des 25 maiet 26 mal au conseil constitutionnel, Paris, P.U.F

ثالثاً/ أطروحة الدكتوراه

1. د. عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر، أطروحة دكتوراه قدمت الى كلية الحقوق بجامعة عين الشمس، القاهرة، ١٩٨٨.

رابعاً/ البحوث المنشورة

1. د. حميد حانون خالد، قراءة في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية، بحث منشور في كتاب: دراسات دستورية عراقية، مجموعة مؤلفين، ط١، Boyd Printing Company، نيويورك.
2. د. سامر ناصر، الفكر الدستوري العراقي بين الحاضرو المستقبل، بحث منشور في كتاب دراسات دستورية عراقية، مجموعة مؤلفين، ط١، Boyd Printing Company، نيويورك.
3. خالد محي الدين أحمد، "مدى ملائمة الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور و القوانين الوضعية"، بحث منشور في كتاب دراسات دستورية عراقية، مجموعة مؤلفين، ط١، Boyd Printing Company، نيويورك.
4. غانم جواد، نظرة نقدية الى الدستور العراقي، بحث منشور في كتاب: مأزق الدستور، معهد الدراسات الإستراتيجية، بغداد-بيروت، ٢٠٠٦.
5. د. فاروق عبدالله كريم، "الآثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع"، بحث منشور في كتاب دراسات دستورية عراقية، مجموعة مؤلفين، ط١، Boyd Printing Company، نيويورك.
6. فالح عبدالجبار، متضادات الدستور الدائم، بحث منشور في كتاب: مأزق الدستور، معهد الدراسات الإستراتيجية، بغداد-بيروت، ٢٠٠٦.
7. فالح عبدالجبار، التوافقية و الدين و الدولة وهوية العراق، بحث منشور في كتاب: مأزق الدستور، معهد الدراسات الإستراتيجية، بغداد-بيروت، ٢٠٠٦.
8. د. فتحي فكري، تعليق على إقتراح تعديل المادة الثانية من الدستور الكويتي مع تقييم بعض جوانب قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر بشأن المادة المقابلة من دستور ١٩٧١، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة الثامنة عشر، العدد الرابع، ١٩٩٤.
9. ناثان براون، ملاحظات التحليلية حول الدستور، بحث منشور في كتاب: مأزق الدستور، معهد الدراسات الإستراتيجية، بغداد-بيروت، ٢٠٠٦.

خامساً/ الدساتير و القوانين

1. إعلان حقوق الإنسان و المواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩.
2. دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٩.
3. القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥.
4. القانون الأساسي الألماني لعام ١٩٤٩.
5. دستور الجمهورية الخامسة الفرنسي لعام ١٩٥٨.
6. الدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٥٨.
7. دستور دولة الكويت لعام ١٩٦٢.
8. الدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٦٤.
9. الدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٦٨.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/_2.2.8

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

10. الدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٧٠.
11. دستور الإمارات العربية المتحدة لعام ١٩٧١.
12. الدستور السويسري لعام١٩٩٩.
13. قانون إدارة الدولة الغراقية للمرحلة الإنتقالية لعام ٢٠٠٤.
14. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
15. قانون الإستفتاء على مشروع الدستور العراقي، رقم ٢ لسنة ٢٠٠٥.

سادساً/ القرار الدولي

1. القرار الصادر من مجلس الأمن لمنظمة الأمم المتحدة، رقم ١٤٨٣، جلسة رقم ٤٧٦١، المعقودة في ٢٠٠٣/٥/٢٢.

سابعاً/ القرارات القضائية

1. قرار رقم ٧١-٤٤، الصادر من الجلس الدستوري الفرنسي في ١٩٧١/٧/١٦.
2. قرار رقم ٥٣٣-٢٠٠٦، الصادر من نفس المجلس الدستوري الفرنسي في ٢٠٠٦/٣/١٦.
3. قرار رقم ٥٣٥-٢٠٠٦، الصادر من المجلس الدستوري الفرنسي في ٢٠٠٦/٣/٣٠.
4. قرار رقم ٨١-١٣٢، الصادر من المجلس الدستوري الفرنسي في ١٩٨٢/١/١٦.
5. حكم المحكمة الدستورية العليا، الصادر في ٢٠٠٧/٧/١، القضية ٧٠ ق.دستورية، جزء ١٢، المجلد الأول، ص ٥٨.
6. حكم المحكمة الدستورية العليا المصري، الصادر في ١٩٨٥/٥/١٦، القضية ٢٠ ق١ الدستورية، في الجريدة الرسمية المصرية، العدد ٢٠، ص ٩٩٧-٩٩٨.