جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

معهد العلمين للدراسات العليا

قسم القانون

اَلْمَبَادِئَ فَوْقَ اَلدُّسْتُورِيَّةِ بوصفها قيداً على إرادة سلطة وضع الدستور وتعديله

أطروحة تقدم بها طالب الدكتوراه

محمد هاشم محمد الحسيناوي

إلى مجلس معهد العلميين للدراسات العليا في النجف الاشرف وهي جزء من

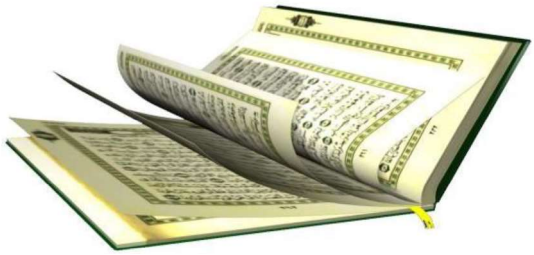
متطلبات نيل شهادة الدكتوراه فلسفة في القانون العام

بإشراف

أ. د. سعيد علي غافل

أ. م. د. ازهار عبد الكريم عبد الوهاب

١٤٤٦ هـ.....العراق / النجف الاشرف..... ٢٠٢٥ م



{۞ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ۚ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً. ۞}

سورة المائدة من الآية ﴿ ٤٨ ﴾

الاهداء

. إلى أرواح الشهداء من القوات المسلحة والحشد الشعبي.. أحياء عند ربهم يرزقون.

. إلى بلد الحضارة والأنبياء والأوصياء والعلم والعلماء .... العراق الحبيب.

. إلى من كانوا سندي ومن علموني المثابرة على حب العلم وغرسا فيَّ نفسي روح الصبر والإرادة أبي وأمي.. براً وإحساناً ... رحمهم الله وأسكنهم فسيح جنانه.

. إلى الأساتذة الأفاضل ينابيع العلم والعطاء في معهد العلميين للدراسات العليا، رمز العلم والتميز مُؤَسِّسًا وعَمِيدًا وأَسَاتِذَة ورئاسة قسم، أهدي هذا الجهد العلمي تقديراً لجهودكم المباركة واسال الله ان يزيدكم فضلاً وتأثيراً، وتقبلوا فائق الاحترام والتقدير.

. إلى رياحين حياتي في الشدة والرخاء فلذت كبدي، أبنائي من البنين والبنات.

. إلى من أشدّ بهم أزري وأشركهم في أمري ويكتمل بهم بعضي وتَسعُد برؤيا هم خلجات وجداني، إخوتي الأعزاء.. حباً وتقديرا.

. إلى من رافقتني في مشوار حياتي، وسارت معي الدرب خطوة خطوة ولاتزال ترافقني حتى الآن زوجتي الغالية..

. إلى كل إنسان ساعدني في أنجاز هذا البحث العلمي.

أهدي هذا الجهد العلمي....

الباحث

شكر وعرفان

لا يسعني إلا أنْ أتقدم بأسمى عبارات الشكر والعرفان والثناء إلى حضرات الأساتذة المحترمون كل من الأستاذ الدكتور سعيد علي غافل والأستاذ المساعد الدكتور زهار عبد الكريم عبد الوهاب المحترمين، لما بذلاه معي من جهد في الاشواف، ولما قدماه لي من نصيحة ومعرفة، طيلة انجاز هذا البحث.

. إلى القائمين على معهد العلميين للدراسات العليا في النجف الاشرف، مؤسّساً سماحة السيد محمد بحر العلوم رحمة الله تعالى، الدكتور إبراهيم بحر العلوم، الدكتور محمد علي بحر العلوم، والسيد العميد دكتور زيد عدنان محسن، ورئاسة الفرع الدكتور صعب ناجي عبود، الدكتورة نجلاء مهدي محسن ,الدكتورة سحر جبار يعقوب, والأساتذة الباقين مع حفظ الألقاب والمقامات، وأمين المكتبة السيد احمد الساعدي، والعاملين جميعاً.

. إلى من أسهم في مد يد العون لي، ولاسيما أساتذتنا الكرام، الذين قدموا المشورة العلمية، والنصيحة في أوقات الدراسة. واخص منهم الدكتور حيدر محمد حسن الوزان، الدكتور علي عنوان القيسي.

. إلى كل، الذين كانوا عوناً لي في البحث وزرعوا التفاؤل فيّ نفسي لا نجاز هذا الجهد، فلهم كل الشكر والتقدير.

. إلى مكتبة جامعة بغداد، جامعة النهرين، جامعة بابل، جامعة القادسية، جامعة الكوفة، جامعة كربلاء، جامعة البصرة، وجامعة ذي قار، وإلى مكاتب النشر في الدول العربية لمد يد العون والحصول على جزء المصادر ولاسيما لبنان، القاهرة، والإسكندرية، الجزائر، ليبيا. المغرب.

.واخص بالشكر والعرفان إدارة المكتبة العلوية في النجف الاشرف.

والمكتبة الحسينية والعباسية في كربلاء المقدسة،

والسيد حيدر والاخ مصطفى مكتب استنساخ معهد العلميين..

خالص التقدير والاحترام لتعاونكم جميعاً.

المُستخُلص

إن الدستور هو القانون الأعلى والأسمى داخل المنظومة التشريعية في الدولة، وقد أحيط بكثير من الاهتمام عند وضعه ونهايته واحياناً بإجراءات أكثر تعقيداً، الا أنه ولدت قبله مبادى عليا آمرة سميت بالمبادئ العليا الآمرة، تعُدّ بمثابة الأساس المتين للمجتمع والنظام السياسي، والتي تتجذر في فلسفة قيم السيادة وحقوق الانسان والعدالة الاجتماعية وفصل السلطات والحرية والمساوة والدين واللغة لمجتمع ما، إذ تعُدّ حجر الزاوية في أي نظام ديمقراطي يصعب المساس بها أو تعديلها، الا في حالات استثنائية محددة. فهي صعبة التغيير والانهاء لأهميتها حتى في حال تغيير الدستور أو اللجوء إلى تعديله. وبما أن حياة الدستور تبدأ بوضعه عن طريق السلطة التأسِّيسِّية الأصلية، وينتهي بنهاية عاديه بالانتهاء أو غير عاديه بالثورة أو الانقلاب. فأنه يتأثر في حياته بالتغييرات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، التي تلحق بالمجتمع وتطوره. وفي خضم تلك التغيرات تظهر أهمية تلك المبادئ في أنها أحد أهم الوسائل المهمة لضمان الاستقرار السياسي والاقتصادي والاجتماعي وحفظ التوازن في الدولة, وفي حماية الحقوق والحريات لأفراد الشعب وحماية الهوية الوطنية والحفاظ على تراث الأمم والشعوب ؛ لأنها في تماس مباشر لحياة الانسان وحرياته الشخصية, لذا حصنت ووصفت بالقيد الموضوع على إرادة السلطة التأسِّيسِّية الأصلية عند تأسيس ونهاية الدستور, إذ تمثلت بالجانب السياسي وشكل الدولة, فلا يمكن للسلطة المؤسَسة أو الْمُنْشَأَة تعديلها مالم يكن هناك نص صريح قد ورد في الدستور, تأتي أهمية هذه الدراسة، في أن جميع القواعد الدستورية تستمد شرعيتها من المبادئ فوق الدستورية , إذ سميت بالفوق دستورية مجازاً لبيان التشديد في أهميتها الجوهرية في بناء هيكل الدستور والنظام الديمقراطي ووسيلة لردم الفجوة بين النص والواقع , إذ تمثل قوة أضافيه، فهي فكرة جوهرية لحفظ القيم المنصفة للحقوق والحريات للشعب. وفي كونها مصدراً مهماً لتحديد وتقييد إرادة سلطة تأسيس الدستور وتعديله، إذ تمنع تغول الأغلبية مع الاحتفاظ بحقوقها وضمان حقوق الاقلية، وحماية طبيعة الدولة والمحافظة على وحدتها. إذ تظهر قيم ومبادئ العدالة وحقوق الإنسان، التي يجب أن يتمتع بها المواطنون؛ لأنها تمثل مبادئ العدل والمساوة وحقوق الإنسان وحرياته الأساسية.. ولأجل توضيحها وتحليلها وكيف يمكن أن تكون هذه المبادئ بما لها من السمو قيداً على إرادة سلطة وضع الدستور وتعديله ومعرفة مضمونها جاءت هذه الدراسة.

المحتويات

الموضـوع	الصفحة
المقدمة	١ـ ٨
الفصل الأول: التعريف بالمبادئ فوق الدستورية المقيدة للسلطة التأسِيسّية الأصلية.	١٠ – ٧٢
المبحث الأول: ماهية المبادئ فوق الدستورية.	١٤ – ٤٩
المطلب الأول: تعريف المبادئ فوق الدستورية.	١٦ – ٤٠
الفرع الأول: تعريف المبادئ فوق الدستورية لغة واصطلاحاً.	١٧ – ٢٣
أولا: تعريف المبادئ فوق الدستورية لغةً.	١٧ – ١٨
ثانيا: التعريف الاصطلاحي.	١٨ – ٢٠
أ: تعريف المبادئ فوق الدستورية فقهاً.	٢٠ – ٢١
ب: تعريف المبادئ فوق الدستورية قضاءً.	٢١ – ٢٣
الفرع الثاني: الأساس الفلسفي للمبادئ فوق الدستورية.	٢٤ – ٢٨
الفرع الثالث: موقع المبادئ فوق الدستورية من الدستور.	٢٨ – ٤٠
أولا: مبادئ فوق دستورية يتضمنها النص الدستوري.	٣٢ – ٣٦
ثانيا: مبادئ فوق دستورية خارج النص الدستوري.	٣٦ – ٤٠
المطلب الثاني: خصائص المبادئ فوق الدستورية.	٤١ – ٤٩
الفرع الأول: المبادئ فوق الدستورية المدونة.	٤٢ – ٤٥
أولا: قواعد قانونية آمرة.	٤٢ – ٤٣
ثانيا: قواعد قانونية استثنائية.	٤٣ – ٤٣

ثالثا: قواعد قانونية تمثل الهوية الوطنية أو الدستورية.	٤٤ – ٤٤
رابعا: قواعد قانونية تمثل البعد العالمي والارتباط الدولي.	٤٤ – ٤٥
الفرع الثاني: المبادئ فوق الدستورية غير المدونة.	٤٥ – ٤٩
أولا: العرف والتقاليد الاجتماعية المقبولة في المجتمع.	٤٦ – ٤٨
ثانيا: قرارات القضاء الدستوري.	٤٨ – ٤٩
المبحث الثاني: العلاقة بين المبادئ فوق الدستورية والسلطة التأسِيسّية الأصلية.	٤٩ – ٧٢
المطلب الأول: تعريف السلطة التأسِيسّية الأصلية.	٥٠ – ٦٥
الفرع الأول: تعريف السلطة التأسِيسّية الأصلية لغةً واصطلاحاً.	٥١– ٥٦
أولا: تعريف السلطة التأسِيسّية لغةً.	٥٢ – ٥٣
ثانيا: تعريف السلطة لتأسِيسّية اصطلاحاً.	٥٣ – ٥٦
الفرع الثاني: طبيعة السلطة التأسِيسّية الأصلية.	٥٧ – ٦٤
أولا: الطبيعة المزدوجة.	٥٩ – ٦٠
ثانيا: الطبيعة القانونية.	٦٠ – ٦١
أولا: الطبيعة السياسية.	٦٢ – ٦٤
المطلب الثاني: ذاتية السلطة التأسِيسّية الأصلية وتميزها عن السلطة المؤسَسة أو المُنشأة.	٦٥ – ٧٢
الفرع الأول: تميز السلطة التأسِيسّية الأصلية عن السلطة المؤسَسة أو المُنشأة من حيث الإعداد.	٦٧ – ٧٠
١. الأهمية.	٦٨ – ٦٨
٢. الأساس.	٦٨ – ٦٨
٣. السيادة.	٦٨ – ٦٩
٤. طبيعة عملها.	٦٩ – ٦٩
٥. المستقبل السياسي.	٦٩ – ٧٠

الفرع الثاني: تميز السلطة التأسِيسّية الأصلية عن السلطة المؤسَسة أو المُنشأة من حيث الاختصاص.	٧٠ – ٧٢
الفصل الثاني: أثر المبادئ فوق الدستورية المقيدة للسلطة التأسِيسّية الأصلية عند وضع الدستور ونهايته.	٧٤ – ١٣٣
المبحث الأول: أثر المبادئ فوق الدستورية على تأسيس الدستور.	٧٥ – ١٠٧
المطلب الأول: أثر المبادئ فوق الدستورية على وضع الدستور.	٧٨ – ٩٨
الفرع الأول: أثر المبادئ فوق الدستورية على وسائل التأسيس.	٨٠ – ٩٤
أولا: أثر المبادئ فوق الدستورية على إجراءات التأسيس.	٨١ – ٨٥
أ: الإعلان الدستوري.	٨١ – ٨٣
ب: العرف الدستوري.	٨٣ – ٨٤
ت: القضاء الدستوري.	٨٤ – ٨٥
ثانيا: أثر المبادئ فوق الدستورية على وسائل التأسيس.	٨٥ – ٩٤
١: الطرق الديمقراطية.	٨٦ – ٩٢
أ. أثر المبادئ فوق الدستورية على الجمعية التأسِيسّية.	٨٨ – ٨٩
ب. أثر المبادئ فوق الدستورية على الاستفتاء الدستوري.	٨٩ – ٩٢
٢: الطرق غير الديمقراطية.	٩٢ – ٩٤
أ. أسلوب المنحة.	٩٣ – ٩٤
ب. أسلوب التعاقد.	٩٤ – ٩٤
الفرع الثاني: العوامل المؤثرة في وسائل التأسيس.	٩٥ – ٩٨
أولا: الظرف السياسية.	٩٥– ٩٦
ثانيا: الظروف الاقتصادية.	٩٦ – ٩٦
ثالثا الظروف الاجتماعية.	٩٧ – ٩٧
رابعا: التأثيرات الخارجية.	٩٧ – ٩٨

المطلب الثاني: إثر المبادئ فوق الدستورية المتعلقة بنظام الدولة.	٩٨ – ١٠٦
الفرع الأول: إثر المبادئ فوق الدستورية المتعلقة بشكل ونظام الدولة.	٩٩ – ١٠٠
الفرع الثاني: إثر المبادئ فوق الدستورية المتعلقة بدين الدولة ولغتها.	١٠١ – ١٠٦
أولا: دين الدولة.	١٠١ – ١٠٤
ثانيا: لغة الدولة.	١٠٤ – ١٠٦
المبحث الثاني: أثر المبادئ فوق الدستورية على نهاية الدستور.	١٠٧ – ١٣٣
المطلب الأول: أثر المبادئ فوق الدستورية في الأنهاء العادي للدستور.	١٠٩ – ١٢٠
الفرع الأول: أثر المبادئ فوق الدستورية في أنهاء الدساتير المرنة.	١١٢ – ١١٨
أولا: الانهاء الصريح للدستور.	١١٣ – ١١٣
ثانيا: الانهاء الضمني للدستور.	١١٣ – ١١٤
ثالثا: الأنهاء بالاندماج.	١١٤ – ١١٤
رابعاً: الأنهاء بإرادة السلطة التأسِّيسيّة الأصلية.	١١٤ – ١١٦
خامسا: الأنهاء بالاستناد إلى قاعدة الاشكال المتوازية.	١١٦ – ١١٨
الفرع الثاني: أثر المبادئ فوق الدستورية في أنهاء الدساتير الجامدة.	١١٨ – ١٢٠
أولا: الأنهاء الجزئي للدستور.	١١٩ – ١١٩
ثانيا: الأنهاء الكلي أو الشامل.	١١٩ – ١٢٠
المطلب الثاني: أثر المبادئ فوق الدستورية بالأنهاء الاستثنائي للدستور.	١٢٠ – ١٣٣
الفرع الأول: إثر المبادئ فوق الدستورية على الأنهاء الاستثنائي للدستور.	١٢١ – ١٣٠
أولا: في حال الثورة.	١٢٢ – ١٢٦
ثانيا: في حال الانقلاب.	١٢٦ – ١٢٩
ثالثا: في حال الاحتلال الأجنبي.	١٢٩ – ١٣٠
الفرع الثاني: موقف القضاء الدستوري من الانهاء الاستثنائي للدستور.	١٣٠ – ١٣٣
أولا: موقف القضاء الدستوري من الانهاء الاستثنائي للدستور.	١٣١ – ١٣٢

ثانيا: النتائج القانونية المترتبة على أنهاء الدستور.	١٣٢ – ١٣٣
الفصل الثالث: أثر المبادئ فوق الدستورية المقيدة لسلطة تعديل الدستور.	١٣٥ – ١٩٨
المبحث الأول: المبادئ فوق الدستورية قيداً على تعديل الدستور.	١٣٩ – ١٦٤
المطلب الأول: أثر المبادئ فوق الدستورية على تعديل الدستور.	١٤١ – ١٥٣
الفرع الأول: تعريف التعديل الدستوري لغةً واصطلاحاً.	١٤١ – ١٤٥
أولا: التعريف لغةً.	١٤٢ – ١٤٢
ثانيا: التعريف اصطلاحاً.	١٤٢ – ١٤٥
أ. التعريف التشريعي للتعديل الدستوري.	١٤٣–١٤٣
ب. التعريف الفقهي للتعديل الدستوري.	١٤٣–١٤٤
ج. التعريف القضائي للتعديل الدستوري.	١٤٤ –١٤٤
الفرع الثاني: العلاقة بين المبادئ فوق الدستورية والجهة المختصة بتعديل الدستور.	١٤٥ – ١٥٣
أولا: البرلمان كسلطة مؤسَسة أو منشأة.	١٤٧ – ١٤٩
ثانيا: الجمعية التأسِيسِّية كسلطة مؤسَسة أو منشأة.	١٤٩ – ١٥١
ثالثا: الشعب كسلطة مؤسَسة أو منشأة.	١٥١ – ١٥٣
المطلب الثاني: العلاقة بين المبادئ فوق الدستورية وإجراءات تعديل الدستور.	١٥٣ – ١٦٥
الفرع الأول: القيود التي ترد على اقتراح التعديل الدستوري	١٥٥ – ١٥٩
أولا: حق اقتراح التعديل للبرلمان وحدة.	١٥٦ – ١٥٧
ثانيا: حق اقتراح التعديل للسلطة التنفيذية وحدها.	١٥٧ – ١٥٨
ثالثا: حق اقتراح التعديل لكل من البرلمان والسلطة التنفيذية.	١٥٨ – ١٥٩
رابعاً: عدم اقتراح بنود تتعارض مع التعديل الدستوري.	١٥٩ –١٥٩
الفرع الثاني: القيود التي ترد على إعداد تعديل الدستور.	١٥٩ – ١٦٤
أولا: المرحلة التحضيرية لتعديل الدستور.	١٦١ – ١٦٢
ثانيا: مرحلة الإعداد النهائي للتعديل الدستوري.	١٦٣ – ١٦٤
المبحث الثاني: حدود التعديل الدستوري.	١٦٤ – ١٩٤

المطلب الأول: القيود الموضوعية والاجرائية في تعديل الدستور.	١٦٦ – ١٧٧
الفرع الأول: القيود الموضوعية والزمنية في تعديل الدستور.	١٦٩ – ١٧٤
أولا: القيود الموضوعية في تعديل الدستور.	١٦٩ – ١٧١
ثانيا": القيود الزمنية في تعديل الدستور.	١٧١ – ١٧٤
الفرع الثاني: القيود الإجرائية في تعديل الدستور.	١٧٥ – ١٧٧
المطلب الثاني: أثر المبادئ فوق الدستورية على حدود التعديل الدستوري.	١٧٧ – ١٩٤
الفرع الأول: أثر المبادئ فوق الدستورية في تحديد الاتجاه المؤيد والمعارض للتعديل الدستوري.	١٧٨ – ١٨٦
أولا: الرأي المعارض لقيود تعديل الدستور.	١٨٠ – ١٨٣
ثانيا: الرأي المؤيد لقيود تعديل الدستور.	١٨٣ – ١٨٦
الفرع الثاني: إثر المبادئ فوق الدستورية على تعديل الدستور.	١٨٦ – ١٩٤
أولا: الأثر الإيجابي للتعديل في الدستور.	١٩٠ – ١٩٢
ثانيا: الأثر السلبي للتعديل في الدستور.	١٩٢ – ١٩٤
الخاتمة	١٩٧ – ٢٠١
أولا: الاستنتاجات	١٩٧–١٩٩
ثانيا: المقترحات	٢٠٠– ٢٠١
المصادر	٢٠٣– ٢٢٤
المستخلص باللغة الإنكليزية	٢٢٥ ـ ٢٢٦
عنوان الاطروحة باللغة الانكليزية	٢٢٧ – ٢٢٧

المُقدَّمة

أولا: موضوع الدراسة.

إن المبادئ فوق الدستورية تعُدّ الإطار الفلسفي والفكري، الذي تقوم عليه المجمعات الإنسانية المتحضرة، إذ تعد بمثابة القواعد، التي تحدد سلوك الافراد والمؤسسات على حد سواء وتسعى إلى توجيهاها في تحقيق العدالة الاجتماعية والمساوة والحرية، فتلك المبادئ ليس مجرد قيم نظرية فقط، بل هي أدوات تظهر قواعد قانونية وسياسيات وتطلعات الشعوب نحو مستقبل أفضل وحياة كريمة تمثل جوهر الإنسانية المشتركة، الذي تجمع بين الشعوب تحت مظلة الإنسانية الوطنية والعالمية.

لذا كان لابد من الإشارة إلى تلك المبادئ , التي غالباً ما تركز على حماية الحقوق الأساسية للشعب , التي وضعت كضمانات قانونية من الصعب التراجع عنها أو المساس بها من قبل الحكومات المتعاقبة والسلطات التشريعية إذ وصفت بالقيد على سلطة وضع الدستور وتعديله عند وضع ونهاية دساتيرها ؛ كذلك اصبحت تلك المبادئ فيما بعد ذات طابع دولي مشترك ؛ لأنها تنطلق من حقوق ثابتة لكل البشر بغض النظر عن عرقهم ودينهم وجذورهم , ومصدر تلك المبادئ طبيعة الانسان البشرية الإنسانية وقيمهم واخلاقهم ومن جذور تلك المبادئ هو التجربة التاريخية العالمية وإعلانات الحقوق مثلاً الثورة الأميركية بوثيقة الحقوق والثورة الفرنسية بإعلان حقوق الإنسان والمواطن , وفي عصرنا اضفت الجمعية العامة للأمم المتحدة ,الذي أسست هذه الحقوق بشرعية دولية عبر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

لقد أضحت تلك المبادئ فوق الدستورية، مبادئ قانونية أساسية تحمل قيم قانونية وفلسفية متميزة عن باقي القواعد الدستورية الأخرى إذا ما قورنت بها، لذا اصبحت متفوقة على الدستور في أغلب الدول. إذ يرى أغلب الفقه إلى ان تلك المبادئ استمدت جذورها من القانون الطبيعي والقانون الدولي، وتستخدم لتفسير قواعد الدستور وتحديد صلاحية القوانين. ومن تلك المبادئ مبادئ حقوق الانسان وحرياته الأساسية، ومبادئ العدالة والمساوة ومبدأ الحقوق الفردية وعدم التمييز فضلاً عنه العديد من تلك المبادئ. وأنها عدت أساسية لدرجة أنه لا يمكن للدستور تغييرها إلا على وفق

إجراءات صعبه نوع ما، وأنه يجب الأخذ بها من قبل جميع القوانين؛ لأهميتها لأنها توفر الأساس للنظام القانوني وتساعد على حماية حقوق الأفراد، كذلك تساعد على توفير ضمان للحقوق والحريات الأساسية.

ففكرة المبادئ فوق الدستورية تكمن في تأسيس ثوابت حاكمة آمرة عليا لا تمس حدود السلوك لأي منظومة سياسية لأي دولة؛ الغرض منها ضمان العدالة، والنظام العام، فكشف النقاب عن هذه المبادئ فوق الدستورية وتقديمها للمكتبة القانونية في كونها مرجعية أضافية تساعد في تغيير الدستور وتطويره وليس بديلا له نساعد في كشف هويتها أذ يرى بعضهم أنها تجاوز لمفهوم قواعد الدستور بمعناه المتداول وهي عكس ذلك.

ثانيا / أهمية الدراسة.

تأتي أهمية هذه الدراسة، في أن جميع القواعد الدستورية تستمد شرعيتها من المبادئ فوق الدستورية , إذ سميت بالفوق دستورية مجازاً لبيان التشديد في أهميتها الجوهرية في بناء هيكل الدستور والنظام الديمقراطي ووسيلة لردم الفجوة بين النص والواقع , إذ تمثل قوة أضافيه تعزز وتنظم الدستور وتحكم سلوك الأفراد والحكومة في ذات الوقت، وتسعى الى تحقيق ضمان تطبيق الحقوق والحريات للأفراد واستقرار النظام على الرغم من وجود الدستور، وفي توفير القدر الأكبر من الحماية الدستورية، والسعي لتثبيت فكرة مثالية واقعية في البنية الأساسية للمجتمع، فهي فكرة جوهرية لحفظ القيم المنصفة للحقوق والحريات للشعب. وفي كونها مصدراً مهماً لتحديد وتقييد إرادة سلطة وضع الدستور وتعديله، إذ تمنع تغول الأغلبية مع الاحتفاظ بحقوقها وضمان حقوق الاقلية، في ذات الوقت حماية حقوق الانسان ضمان الحريات الأساسية، وحماية طبيعة الدولة والمحافظة على وحدتها. إذ تظهر قيم ومبادئ العدالة وحقوق الإنسان، التي يجب أن يتمتع بها المواطنون؛ لأنها تمثل مبادئ العدل والمساوة وحقوق الإنسان وحرياته الأساسية.

كذلك تكمن أهميتها في انها تعد وسيلة لتقييد وتحديد إرادة السلطة التأسِيسّية الأصلية عند وضع ونهاية الدستور، وقيد كذلك على السلطة المؤسَسة أو المُنشأة عند اللجوء إلى تعديل في الدستور، رغم الفارق الجوهري والكبير بين سمات كل من السلطتين ومهامها وتأسيسهما. وذلك بالحفاظ والثبات للحقوق الأساسية للأفراد والحفاظ على مبادئ العدالة والمساوة لجميع الافراد من

الشعب. كذلك تظهر أهميتها في تعزز واسناد مبدأ فصل بين السلطات وتوازنها. فمن خلال هذه الدراسة، يمكن تحقيق العدالة والديمقراطية والاستقرار في الدولة، مما يؤدي إلى تحقيق رفاهية المجتمع بشكل عام واستقرار النظام السياسي. فهي ترجمة حقيقية وتطبيقية لما جاء في الإعلانات العالمية تستخلص من النص الدستوري استخلاصاً بشكل غير مباشر ضمنيا في القاعدة الدستورية.

ثالثا/ إشكالية الدراسة.

يثير عنوان الأطروحة إشكالية مساله القيود والضمانات، التي تفرضها السلطة التأسِيسّية الاصلية عند تأسيس الدستور، كقيود على ممارسه وحماية المبادئ فوق الدستورية غير المكتوبة والمنضوية ضمناً في القواعد الدستورية.

إذ إن مساله فرض قيود على إرادة تأسيس الدستور وتعديله، هي مسالة معقده ومتعددة الأوجه فهي تتضمن فحص العلاقة بين ممارسه السلطة التأسِيسّية الأصلية لمهام عملها عند تأسيس الدستور، وتأسيس المبادئ فوق الدستورية عند تأسيس وأنهاء الدستور، وكذلك النظر في الاثار المترتبة على تعديل الدستور، وتأثيره على نظام الحكم الديمقراطي إيجاباً أو سلباً؟

ـ ومن إشكالية الدراسة تظهر التساؤلات الآتية؟

ـ هل أن سلطة السلطة التأسِيسّية الأصلية عند تأسيس ونهاية الدستور تحمي هذه الفئة من المبادئ فوق الدستورية، وكذلك سلطة تعديل الدستور؟

ـ هل تتمتع السلطة التأسِيسّية الأصلية عند تأسيس ونهاية الدستور بسلطة مطلقة أو ينبغي ان تخضع لقواعد وضوابط معينة، وهل تتمتع سلطة التعديل بذات الاطلاق عند تعديل الدستور؟.

وفي حالة وجود ضوابط وقيود على السلطة التأسِيسّية الأصلية، فماهي هذه الضوابط والقيود؟.

ـ ماهي الالتزامات، التي تقع على عاتق المشرع الدستوري عند قيامة بتأسيس ونهاية الدستور وتضمينه للمبادئ فوف الدستور المبادئ في نصوصه، وهل ثمة تعارض بين تلك المبادئ وسواها من القواعد الدستورية الأخرى؟

ـ هل بالإمكان التحري عن قصد المؤسس للوصول إلى مضمون النص الدستوري، ومن ثم استجلاء المضمون، ومعرفة تلك القيود لاستظهارها عند طلب التفسير القضائي عند التنازع.

ـ ويثار الاشكال أيضا في حال قيام الثورة أو الانقلاب وبيان أمكانية هبوط تلك المبادئ إلى مستوى القوانين العادية، فلا يكون لها قوة القوانين الدستورية بل قوة القوانين العادية فقط وتأخذ حكمها من التطبيق القسري، وهنا جواز تعديلها وإلغاؤها بواسطة قوانين عادية أخرى؟

ـ فكل هذه التساؤلات على أصل الاشكالية تستدعي أجوبة قانونية وعلمية وعملية؟

ومن خلال هذه الاطروحة سنحاول الإجابة عن طريق دراسة المواضيع المتعلقة بهذا الشأن.

رابعاً: فرضية الدراسة:

هل تعد المبادئ فوق الدستورية مثل : القيم الفلسفية والقانونية والأخلاقية , سيادة الامة والشعب , حقوق وحريات الانسان الجوهرية، سيادة القانون, العدالة , الأقليات , اللغة , الدين , نظام وشكل الدولة, " حداً أعلى لا يمكن للدستور نفسه تخطيها، حتى لو تم تعديله " ، إذ تعد تلك المبادئ قيد على سلطة وضع الدستور وتعديله.

إن إرساء تلك القيود، التي تضمن احترام والتزام السلطة التأسِّيسّية الأصلية أو المؤسَسة، من خلال تفعيل هذه الفرضية، الذي يتم من خلال توفير آلية قانونية تحد من استغلال السلطة وتجاوزها لتلك القيود الموضوعة من قبلها، كونها تمس قضايا كبرى ومصيرية، ذات قيم قانونية وفلسفية وأخلاقية تهم كل أفراد الشعب دون استثناء. إذ يؤدي ذلك الالتزام إلى تحقيق التوازن بين الحكومة وحماية الحقوق والحريات الأساسية للمواطنين.

خامساً: الهدف من الدراسة:

يكمن الهدف الأساسي لدراسة المبادئ الفوق الدستورية في أنها الأساس , الذي ترتكز عليها دساتير أغلب دول العالم في تثبيت ثوابتها من المبادئ الأساسية لقيام الدولة , فهي مبادئ تضم قيم قانونية وأخلاقية وفلسفية تمس قضاياً كبرى ومصيرية تهم جميع افراد الشعب من دون استثناء منضوية ضمناً في نصوص الدساتير , إذ تلجأ السلطة التأسِّيسّية الأصلية عند تأسيسها في مضمون بعض

القواعد الدستورية إلى تحصينها من الحذف أو الأنهاء أو التعديل , الا انه ممكن معالجتها عند النقص في بعض قواعدها إما لأسباب قانونية مثل النقص التشريعي أو الاغفال التشريعي أو الانحراف في النص التشريعي أو لأجل مواكبة التطورات الاجتماعية والإنسانية أو تطويرها في الحقوق والحريات أو لحفظ شكل ومضمون الأنظمة السياسية. ولأهميتها يحرم التنازل عنها، فهي تساعد في فهم النظام القانوني للأنظمة السياسية. إذ تؤدي الدور الفاعل في حماية الحقوق الحريات وضمان عدم تجاوزها أو أنهائها، إذ تسهم في حل أغلب النزاعات القانونية منها والسياسية، إذ يمكن الرجوع اليها كمرجعيات في القضاء عند طلب التفسير أو التنازع، من حيث أنها تتميز عند وجودها في الدساتير ان تعزز من أمانتها في توفير الضمانات داخل الدستور.

١. تطبيق مبدأ التوازن بين المبادئ فوق الدستورية والسلطة التأسِّيسِّية الأصلية:

تقوم هذه الفرضية على قاعدة التفاهم بين السلطات واحترامها لقرارات بعضها بعظهم، مع اعترافها بأن كل سلطة لها دور محدد ضمن النظام الدستوري. هذا التوازن يسهم في منع الانقلابات العسكرية منها والسياسية والتأكيد على استقرار الحكومة واحترام حقوق المواطنين.

٢. تحقيق الاستقرار السياسي والاجتماعي:

إن تحقيق استقرار النظام السياسي والاجتماعي يؤدي إلى تعزيز قواعد الديمقراطية والحكم الرشيد. إذ أنها توفر بيئة قانونية تشجع على الابتكار والاستثمار، وتحقيق النمو الاقتصادي والتنمية المستدامة في الدولة.

٣. تفعيل دور السلطة القضائية:

هو أن يكون للسلطة القضائية دور فاعل في تفسير الغموض في تطبق القواعد الدستورية، التي تتضمن المبادئ فوق الدستورية. إذ تهدف هذه الفرضية إلى تعزيز وأبراز دور القضاء واستقلالية وضمان عدم تجاوز السلطات الأخرى لصلاحياتها عند المحاولة لمس تلك المبادئ أو محاولة أنهائها، إذ أن الدستور يظهر إرادة الشعب وحقوقه، ويمكن للمحاكم أن تكون العين الرقابية على قرارات السلطات الأخرى لحماية تلك المبادئ من تمادي سلطات الحكم.

سادساً: الدراسات السابقة:

١. د. مروان حسن عطية العيساوي. بعنوان: الإرادة الضمنية للسلطة التأسِّيسيّة الأصلية (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراة، جامعة كربلاء – كلية القانون في العراق لسنة٢٠٢٠.

تناولت الدراسة النصوص الدستورية عبر استمرار الباحث في مناقشة مضمون قواعدها وأهدافها، بما يستغرق قوالبها النصية الثابتة، مما دفع المؤسس إلى التعبير عن مضمون إرادته ومقاصده، تارة بشكل مباشر، وترة أخرى بشكل غير مباشر، وهو الامر، الذي تطلب من الباحث إلى الوصول إلى مقاصد المؤسس الدستوري الضمنية، واتباع أساليب وأدوات تضبط عملية استنباطها لاستدلال بواسطتها على المعنى المراد، والغاية المستهدفة هي صياغة النص الدستوري؟

ان ما يميز هذه الدراسة عن الدراسة السابقة هو ان دراستي خاضت في استجلاء موضوع القيود واستظهار قيمتها القانونية والأخلاقية والفلسفية وأهميتها من خلال البحث في أصل فلسفتها وإظهار آراء فرق الفقه المؤيد والمعارض منذ ظهورها لغاية تاريخ كتابة البحث, وبيان اثارها على الواقع التطبيقي ؛ لأنها أخذت صفة القيود الضمنية على إرادة سلطة وضع الدستور وتعديله , وبيان إن الدستور يقوم بالمقام الأول على ترتيب القيم القانونية , الذي هو أساس السلطة واختلافها من الأسس والتكوين مع السلطة المؤسَسة الخاصة بتعديل الدستور عن الضرورة وظهار تصميم العلاقة المتناقضة بين القانون والسلطة , فالتأسِّيسيّة الأصلية تكون الأصل والمؤسَسة تخضع لها , من حيث ارتباطهما يعني جوهر الهوية الدستورية في تثبيت النظام الديمقراطي وضمان استمراره . هذا ما كشفته دراسة المبادئ فوق الدستورية بوصفها قيداً على إرادة سلطة وضع الدستور وتعديله.

٢. د. سي موسى حمزة ،بعنوان سلطة البرلمان في تعديل الدستور والقيود الواردة عليها. أطروحة دكتوراه جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان – كلية الحقوق والعلوم السياسية – قسم الحقوق لسنة ٢٠١٨.

إذ تناولت موضوع الدراسة ان أغلب الاحكام الواردة في دستور دولة ما في زمن ما لا تبقى صالحة لكل زمان ومكان , فهي قد تخص جيلا محددا بذاته إذ ليس لجيل ان يقيد الأجيال السابقة اللاحقة له بأحكامه , وأن ما متعارف عليه في الفقه الدستوري من وجود فكرة قابلية احكام الدستور للتعديل

ومنها المبادئ فوق الدستورية , إذ هناك وسائل في الأصلاح الدستوري منها الأصلاح الكلي ومنها الأصلاح الجزئي , وفي الأعم الغالب , ومن خلال إضافة القيود إلى الدراسات بشقيها الشكلي والموضوعي على السلطة المعنية ,ولاسيما البرلمان , وقد أبرزت الدراسة القيمة القانونية والفلسفية والدستورية للتعديلات والقيود , التي تنظمها الدساتير؟.

إن ما يميز هذه الدراسة عن الدراسة السابقة هو أن دراستي تركز في القيود , التي وضعت على سلطة وضع الدستور وتعديله , الذي تشكل تأثيراً مباشراً على تلك التأسِيسّية الأصلية بوصفها الناطق الوحيد باسم الشعب والمعبر عن سيادة الامة إذ يفترض بها أن تعمل على وفق مبادئ لا تحيد عنها فهي لا الزام قانوني عليها ولا قانون يسري عليها فضلاً عن أنها تدرج في نصوص الدستور ضمناً ما يحظر تعديل تلك المبادئ الآمرة ذات القيمة القانونية والأخلاقية والفلسفية بوصفها قيداً على إرادة السلطة التأسِيسّية الأصلية عند وضع الدستور , والالتزام بذات القيد إلى السلطة المؤسَسة بالتقيد بتلك المبادئ العليا من ؛ لأنها قواعد دستورية تمس قضايا كبرى ومصيرية تهم الشعب دون استثناء , فقد حصنت سلطة وضع الدستور وتعديله تلك القيود من الأنهاء أو التعديل , الا ما أضطر إلى اللجوء إلى تعديله اما لأسباب قانونية أو اجتماعية أو اقتصادية , أما ما عداها فيعد غير دستور ولا يقرا به أغلب الفقه, ولم يدرج في دساتير أغلب الدول الديمقراطية مثل الثورات والانقلابات العسكرية والاحتلال الخارجي , إذ إن قيد تلك المبادئ تسمو على ما سواها من القواعد الدستورية الأخرى سواء كانت دستورية أم غير دستورية , وسواء ثبتت في أصل الدستور أم كان وجودها ضمناً .

سابعاً: منهج الدراسة:

اتبعنا في هذا الدراسة على المنهج الاستنباطي والاستقرائي , وذلك لدراسة مواضيع البحث وتفاصليه بالاعتماد على المصادر المختلفة، إذ يعد المنهج الاستنباطي أحد الأدوات الأساسية في بحث المبادئ فوق دستورية، إذ ينتج المعرفة القانونية عبر استخلاص الجزئيات من الكليات من خلال الانتقال من المبادئ العليا الآمرة الى التطبيقات التفصيلية أو الفرعية من خلال استخدام المنطق الصوري وحسب الضرورة العقلية بين المقدمات والنتائج مثل سيادة القانون , الفصل بين السلطات الى استخراج الاحكام التفصيلية منها والاعتماد على المنطق الصوري والضرورة العقلية ,

وبذا يسهم في فهم الظواهر القانونية وتعزيز فهمنا للمبادئ الفوق دستورية وأهميتها في تحقيق العدالة والمساوة في المجتمعات.

كذلك المنهج الاستقرائي، الذي يعتمد على الانتقال من الجزئيات الى الكليات، إذ يتم دراسة حالات فردية أو وقائع أو قواعد دستورية محددة لغرض التوصل الى تعليمات القواعد الدستورية العامة، فهو منهج يرتكز على الملاحظة المنظمة والتحليل المقارن للظواهر الدستورية، من اجل الوصول والوقوف على أهمية ما تؤديه المبادئ فوق الدستورية بوصفها قيداً على إرادة السلطة التأسِّيسِّية الأصلية عند وضع ونهاية الدستور.

ثامناً: هيكلية الدراسة.

تبعاً لطبيعة موضوع الدراسة فقد ارتينا أن نقسمه إلى ثلاث فصول إضافة إلى المقدمة والخاتمة، التي تضمنت على أهم النتائج والمقترحات وستكون خطة الدراسة كالاتي: لغرض دراسة المبادئ فوق الدستورية بوصفها قيداً على سلطة وضع الدستور وتعديله، أرتى الباحث تقسيم الدراسة على ثلاثة فصول تناول الباحث في **الفصل الأول:** التعريف بالمبادئ فوق الدستورية كقيد على إرادة السلطة التأسِّيسِّية الأصلية. وسيتناولها الباحث في مبحثين سياتي في المبحث الأول: ماهية المبادئ فوق الدستورية وسياتي في المبحث الثاني: العلاقة بين المبادئ فوق الدستورية والسلطة التأسيسية الاصلية. وسياتي في **الفصل الثاني:** أثر المبادئ فوق الدستورية على إرادة السلطة التأسِّيسِّية الأصلية عند وضع الدستور ونهايته فسيتناوله الباحث أيضا في مبحثين سيتضمن المبحث الأول: أثر المبادئ فوق الدستورية على تأسيس الدستور, وفي المبحث الثاني أثر المبادئ فوق الدستورية على نهاية الدستور ، وسيتناول الباحث في **الفصل الثالث:** أثر المبادئ فوق الدستورية على سلطة التعديل الدستوري ، وأيضا تناوله الباحث في مبحثين سيتضمن المبحث الأول: المبادئ فوق الدستورية قيداً على تعديل الدستور، وسياتي في المبحث الثاني حدود التعديل الدستوري , وقد ختم الباحث دراسة بخاتمة البحث بأهم استنتاج الدراسة وأوصى بمجموعة من المقترحات.