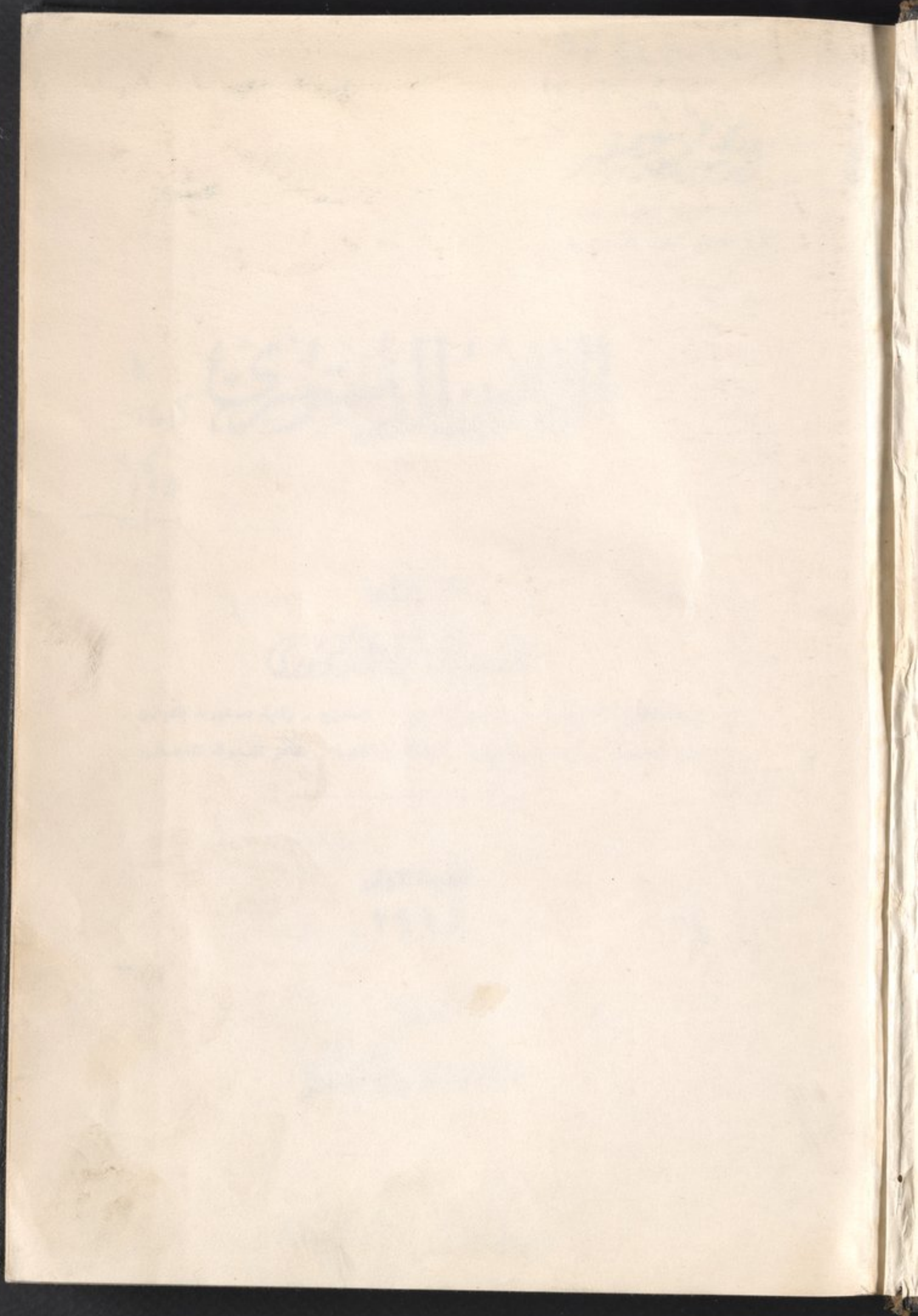






FROM THE
LIBRARY OF
THE
AMERICAN UNIVERSITY
IN
CAIRO

من مكتبة
الجامعة الأمريكية بالقاهرة



03-B 28 46

PWT 2-7-03

الدكتور سعد مبرور

أستاذ القانون العام المساعد
بكلية الحقوق جامعة الاسكندرية

K
3165
القانون الدستوري

u 6
1954
v. 1

القسم الأول

مقدمة القانون الدستوري

تعريف القانون الدستوري . مصادره . العرف . التشريع . رقابة دستورية القوانين .
أنواع الدساتير ونشأتها ونهايتها . الدولة وأركانها . مظاهر الدولة الاتحادية .

الطبعة الاولى

١٩٥٤

الناشر

دار المعارف بالاسكندرية

B1280051X
14328355

۲۵۹

۳۰۵۳

37213

(١)

اهم المراجع والبحوث

أولا - المراجع

باللغة الفرنسية

Barthélemy J. et Duez P.:

Traité de Droit Constitutionnel — *Nouvelle édition, Dalloz*
Paris 1933.

Bonnard R.:

Précis de Droit Public — *5e édit., Sirey Paris 1939.*

Burdeau G.:

Traité de Science Politique — *Paris Tome II 1949, Tome III*
1950.

Manuel de Droit Constitutionnel — *5e édit., Paris 1947.*

Carré de Malberg:

Contribution à la Théorie Générale de l'Etat — *Sirey Paris*
Tome I 1920, Tome II 1922.

La loi, Expression de la volonté générale — *Sirey Paris 1931.*

Duguit L.:

Traité de Droit Constitutionnel — *3e édit. Paris Tome I 1927,*
Tome II 1928, Tome III.

Durand Ch.:

Les Etats Fédéraux — *Sirey Paris 1930.*

Duverger M.:

Manuel de Droit Constitutionnel et de Science Politique —
5e édit., Paris 1948.

Esmein A.:

Eléments de Droit Constitutionnel — *8e édit. par Henry*
Nézard, Sirey Paris Tome I 1927, Tome II 1928.

Gouet Y.:

La Coutume en Droit Constitutionnel Interne et en Droit
Constitutionnel International — *Paris 1932.*

(ب)

Hauriou M.:

Précis de Droit Constitutionnel — *Sirey Paris 1923.*

Laferrière J.:

Manuel de Droit Constitutionnel — *2e édit., Paris 1947.*

Lapradelle A.:

Cours de Droit Constitutionnel — *Paris 1912.*

Liet - Veaux G.:

Droit Constitutionnel — *Paris 1949.*

Moreau F.:

Droit Constitutionnel — *10e édit., Sirey Paris 1928.*

Mouskhéli M.:

La Loi et le Règlement — *Le Caire 1943.*

La Théorie Juridique de l'Etat Fédéral — *Paris 1931.*

Nézard H.:

Eléments de Droit Public — *6e édit., Paris 1938.*

Pinto R.:

Eléments de Droit Constitutionnel — *2e édit., Lille 1952.*

La Cour Suprême et le New Deal — *Sirey Paris 1938.*

Prélot M.:

Précis de Droit Constitutionnel — *Dalloz Paris 1950.*

Vedel G.:

Droit Constitutionnel — *Sirey Paris 1949.*

Waline M.:

L'individualisme et le Droit — *2e édit., Montchrestien 1949.*

باللغة الانجليزية

Allen C. K.:

Law in the Making — *4th. edit., Oxford 1946.*

Anson W. R.:

The Law and Custom of the Constitution — *Vol. I. Parliament 5th. edit., Oxford 1922.*

Brogan D. W.:

The American Political System — *London 1947.*

Bryce J.:

The American Commonwealth — *New York vol. I 1928, vol. II 1927.*

Corry J. A.:

Elements of Democratic Government — *2nd. edit., New York 1951.*

Dicey A. V.:

Law of the Constitution — *9th. edit. by E. C. S. Wade, London 1948.*

Dimock Marshall E. and Gladys O.:

American Government in Action — *New York 1949.*

Ferguson J. H. and McHenry E.:

The American Federal Government — *2nd. edit., U.S.A. 1950.*

Finer H.:

Theory and Practice of Modern Government — *revised edit., U.S.A. 1949.*

Cases on the Constitution — *1st. edit., U.S.A. 1951.*

Frank J. P.:

Gilchrist R. N.:

Principles of Political Science — *6th. edit., Madras 1945.*

Hughes C. E.:

The Supreme Court of the United States — *3rd. edit., New York 1936.*

Jennings W. I.:

The Law and the Constitution — *3rd. edit., London 1946.*

Keith A. B.:

Constitutional Law — *7th. edit., of Ridges' Constitutional Law of England, London 1946.*

Kranenburg R.:

Political Theory — *Translated by R. Borregaard, London 1939.*

Laski H. J.:

A Grammar of Politics — 4th. edit., London 1950.

MacIver R. M.:

The Modern State — 1st. edit., London 1950.

Maitland F. W.:

The Constitutional History of England — 1st. edit., Cambridge 1931.

Marriott J. A. R.:

English Political Institutions — 4th. edit., Oxford 1948.

Ogg F. A. and Ray P.O.:

American Government — 10th. edit., New York 1951.

Phillips Chalmers and Hood:

Constitutional Laws of Great Britain — 6th. edit., London 1946.

Ridges E. W.:

Constitutional Law — 8th. edit. by G. A. Forrest, London 1950.

Sait E. Mc.:

Political Institutions — New York 1938.

Swisher C.B.:

The Theory and Practice of American National Government New York 1951.

Wade E. C. S. and Phillips G. G.:

Constitutional Law — 2nd. edit., London 1937.

Zink H.:

Government and Politics in the United States — revised edit., New York 1947.

باللغة العربية

الدكتور السيد صبرى — مبادئ القانون الدستورى ، الطبعة الرابعة
سنة ١٩٤٩ .

الدكتور عبد الحميد متولى — المفصل فى القانون الدستورى ، الجزء الاول
سنة ١٩٥٢ .

- الدكتور عثمان خليل - المبادئ الدستورية العامة سنة ١٩٤٣ .
الاستاذان عثمان خليل وسليمان الطماوى - القانون الدستورى ، الطبعة
الثانية سنة ١٩٥٠ - سنة ١٩٥١ .
الاستاذان مصطفى الصادق ووايت ابراهيم - مبادئ القانون الدستورى
المصرى والمقارن ، طبعة ثانية سنة ١٩٢٥ .
الدكتور مصطفى كامل - شرح القانون الدستورى ، الطبعة الثانية
سنة ١٩٥٢ .
الاستاذان وحيد رافت ووايت ابراهيم - القانون الدستورى ، نوفمبر
سنة ١٩٣٧ .

ثانيا - البحوث والمقالات

باللغة الفرنسية

Akzin B.:

La désuétude en droit constitutionnel — *R. D. P. (Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger)* 1928 pp. 697-723.

Bonnard R.:

La conception juridique de l'Etat — *R. D. P.* 1922 pp. 5-57.

Capitant R.:

Le droit constitutionnel non-écrit — *Les Sources du Droit, Recueil d'Etudes en l'Honneur de François Génys, Tome III Sirey Paris pp. 1-8.*

Duez P.:

Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France — *Mélanges, Maurice Hauriou, Sirey Paris 1929 pp. 211-249.*

Duguit L.:

La doctrine allemande de l'auto-limitation — *R.D.P.* 1919 pp. 161-190.

Eisenmann C.:

Droit public, Droit privé — *R. D. P.* 1952 pp. 903-979.

Elliot W. Y.:

Vers une nouvelle constitution — *Introduction à l'Etude du Droit Comparé, Recueil d'Etudes en l'Honneur d'Edouard Lambert, Tome II Paris 1938 pp. 324-334.*

Girola C.:

Les coutumes constitutionnelles — *Les Sources du Droit, op. cit. Tome III pp. 9-43.*

Haines C. G.:

Les problèmes posés aux Etats-Unis par les extensions actuelles du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois — *Introduction à l'Etude du Droit Comparé op. cit. Tome II pp. 286-310.*

Hauriou A.:

La technique française en matière de contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois — *Ibid pp. 336-338.*

Jaffin G. H.:

Les modes d'introduction du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois — *Ibid pp. 256-269.*

Jèze C.:

La promulgation des lois — *R. D. P. 1918 pp. 378-400.*

Le contrôle juridictionnel des lois — *R.D.P. 1924 pp. 399-430.*

Force obligatoire des errata publiés au journal officiel — *R. D. P. 1934 pp. 450-456.*

Kelsen H.:

La garantie juridictionnelle de la constitution (La justice constitutionnelle) — *R. D. P. 1928 pp. 197-257.*

Laferrière J.:

La cotume constitutionnelle — *R.D.P. 1944 pp. 20-44.*

Lambert E.:

Quatre années d'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois par la Cour Suprême des Etats-Unis — *Mélanges, Hauriou op. cit. pp. 467-505.*

Lambert J.:

Les origines du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis — *R. D. P. 1931 pp. 5-69.*

Les origines du contrôle de constitutionnalité des lois d'Etat par la judicature fédérale aux Etats-Unis — *R. D. P. 1933 pp. 5-50.*

(ز)

Laroque P.:

Les juges français et le contrôle de la loi — *R. D. P.* 1926
pp. 722-736.

Mouskhéli M.:

Esquisse d'une théorie juridique de la révision révolution-
naire de la constitution — *Revue Al Quanoun Wal Iqtisad*
Le Caire 1941 pp. 198-211.

Pintor S.:

Réflexions au sujet de la coutume en droit interne — *Intro-*
duction à l'étude du droit comparé op. cit. Tome I Paris
1938 pp. 372-382.

باللغة الانجليزية

Mott R. L.:

Natural rights and legislative vagueness — *Les Sources du*
Droit op. cit. pp. 44-67.

باللغة العربية

الدكتور السيد صبرى — مدى سلطان الدولة على الافراد ، مجلة القانون
والاقتصاد السنة العشرون سنة ١٩٥٠ ص ص ١٤٩ — ١٨١ .

Laurence P.:
The Negro in the South, 1930
pp. 728-732

Mitchell M.:
The Negro in the South, 1930
pp. 728-732

Reynolds S.:
The Negro in the South, 1930
pp. 728-732

W. C. Miller:
The Negro in the South, 1930
pp. 728-732

Mott H. L.:
The Negro in the South, 1930
pp. 728-732

Reynolds S.:
The Negro in the South, 1930
pp. 728-732

W. C. Miller:
The Negro in the South, 1930
pp. 728-732

Laurence P.:
The Negro in the South, 1930
pp. 728-732

Reynolds S.:
The Negro in the South, 1930
pp. 728-732

W. C. Miller:
The Negro in the South, 1930
pp. 728-732

Laurence P.:
The Negro in the South, 1930
pp. 728-732

القسم الأول

مقدمة القانون الدستوري

سازگار و مستقام

در پیوسته‌ها نواز و مستقام

الفصل الاول

القانون الدستوري

قلّ أن نجد مرجعا دستوريا يعنى بتناول تعريف القانون الدستوري تناولا يفصل شتى الاعتبارات التى تحكمه وتؤثر فيه . ويلمس الباحث من جانب معظم الكتاب اعراضا عن الخوض فى موضوع التعريف أو اغفالا له « ١ » . ويمكن أن يفسر هذا المسلك على ضوء الصعوبات التى تواجه كل من يحاول تعريف القانون الدستوري تعريفا يحيط بنواحيه المختلفة ويجعل له ذاتية متميزة عن غيره من القوانين .

ولعل أول ما يواجه الباحث من صعوبة ، التثبت مما اذا كان القانون الدستوري قانونا بالمعنى الصحيح . فان تثبت من ذلك أضحى من اليسير عليه أن يحدد مركز القانون الدستوري من تقسيم القانون الرئيسى الى قانون عام وقانون خاص . ولكن الباحث لا يلبث أن يواجه صعوبات أشد اذا ما أراد الوقوف على صلة القانون المذكور بفروع القانون العام أو شرع فى تعريفه .

(١) من الكتاب الفرنسيين القلائل الذين أولوا عنايتهم لهذا الموضوع الاستاذ مارسيل پريلو Précis de droit constitutionnel - Prélôt ١٩٥٠ الصفحة الاولى وما بعدها . ولقد أشار فى ص ٩ الى أهم مانشر فى شأن تعريف القانون الدستوري وعلى الاخص مجموعة البحوث المهداة لذكرى كاريه دى مالبرج Mélanges — Carré de Malberg Sirey Paris 1933

ولا نعرف من بين الكتاب المصريين سوى الدكتور عبد الحميد متولى الذى عالج هذا الموضوع بافاضة — راجع مؤلفه الفصل فى القانون الدستوري الجزء الاول سنة ١٩٥٢ ص ١٢ وما بعدها .

فيكون من الملائم في صدد تعريف القانون الدستوري اذن أن نبحث في أربع مسائل : الاولى طبيعة قواعد القانون الدستوري ، والثانية مركز القانون الدستوري من التقسيم الرئيسى للقانون ، والثالثة علاقة القانون الدستوري بفروع القانون العام ، والاخيرة تعريف القانون الدستوري .

المبحث الاول

طبيعة قواعد القانون الدستوري

تعريف القانون

يكاد ينعقد الاجماع الفقهى على أن القانون بصورة عامة *droit* هو مجموعة القواعد التى تنظم الروابط الاجتماعية وتتوافر على جزاء يكفل اطاعتها واحترامها «١» .

فالقانون ضرورة استوجبتها طبيعة الانسان المدنية وحاجته الى أن يعيش دائما في جماعه . واذ يضطر الفرد الى أن يدخل في علاقات مع غيره سرعان ما يتلمس طريقه نحو القانون ، خشية أن يواجه حالة من الفوضى تنشأ من الافتقار الى تنظيم يوفق بين المصالح المتعارضة ويجعل في الامكان اخضاع الجميع لقاعدة موحدة .

وعلى هذا النحو يكون موضوع القانون الملاءمة بين المصالح الناتجة عن علاقة الفرد بغيره من أفراد الجماعة التى ينتمى اليها أو عن علاقته بالجماعة ذاتها . واذا نظرنا الى القانون نظرة تسير الحقيقة الواقعة من أن هناك عدة مجتمعات ، فان موضوعه يتسع ليشمل المصالح الناتجة عن

(١) انظر اصول القانون للاستاذين السنهورى وحشمت ابو ستيت سنة ١٩٤٦ ص ١٠-١٣ ، والمدخل للعلوم القانونية للدكتور سليمان مرقص الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ ص ٣-١٨ ، ومبادئ العلوم القانونية للدكتور محمد على عرفه الطبعة الثانية ص ٧-١٦ ، اصول القوانين للاستاذين محمد كامل مرسى وسيد مصطفى ص ١١-٢٧ ، ومقدمة القانون للاستاذ أحمد صفوت الطبعة الثانية سنة ١٩٢٤ ص ١٩-٢٦ .

قيام علاقات بين هذه المجتمعات أو بين أفراد هذه المجتمعات • فموضوع القانون اذن هو تنظيم علاقات أو روابط تنشأ بين فرد وفرد أو بين فرد وجماعة أو بين جماعة وأخرى •

على أن تنظيم هذه العلاقات أو الروابط لا يمكن أن يحقق المقصود منه الا اذا كان وفقا لقواعد تسمو على الاشخاص وتحقق في ظلها معاني الحيدة والمساواة والعدالة • ومن ثم فان أى أمر أو تكليف لا يرقى الى مستوى القاعدة القانونية الا اذا كان عاما ومجردا «١» • بل ان لفظ القاعدة يفيد بذاته معنى التجريد ويفترض استخلاصا لحكم عام من فرديات شتى •

وليس يكفي لثبوت الصفة القانونية في نظر معظم الفقهاء وجود قاعدة اجتماعية وعامة ، وانما يجب أن يكون لتلك القاعدة جزاء sanction يفرض احترامها ويحقق لها الطاعة «٢» • والجزاء عبارة عن الاثر المترتب على مخالفة القاعدة القانونية ، وهو يختلف تبعا للقاعدة ذاتها وتبعا للمجتمع الذى يطبق فيه • على أنه يتمثل على الاقل في رد الفعل الذى تحس به الجماعة كنتيجة لمخالفة القاعدة القانونية «٣» •

وأيا كان نوع الجزاء فان المجتمع الحديث يحرص في العادة على أن ينظمه بصورة تجعله معينا وموكولا الى الدولة لتوقعه بما لها من سلطة

(١) Impératif général et abstrait

(٢) يرى نفر من الفقهاء أن الجزاء ليس بشرط لقيام القاعدة القانونية • ولقد حدا بهم الى هذا النظر اعتبارات مختلفة أهمها :

أ - الخشية من أن تستبد الدولة فتسبغ الصفة القانونية على أية قاعدة بمجرد وضع جزاء لها ولو كانت جائرة •

ب - اسناد اتباع القانون الى احساس الافراد بضرورة احترامه لا الى الخوف من جزاءاته •

ج - الحرص على تأكيد الصفة القانونية لقواعد القانون الدولي العام • على ان هذه الاعتبارات لم تفلح في اقناع معظم الفقهاء بالتنازل عن شرط الجزاء لانه المميز الرئيسى للقاعدة القانونية - انظر الدكتور سليمان مرقص المرجع السابق ص ١٢ - ١٤ •

(٣) réaction sociale

عامة • وقيام الدولة بتوقيع الجزاء يميز القاعدة القانونية عن سائر قواعد السلوك الاجتماعي اذ يحقق لها صفة القهر والاجبار *contrainte* التي لا تتوفر في تعاليم الدين أو في قواعد الاخلاق •

وحيث لا يكون الجزاء منظماً على النحو المتقدم - ولا سيما فيما يختص بقيام الدولة بتوقيعه - يثور التساؤل حول ما اذا كان يجب اعتبار القاعدة بالرغم من ذلك قاعدة قانونية • ويرى أغلبية الفقهاء أنه يجب اعتبارها كذلك استناداً الى أن القانون سابق على قيام السلطة العامة وأن صفته تثبت بمجرد توافره على عنصر الالتزام وأن مخالفته ترتب جزاءً يتمثل في رد فعل اجتماعي محسوس •

على أن بعض الفقهاء ينكرون صفة القانون على كل أمر أو تكليف لا يصدر عن السلطة العامة - أو على الأقل - لا يجد منها سنداً لفرضه وضمان اطاعته • وزعيم المنادين بهذا الرأي الفقيه الانجليزي أوستن Austin الذي يعرف القانون « بأنه أمر يصدر بطريق مباشر أو غير مباشر من الحاكم - فرداً كان أو أكثر - بوصفه سلطة سياسية عليا •• الى شخص أو أشخاص يدينون له بالخضوع » (١) •

ولقد وجهت انتقادات جوهرية الى نظرية أوستن والنظريات التي نحت منحاًها (٢) كان أهمها أنها تخطئ بين القانون *law (droit)* والتشريع

(١) Lectures on Jurisprudence الجزء الاول سنة ١٨٦٩ ص ١٨٣ - حيث ورد فيها:

« ...every positive law, or every law strictly so called, is a direct or circuitous command of a monarch or sovereign number in the character of political superior... to a person or persons in a state of subjection to its author ».

(٢) كان أوستن متأثراً بأفكار الفيلسوف الانجليزي هوبز Hobbes الذي عرف القانون بأنه « ليس مجرد نصيحة بل هو أمر ، وهو ليس أمراً من أى شخص الى أى شخص آخر ، بل هو أمر من شخص مسلم له بالطاعة الى آخر عليه واجب الطاعة » .

ومن المؤيدين لهذا المذهب الفقيه الالماني أهرنج - راجع الاستاذين السنهوري وحشمت أبو ستيت المرجع السابق ص ٢٣ •

legislation « ١ » . فالتشريع مصدر من مصادر القاعدة القانونية وهو مظهر من مظاهر نشاط السلطة العامة ، بيد أنه ليس بالمصدر الوحيد . ويؤكد ذلك أن العرف كان ولا يزال مصدرا لكثير من القواعد القانونية بالرغم من أنه لاصلة له بالسلطة العامة .

وأحسن أوستن بأن نظريته تقصر عن مماشاة الواقع ولاسيما فيما يختص بالقانون العام أو العادي في إنجلترا common law الذي يستند في جله الى العرف والسوابق القضائية judicial precedents . فعند الى الاعتراف بالصفة القانونية للقواعد التي تلقى تطبيقا من جانب القضاء وأطلق عليها القانون القضائي judiciary law ، ولو كان مصدرها الاصلى هو العرف . وكانت حجته في ذلك أن تطبيق القضاء لتلك القواعد يسبغ عليها الصفة القانونية ، وأن المحاكم لم تكن لتطبقها لو أن الحاكم نهاها عن تطبيقها . فكان الاساس القانوني لتلك القواعد هو أنها تمثل الارادة المفروضة للحاكم أو على حد تعبيره « كل ما يجيزه الحاكم فهو بأمر به » « ٢ » .

على أن هذا التبرير من جانب أوستن فضلا عن أنه لايفسر قوة الزام القاعدة العرفية التي لاتصادف تطبيقا من المحاكم — ينطوى على نوع من المغالطة . فالمحاكم تطبق العرف لانه قانون وليس العرف قانونا لان المحاكم تطبقه ، وأساسه القانوني هو في قوة الرأي العام التي تسنده وتؤكد صفته الالزامية .

طبيعة قواعد القانون الدستوري

ظاهر مما تقدم أن القاعدة القانونية تتميز بخصائص رئيسية ثلاث :

-
- (١) أنظر الدكتور محمد على عرفه المرجع السابق ص ص ٨٠-٨٧ ، والاستاذين السنهوري وحشمت أبو ستيت المرجع السابق ص ص ٢٥-٢٧ .
(٢) « Whatsoever the sovereign permits he commands »
المرجع السابق الجزء الثاني ص ص ٥٢٥ - ٥٤٩ .

أنها اجتماعية ، وعامة ، وملزمة . ولاشك في أن قواعد القانون الدستوري قواعد اجتماعية لأنها تنظم علاقة الدولة بالافراد الخاضعين لسلطانها ، كما أنها قواعد عامة . ولكن هل هي قواعد ملزمة ؟

هذا هو السؤال الذى أثار مناقشة فقهية حول طبيعة تلك القواعد . ولقد سبق البيان أن رأى الغالب بين الفقهاء يتطلب فى القاعدة القانونية أن تكون ملزمة أى أن تتوافر على جزاء يكفل احترامها واطاعتها .

على أن وجه الالتزام مختلف فيه بين هؤلاء الفقهاء . فمنهم من لا يراه متحققا الا اذا كان هناك جزاء معين تأخذ الدولة على عاتقها توقيعه على المخالفين للقاعدة القانونية وبعبارة أخرى أنهم يشترطون فى الجزاء أن يكون اكراها ماديا *contrainte matérielle* تتكفل بتوقيعه السلطة العامة بما لديها من وسائل . ومنهم من يكتفى فى الجزاء أن يتمثل فى رد فعل اجتماعى *réaction sociale* يترتب على مخالفة القاعدة القانونية دون أن يصل الى حد اشتراط أن يكون منوطا بالسلطة العامة توقيعه .

وعلى رأس الفريق الاول الفقيه الانجليزى Austin الذى يقصر القاعدة القانونية كما تقدم على الامر أو التكليف الذى يصدره الحاكم أو يقره ضمنا ، ويكون له جزاء يكفل اطاعته . وهذا الجزاء - كما يعرفه أوستن - هو « الاذى الذى يمكن أن يوقعه صاحب الامر أو يلحق بمن يعصى ذلك الامر » (١) . ومن زعماء الفريق الثانى الفقيه الفرنسى ديجى Duguit الذى يذكر « ان للقانون بوصفه قاعدة اجتماعية جزاء يترتب حتما عند مخالفته ويتمثل فى رد الفعل الاجتماعى *contre-coup social* . فالقانون يحمل بين طياته جزاءه بل انه لا يتصور قانون من غير أن

(١) « The evil which will probably be incurred in case a command be disobeyed, or... in case be a duty broken, is frequently called a sanction, or an enforcement of obedience ».

أوستن المرجع السابق الجزء الاول ص ص ٩١-٩٢ .

يكون له جزاء « (١) » •

وتبدو أهمية الاختلاف بين الرأيين في تحديد معنى الجزاء بالنسبة الى القوانين التي تنظم السلطات الحاكمة وعلى الاخص القانون الدستوري • فالمفروض أنه يورد قيودا على السلطة الحاكمة ، بينما تحتكر هذه السلطة حق توقيع الجزاء أو فرض الطاعة droit de sanction - right of compulsion . وهكذا يؤول الوضع الى أن السلطة الحاكمة تكون مطالبة بتوقيع الجزاء على نفسها اذا ما خرجت على القيود التي يفرضها القانون « (٢) » •

أما الذين اشترطوا في الجزاء أن يكون ماديا أي منوطا بالسلطة العامة توقيعيه فقد أنكروا على القانون الدستوري صفته القانونية • وفي هذا يقرر أوستن أنه « بالنسبة الى الحاكم لا يعدو القانون الدستوري أن يكون مجرد قواعد آداب مرعية positive morality تحميها جزاءات أدبية بحتة enforced merely by moral sanctions ... فقيام الحاكم بعمل مخالف للقانون الدستوري يجيز نعت هذا العمل بأنه غير دستوري unconstitutional ولكنه لا يكون مخالفا للقانون بالمعنى الصحيح ومن ثم لا يجوز نعته بأنه غير قانوني illegal « (٣) » •

وأما الذين قنعوا بالجزاء المعنوي أي برد الفعل الاجتماعي فلم يترددوا في اعتبار القانون الدستوري قانونا بالمعنى الصحيح • وهذا هو الرأي

(١) Traité de droit constitutionnel الجزء الثاني الطبعة الثالثة سنة ١٩٢٨ ص ٢٠٢ .

(٢) راجع في عرض هذه المشكلة عرضا موقفا Mac Iver في مؤلفه The modern state الطبعة الاولى سنة ١٩٢٦ ص ص ٢٧٢ - ٢٨١ .
ويلاحظ أن المشكلة باقية ولو وجدت محاكم عليا يكون من اختصاصها ابطال تصرفات أية سلطة عامة تخرج بها على الحدود المقررة دستوريا .
فالأحكام التي يمكن أن تصدرها هذه المحاكم تحتاج الى أن توضع موضع التنفيذ ولا يملك ذلك سوى السلطة العامة أي أن السلطة العامة عادت من جديد لتكون حكما على نفسها - انظر ديجي المرجع السابق ص ص ٢٠٤ - ٢٠٥ ،
و Mac Iver المرجع السابق ص ص ٢٧٤ - ٢٧٥ .

(٣) المرجع السابق الجزء الاول ص ص ٢٧٤ - ٢٧٥ .

السليم في نظرنا خاصة وأن القانون الدستوري يفوق غيره بما يشيعه في نفوس الافراد من تعلق به وحرص عليه ، حتى أنهم ليظهروا عند مخالفة قواعده استياء يمكن أن يصل الى حد الثورة .

ولئن بدا بالنسبة الى القوانين الاخرى أنها تتمتع برعاية السلطة العامة وتتحصن بما توقعه عند مخالفتها من جزاء ، فإن بقاءها رهن بعدم اعتراض الرأي العام عليها . واذا ما حزمت الجماعة أمرها على تعديل تلك القوانين أو الغائها فإن السلطة العامة وإن جاهدت عاجزة عن أن تؤمنها ضد هذا المصير .

وجدير بالذكر أن العلامة الالماني اهرنج Ihering وهو من الذين يؤيدون فكرة أوستن من حيث قصر القانون على ماتسنه الدولة من قواعد — لم يقبل أن يساير أوستن فيما ذهب اليه من اشتراط جزاء مادي توقعه السلطة العامة ، وإنما قنع بأن يكون ثمة اكراه نفسياني (معنوي) *contrainte psychologique* يكفل احترام القاعدة القانونية «^١» . وهو يبرر هذا النظر بأن « استقرار القانون يتوقف في نهاية الامر على قوة الشعور القومي نحو هذا القانون . وهذا الشعور يوضع في ذات المستوى مع سلطان الحاكم وقدرته على تنفيذ القانون ، فاذا كان هذا الشعور ضعيفا فالقانون غير ثابت . أما اذا كان قويا ففي ذلك استقرار القانون » «^٢» .

المبحث الثاني

مركز القانون الدستوري من التقسيم الرئيسي للقانون

التقسيم الرئيسي للقانون

يمكن أن يقسم القانون تقسيمات عديدة تبعا للناحية التي ينظر اليه

- (١) ديجي المرجع السابق الجزء الاول الطبعة الثالثة سنة ١٩٢٧ ص ٧١١ ، والجزء الثاني ص ٢٠٢-٢٠٣ .
(٢) أنظر الاستاذين السنهوري وحشمت أبو ستيت المرجع السابق ص ٢٦ (هامش) .

منها • على أن ثمة تقسيما درج عليه الفقهاء منذ عهد الرومان ألا وهو تقسيم القانون الى عام وخاص •

فالقانون العام *droit public* هو ذلك «١» الذى ينظم علاقة تدخل فيها طرفا الدولة بوصفها صاحبة السيادة أو السلطان العام سواء أكان الطرف الآخر دولة تظهر بظهر السيادة أم فردا •

أما القانون الخاص *droit privé* فهو ذلك الذى ينظم علاقة بين الافراد أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصا عاديا «٢» •

وظاهر أن قوام التقسيم هو الدولة بوصفها صاحبة السيادة • فان كانت طرفا فى علاقة ما خضعت هذه العلاقة لاحكام القانون العام ، والا فانها تخضع لاحكام القانون الخاص • وما يصدق على الدولة يصدق على أى شخص آخر من أشخاص القانون العام كالمديرية أو المؤسسة العامة •

واذا كان القانون ينقسم الى قسمين رئيسيين هما القانون العام

(١) تقدم فى تعريف القانون أنه مجموعة قواعد ، فلا نجد داعيا لاعادة ذكر ذلك فى صدد تعريف فروع •

(٢) يرى البعض أن تقسيم القانون الى عام وخاص ليس الا تقسيما تابعا وأن التقسيم الرئيسى للقانون هو الى موضوعى وشكلى • فالقانون الموضوعى *droit théorique, droit de fonds, droit substantif* هو الذى يبين الحقوق والواجبات وهو الذى يمكن ان يقسم الى عام وخاص • أما القانون الشكلى *droit de forme, droit de procédure* فهو الذى يبين الاجراءات الواجبة الاتباع لوضع احكام القانون الموضوعى موضع التنفيذ كقانون الاجراءات المدنية والتجارية وقانون الاجراءات الجنائية • وهذه الاجراءات لا يمكن أن تندرج فى ذاتها تحت القانون العام أو القانون الخاص — راجع بحثا للدكتور أحمد مسلم « المنطق والواقع فى التنظيم الوضعى للروابط الدولية » مجلة القانون والاقتصاد ٢١ مارس سنة ١٩٥١ ص ٧٩ (هامش) ، والاستاذ أحمد صفوت المرجع السابق ص ص ٩١-٩٢ •

والقانون الخاص ، فان كلا من هذين القانونين ينقسم بدوره الى اقسام فرعية متعددة . وليس هناك اجماع في الراى الفقهى حول هذه الاقسام الفرعية ولكن الراى الغالب هو أن القانون الخاص ينقسم الى القانون المدنى *droit civil* ، والقانون التجارى *droit commercial* (بنوعيه البرى والبحرى) ، وقانون الاجراءات المدنية والتجارية ويسمى أيضا قانون التنظيم القضائى *droit de procédure civile et commerciale* ، والقانون الدولى الخاص *droit international privé* . « ١ »

وينقسم القانون العام الى القانون الدستورى *droit constitutionnel*

(١) القانون المدنى هو اصل القانون الخاص وينظم الروابط بين الافراد فى المجتمع سواء كانت هذه الروابط شخصية أو مالية . فهو ينقسم الى قسمين رئيسيين : قسم ينظم مركز الفرد فى أسرته ويسمى قانون الاحوال الشخصية ، وآخر ينظم نشاط الفرد المالى ويسمى قانون المعاملات .

أما القانون التجارى فينظم العلاقات المالية الناشئة عن الاعمال التجارية . ولقد أدى الى نشوئه وانفصاله عن القانون المدنى على الاخص حاجة التجارة الى السرعة والثقة . هذا هو القانون التجارى البرى *terrestre* . أما القانون التجارى البحرى *maritime* فيتخصص فى جانب من الحياة التجارية وهو جانب التجارة فى البحار .

ويبين قانون الاجراءات المدنية والتجارية أو قانون التنظيم القضائى الاجراءات الواجب اتباعها لتطبيق احكام القانونين المدنى والتجارى .

وينظم القانون الدولى الخاص العلاقات بين الافراد والتى يكون فيها عنصر أجنبى فيبين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق . وهو يعتبر جزءاً من القانون الوطنى ومن ثم فرعاً من فروع القانون الخاص بالرغم مما قد توحي تسميته بغير ذلك .

انظر الاستاذين السهنورى وحشمت ابو ستيت المرجع السابق صص ١٨٩-٢١٠ ، والدكتور سليمان مرقص المرجع السابق صص ٥١-٦٢ ، والدكتور محمد على عرفه المرجع السابق صص ٢٥٤-٢٧٠ .

والقانون الإداري droit administratif ، والقانون المالي droit financier
والقانون الجنائي droit criminel ، والقانون الدولي العام droit
international public.

الخلاف الفقهي حول التقسيم الرئيسي للقانون

اجتهد فريق من الفقهاء في إيجاد أوجه للتمييز بين القانونين العام والخاص وسعوا إلى تأكيد تلك الأوجه على نحو أثار انتقاد فريق آخر .

ويمكن أن ترد أوجه التمييز بين القانونين في نظر الفريق الأول إلى ثلاثة : من حيث الأشخاص ، ومن حيث الموضوع ، ومن حيث الأساليب^(١) .

فمن حيث الأشخاص يفترض القانون العام علاقة يدخل فيها طرفا على الأقل الدولة بوصفها صاحبة السيادة أي أنه يفترض أما دولة تتعامل مع دولة فتخضع لما يسمى القانون العام الخارجي أو القانون الدولي العام وأما دولة تتعامل مع فرد فتخضع للقانون العام الداخلي . وإذا تركنا القانون العام الخارجي جانبا نجد أن القانون العام الداخلي يفترض طرفين غير متعادلين في المركز القانوني : الدولة بوصفها ممثلة للمجموع أي صاحبة سيادة ، والفرد الذي لا يعدو أن يكون عضوا في المجموع الذي تمثله الدولة . أما القانون الخاص فانه يفترض علاقة بين أفراد يتساوون في المركز القانوني ، أو بين الأفراد والدولة — لا بوصفها ممثلة للمجموع أي صاحبة سيادة وإنما بوصفها شخصا عاديا كالأفراد تماما فلا يكون لها عليهم أي امتياز .

(١) أنظر :

Duverger — Manuel de droit constitutionnel et de Science politique, 5e édit. 1948, pp. 23-25.

Bonnard — Précis de droit public, 5e édit. 1939, pp. 1-3.

Rivero — D.H. 1947, chronique XVIII.

وهذا الفارق بين القانونين العام والخاص من حيث الاشخاص يستتبع التمييز بينهما من حيث الموضوع ومن حيث الاساليب .

فمن حيث الموضوع يفترض القانون العام مصلحة عامة تسعى الدولة بوصفها صاحبة السيادة الى تحقيقها بينما القانون الخاص يفترض مصلحة خاصة يسعى الفرد - أو الدولة بوصفها شخصا عاديا كالفرد - الى تحقيقها . وهذا ما يفسر كيف أن القانون العام يجعل للدولة مركزا معلى على مركز الفرد بحيث أنه يكفل للمصلحة العامة أن تغلب على المصلحة الخاصة ، بينما يعامل القانون الخاص الافراد معاملة متماثلة دون تغليب لمصلحة على أخرى .

ومن حيث الاساليب يوفر القانون العام للدولة أساليب تحقق بها المصلحة العامة وتتسم هذه الاساليب بطابع القهر والجبر كاصدار القرارات الادارية ونزع الملكية للمنفعة العامة والتنفيذ المباشر «^١»

أما الاساليب التى يوفرها القانون الخاص للافراد فتتسم بطابع الرضا والاختيار وتقوم أساسا على التعاقد .

على أن فريقا من الفقه لا يسلم بأوجه التمييز المتقدمة بين القانونين . فالفقيه الفرنسى ديجى «^٢» ينكر أن للدولة شخصية معنوية أو أن لها سيادة بالمعنى الصحيح ويرى أن المجتمع انما يتكون من محكومين وحاكمين وأن هؤلاء وأولئك ملزمون باتباع القانون وخاضعون لاحكامه المؤسسة على التضامن الذى لاقىام للمجتمع بدونه . والفقيه النمساوى كلسن Kelsen «^٣» يرى أن التقسيم الرئيسى لا يمكن أن يوجد فى دولة تخضع

للقانون أو كما يسميها *Rechtsstaat* (Etat de droit)

(١) أى التنفيذ بدون الالتجاء الى القضاء لاستصدار حكم يثبت الحق المدعى به من جانب الدولة .

(٢) المرجع السابق الجزء الاول ص ص ٦٨٠ - ٧١٣ .

(٣) أنظر ديجى المرجع السابق ص ص ٧٠٠ - ٧٠٢ .

اذ أن الدولة تكون كالفرد من حيث التزامها بأحكام القانون بحيث أنه لا يكون لها مركز قانوني أسمى من مركزه . وهو يدل على وجهة نظره بأن القواعد القانونية لا يمكن أن تختلف تبعا لنوع العلاقة التي تنظمها أو تبعا لصفة الاطراف الداخلين في تلك العلاقة وانما تختلف باختلاف الاحكام التي تتضمنها والتي يرتبها القانون استقلالا عن ارادة أى طرف والزاما للدولة والافراد على السواء .

ويشير فقهاء آخرون بحق الى التداخل الحتمى بين القانونين العام والخاص واستحالة رسم خط فاصل بين مجاليهما . فليس معنى أن الدولة طرف في العلاقة التي ينظمها القانون العام أنها لا شأن لها بالعلاقات بين الافراد اذ أنها لا تزال تمارس دورا فيها ويتمثل ذلك على الاخص في ايجاد قاعدة قانونية تنظم تلك العلاقات «١» . واذا كان من المفروض أن الدولة تسعى الى تحقيق مصلحة عامة وأن الفرد يسعى الى تحقيق مصلحة خاصة ، الا أنه يحدث أن ترتبط المصالح العامة والخاصة ارتباطا يصعب معه الفصل بينها فضلا عما هو مشاهد من قيام الافراد أحيانا بمشروعات تحقق المصلحة العامة ولا يتسنى للمجتمع أن يستغنى عن خدماتها «٢» . ولئن رخص القانون للدولة في أن تحقق ما تشده من أهداف عن طريق استخدام أساليب وسلطات استثنائية فانه لا يفرض عليها استخدام تلك الاساليب والسلطات في جميع الاحوال بل يجيز لها أحيانا اللجوء الى الاساليب العادية أو أساليب القانون الخاص ، كما أنه من جهة أخرى قد يرخص للمشروعات الخاصة التي تؤدي خدمات عامة في أن تستخدم الاساليب والسلطات الاستثنائية التي يرخص بها للدولة «٣» .

(١) Rivero المقال السابق الإشارة اليه .

(٢) ويشير Rivero الى أن ثمة صالحا عاما يتحقق من مجرد التوفيق بين المصالح الخاصة المتنافرة .

(٣) ديفرچيه المرجع السابق ص ٢٤ .

وليس ينبغي أن تصرفنا هذه المناقشة الفقهية عن حقيقة أجمع عليها
 الرأي ألا وهي أن التقسيم الرئيسي للقانون تقسيم لاغنى عنه لتفهم الدراسات
 القانونية وتيسير الوقوف على مظاهرها البارزة . ويكفى أن نورد هنا ما ذكره
 الفقيه ديجي نفسه «^(١) من ضرورة « الإبقاء على التفرقة التقليدية بين
 القانون العام والقانون الخاص ... فقد اتسع نطاق القانون في المجتمعات
 الحديثة على نحو جعل من اللازم إيجاد تقسيمات له إذ أن هذا هو السبيل
 الذي لا محيص عنه لدراسة القواعد القانونية المتعددة دراسة تقوم على
 التنظيم والفهم السليم » .

والحق أن التقسيم الرئيسي للقانون قد تناقلته الأجيال المختلفة منذ عهد
 الرومان ولم يعرف أن أحدا طالب بإلغائه أو استبعاده . وإذا كان بعض
 الفقهاء قد أثاروا اعتراضات حوله فلم يكن مقصودهم مهاجمة التقسيم ذاته
 وإنما النعي على مسلك أولئك الذين بالغوا في ترتيب آثار قانونية عليه .
 ولعل خير ما يوضح هذا المعنى ما قرره Eisenmann «^(٢) من أن قيمة
 التقسيم الرئيسي هي في أنه شكلي وبسيط فالإفراط في ترتيب نتائج موضوعية
 عليه من شأنه أن يودي بالتقسيم ويذهب بقيمته » .

(١) المرجع السابق ص ٧٠٢ .

(٢) أنظر مقاله في مجلة القانون العام الفرنسية سنة ١٩٥٢ Revue de
 droit public وكان مما ذكره :

« En elle-même, la théorie de la distinction du droit public et
 du droit privé est plutôt simple... La théorie a été artificielle-
 ment compliquée et faussée, parce qu'on a cru pouvoir ou devoir
 magnifier l'importance de la distinction. D'une « *summa divisio* »
 en un sens formel on a voulu faire une « *summa divisio* » en un
 sens qualitatif. D'où est sorti un monde de tentatives erronées,
 sans avoir l'excuse d'être nécessaires » .

المبحث الثالث

علاقة القانون الدستوري بفروع القانون العام

فروع القانون العام

يختلف الرأى الفقهي حول تحديد فروع القانون العام • ولعل من أظهر ما اختلف الرأى بشأنه القانون الجنائي وقانون الاجراءات المدنية والتجارية وقانون العمل •

فبالنسبة الى القانون الجنائي وقانون الاجراءات المدنية والتجارية تجرى بعض الجامعات — كما فى فرنسا — على تدريسهما باعتبارهما من فروع القانون الخاص ، ولكن فريقا من الكتاب ^(١) ينتقدون هذا المسلك ويرون وجوب اعتبارهما من فروع القانون العام بحكم أنهما ينظمان مرفقا عاما هو القضاء جنائيا كان أو مدنيا ^(٢) •

وبالنسبة الى قانون العمل أى القانون المنظم لعلاقة رب العمل بعماله

(١) انظر على الاخص ديقرجيه المرجع السابق ص ٢٥ ، Lapradelle — droit constitutionnel سنة ١٩١٢ ص ٥ ، Hubrecht — droit public سنة ١٩٥١ ص ١٢ •

(٢) يذهب بعض الفقهاء الى اعتبار القانون الجنائي فرعاً من القانون الخاص على أساس أن الجريمة تصيب مصالح الافراد فى معظم الاحوال • على أن هذا النظر منتقد استناداً الى ثلاثة أوجه : الاول أن الجريمة قد تكون موجهة ضد المجموع مباشرة فضلاً عن أن الصالح العام هو فى استقرار الامن والطمأنينة ومن شأن هذا الصالح أن يتأثر ولو وجهت الجريمة ضد فرد أو بعض أفراد ، والثانى أن الاصل فى العقاب هو أنه من حق المجموع ولو كانت الجريمة ضد فرد وليس يملك المجنى عليه — الا فى أحوال استثنائية بحتة — اعفاء الجنانى من العقاب ، والثالث أن الدولة تقوم فى المجال الجنائى بدور ايجابى لا يتصور الاستغناء عنه سواء فى كشف الجرائم أو فى تحقيقها أو فى محاكمة المتهمين أو فى تنفيذ العقوبة المحكوم بها — انظر الاستاذين السنهورى وحشمت أبو ستيت المرجع السابق ص ١٨٧ — ١٨٨ •

يذكره بعض الفقهاء «^١» على أنه من فروع القانون العام استنادا الى اتساع نشاط الدولة وسيطرتها على الميدانين الاقتصادى والاجتماعى تبعا لانتشار المذاهب الاشتراكية وحلول نظريات الاقتصاد الموجه محل نظريات الاقتصاد الحر .

ويصح أن يقال بأنه وفقا للرأى الغالب فقها ينقسم القانون العام الى قسمين رئيسيين ، القانون العام الخارجى والقانون العام الداخلى . فالقانون العام الخارجى «^٢» - أو كما يسمى القانون الدولى العام - هو ذلك الذى ينظم العلاقات بين الدول وما يتفرع عنها من حقوق وواجبات متبادلة فى أوقات السلم والحرب والحياد . والقانون العام الداخلى «^٣» هو ذلك الذى ينظم علاقة الدولة بالافراد الخاضعين لسلطانها ، وأهم فروع القانون الدستورى والقانون الادارى والقانون المالى والقانون الجنائى .

واذا كان من المسلم أن تقسيم القانون الى عام وخاص هو تقسيم نسبى ولا يفترض بأى حال اقامة حدود فاصلة وقاطعة بين مجالى القانون العام والقانون الخاص ، فليس مما يحتاج الى بيان أن تقسيم القانون العام الى فروع المختلفة لا يفترض انقطاع الصلة بين هذه الفروع . بل ان هناك من الصلة بينها ما يكاد يذهب أحيانا بالحدود التقريبية بين مجالاتها ، على ما سيبين فى صدد تحديد علاقة القانون الدستورى بسائر فروع القانون العام .

القانون الدستورى والقانون الدولى العام

القانون الدستورى فرع من القانون العام الداخلى ، فمجاله تنظيم علاقة الدولة بالافراد الخاضعين لسلطانها . أما مجال القانون الدولى العام فهو

(١) droit ouvrier ، ويسمى أيضا القانون الاجتماعى droit social والقانون الصناعى droit industriel .

(٢) droit public externe .

(٣) droit public interne .

تنظيم العلاقات بين الدول • فهل يستفاد من ذلك أن القانون الدستوري وبصفة عامة القانون الداخلي منفصل عن القانون الدولي العام ؟

يرى البعض أن ليس هناك أى انفصال بين القانون الدولي والقانون الداخلي وإنما يكون هذان القانونان كتلة واحدة أساس الالتزام فيها واحد والاشخاص الخاضعون لاحكامها هم الافراد • ويعرف أصحاب هذا النظر بأنهم أنصار فكرة الوحدة le monisme لانهم يعتبرون القانون الدولي والقانون الداخلي قانونا واحدا ، بل وهم يذهبون الى اعتبار القانون الدولي الجزء الاسمى من ذلك القانون لانه يمثل ارادة عدة دول •

ويناقش هذا النظر فقهاء آخرون بحجج مفادها أن القانون الدولي والقانون الداخلي منفصلان كل الانفصال سواء من حيث المصدر أو من حيث الموضوع أو من حيث الجزاء • فبينما مصدر القانون الدولي العرف والمعاهدات بين الدول ، وموضوعه علاقة بين دولتين أو أكثر ، وجزاؤه يكاد أن يكون منعما - يتكوّن القانون الداخلي أساسا من التشريع الذى تسنه الدولة وينظم علاقة بين الدولة والافراد الخاضعين لسلطانها ، ويكفل اطاعته جزاء تأخذ الدولة على عاتقها فى معظم الاحوال توقيعه • ويعرف أصحاب هذا النظر بأنهم أنصار فكرة الازدواج أو الانفصال le dualisme لانهم يعتبرون القانون الدولي والقانون الداخلي قانونيين متغايرين مثلهما فى ذلك مثل أى قانونين لاتربط بينهما أية صلة كالقانونين الفرنسى والانجليزى •

على أن أغلبية الفقهاء وان اعتبروا أن القانونين الدولي والداخلي منفصلان الا أنهم لا يذهبون فى تصوير الانفصال بينهما الى هذا الحد • فلئن كان الاصل هو انفصال هذين القانونين الا أنه انفصال لا يحول دون قيام نوع من الاتصال بينهما • وقد يبلغ هذا الاتصال مبلغا ينتهى الى اندماج

القانونين «١» •

ولعل من أبرز مظاهر الاتصال بين القانونين احالة كل منهما على قواعد الآخر «٢» • فالقانون الدولي اذ يحدد مركز الاجانب وينظم حقوقهم وواجباتهم قد يحيل على قواعد القانون الداخلي لتعيين الاجنبى (القواعد الخاصة بالجنسية) ، والقانون الداخلي اذ يحدد مركز الممثلين السياسيين فى الدولة وينظم حقوقهم وواجباتهم قد يحيل على قواعد القانون الدولي لتعيين طوائف الممثلين السياسيين •

واذا ما اشتد الاتصال بين القانونين اندمجت قواعد القانون الدولي فى القانون الداخلى وأضحت جزءاً منه فتأخذ حكمه وتعامل معاملته • وقد يتم هذا الاندماج عن طريق اصدار تشريع فى الدولة يقرر قواعد القانون الدولي المراد العمل بها ، وقد يتم عن طريق نص عام يتضمنه دستور الدولة كما كان الشأن بالنسبة الى المادة الرابعة من دستور فيمر لسنة ١٩١٩ التى قضت بأن « قواعد القانون الدولي المتعارف عليها عموماً تعتبر جزءاً أساسياً من قانون الريخ الالمانى » «٣» •

ولتكييف العلاقة بين القانونين الدولي والداخلى أهمية تتجلى على الاخص فى ناحيتين : الاولى واجب القضاء ازاء تعارض القانونين ، والثانية أثر المعاهدات فى داخل الدولة •

(١) راجع الدكتور محمود سامى جنيته القانون الدولي العام الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ ص ٢٦-٣٣ ، والدكتور على صادق ابو هيف القانون الدولي العام الطبعة الثالثة سنة ١٩٥١ ص ٢٥-٣٢ •

(٢) من مظاهر الاتصال بين القانونين كذلك ما يحدث احيانا من أن اطراد القوانين الداخلية على تسجيل قاعدة ما قد ينشئ عرفاً دولياً فى صدها فتتكون على هذا النحو قاعدة من قواعد القانون الدولي مردها الحقيقى الى القانون الداخلى - انظر الدكتور محمود سامى جنيته المرجع السابق ص ٢٧ • (هامش) •

(٣) وسار على نهج هذا الدستور دساتير اخرى كدستور النمسا الصادر فى اول اكتوبر سنة ١٩٢٠ ، ودستور استونيا الصادر فى ١٥ يونيو سنة ١٩٢٠ •

ففيما يختص بالقضاء يختلف واجبه تبعاً لوجهة النظر التي يقال بها في صدد تكييف العلاقة بين القانونين . فمقتضى التسليم بفكرة الوحدة واعتبار القانون الدولي الجزء الاسمي من القانون الداخلي يكون على القاضي تطبيق الاول واهمال الثاني . ومقتضى الاخذ بفكرة الازدواج أو الانفصال على اطلاقها أو كأصل - يكون على القاضي تطبيق القانون الداخلي واهمال القانون الدولي ولو كان من شأن ذلك تعريض دولته للمسئولية أمام الدول الاخرى .

وفيما يختص بالمعاهدات يختلف أثرها داخل الدولة أيضاً تبعاً لفكرة الوحدة أو لفكرة الازدواج أو الانفصال . فهي بحسب الفكرة الاولى نافذة من تلقاء نفسها وواجب على القضاء الالتزام بأحكامها ولو كان من شأنها المساس بحقوق الافراد ، ولكنها بحسب الفكرة الثانية تكون عديمة الاثر وغير ملزمة سواء بالنسبة للقضاء أو بالنسبة للافراد « ١ » .

يبين مما تقدم أن القانون الدولي يشتبك مع القانون الداخلي بحكم أن الدولة عنصر مشترك بين القانونين . وأظهر ما يبدو فيه هذا الاشتباك تحديد سلطان القانون الدولي بالنسبة الى الدولة وسلطاتها العليا والافراد الخاضعين لسلطانها .

وإذا كان القانون الداخلي قد انتهى في تطوره الى أن يكون له سلطان محقق على الافراد الخاضعين له ، فإن القانون الدولي لا يزال في مراحل التطور الاولى حتى أن عدداً غير قليل من الفقهاء يرفض أن يسلم بأنه قانون

(١) يختلف أثر المعاهدات بين دولة وأخرى ، فالولايات المتحدة مثلاً تنص في المادة السادسة من دستورها على اعتبار المعاهدات المبرمة قانوناً أعلى فيها ، الأمر الذي يجعل للمعاهدات المبرمة أثراً نافذاً بالنسبة للقضاء والافراد على السواء . ونظراً لعدم وجود نص مماثل في إنجلترا جرت المحاكم على عدم اعتبار المعاهدات التي تؤثر في حقوق الافراد نافذة إلا إذا صدر بها تشريع داخلي . غير أن المحاكم في إنجلترا وفي غيرها من الدول تعتبر المعاهدات المبرمة وفقاً للدستور جزءاً من القانون الداخلي وتطبقها إلا إذا تعارضت معه - راجع الدكتور جينينه المرجع السابق ص ص ٢٩-٣٣ .

بالمعنى الصحيح «١» • ومن ثم فإن المرجع في حل أى اشكال يثور بين القانونين هو القانون الداخلى ، وعلى الاخص القانون الدستورى • فما من دولة الا وتحصر عادة على أن تضمن دستورها - وهو المصدر الرئيسى للقانون الدستورى - النصوص التى تؤكد سيادة قوانينها على أى قوانين أخرى •

القانون الدستورى وفروع القانون العام الداخلى

تقدم أن الفروع الرئيسية للقانون العام الداخلى - اذا تركنا جانبا القانون الدستورى - هى القانون الادارى والقانون المالى والقانون الجنائى • وبحكم أن هذه القوانين جميعا ترجع الى أصل واحد فانها تلتقى فى الموضوع المشترك بينها وهو الدولة • غاية ما هنالك أن كلا منها ينظر الى

(١) سبق أن ناقشنا هذا الموضوع بالنسبة الى القانون الدستورى وبيننا كيف أن الاعتراض الرئيسى على صفته القانونية مرده الى عنصر الجزاء • فالذين يشترطون فى الجزاء أن يكون ماديا ومنوطا بالسلطة العامة توقيعه أنكروا على القانون الدستورى صفته القانونية ، فضلا عن أن أوستن ومن نحى منحاه قد وصلوا الى نفس النتيجة تأسيسا على نظرهم للقانون واشتراطهم أن يكون أمرا صادرا من الحاكم السياسى الاعلى •

وجوهر المناقشة بالنسبة الى القانون الدولى واحد وان كان الاعتراض على صفته القانونية يجد مستندا أقوى • وتتلخص أوجه الاعتراض فى ثلاثة : عدم صدوره من سلطة سياسية عليا ، وعدم وجود محاكم تطبقه ، وعدم توافر جزاء يفرض اطاعته • وتتلخص الردود على تلك الأوجه فيما يلى : بالنسبة للوجه الاول - الخلط بين القانون والتشريع وقد سبق بيانه ، بالنسبة للوجه الثانى - القانون سابق على القضاء والقاضى لا يخلق القانون بل تقتصر مهمته على التطبيق ، كما أنه توجد محاكم داخلية (كمحاكم الفنائم فى الدول المحاربة) ومحاكم دولية (كمحكمة العدل الدولى) تتولى تطبيق القانون الدولى فعلا ، وبالنسبة للوجه الثالث - الجزاء متوافر وان كان ضعيفا ويتمثل فى استنكار الراى لعام العالمى عند مخالفة قواعد القانون الدولى كما يتمثل فى الجزاءات التى تجيز الهيئات الدولية توقيعها على الدولة المخالفة (مثلا الجزاءات المنصوص عليها فى المواد ٣٣-٥١ من ميثاق هيئة الامم المتحدة) - يراجع فى تفصيل هذا الموضوع الدكتور جينيه المرجع السابق ص ١١-١٦ ، والدكتور أبو هيف المرجع السابق ص ٨-١٣ ، الدكتور على ماهر القانون الدولى العام سنة ١٩٢٣ ص ١٧-٢١ •

الدولة من زاوية معينة ويتحدد مجاله تبعا لذلك بنوع من نشاطها .

فالقانون الدستوري ينظم نشاط الدولة من الناحية السياسية، والقانون الإداري ينظم نشاطها من الناحية الإدارية، والقانون المالي ينظم نشاطها من الناحية المالية، والقانون الجنائي ينظم نشاطها من الناحية الجنائية .

على أن الوقوف عند هذا الحد لا يغني في التمييز بين هذه القوانين . ولئن تقدمنا خطوة الى الامام في هذا الاتجاه لامكنا بغير عناء أن نحدد مجال القانون الجنائي تحديدا لا يدع محلا للتداخل أو الاختلاط . وآية ذلك أن القانون الجنائي ينظم العلاقة بين الدولة والفرد لمناسبة جريمة يرتكبها . فمجاله ظاهر متميز اذ يشمل بيان الجرائم والعقوبات والاجراءات الواجب اتباعها لتحقيق الجرائم والحكم بالعقوبات وتنفيذها . وهو بهذا ينقسم الى قسمين : قسم موضوعي خاص بتحديد الجرائم والعقوبات ويسمى قانون العقوبات أو القانون الجنائي بالمعنى الضيق *droit pénal, droit criminel* ، وقسم شكلي أو اجرائي خاص ببيان اجراءات التحقيق والمحاكمة والتنفيذ ويسمى قانون الاجراءات الجنائية *droit de procédure criminelle* « ١ » .

أما القانون المالي فلم تصبح له ذاتية متميزة الا مؤخرا وكان من قبل جزءاً من القانون الإداري . ومجاله تنظيم ميزانية الدولة أي تنظيم إيرادات

(١) وكان يسمى قديما قانون تحقيق الجنايات *droit d'instruction criminelle* ، ثم عدل عن هذه التسمية لقصورها عن شمول كل موضوعات هذا القانون .

أنظر الاستاذ على زكي العرابي المبادئ الأساسية للاجراءات الجنائية الجزء الاول سنة ١٩٥١ ص ٢٠١ ، والدكتور محمود مصطفى شرح قانون الاجراءات الجنائية الطبعة الاولى سنة ١٩٥١ ص ٢٠١ وشرح قانون العقوبات الطبعة الاولى سنة ١٩٥٠ ص ٤٠٣ ، والدكتور السعيد مصطفى السعيد الاحكام العامة في قانون العقوبات سنة ١٩٥٢ ص ١-٧ ، والدكتور على راشد مبادئ القانون الجنائي سنة ١٩٤٨ ص ٣-٥ ، والاستاذ على بدوي الاحكام العامة في القانون الجنائي سنة ١٩٣٨ ص ١-٣ .

الدولة ومصرفاتها « ١ » .

القانون الدستوري والقانون الإداري : ان الصعوبة الحقة هي في التمييز بين القانون الدستوري والقانون الإداري . والصعوبة ناتجة على الاخص من أن هذين القانونين يشتركان في الكثير من الموضوعات ويتداخلان الى الحد الذي أضحي معه اصطلاح « القانون العام » *droit public* ينصرف في معناه الضيق اليهما دون سائر القوانين « ٢ » .

وبالرغم من هذا الاتصال الوثيق بين القانونين فإنه لا يزال من الممكن التمييز بين مجاليهما . فمجال القانون الدستوري التنظيم السياسي في الدولة أى أنه يتناول تكوين السلطة التشريعية واختصاصها وعلاقتها بالسلطتين التنفيذية والقضائية . أما مجال القانون الإداري فينحصر في التنظيم الإداري في الدولة أى أنه يقتصر على تناول السلطة التنفيذية وحدها ، بل انه لا يتناول من نشاط هذه السلطة الا ما يعرف بالاعمال التنفيذية *actes administratifs* دون الاعمال الحكومية أو أعمال السيادة *actes de gouvernement, actes de souveraineté* « ٣ » .

(١) يسميه البعض أحيانا التشريع المالى *législation financière* . وهذه التسمية قاصرة عن شمول كل قواعد هذا القانون فضلا عن انها لا تتفق مع ما انتهى اليه من تطور .

(٢) ويلاحظ أن بعض الكتاب يؤثرون التأليف في هذين القانونين معا تحت عنوان « القانون العام » كالاساتذة Jèze, Bonnard, Nèzard .

(٣) قد يكون من المفيد أن نورد هنا بعض التعاريف التى سجلها الكتاب المصريون متأثرين بزملائهم فى فرنسا :

« فرع من فروع القانون العام يشمل مجموعة القواعد المتعلقة بنشاط الدولة الإداري في قيامها بوظيفتها الإدارية » - الدكتور محمد فؤاد مهنا القانون الإداري المصري والمقارن الجزء الاول سنة ١٩٥٢ ص ١٥ .

« فرع من فروع القانون العام يختص بتنظيم الإدارة العامة ويحكم علاقاتها القانونية » - الاستاذان عثمان خليل وسليمان الطماوى موجز القانون الإداري الطبعة الاولى سنة ١٩٥١ ص ٥ .

ولعل من أدق المسائل التي واجهها الفقه والقضاء محاولة التمييز بين الأعمال التنفيذية والأعمال الحكومية . فلئن حرصت الدساتير في العادة على أن تميز بين اختصاص السلطة التشريعية واختصاص السلطة التنفيذية ، فإنها لا تتعرض للتمييز بين الاختصاص التنفيذي والاختصاص الحكومي للسلطة التنفيذية .

وليس من اليسير التمييز بين هذين الأمرين لأن أعضاء السلطة التنفيذية يعملون أحيانا استنادا إلى اختصاصهم التنفيذي ، وأحيانا أخرى استنادا إلى اختصاصهم الحكومي . وللتمييز بين الأعمال التنفيذية والأعمال الحكومية أهمية من ناحيتين : الأولى أن الأعمال الحكومية تندرج تحت موضوعات القانون الدستوري بينما تعتبر الأعمال التنفيذية من صميم مباحث القانون الإداري ، والثانية أن الأعمال الحكومية لا تخضع لرقابة القضاء إداريا كان أو عاديا إذ يكتفى في شأنها بما يمارسه عليها البرلمان من رقابة سياسية بينما تخضع الأعمال التنفيذية لإشراف القضاء وإن تفاوت مدى هذا الإشراف تبعا لما إذا كان القضاء إداريا أو عاديا .

ولا يتسع المقام للخوض في مشكلة التمييز بين الأعمال التنفيذية والأعمال الحكومية ، تلك المشكلة التي تكفلت مؤلفات عديدة بمعالجتها على نحو مفصل يحيط بجهود الفقه والقضاء في استنباط معايير شتى وبأوجه

== « فرع القانون العام الذي يتناول مجموعة القواعد المتعلقة بتنظيم السلطة الإدارية للدولة وبنشيط الدولة في قيامها بوظيفتها الإدارية » - الدكتور توفيق شحاته مبادئ القانون الإداري الجزء الأول الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ ص ١٧ .

وانظر أيضا الدكتور وحيد رافت القانون الإداري الجزء الأول سنة ١٩٣٨ ص ٢٤-٣٠ ، والدكتور عبد الحميد متولى القانون الإداري المصري الجزء الأول سنة ١٩٣٨ ص ٨ ، والدكتور محمد زهير جرانه مبادئ القانون الإداري المصري سنة ١٩٤٤ ص ٢١ ، والدكتور محمد عبد الله العربي مبادئ القانون الإداري ص ١ و ٢ .

النقد التي أثرت حول مدى سلامة هذه المعايير «^١» . وحسبنا أن تقرر أن ثمة اتجاهها مستقرا على أن الاعمال الحكومية ترمز الى الخطوط السياسية العليا كما هو الشأن بالنسبة الى الاعمال المنظمة لعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية مثل دعوة البرلمان الى الانعقاد وتأجيله وحله ، واستعمال السلطة التنفيذية لاختصاصها التشريعي مثل اقتراح القوانين ، والاعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية بوصفها ممثلة للدولة في العلاقات الخارجية كاعلان الحرب وابرام المعاهدات ، والاعمال المتصلة بسلامة الدولة وأمنها الداخلي مثل اعلان الاحكام العرفية . أما الاعمال التنفيذية فترمز الى التصريف العادي للشئون العامة والتنفيذ اليومي للقوانين كما هو الشأن بالنسبة الى اصدار اللوائح وتنظيم المرافق العامة وتنظيم شئون الموظفين .

وليس ينحصر التمييز بين القانون الدستوري والقانون الاداري في المجال الذي ينظمه كل منهما ، وانما يمكن أن يتلمس أيضا في الكيفية التي يعالج بها كل منهما ذلك المجال . ولقد أورد الكتاب عبارات توضح هذا الوجه توضيحا كاملا نذكر منها قول Dueroq «^٢» ان « القانون الدستوري يقرر المبادئ الاساسية للقانون العام في الدولة أي المبادئ التي تكفل للأفراد حقوقهم السياسية والمالية والدينية والمدنية . أما القانون

(١) راجع على الاخص من المؤلفات باللغة الفرنسية

Duez — Les actes de gouvernement, 1935.

Duez — La responsabilité de la puissance publique, 1927, pp. 113 - 138.

Hauriou — Précis de droit administratif et de droit public, 7e édition 1910, pp. 75 - 82.

ومن المؤلفات باللغة العربية الدكتور حافظ هريدي أعمال السيادة في القانون المصري والمقارن الطبعة الاولى سنة ١٩٥٢ والمراجع العديدة التي أشار إليها في ص ٢٣٦ وما بعدها .

(٢) Droit administratif الجزء الاول الطبعة السابعة سنة ١٨٩٧

ص ٥٠

الادارى فهو الذى يضع هذه المبادئ - الى حد كبير - موضع التنفيذ ويحدد شروط تطبيقها » .

ويؤكد Berthélémy «^١» هذا المعنى بعبارته المشهورة ان « القانون الدستورى يبين لنا كيف شيدت الآلة الحكومية أما القانون الادارى فيبين كيف تسير هذه الآلة وكيف تقوم كل قطعة منها بوظيفتها » .

فالقانون الدستورى اذن هو المقدمة الضرورية للقانون الادارى وفيه يجد الاخير عناوين موضوعاته . ونظرة واحدة الى النصوص الدستورية «^٢» تثبت هذه الحقيقة اذ أنها تسجل عادة الاسس التى يقوم عليها التنظيم السياسى للدولة ، تاركة للنصوص الادارية وضع التفاصيل والاجراءات العملية التى يقتضيها اعمال تلك الاسس وانفاذها . وهكذا يكمل القانون الادارى القانون الدستورى ويجعل منه حقيقة حيّة . وليس أدل على ذلك من المثل الذى ساقه Ducrocq خاصة بحقوق الافراد الاساسية ، فان واضعى أى دستور وان بالغوا فى الحرص على النص عليها وتعزيزها لا يجدون مناصا من أن يفوضوا للقانون الادارى نصيبا كبيرا من السلطة كما ينظم هذه الحقوق من الناحية العملية ويجعلها قابلة للاستقضاء ومصونة من العبث والاعتداء .

القانون الدستورى والقانون الادارى فى انجلترا : من المسائل التى أثارت كثيرا من الجدل الفقهي مسألة ما اذا كان يوجد فى انجلترا قانون ادارى ، وعلى فرض وجوده ما اذا كان يتسنى التمييز بينه وبين

(١) Traité élémentaire de droit administratif الطبعة الثانية عشرة

سنة ١٩٣٠ ص ٢ .

(٢) يلاحظ أن النصوص الدستورية هي أهم مصادر القانون الدستورى على ما سيبين فيما بعد .

القانون الدستوري • ونبادر الى اثبات أهمية هذا الموضوع نظرا لما هو معروف من أن دولا عديدة قد تأثرت بالنظام الانجليزي وفي مقدمتها الولايات المتحدة •

وقد يكون من الملائم أن نقسم البحث في هذا الموضوع الى قسمين رئيسيين : الاول ما اذا كان في انجلترا قانون ادارى ، والثاني ما اذا كان يتسنى التمييز بين القانون الدستوري والقانون الادارى فيها •

هل في انجلترا قانون ادارى ؟

أحاط بهذا السؤال غير قليل من الخلط حتى في انجلترا ذاتها • واننا وان كنا ندرك الصعوبة الماثلة في شرح موضوع اختلط الامر فيه حتى شوهدت نواحيه الاساسية ، الا أننا سنحاول معالجته بصورة تبرز أسباب الخلط فيه وتوضح الطريق السليم الى مناقشته وتفهمه •

آراء الفقيه ديسى Dicey : يعتبر ديسى المسئول الاول عن الخلط الذى اكتنف موضوع القانون الادارى في انجلترا • ولقد عنى ديسى عناية شديدة بتحليل النظام القانونى الانجليزى واطهار تفوقه على غيره من النظم فيما أسماه « القاعدة القانونية » Rule of Law • وحدد ديسى مقصود هذه القاعدة بقوله « ... ان لهذه القاعدة ثلاثة معان أو نتائج رئيسية :

أولا - سيادة القانون على نحو يحول دون تخويل الحكومة أية سلطة تحكمية arbitrary power أو امتياز prerogative أو تقدير مطلق ...wide discretionary authority

ثانيا - المساواة أمام القانون أى خضوع الافراد جميعا - أيا كانت طوائفهم - للقانون العادى الذى تطبقه المحاكم العادية ...

ثالثا - قيام الدستور كنتيجة لتطبيق قواعد القانون العادى » (١)

(١) Law of the constitution الطبعة التاسعة سنة ١٩٤٨

وانساق ديسي وراء تحمسه للقاعدة القانونية متلمسا الاوجه التي يمكن أن يجد فيها لتحمسه سنداً • وهكذا تناول ديسي موضوع القانون الإداري بصورة لا تخلو من التسرع والرغبة الجامحة لخدمة فكرة القاعدة القانونية التي سيطرت على عقله واستحوذت على مشاعره •

ولم يكن هذا العامل وحده هو المسؤول عن الآراء الخاطئة التي اعتنقها ديسي في شأن القانون الإداري ، وإنما كان هناك عامل آخر لا يقل أهمية عن الأول وإن لم يكن لديسي يد فيه • فقد أقر ديسي في طبقات كتابه التي ظهرت بعد سنة ١٩٠١ أنه استقى معلوماته عن القانون الإداري الفرنسي من « كتابات Alexis de Tocqueville الذي كان له من المكانة في إنجلترا في القرن ١٩ ما كان لـ Montesquieu فيها في القرن ١٨ • ولم يكن Tocqueville يعرف شيئا أو يعرف الا القليل — باعترافه هو نفسه — عن الوضع الحقيقي للقانون الإداري » « (١) » •

وليس غريبا بعد الوقوف على العوامل التي حادت بديسي عن الطريق السليم في البحث ، أن نجد في كتاباته عن القانون الإداري تعملا ظاهرا أو مجافاة للواقع • ويمكن أن نرد هذه الكتابات الى مسألتين رئيسيتين : الأولى ماهية القانون الإداري في فرنسا ، والثانية مركز القانون الإداري في إنجلترا •

فبالنسبة الى ماهية القانون الإداري في فرنسا : يذكر ديسي أن « كل من يعنى بدراسة طبيعة القانون الإداري في فرنسا أو بتحديد مجاله لا يلبث أن يتكشف أنه كان ولا يزال يستند الى مبدئين رئيسيين يجافيان الفكر الانجليزي الحديث •

(١) المرجع السابق ص ٣٩٢ • ويلاحظ أنه قد صدرت ثلاث طبقات لهذا المرجع قبل سنة ١٩٠١ : طبعتان سنة ١٨٨٥ والثالثة سنة ١٨٨٩ ، كما صدرت على الأقل ست طبقات بعد ذلك كان آخر ما صدر منها في حياة ديسي الطبعة الثامنة سنة ١٩١٥ •

فالمبدأ الاول يقضى بأن الحكومة وجميع موظفيها يتمتعون — بوصفهم ممثلين للامة — بحقوق وامتيازات متنوعة ازاء الافراد بينما لا يتمتع الافراد بهذه الحقوق والامتيازات ازاء بعضهم البعض ...

أما المبدأ الثانى فيتمثل فى ضرورة الابقاء على ما يسمى (الفصل بين السلطات) أو بعبارة أخرى العمل على منع اعتداء أية سلطة على اختصاص السلطة الاخرى سواء أكانت الحكومة أم البرلمان أم المحاكم . على أن تعبير الفصل بين السلطات مدعاة الى التضليل فيما يتصل بالعلاقة بين السلطة التنفيذية والمحاكم وهى ما تهمنا بالذات ... ويقصد بهذا التعبير وفقا لما جرى به تاريخ فرنسا واستقر عليه التشريع والقضاء فيها — تأمين استقلال القضاة العاديين فى مواجهة السلطة التنفيذية بحيث لا يمكنها عزلهم ، وتأمين استقلال السلطة التنفيذية أى الحكومة وموظفيها فى مواجهة المحاكم العادية بحيث لا يخضعون لاختصاصها وهم بضد ممارستهم لعملهم الرسمى » (١)

وبالنسبة الى مركز القانون الادارى فى انجلترا : يذكر ديسى أنه « ليس فى اللغة الانجليزية اصطلاح مقابل لاصطلاح القانون الادارى droit administratif ، وأن اصطلاح administrative law الذى يمكن أن يكون خير مقابل لاصطلاح الفرنسى — غير معروف للقضاة والمحامين الانجليز ... وعدم وجود اصطلاح مقابل لاصطلاح الفرنسى فى اللغة الانجليزية له دلالة من حيث أن مدلول الاصطلاح غير معترف به . فليس فى انجلترا — أو فى الدول التى استقت مدنيتهما من انجلترا كالولايات المتحدة — نظام القانون الادارى ولا عهد لاحد بالاسس التى يقوم عليها » (٢) .

(١) المرجع السابق ص ص ٣٣٦-٣٣٧ .

(٢) المرجع السابق ص ص ٣٣٠ - ٣٣١ .

مناقشة آراء ديسى : أخطأ ديسى فى تفهم ماهية القانون الادارى الفرنسى وفى تحديد مجاله ، فكان ولا بد أن يخطئ أيضا فى الحكم على ما اذا كان لذلك القانون مقابل فى انجلترا «^١» .

فبالنسبة الى القانون الادارى الفرنسى : نجد أن ديسى قد حصر مجاله فى موضوعين : امتيازات السلطة الادارية ، والقضاء الادارى . وهذا التضييق غير المبرر كان مرده كما تقدم البيان الى ضعف المصادر الفرنسية التى استقى منها ديسى معلوماته عن القانون الادارى من جهة ، والى مبالغة ديسى فى التحمس لخدمة فكرة القاعدة القانونية من جهة أخرى . فهو اذ كان يقابل بين النظامين الانجليزى والفرنسى عمد الى المقارنة بينهما من حيث نتائج القاعدة القانونية . ومن اليسير أن نلمس تشيع ديسى للنظام الانجليزى والسعى الى تفضيله على النظام الفرنسى من حيث النتيجة الرئيسيتين للقاعدة القانونية وهما : سيادة القانون - ويقابل ذلك ما ذكره بشأن القانون الادارى الفرنسى من تمتع الادارة بامتيازات وسلطات استثنائية ، والمساواة أمام القانون العادى وخضوع الجميع للمحاكم العادية - ويقابل ذلك ما ذكره بشأن القانون الادارى الفرنسى من استقلال الادارة عن القضاء العادى وتميزها عن الافراد بوجود محاكم ادارية تختص بالنظر فى مسائلها .

ولقد أخطأ ديسى فيما ذهب اليه من قصر القانون الادارى على موضوعى امتيازات الادارة والقضاء الادارى . فمجال هذا القانون هو

(١) يراجع فى تحليل رائع لآراء ديسى وفى نقدها مؤلف روبسون Robson Justice and administrative law الطبعة الثانية سنة ١٩٤٧ ص ٣١-٥٢ ، ومؤلف ديسى سالف الذكر فى المقدمة والتعليق للاستاذ Wade ص ١٩ - XIX و ٤٧٤ - ٥٠٤ .

تنظيم الادارة العامة سواء من حيث تشكيلها أو من حيث اختصاصها وعلاقتها بالافراد . وعلى هذا النحو يعتبر من موضوعات القانون الادارى الرئيسية تنظيم الهيئات الادارية من مركزية ولا مركزية ، وتنظيم المشروعات التى تؤدي خدمات عامة وتخضع لاشراف تلك الهيئات أى المرافق العامة . ويدخل فى نطاق المرافق العامة تنظيم علاقتها بعمالها (أى بموظفيها) وبالافراد ، وبيان الوسائل أو السلطات التى تتمتع بها الادارة فى تسييرها ، والجهة التى تختص بالمنازعات المتفرعة عن نشاطها .

وهكذا يتضح أن ديسى قد فرض على القانون الادارى الفرنسى مجالا أضيق بكثير من مجاله ، بل وأظهر هذا المجال بصورة لا تتفق مع الواقع . فليس صحيحا أن القانون الادارى الفرنسى يجيز للادارة أن تتحكم فى الافراد أو أن تتعالى على القضاء العادى ، وانما كل ما هنالك أنه يسمح لها بسلطة تقديرية تمكنها من القيام بأعبائها على الوجه الاكمل ، ويحصن قراراتها الادارية ضد الالغاء أمام المحاكم العادية نزولا على مقتضيات الفصل بين السلطات دون اعفاء تلك القرارات من رقابة المحاكم الادارية التى يمكن أن تصل الى حد الغائها .

وليس صحيحا أن الادارة لا تتمتع فى انجلترا بامتيازات وسلطات استثنائية فى مواجهة الافراد ، أو أنه لا توجد محاكم ادارية بجانب المحاكم العادية . وأكبر دليل على خطأ ما قرره ديسى فى هذا الصدد ، أنه رجع فيما قرره وسلم بأن القانون الادارى — بحسب تحديده — قد وجد فى انجلترا وأخذ يتطور باطراد مستمر « ١ » .

(١) كان ذلك فى مقال نشره سنة ١٩١٥ بمجلة Law Quarterly Review واتخذ له عنوانا أدهش المحيط القانونى الذى سيطرت عليه آراؤه وهو « نمو القانون الادارى فى انجلترا The development of administrative law in England » .

راجع تقديم الاستاذ Wade لمؤلف ديسى السابق الذكر ص LXXXVI .

وبالنسبة الى مركز القانون الادارى فى انجلترا : كان ولا بد أن ينكر
ديسى فى ظل فهمه الخاطىء لماهية القانون الادارى الفرنسى وجود
قانون ادارى فى انجلترا • ولقد بينا كيف أنه قصر القانون المذكور على
موضوعى امتيازات الادارة والقضاء الادارى ، وكيف أنه أنكر وجود
قانون مماثل فى انجلترا ثم عاد وسلم بوجوده •

على أن تسليم ديسى بوجود قانون ادارى فى انجلترا لا يصحح الاسلوب
الخاطىء الذى اتبعه فى تحديد مجال ذلك القانون ، وبعبارة أخرى أن
المسألة لم تزل تبحث على غير الوضع السليم • والمنطق يقضى بأن يكون
البحث فيما اذا كان بانجلترا قانون ادارى على أساس المجال الحقيقى لهذا
القانون أى تنظيم الهيئات الادارية والمرافق العامة •

وعلى ضوء هذا التحليل يمكن أن يقال بأن القانون الادارى قد وجد
فى انجلترا من قديم ، وأنه كان موجودا سنة ١٨٨٥ حين أخرج ديسى
مؤلفه لأول مرة • ويشهد بذلك عدة قوانين كان معمولا بها آنذاك
كقانون البلديات سنة ١٨٨٢ وقانون الجيش سنة ١٨٨١ وقانون الصحة
العامة سنة ١٨٧٥ وقانون الجمارك سنة ١٨٦٧ «١» •

ولقد ازدادت القوانين المنظمة للمجال الادارى زيادة ملموسة بتأثير
التطورات الاقتصادية والسياسية على الاخص • وهذه التطورات كانت
سببا فى اتساع نشاط الدولة وتدخلها فى كثير من الميادين التى كانت
متروكة من قبل للمشروعات الخاصة • وساعد على تقوية هذا الاتجاه
الاشتراكى تولى حزب الاحرار ومن بعده حزب العمال شئون الحكم
فترات غير قصيرة • ويكفى أن نضرب مثلا للقوانين الادارية الحديثة

Municipal Corporations Act, 1882 — Army Act, 1881 (١)

Public Health Act, 1875 — Customs Consolidation Act, 1867.

قانون التأمين ضد البطالة سنة ١٩٣٥ وقانون المساكن سنة ١٩٣٦ وقانون التأمين الصحى سنة ١٩٣٦ «١» والقوانين الخاصة بتأمين السكك الحديدية والكهرباء ومناجم الفحم وبنك إنجلترا .

وليس يقدح فى وجود قانون ادارى فى إنجلترا أن يكون فى دور التكوين اذ أن أحكامه لاتزال موزعة بين قوانين شتى «٢» . واذا كان اصطلاح administrative law قد تعرض لحملة ديسى العاتية فلم يكتب له الانتشار الا مؤخرا ، الا أن القانون الادارى من الناحية الموضوعية كان ولاشك قائما ومسلما به منذ زمن بعيد وان لم يكن مجاله محددا على الوجه الصحيح «٣» .

ولئن أريد الوقوف على أحكام القانون الادارى فى إنجلترا فلن يجد الباحث مؤلفا عاما فى الموضوع على النحو المفهوم فى دولة كفرنسا ، وانما يكون عليه أن يرجع على الاخص الى المؤلفات المتصلة بالادارة العامة «٤»

Unemployment Insurance Act, 1935 — Housing Act, 1936 (١)
Health Insurance Act, 1936.

(٢) اختلف الكتاب فى مصر وفى فرنسا حول ما اذا كان يوجد فى إنجلترا قانون ادارى — قارن فى تفصيل هذا الاختلاف الدكتور محمد فؤاد مهنا المرجع السابق ص ٣٧ — ٤٧ ، والدكتور وحيد رافت المرجع السابق ص ١٥ ، والدكتور عثمان خليل اللامركزية ونظام مجالس المديرىات فى مصر الطبعة الثانية سنة ١٩٤٥ ص ٣ ، والدكتور محمد عبد الله العربى المرجع السابق ص ٢ و ٣ .

(٣) قارن مثلا تعريف الاستاذ Holland للقانون الادارى فى مؤلفه The elements of jurisprudence الطبعة العاشرة سنة ١٩٠٦ ص ٣٦٣ ، وماسنذكره فيما بعد بصدد التمييز بين القانون الدستورى والقانون الادارى فى إنجلترا .

(٤) انظر مثلا

Warner R., The principles of public administration,
London 1947.

Willoughby W.F., Principles of public administration,
Washington, 1927.

والحكومة المركزية «١» والحكومة المحلية «٢» والموظفين «٣» . أما المؤلفات التي تحمل اسم القانون الإداري أو ما يتصل به «٤» فإن معظمها قاصر على معالجة موضوع امتيازات الإدارة والمحاكم الإدارية . ويمكن أن تفسر هذه الظاهرة بما خلفه تحديد ديسي الخطأ للقانون الإداري من أثر المحيط الفقهي «٥» . على أن من المنتظر وقد أخذ الكتاب يتنبهون إلى الخطأ الذي وقع فيه ديسي أن توجه الجهود نحو خدمة القانون الإداري ولا سيما أن التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي تمت مؤخرا تستلزم تنظيما دقيقا للإدارة ولعلاقتها بالفرد .

هل يمكن التمييز بين القانون الدستوري والقانون الإداري في إنجلترا ؟

بيننا فيما سبق كيف أن ديسي قد أخطأ في فهم المدلول الحقيقي للقانون الإداري الفرنسي ، وكيف أن كتاباته في هذا الموضوع كانت سببا في أن

(١) مثلا

Parry H.L., English Central Government, London 1939

(٢) مثلا

Clarke J.J., The local Government of the United Kingdom, 14th edit., London 1948.

Hart, Local Government and Administration, 3rd edit. London, 1946.

Harris G.M., Municipal Self-Government in Britain, London 1939.

(٣) مثلا

Emden, The Civil Servant, London 1923.

(٤) مثلا

Port F. J., Administrative Law, London 1929.

Carr C.T., Concerning English Administrative Law, Oxford, 1941.

Robson W.A., Justice and Administrative Law, op. cit.

(٥) أنظر تعليق الاستاذ Wade مؤلف ديسي سالف الذكر ص ٤٨١ .

يتنكب الكثيرون طريق البحث السليم وأن ينكروا وجود قانون ادارى فى انجلترا . وظاهر أن التساؤل الذى نحن بصددده لا يمكن أن يثور بالنسبة الى هذا الفريق من الفقهاء . فليس من المتصور أن يعرض فى تفكيرهم أمر التمييز بين القانون الدستورى وبين قانون أنكروا وجوده .

على أن أمر التمييز بين القانونين الدستورى والادارى قد ثار بالنسبة الى الفقهاء الذين سبقوا ديسى أو أولئك الذين عاصروه أو جاءوا بعده ولكن لم تحولهم كتاباته عن الاقتناع بوجود قانون ادارى فى انجلترا . ويمكن أن يقال بأن محاولات هؤلاء الفقهاء قد تنابت حتى أمكن لها أن تفلح فى تحديد المجال الحقيقى للقانون الادارى . ولعل من طلائع هذه المحاولات التعريف الذى أورده الفقيه أوستن فى محاضراته التى نشرت للمرة الاولى سنة ١٨٣٣ «^١» . فهو يعرف القانون الادارى بأنه ذلك الذى يحدد أهداف السلطة العليا وكيفية ممارستها ، ويشمل بذلك ليس فقط السلطات التى يمارسها الحاكم — فردا كان أو أكثر — بنفسه وانما أيضا السلطات التى تمارسها هيئات سياسية تابعة بتفويض من الحاكم » . وانتقد الاستاذ Wade هذا التعريف ورأى فيه توسيعا غير مقبول لمجال القانون الادارى الذى ينحصر أساسا فى السلطة التنفيذية ولا يتناول السلطة التشريعية أو السلطة القضائية الا تبعا «^٢» .

أما الاستاذ Holland فيذكر فى سنة ١٨٨٠ أنه « اذا كان القانون الدستورى يعنى بيان الهيئات التى تمارس السلطة العليا وهى فى دور السكون at rest ، فإن القانون الادارى يعنى بيان تلك الهيئات وهى فى دور الحركة in motion ويفصل الكيفية التى تمارس بها نشاطها » «^٣» .

(١) المرجع السابق الجزء الاول ص ١٠ وص ٧٣ — ويلاحظ أن أوستن قد ميز بين القانون الدستورى والقانون الادارى من حيث مدى ثبوت الصفة القانونية لكل منهما ، الامر الذى لانجد ما يوجب بيانه لبعده عن موضوع البحث .

(٢) ص ٧٨٠ من مؤلف ديسى سالف الذكر .

(٣) The elements of jurisprudence الطبعة العاشرة سنة ١٩٠٦

ص viii وص ٣٦٣ .

واتقد الاستاذ Maitland محاولة Holland سنة ١٩٠٨ استنادا الى أن التفرقة التي أوردها بشأن القانونين الدستوري والاداري تفرقة غير واضحة ، وأنها تقوم على عنصرين لا سبيل الى الفصل بينهما وهما التكوين structure والوظيفة function . وفي هذا يقول Maitland «^(١)» «... ان من المحال بيان تكوين بعض الهيئات دون أن يتضمن ذلك بيان وظائف بعض الهيئات الاخرى » ، ويوضح وجهة نظره بالاشارة الى أن الكلام عن تكوين الوزارة لا بد وأن يتناول الكلام عن وظيفة الملك وسلطته في تعيين الوزراء وعزلهم . ويخلص Maitland الى ضرورة تعديل التفرقة بين القانونين الدستوري والاداري على نحو يجعل الاول خاصا ببيان تكوين الهيئات التي تمارس السلطة العليا وكذلك بالقواعد الرئيسية التي تنظم وظائفها ، ويجعل الثاني خاصا بالقواعد الثانوية أو التفصيلية المنظمة لوظائف تلك الهيئات .

ولم تسلم التفرقة التي اقترحها Maitland بدورها من الانتقاد إذ أخذ عليها الاستاذ Jennings «^(٢)» استنادها الى « فكرة شخصية بحتة هي تحديد ما يجب أن يعتبر رئيسيا أو ثانويا » ، ووصفها بأنها « تفرقة تحكمية بحتة purely arbitrary لقيامها على مدى الاهمية التي يوليها كل كاتب لمختلف نواحي نظام الحكم » .

ولئن أخطأت المحاولات المتقدمة في تحديد المجال الحقيقي للقانون الاداري ، فقد كان لها الفضل في اثارة النقد وتبادل الرأي وتوجيه جهود الفقهاء في هذا الصدد الوجهة الصحيحة .

وإذا كانت جهود الفقهاء لم تفلح فيما قصدت اليه الا مؤخرا فان

(١) The constitutional history of England سنة ١٩٣١ ص vii

وص ٥٣٤ .

(٢) The law and the constitution الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٦

ص ٧٥ .

ففيها بالذات قد توصل منذ سنة ١٨٩٣ الى تفهم حقيقة القانون الادارى وتحديد مجاله تحديدا سليما . وهذا الفقيه هو الاستاذ الامريكى Goodnow «١» الذى يذكر أن « الخطأ الشائع فى انجلترا والولايات المتحدة من حيث عدم الاعتراف بالقانون الادارى ليس مرده الى عدم وجود هذا القانون فيها وانما الى عدم وضوح فكرة تقسيم القانون فى اذهان رجال القانون الانجليز ... على أنه باتباع التقسيم القانونى الذى أضحي مسلما بفائدته من الجميع نجد أن القانون الادارى هو ذلك الفرع من القانون العام المنظم لنشاط الادارة . ولما كان هذا النشاط يفترض وجود هيئات ادارية تسمى فى مجموعها الادارة ، فان القانون الادارى لايعنى بتنظيم العلاقات بين الهيئات الادارية فحسب وانما يعنى أيضا تكوين تلك الهيئات ... »

فالقانون الادارى اذن هو فرع القانون العام الذى يحدد تكوين الهيئات الادارية وينظم نشاطها ويبين للافراد الوسائل التى تكفل حقوقهم من الاعتداء» .

على أن أهمية كتابات Goodnow لا تقف عند حد تصوير القانون الادارى تصويرا كان يخطئ فيه معظم رجال القانون فى انجلترا والولايات المتحدة ، وانما تتعدى ذلك الى توضيح علاقة هذا القانون بالقانون الدستورى على نحو يجعل له ذاتية منفصلة متميزة «٢» . وهو فى هذا

(١) ولقد اتخذ لمؤلفه عنوانا يفصح عن آرائه فى القانون الادارى وهو Comparative administrative law - نيويورك سنة ١٨٩٣ - راجع ص ٦ وما بعدها .

(٢) يقول Goodnow فى صدد التمييز بين القانون الادارى والقانون الدستورى « يعتبر القانون الادارى التكملة الضرورية للقانون الدستورى من حيث انه يحدد تكوين السلطات الادارية . فبينما يضع القانون الدستورى الاسس العامة لنظام الحكم ، يعنى القانون الادارى بوضع كل التفاصيل اللازمة لوضع هذه الاسس موضع التنفيذ . وليس يقتصر اكمال القانون الادارى للقانون الدستورى على ناحية تكوين الهيئات الادارية بل يشمل كذلك الكيفية التى ينظم بها نشاط تلك الهيئات . ففى علاقة الحكومة بالفرد يعنى القانون الدستورى ببيان حقوق الفرد بينما يعنى القانون الادارى ببيان سلطات الحكومة . ومن ثم قيل بأن القانون الدستورى يؤكد الحقوق اما القانون الادارى فيؤكد الواجبات » - المراجع السابق ص ٨ .

يصل الى ما انتهى اليه التطور القانوني في فرنسا ، ويسجل سبقا في التفكير
وادراكا لحقائق لا يزال المحدثون من رجال القانون في الدول ذات الانظمة
الانجلوسكسونية يعملون على تشييدها .

أما وقد تكشف المحدثون من رجال القانون خطأ دي سي في تصوير
القانون الاداري الفرنسي وانحرافه تبعا لذلك عن فهم الوضع القائم في
انجلترا ، فانهم لم يدخروا وسعا في تصحيح هذا الخطأ وتأكيد وجود
القانون الاداري والتدليل على أنه لم ينقطع عن أن يوجد حتى في الوقت
الذي أفلح فيه دي سي في أن يحمل معظم الفقهاء على انكاره .

ويمكن أن يقال بأن الرأي الفقهي الحديث لا يسلم بوجود قانون
اداري فحسب وانما يحدد أيضا مجاله تحديدا سليما ويقر له بذاتية متميزة
عن القانون الدستوري « ١ » . واذا كان الكتاب لا يعنون ببحث مشكلة
التمييز بين القانون الاداري والقانون الدستوري فان ذلك لا يتنافى مع
اعترافهم بالقانون الاداري قانونا متميزا بدليل أنهم يحددون له مجالا
مميزا .

(١) انظر على الاخص Robson المرجع السابق ص ٣٠ اذ يقرر :

« No modern student of law or political science has to-day
the slightest doubt that there exists in England a vast body of
administrative law. It comprises the law relating to the public
administration ».

وآراء Wade في مؤلف دي سي سالف الذكر ص ٤٨١ اذ يذكر :

« ...the time has now come to drop any pretence that the
law of public administration, by central, local or independent
authorities is anything more or less than administrative law in
the sense used by Hauriou and Jèze and numerous continental
writers ».

متميزا «١» . ولاعراض الكتاب عن ايجاد معايير للتمييز بين القانونين المذكورين ما يفسره نظرا الى الصعوبة التي يلاقونها في هذا الصدد بسبب ميلهم الملموس نحو تعريف القانون الدستوري تعريفا موسعا «٢» ، الامر الذى يجعل اشتباك القانونين قويا في غير قليل من الموضوعات .

المبحث الرابع

تعريف القانون الدستوري

الاعتبارات التى تؤثر في تعريف القانون الدستوري

ان تعريف أى فرع من فروع القانون يتوقف أساسا على النطاق الذى ينظمه . وهذا النطاق يتأثر بدوره باعتبارات شتى من سياسة

(١) قارن الدكتور عبد الحميد متولى المرجع السابق ص ٦٥ حيث يذهب الى أن رجال الفقه الانجليزى الحديثين أصبحوا اليوم يعترفون بوجود القانون الادارى الاتهم لايسلمون بإمكان فصله عن الدستورى - ويستشهد الدكتور متولى في هامش (٢) بملحوظة أوردها الاستاذ Keith وأخرى أوردها الاستاذ Jennings.

على أنه يلاحظ بالنسبة الى الاستاذ Keith أنه الوحيد - فيما نعلم - من بين رجال الفقه الحديثين الذى أعلن صراحة استحالة الفصل بين القانونين الدستوري والادارى . أما بالنسبة الى الاستاذ Jennings فإنه كان في معرض بيان الصعوبات التى تواجه كل من يحاول تحديد مجال القانون الدستوري فى انجلترا . ولئن كان قد أظهر صعوبة رسم حد فاصل قاطع بين القانونين الدستوري والادارى الا أنه لم يذهب الى حد افتراض استحالة التمييز بينهما . ويؤكد ذلك أنه عرف القانون الادارى تعريفا صحيحا وحدد له مجالا متميزا فى عبارته :

« Administrative law is the law relating to the administration. It determines the organisation, powers and duties of administrative authorities ».

راجع مؤلفه السابق الاشارة اليه ص ٧٥ وص ١٩٤ .

(٢) انظر ما سنذكره فيما بعد فى صدد المبحث الرابع الخاص بتعريف القانون الدستوري .

واقتصادية واجتماعية وتاريخية وغيرها . ومن الحتمى أن تختلف هذه
 الاعتبارات من دولة لأخرى ، الامر الذى يستتبع تفاوت نطاق القانون
 فيها ومن ثم يغدو متعذرا ايجاد تعريف جامع مانع يصدق على القانون فى
 جميع الدول . بل انه فى دولة بعينها يمكن أن تختلف الاعتبارات المذكورة
 بين وقت وآخر ، فيختلف تبعاً لها نطاق القانون وتعريفه . وأياً كان
 الاختلاف فى تعريف القانون ، فإن من المحقق أن الاستقرار على تعريف
 معين يرمز الى أنه نتيجة تفاعل الاعتبارات المتقدمة والتوفيق بين ما قد
 يكون متعارضاً منها .

ويظهر الاستاذ Prélot هذه الحقيقة بأوضح صورة فى مناقشته
 لتعريف القانون الدستورى فى فرنسا على ضوء الاعتبارات التقليدية أو
 التاريخية من جهة « ١ » والاعتبارات العقلية واللغوية من جهة أخرى « ٢ » .

فمن الناحية التاريخية تحدد نطاق القانون الدستورى باعتبارين
 رئيسيين : أولهما اعتبار شكلى والثانى اعتبار سياسى . أما الاعتبار
 الشكلى فقد تمثل فى قصر القانون الدستورى على ما ورد فى
 وثيقة الدستور من نصوص « ٣ » . وأما الاعتبار السياسى
 فقد تمثل فى استخدام القانون الدستورى لتعزيز نظام معين من
 أنظمة الحكم . ومرد هذين الاعتبارين هو الى أن جيزو Guizot وكان
 وزيراً للمعارف فى عهد لويس فيليب ومن العاملين على تأكيد حكمه -
 أنشأ أول كرسي للقانون الدستورى فى كلية الحقوق بباريس بمقتضى

(١) la tradition historique — la conception traditionnelle

(٢) le raisonnement et l'étymologie — la conception rationnelle

(٣) وعلى حد تعبير بريلو — ليس القانون الدستورى الا قانون الدستور
 المرجع السابق ص ٥ Le droit constitutionnel est tout uniment le
 « droit de la constitution »

الامر الصادر في ٢٢ أغسطس سنة ١٨٣٤ والذي نص على أن الغرض من تدريس ذلك القانون « شرح أحكام الوثيقة الدستورية la charte و ضمانات الحقوق الفردية وكذلك النظم السياسية institutions politiques التي تقررها الوثيقة المذكورة » .

ولما كان النظام السياسي القائم حينذاك نظاما نيابيا حرا ، فقد ذهب الفقهاء الى أن القانون الدستوري لا يوجد الا في الدول ذات الانظمة الحرة كما اكتسب هذا القانون نوعا من القدسية في نظر الشعوب التي اتخذته هدفا ساميا يقصد لذاته . فليس غريبا اذن أن تقضى الاعتبارات التاريخية الى تعريف القانون الدستوري بأنه « مجموعة القواعد القانونية التي تحدد في — نظام حر — السلطات العامة وحقوق الافراد » .

أما من الناحية العقلية فان نطاق القانون الدستوري يختلف اختلافا كبيرا كما يوضح ذلك الاستاذ پريلو اذ يبحث في أصل اشتقاق constitution ويصل من وراء بحثه وعن طريق المنطق الى تعريف واسع للقانون الدستوري . فالمعنى اللغوي للفظ constitution هو الأساس أو التنظيم أو التكوين . وبنقل هذا المعنى الى مجال القانون يصبح المقصود هو التكوين القانوني لاية جماعة منظمة ، وبالنسبة الى الدولة بالذات يكون المقصود بالقانون المنظم لتكوينها « جميع القواعد التي تنظم أسس الدولة وتحدد تكوينها » . وهكذا تقتضى الاعتبارات العقلية واللغوية تعريف القانون الدستوري على نحو يتسع ليشمل :

أ — تنظيم السلطات العليا أو الحاكمة أو كما يسميه پريلو — القانون الدستوري السياسي أو الحكومي
droit constitutionnel politique ou gouvernemental .

ب — تنظيم السلطات التابعة أو التنفيذية — أي القانون الدستوري الإداري
droit constitutionnel administratif .

ج - تنظيم السلطات المختصة بحسم المنازعات وتطبيق القانون - أي القانون الدستوري القضائي *droit constitutionnel des juridictions*.

د - تنظيم الكيفية التي تتكون بها الجماعة عصب الدولة - أي القانون الدستوى الخاص بالامة *droit constitutionnel de la nation* «^١»

ويقابل بربلو بين تعريف القانون الدستوري من الناحية التاريخية وبين تعريفه من الناحية العقلية ، وينتقد كلا منهما انتقادات تكشف عما بينهما من تعارض ، ثم يسعى بعد ذلك في هدى هذه المناقشة الى ايجاد تعريف يحقق أقصى درجة من التوفيق بين الناحيتين المذكورتين .

فالتعريف المستند الى التاريخ يربط ما بين القانون الدستوري ونصوص الوثيقة الدستورية ربطا يخرج به عن مقتضى التحديد السليم . فليس كل ما تنص عليه الوثيقة دستوريا في حقيقته ، كما أنه ليس كل ما هو دستوري مشمولاً في الوثيقة اذ قد يكون متضمنا في قانون عادي أو مرده الى عرف مستقر «^٢»

والتعريف المستند الى التاريخ يجعل القانون الدستوري وقفا على

(١) يشير بربلو الى أن هذا التحديد الواسع للقانون الدستوري ليس بدعة أو فرضا بعيدا عن الواقع ، وانما يصدر عنه معظم واضعى الدساتير وان لم يصرحوا به . فدستور سنة ١٧٩١ مثلا نظم السلطين الادارية والقضائية كما نظم حالة المواطنين ، وكذلك فعل دستور سنة ١٧٩٣ . والدستور الحالي - الصادر في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٦ - يحوى نصوصا منظمة للسلطين القضائية والادارية في البابين التاسع والعاشر - المرجع السابق ص ص ١٢ و ١٣ .

(٢) أنظر في الامثلة على ذلك

La Ferrière: «Manuel de droit constitutionnel»

الطبعة الثانية سنة ١٩٤٧ ص ص ٢٨٥ - ٢٨٦ . فوفقا للتعديل الدستوري سنة ١٩٢٦ أضيف لنصوص دستور سنة ١٨٧٥ نص يقضى بإيجاد صندوق لإدارة أذونات الدفاع الوطنى واستهلاك الدين العام مع أن مثل هذا النص المالى يكتفى عادة في شأنه بأن يتضمنه قانون عادي - وبالعكس وفقا للتعديل الدستوري سنة ١٨٨٤ جردت النصوص الخاصة بكيفية تكوين مجلس الشيوخ من صفتها الدستورية المحققة واكتفى في شأنها باصدار قانون عادي يتضمن النص عليها بتاريخ ٩ ديسمبر سنة ١٨٨٤ .

الدول ذات الانظمة الحرة مع أن لكل دولة - أيا كان نظم الحكم فيها - دستورا ينظم العلاقة بين السلطات فيها «^١»

أما التعريف المستند الى العقل واللغة فانه يجعل للقانون الدستوري مجالا يطغى على مجالات استقرار العرف والمناهج الجامعية «^٢» على اعتبارها خاصة بفروع القانون الاخرى . وبالنظر الى النواحي التي يثبتها ذلك التعريف للقانون الدستوري يبين أنها تخص القانون الادارى فيما يتعلق بالتنظيم الادارى ، وقانون الاجراءات المدنية والتجارية فيما يتعلق بالتنظيم انقضائى ، والقانون الدولى الخاص فيما يتعلق بتنظيم الجنسية . ولا يبقى للقانون الدستوري اذن سوى التنظيم السياسى للدولة - وهذا هو مذهب ابيه التعريف المستند الى التاريخ وان ضيق مجاله بأن قصره على ماتضمنته الوثيقة الدستورية من جهة وعلى الدول ذات الانظمة الحرة من جهة أخرى .

ويخلص بريلو مما تقدم الى أن خير ما يوفق بين الاعتبارات التاريخية والاعتبارات العقلية واللغوية هو أن يوصف القانون الدستوري بأنه « القانون الدستوري السياسى » دون أن يكون متوقفا على دستور معين أو نظام حكم بذاته . على أن بريلو يرى أن وصف « السياسى » ليس مرادفا لمعنى « الدستوري » وانما هو محدد لناحية من نواحيه المتعددة ، ويؤثر بريلو تعريف القانون الدستوري بأنه « قانون السلطة السياسية »

(١) ينتقد بريلو التعريف الذى أورده الاستاذ مركين جيتزفتش للقانون الدستوري بأنه صناعة الحرية *la technique de la liberté* ويؤثر تعريفه بأنه صناعة السلطة *la technique de l'autorité* تمشيا مع فكرته عن القانون الدستوري على ما سيجىء .

(٢) يؤكد الاستاذ Vedel أثر التقاليد والعادات والمناهج الجامعية فى تحديد نطاق القانون الدستوري ، ويررر هذا الاثر بأن القانون الدستوري من العلوم الاجتماعية التى تستند الى حد كبير على العقائد بخلاف العلوم الطبيعية التى تستند الى أسس ثابتة لاتتأثر بتغير العقائد والافكار - Droit constitutionnel سنة ١٩٤٩ ص ٦ .

أو « مجموعة القواعد القانونية التي تحدد السلطة السياسية وتنظم انتقالها ومزاولتها » (١) .

جهود الفقه في تعريف القانون الدستوري

لئن كانت الاعتبارات التي عنى بربلو بشرحها والتوفيق بينها هي اعتبارات تؤثر في تعريف القانون الدستوري في فرنسا ، إلا أنه من المتصور أن يكون لها ما يقابلها بالنسبة الى تعريف القانون الدستوري في دول أخرى .

والحق اننا اذا تركنا جانبا الاعتبارات التاريخية نظرا لقيامها على أحداث بالذات قد ينفرد بها تاريخ فرنسا ، فان الاعتبارات الأخرى يمكن أن توجد في غير فرنسا . وهذه الاعتبارات على ما تقدم شرحه متنوعة فقد يكون مردها الى التقيد بنصوص وثيقة دستورية معينة أي اعتبارات شكلية ، وقد يكون مردها الى البحث في اشتقاق لغوي أي اعتبارات لغوية ، وقد يكون مردها الى تقاليد جامعية وأساليب قانونية مستقرة أي اعتبارات أكاديمية .

واذا محصنا التعاريف التي اقترحها الكتاب في مختلف الدول للقانون الدستوري نجد أنها تصدر عن تغليب اعتبارات معينة على غيرها سواء أكانت هذه الاعتبارات شكلية أم لغوية أم أكاديمية أم غيرها . وظاهر من معنى التغليب أن ثمة صراعا بين هذه الاعتبارات ينتهي بالكاتب الى الاتصاف لبعضها على البعض الآخر . ولقد رأينا كيف أن الاستاذ بربلو لم يسلم بالضيق الذي فرضته الاعتبارات التاريخية لتعريف القانون

(١) المرجع السابق ص ١٩ حيث يقول :

« Nous le ramenons (droit constitutionnel) à une notion claire et sûre, celle de science des règles juridiques suivant lesquelles s'établit, se transmet et s'exerce l'autorité politique, ou encore, plus brièvement, de droit de l'autorité politique » .

الدستورى ، كما أنه لم يقبل أن يساير الاعتبارات العقلية واللغوية الى الحد الذى يصبح معه للقانون الدستورى مجال يطغى على مجالات القوانين الاخرى ويقضى على التقسيمات المستقرة للقانون فى الدراسات الفقهية والمناهج الجامعية على السواء . و انتهى الفكر بالفقيه انى أن يختط طريقا وسطا ويبرز فى التعريف القاسم المشترك بين القديم والحديث والطابع الملموس للقانون الدستورى ألا وهو الطابع السياسى ، ومن ثم كان تعريفه للقانون الدستورى بأنه القانون المنظم لنشأة السلطة السياسية وانتقالها ومزاولتها .

وينحو منحى پريلو فى التعريف كتاب آخرون فى فرنسا مثل لافاريير وديفرچيه . فالقانون الدستورى فى نظر لافاريير «^١» هو الذى يكون موضوعه تكوين الدولة وتنظيمها من الناحية السياسية ، وفى نظر ديفرچيه «^٢» هو فرع القانون العام الذى يحدد تكوين الهيئات السياسية وينظم نشاطها فى الدولة .

وأيا كان وجه الاختلاف بين هذه التعاريف فأنها تشترك جميعا فى ابراز الناحية الرئيسية فى القانون الدستورى ألا وهى الناحية السياسية .

أما فى انجلترا فان الكتاب يصدر فى تعريفهم للقانون الدستورى عن تأثر ملموس بالاعتبارات اللغوية التى تماثل تماما الاعتبارات اللغوية

(١) المرجع السابق ص ٢٨٥ حيث يذكر :

« ...les règles, tout au moins les règles essentielles, qui ont pour objet la constitution et l'organisation politique du pays. On se trouvera alors en présence des lois qui seront constitutionnelles... par le fond ».

(٢) المرجع السابق ص ٢٧ « Le droit constitutionnel est cette branche du droit public qui régleme l'organisation et le fonctionnement des institution politiques d'un Etat.

في فرنسا . ولعل الذي ساعد على تأثير هذه الاعتبارات ضعف الاعتبارات الشكلية والاكاديمية . فالدستور الانجليزي يستند في معظمه الى العرف ولا توجد وثيقة دستورية شاملة كما هو الشأن بالنسبة الى الدول الاخرى ، وفضلا عن ذلك فانه و ان كان من المقرر تقسيم القانون الى عام وخاص الا أن الجهود التي بذلت في محيط الفقه والجامعات لتحديد مجالات فروع القانون العام ولاسيما القانون الاداري لم يقدر لها النجاح الا مؤخرا على ما سبق شرحه .

فالفقيه Salmond يذكر أن « القانون الدستوري — كما هو ظاهر من تسميته — هو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد تكوين الدولة » (١) . ويعرف الاستاذان Wade و Godfrey Phillips القانون الدستوري بأنه « مجموعة القواعد التي تحدد (ا) تكوين الهيئات الحكومية من مركزيه ومحلية (ب) وظائف تلك الهيئات » (٢) .

ويبدو من كتابات البعض تأثرهم بالاعتبارات الشكلية أي اتجاههم نحو تعريف القانون الدستوري نسبة الى الوثيقة الدستورية ، ولكن حتى هؤلاء يسلمون بعدم امكان التمسك بتلك الاعتبارات في انجلترا ذات الدستور العرفي . فالاستاذ Hood Phillips يذكر أن « القانون الدستوري لدولة ما هو القانون المتصل بدستورها . وحيث يكون هذا الدستور مكتوبا يسهل التمييز بين القانون الدستوري وبين غيره من فروع القانون ، أما اذا كان غير مكتوب كما في بريطانيا فان اعتبارات الملاءمة هي التي تؤثر الى حد كبير في تعيين نطاقه و لا يوجد حينئذ ثمة ما يميز

(١) انظر مؤلفه Jurisprudence الطبعة الثانية سنة ١٩٠٧ ص ١٠٦ ، ولاهمية الالفاظ المستعملة نورد نص تعريفه

« Constitutional law is, as its name implies, the body of those legal rules which determine the constitution of the State » .

(٢) Constitutional law الطبعة الثانية سنة ١٩٣٧ ص ٤ .

بينه وبين سائر فروع القانون تميزا علميا دقيقا «(١)» .
ويمكن أن يقال بصورة عامة أن تعريف القانون الدستوري في إنجلترا
اذ يتأثر بالاعتبارات اللغوية تأثرا ظاهرا يجنح الى التوسع ويشمل كل
ما يتصل بتكوين الدولة ونظام الحكم فيها . فالدولة تحتل مكانا بارزا في
تعريفات الفقهاء ، كما أن نظام الحكم يذكر بأوسع مقصود له . ويكفى أن
نسرده مثلا لذلك قول الاستاذ Dicey « يشمل القانون الدستوري ...
جميع القواعد التي تنظم — بطريق مباشر أو غير مباشر — توزيع السلطة
العليا مزاولتها في الدولة . ومن ثم يشمل — فيما يشمله — القواعد التي تحدد
الهيئات المتمتعة بالسلطة العليا ، وتنظم علاقة هذه الهيئات فيما بينها ، وتبين
الكيفية التي تمارس بها سلطتها » «(٢)» .

واذا انتقلنا الى مصر نجد أن الكتاب قد تأثروا أيضا بالاعتبارات
اللغوية فيما أوردوه من تعاريف للقانون الدستوري . ولقد صرح البعض
منهم في صدد التعريف أن لفظ الدستور فارسي الاصل ومعناه الاساس أو
القاعدة وأنه قد خلف منذ سنة ١٩٢٣ لفظ القانون الاساسي أو
النظامي الذي يرمز هو الآخر الى معنى الاساس أو التنظيم أو التكوين في
الدولة «(٣)» .

على أن الكتاب في مصر وان تأثروا كزملائهم في إنجلترا بالاعتبارات

(١) Constitutional laws الطبعة السادسة سنة ١٩٤٦ ص ٨ .
ويراجع في هذا المعنى أيضا مؤلف Jennings المرجع السابق ص ٦١-٦٢ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٣ .
وانظر أيضا مؤلف Anson Law and Custom of the Constitution —
الجزء الاول — الطبعة الخامسة سنة ١٩٢٢ ص ١٤ ، و H. Phillips
المرجع السابق ص ٨-٩ ، و Salmond المرجع السابق ص ١٠٦ .
و ١٠٧ ، و Constitutional law — Keith الطبعة السابعة سنة
١٩٤٦ ص ١-٢ .

(٣) أنظر على الاخص القانون الدستوري للاستاذين وحيد رافت ووايت
ابراهيم نوفمبر سنة ١٩٣٧ الصفحة الاولى ، والدكتور عثمان خليل النظام
الدستوري المصري سنة ١٩٤٢ ص ٥٣-٥٥ والمبادئ الدستورية العامة
سنة ١٩٤٣ ص ٦ .

اللغوية الا أنهم تأثروا أيضا بالاعتبارات الاكاديمية . وهذه الاعتبارات أقوى في مصر منها في انجلترا ومن شأنها أن تحمل الفقهاء على تضيق مجال القانون الدستوري بحكم أنها تسلم لفروع القانون العام الاخرى بمجالها الحقيقي . ويمكن أن نلمس أثر هذه الاعتبارات حتى في طلائع التأليف الدستوري ، فقد ورد في « مبادئ القانون الدستوري المصري والمقارن » الصادر سنة ١٩٢٥ للاستاذين مصطفى الصادق ووايت ابراهيم أن « القانون العام الداخلي ينقسم الى قانون دستوري أو نظامي وقانون اداري . فالقانون النظامي أي الدستوري هو القانون الاساسي العام الذي يبحث في قواعد النظام وفي تشكيل السلطات واختصاصها والذي يبين الضمانات الاساسية للأفراد والجماعات . والقانون الاداري هو القانون العام المفصل ، فهو يبحث في تفصيلات تشكيل السلطات والمصالح العامة واختصاصاتها ويبين حقوق الافراد والجماعات وواجباتهم ازاء هذه السلطات والمصالح » .

على أن معظم تعاريف القانون الدستوري في مصر « ١ » — وكذلك في انجلترا — تقوم على سرد موضوعاته دون تحليل سابق يوضح هذه الموضوعات أو يحدد الصلة بينها على نحو منطقي .

فلا عجب أن نلمس في التعاريف المذكورة اما ترديدا غير مبرر أو توسعا لا موجب له .

اما التريد فيبدو على الاخص في شأن موضوع حقوق الافراد وحريةهم . وآية ذلك أن التعاريف تذكر من جهة « الحدود التي يجب على الدولة أن لاتتعداها في علاقاتها مع الجماعات والافراد » « ومدى سلطان الدولة على

(١) راجع في مناقشة هذه التعاريف الدكتور عبد الحميد متولى المرجع السابق ص ٤٢ وما بعدها .

الافراد « ١ » ، وتذكر من جهة أخرى « حقوق الافراد وحررياتهم » ،
و« الضمانات الاساسية لحقوق الافراد » « ٢ » . وظاهر أن هناك تلازما بين
الامرين . فحقوق الافراد قيد على سلطان الدولة كما أن الحدود الواردة
على ذلك السلطان يتمثل فيها معنى الضمانات الاساسية لحرريات الافراد .
وهكذا يكون من المنطقي في التعريف الاكتفاء بذكر سلطان الدولة باعتباره
العنصر الايجابي والنظر الى حقوق الافراد باعتبارها قيودا ترد على ذلك
السلطان وموضوعا متفرعا عنه .

ولكن هل يعتبر موضوع حقوق الافراد من مباحث القانون الدستوري ؟

لا جدال في أنه يعتبر كذلك في انجلترا ومصر . فالكفاح الطويل في
تاريخ انجلترا قد ربط بشدة بين القانون الدستوري والوثائق الدستورية
المسجلة لحقوق الافراد كالعهد الاعظم لسنة ١٢١٥ Magna Charta
وملتمس الحقوق لسنة ١٦٢٨ Petition of Rights ومشروع الحقوق لسنة
١٦٨٨ Bill of Rights . وبالإضافة الى هذه الاعتبارات التاريخية
والشكلية تؤكد الاعتبارات اللغوية والاكاديمية شمول القانون
الدستوري لموضوع الحقوق الفردية . فلفظ constitution ينسحب في
معناه على كل ما يتصل بتكوين الدولة ووظائفها بما في ذلك علاقتها بالافراد
وما يترتب على هذه العلاقة من آثار . ويلقى موضوع الحقوق الفردية
عناية الكتاب الدستوريين كما أنه يندرج تحت المناهج الجامعية الخاصة
بالقانون الدستوري . وتصدق معظم الاعتبارات المتقدمة على موضوع

(١) انظر الاستاذين وحيد ووايت المرجع السابق ص ٣ ، والدكتور مصطفى
كامل شرح القانون الدستوري الطبعة الثانية ١٩٥٢ ص ١٣ .

(٢) الدكتور السيد صبرى مبادئ القانون الدستوري الطبعة الرابعة
لسنة ١٩٤٩ الصفحة الاولى ، والدكتور عثمان خليل المبادئ الدستورية

الحقوق الفردية في مصر «١» •

أما في فرنسا فقد حدت الاعتبارات التاريخية والأكاديمية بمعظم الكتاب الى استبعاد الموضوع المتقدم من مباحث القانون الدستوري • وللقوف على الاعتبارات التاريخية يجدر بنا أن نذكر أن الفضل في تسجيل حقوق الافراد «٢» يرجع الى فقه الثورة الفرنسية ودساتيرها • ويشهد بذلك دستور ٣ - ١٤ سبتمبر سنة ١٧٩١ الذي تضمن في صدره اعلان حقوق الانسان «٣» ، ومن بعده الدساتير المتعاقبة كدستور ٢٤ يونيو سنة ١٧٩٣ ودستور السنة الثالثة ودستور سنة ١٨٤٨ ودستور سنة ١٨٥٢ «٤» • على أن صدور دستور سنة ١٨٧٥ خلوا من النص على حقوق الافراد قد ألقى بالشك في تفكير الكتاب حول جواز اعتباره موضوعا من موضوعات القانون الدستوري •

ولم يكن هناك ما يبرر هذا المسلك في تفسير سكوت دستور سنة ١٨٧٥ خاصة وأنه من المؤكد أن هذا السكوت لم يكن مرده الى الرغبة في مخالفة ما استقر بشأن اعتبار حقوق الافراد موضوعا دستوريا ، وانما كان مرده الى حرص الجمعية الوطنية عند وضع الدستور على تجنب النص على أمور

(١) من الملاحظ أن المؤلفات الدستورية في مصر كانت تكتفى في شأن حقوق الافراد بدراسة ظلال الدستور المعمول به ، ولكنها اتجهت مؤخرا الى دراستها من الناحيتين العامة والتطبيقية • قارن الاستاذين مصطفى الصادق ووايت ابراهيم المرجع السابق ص ص ٢٢٧-٢٣٥ والاستاذين وحيد رافت ووايت ابراهيم المرجع السابق ص ص ٦٣٣ - ٦٤١ ، بالدكتور السيد صبرى المرجع السابق ص ص ٢٣٦ - ٢٤٦ والاستاذين عثمان خليل وسليمان الطماوى المرجع السابق ص ص ٣٩٥ - ٤١٧ •

(٢) وتسمى أيضا الحقوق الاساسية *droits fondamentaux* والحريات الفردية *libertés individuelles*.

(٣) *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*

(٤) نصت المادة الاولى من هذا الدستور على « الاعتراف بالمبادئ السامية المقررة سنة ١٧٨٩ وتأكيدا وضمانا ، والتي تعتبر أساس القانون العلام بالنسبة الى الفرنسيين »

مسلمة خشية أن تثير مناقشتها مسائل لاداعي لاثارتها «^١» .

وفيما يختص بالاعتبارات الاكاديمية تقدم أنه عندما أنشأ الوزير جيزو أول كرسى لتدريس القانون الدستوري في كلية الحقوق بباريس سنة ١٨٣٤ جعل المنهج يشتمل على موضوع حقوق الافراد . على أنه في ٨ ديسمبر سنة ١٨٥٢ ألغى الكرسى المذكور وضم القانون الدستوري الى القانون الادارى تحت اسم القانون العام . وبالرغم من أن منهج القانون الدستوري قد تقرر من جديد منذ سنة ١٨٧٨ الا أنه ازاء ضيق الوقت المخصص له كان يضطر القائمون على تدريسه الى حذف موضوع حقوق الافراد «^٢» .

وفضلا عن ذلك فقد غدا هذا الموضوع من أهم مباحث مادة القانون العام Droit public général المقررة في قسم الدكتوراه

وليس للاعتبارات التاريخية والاكاديمية التى أدت الى استبعاد موضوع حقوق الافراد من مباحث القانون الدستوري في فرنسا مقابل في مصر أو في إنجلترا . فلم يحدث في هاتين الدولتين أن صدر دستور يغفل النص على حقوق الافراد على نحو يفسر باعتباره عدولا عن وضع سبق أن استقر على الربط بينها وبين الدساتير . ومن جهة أخرى تخصص الجامعات المصرية والانجليزية للقانون الدستوري منهاجا كاملا وليس فيها مادة تدرس في قسم اليسانس أو في قسم الدكتوراه يمكن أن تتسع لشمول موضوع حقوق الافراد .

(١) انظر Foignet موجز القانون الدستوري الطبعة ١٩ سنة ١٩٤٥ - ص ص ٤٢٣ - ٤٢٥ .

(٢) لافاريير المرجع السابق ص ص ٢ - ٣ .

وانظر بريلو المرجع السابق ص ص ٣ و ١٧ - ١٨ . ولا يقنع بريلو في استبعاده لموضوع حقوق الافراد بالاعتبارات المتقدمة ، وانما يضيف اليها أن حقوق الافراد اما أن ينظر اليها بوصفها مميزا لنظام دستوري حر فلا يكون لها ذاتية مستقلة بل تعتبر مندرجة تحت دراسة نظم الحكم ، واما أن ينظر اليها في ذاتها بوصفها متفرعة عن علاقة الفرد بالمجموع فلا تعتبر من مباحث القانون الدستوري بل من مباحث القانون العام والقانون الادارى .

وليس يؤخذ على تعاريف القانون الدستوري في مصر أنها تتضمن ترديدا غير مبرر فحسب وانما نشتمل أيضا على توسع لاموجب له . ويبدو هذا التوسع في اطراد التعاريف على ذكر السلطات العامة في الدولة دون تخصيص او تمييز ، واعتبار مجال القانون الدستوري شاملا لتنظيم تلك السلطات تكويننا واختصاصا «١» .

ويستفاد من عدم تخصيص السلطات العامة أن المقصود بها السلطات الثلاث من تشريعية وتنفيذية وقضائية . وهذا التعميم محل للنظر . فلئن عني القانون الدستوري بالسلطة التشريعية عناية تسحب على تكوينها واختصاصها ، فانه لا يولى نفس العناية الى أى من السلطتين الاخرتين . ويرز هذه الحقيقة أن كلا من هاتين السلطتين تدخل أساسا في مباحث فرع آخر أو أكثر من فروع القانون . فبينما السلطة التنفيذية هي محور بحث القانون الادارى ، تعتبر السلطة القضائية محور بحث قانون الاجراءات المدنية والتجارية من جهة وقانون الاجراءات الجنائية من جهة أخرى . واذا كان القانون الدستوري يبحث في السلطة التنفيذية أو في السلطة القضائية فانما يبحث فيهما بصفة تابعة لبحثه في السلطة التشريعية . غاية ما هنالك أنه يتناول السلطة التنفيذية بقدر أوفى من السلطة القضائية . ويمكن أن يفسر ذلك بأن السلطة التنفيذية وثيقة الصلة بالسلطة التشريعية حتى أنه يصعب تفهم الدور الذى تؤديه الأخيرة دون الاحاطة ببعض الخطوط

(١) راجع الاستاذين مصطفى الصادق ووايت ابراهيم المرجع السابق ص ٥ «القانون الذى يبحث في قواعد النظام وفي تشكيل السلطات واختصاصها» والاستاذين وحيد ووايت المرجع السابق ص ٣ «... يبحث في كيفية تنظيم السلطات العامة في الدولة من حيث التكوين والاختصاص» ، والاستاذ السيد صبرى المرجع السابق ص ١ «... ينظم قواعد الحكم ويوزع السلطات ويبين اختصاص كل منها» ، والاستاذين عثمان خليل وسليمان الطماوى المرجع السابق ص ٥ «... وتنظم سلطاتها العامة مع بيان اختصاصات هذه السلطات» ، والدكتور مصطفى كامل المرجع السابق ص ١٣ «... وكيفية تنظيم السلطات العامة في الدولة من حيث التكوين والاختصاص» .

الرئيسية الخاصة بتكوين السلطة التنفيذية وبنشاطها • ويختلف الوضع بالنسبة الى السلطة القضائية التي تقف بحكم مركزها بعيدة عن السلطتين الاخرتين ولا تثير اهتمام القانون الدستوري بها الا في مسائل محدودة تتصل بالسياسة العامة التي ينبغي أن ترسم لتنظيم علاقتها بالسلطتين التشريعية والتنفيذية كتأمين استقلال القضاء وضمان رقابته على دستورية القوانين •

وقد يقال في معرض تأييد مسلك الكتاب في مصر أن الاعتبار اللغوية تسمح بشمول مجال القانون الدستوري للسلطات الثلاث ، وأنهم في هذا ينحون المنحى الموسع في التعريف كزملائهم في إنجلترا • ولكن يرد على ذلك بأنه ان ساغ من الكتاب في إنجلترا أن يسايروا الاعتبار اللغوية التي هي أقوى من أية اعتبارات أخرى هناك ، فليس يسوغ ذلك من الكتاب في فرنسا أو في مصر نظرا لقوة الاعتبار الاكاديمية فيهما • ولقد بينا كيف أن مقتضى هذه الاعتبار في فرنسا مراعاة أمرين : أولهما الابقاء على تقسيم القانون المستقر الى عام وخاص والى فروعهما المختلفة ، والثاني الاسترشاد في تحديد مجال القانون الدستوري بالطابع السياسي الذي يتميز به عن غيره من القوانين الاخرى •

ومن عجب أن يسلم الكتاب في مصر بهذه الاعتبار ولا يرعونها في تعريفهم للقانون الدستوري • فلم يعرف أن واحدا منهم قد دعا الى نبذ تقسيمات القانون المستقرة ، وفضلا عن ذلك فانهم يحرصون على ابراز الطابع السياسي في التعريف بالاشارة الى أن مجال القانون الدستوري هو تحديد نظام الحكم في الدولة « ١ » • فكان حقيقا بهم أن يخصصوا عموم ما أوردوه من تعاريف نزولا على مقتضيات الاعتبار الاكاديمية بحيث يجعلون مجال القانون الدستوري شاملا للسلطة التشريعية بصفة أساسية وللسلطتين الاخرتين بصفة تبعية •

(١) انظر المراجع السابقة في الصفحات المشار اليها .

ويبدو أن الكتاب في مصر لا يقصدون حقيقة إلى اعتبار السلطة القضائية داخلية بصفة أساسية في مباحث القانون الدستوري بدليل أنهم لا يتعرضون لبيان تشكيل المحاكم أو ذكر اختصاصها وإنما يقنعون بالكلام عن مبدأ استقلال القضاء ورقابته على دستورية القوانين . وهم بذلك يخالفون ما جرى عليه معظم الكتاب في انجلترا من تخصيص قدر أوفى لمعالجة السلطة القضائية من حيث التكوين ومن حيث الاختصاص « ١ » .

التعريف الذى نفضله للقانون الدستورى

ظاهر مما تقدم أن ثمة اعتبارات عديدة تؤثر في تعريف القانون الدستورى وتجعله يختلف من دولة لأخرى — بل ومن كاتب لآخر — تبعاً لنوع الاعتبار التى يعطى لها الأهمية . وليس ينبغي تغليب الاعتبار التاريخية أو الشكلية إذا أردنا أن نصل إلى تعريف يمكن أن يصدق على القانون الدستورى في معظم الدول « ٢ » . ويقتضى أن نعمل على التوفيق بين غيرها من الاعتبارات وأهمها الاعتبار اللغوية والاعتبارات الأكاديمية .

ويجدر في نظرنا البدء بالاعتبارات الأكاديمية التى تحدد لنا مركز القانون الدستورى من القوانين الأخرى . وهذه توصلنا إلى أن القانون الدستورى فرع من القانون العام أى أنه مجموعة القواعد التى تنظم العلاقة بين الدولة بوصفها صاحبة السلطان العام والفرد . ويأتى بعد

(١) انظر مثلاً Keith المرجع السابق ص ٢٢٨ — ٣٣٤ ، Wade و Phillips المرجع السابق ص ٢٣٩ — ٢٥٨ ، Hood Phillips المرجع السابق ص ٣٣٢ — ٤٠٥ ، و Ridges Constitutional Law — الطبعة الثامنة سنة ١٩٥١ ص ٣٠٥ — ٣٤٤ .

(٢) تقدم البيان أن الاعتبار التاريخية مستمدة من التاريخ ومن ثم تختلف تبعاً لتاريخ كل دولة . أما الاعتبار الشكلية فمستمدة من الوثيقة الدستورية وهذه أيضاً تختلف من دولة لأخرى خاصة وأنه لا يوجد تلازم بين ما هو دستورى وبين الوثيقة الدستورية . ولقد بينا فيما سبق كيف أن الوثيقة الدستورية لا تضم كل ما هو دستورى من جهة كما أنه ليس كل ما تضمه الوثيقة الدستورية دستورياً في موضوعه من جهة أخرى .

ذلك دور الطابع السياسى الذى يميز القانون الدستورى تميزا واضحا عن سائر فروع القانون العام ، ويحدد فى ذات الوقت مجاله على نحو يحول دون طغيانه على مجالات القوانين الاخرى . وفى ظل هذا التحديد نكون قد سايرنا الاعتبارات اللغوية بالقدر الذى لا يجافى الواقع أو يخرج على تقسيمات القانون المستقرة فى محيط الفقه والجامعات .

وعلى هذا النحو يمكن أن نعرف القانون الدستورى بأنه مجموعة القواعد التى تنظم علاقة الدولة بالفرد من الناحية السياسية أى التى تحدد التنظيم السياسى فى دولة ما . ويكون مقتضى هذا التعريف تقسيم مجال القانون الدستورى الى موضوعين رئيسيين : الدولة ونظام الحكم .

أما موضوع الدولة فمرده الى أن القانون الدستورى فرع من القانون العام ومن ثم تبرز فيه الدولة بوصفها صاحبة السلطان العام .

وأما موضوع نظام الحكم فمرده الى الطابع السياسى الذى يتسم به القانون الدستورى ، وهو ما يعرف بالتنظيم السياسى للدولة وينصرف أساسا الى السلطة التشريعية وتبعا الى السلطتين التنفيذية والقضائية .

الفصل الثاني

مصادر القانون الدستوري

لكلمة مصدر source معان عديدة يهمننا منها معنيين : أولهما الطريق الذي يكسب القاعدة القانونية صفتها الإلزامية ويسمى المصدر الرسمي «(١)» ، والثاني الطريق الذي تتكون به القاعدة القانونية أى كل ما تستمد منه القاعدة القانونية مادتها أو موضوعها أو مضمون خطابها ويسمى المصدر المادى أو الموضوعى أو الحقيقي «(٢)» .

ولئن كان المصدر الرسمى والمصدر المادى متميزين إلا أن بينهما صلة وثيقة . ففضلا عن أن المصدر المادى يمثل مرحلة حتمية سابقة على المصدر الرسمى لما هو مفهوم من ضرورة أن تتكون القاعدة قبل أن تكتسب صفة الإلزام ، فإن من المتصور أن يقوى المصدر المادى فيصبح مصدرا رسميا أو أن يهبط المصدر الرسمى فيصبح مجرد مصدر مادى . ومرد ذلك كله الى العوامل المختلفة التى تؤثر فى تكوين المجتمع وتنظيمه سواء كانت تلك العوامل سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو غيرها .

وعلى هذا النحو ترتبط مصادر القانون ارتباطا شديدا بحياة المجتمع وظروفه . ويتضح هذا الارتباط على الاخص فى أن مصادر القانون تختلف بين مجتمع وآخر بل وفى نفس المجتمع بين وقت وآخر .

على أنه من المقرر أنه ما من مجتمع فى بدء تكوينه الا وكان مصدر القانون فيه العرف أى ما استقر عليه الافراد من قواعد أخذوا أنفسهم بها

(١) source formelle; formal source.

(٢) source matérielle, réelle; material source.

وأسبغوا عليها صفة الالتزام • فإذا ما سار المجتمع في طريق التطور خضعت قوانينه لمؤثرات شتى إلى أن يصل إلى مرحلة التنظيم السياسى فتبرز فكرة الدولة ويبرز تبعاً لها التشريع كمصدر للقانون • وكلما ازداد تدخل الدولة في شئون الأفراد ازدادت أهمية التشريع على حساب المصادر الأخرى حتى يكاد أن يصبح المصدر الوحيد للقانون «١» •

أما المؤثرات التى تخضع لها قوانين المجتمع خلال مراحل تطوره فإنها متغيرة ومتنوعة • ولكن السائد في كتابات الفقهاء أن هذه المؤثرات ترجع بصفة رئيسية إلى أربعة : الدين والعدالة والقضاء والفقہ • فالدين يكون مصدراً رسمياً للقانون إذا تضمن قواعد تنظم الروابط الاجتماعية ويكفل اطاعتها جزاءً وضعى «٢» • وللعدالة دور ملموس في تطور الشرائع إذ كثيراً ما ألهمت القضاة حلولاً تخفف من أحكام قانون وضعى جائر أو تكفل للأفراد حقوقاً تنكر عليهم لجمود في القانون أو عيب فيه «٣» • والقضاء إذا ما اطرّد على تطبيق قاعدة يشيدها يكتب لها النفاذ أسوة بأحكام القانون المعمول به • والفقهاء وإن اقتصر دورهم على استنباط أحكام قانونية توزن بقدر ما تنطوى عليه من سلامة واقناع ، إلا أن التاريخ يثبت عهوداً اعترف

(١) راجع في تفصيل موضوع المصادر مؤلفات أصول القانون السابق الإشارة إليها : الاستاذين السنهورى وحشمت أبو ستيت ص ٦٢ ، والدكتور سليمان مرقص ص ٨٥ ، والدكتور محمد على عرفه ص ٥٥ ، والاستاذين محمد كامل مرسى وسيد مصطفى ص ١١٣ •

(٢) يلاحظ أن أثر الدين في القوانين الغربية كان أقل منه في القوانين الشرقية • ويفسر ذلك على الإخص بأن الدين المسيحى لم يعرض لأمور الدنيا إلا بقدر ضئيل بينما نظمت الديانتان اليهودية والإسلامية كثيراً من الروابط الاجتماعية •

(٣) يظهر أثر العدالة واضحاً في القانونين الرومانى والانجليزى • فباسم القانون الطبيعى والعدالة تكون قانون الشعوب على يد البريتور الرومانى كما تكون قانون العدالة على يد مستشار الملك في إنجلترا ، ثم كان أن امتزج قانون الشعوب مع القانون المدنى القديم كما امتزج قانون العدالة مع القانون العام •

لهم فيها بسلطة الافتاء الملزم أى الزام القضاء بالحكم وفقا لما كانوا يفتون به «١» .

والرأى الفقهي مجمع على التشريع ولكن المصادر الاخرى محل للاختلاف سواء من حيث عددها أو من حيث أهميتها . وحسبنا أن نقرر هنا ما ذهب اليه البعض بحق من أن العدالة لا تعتبر مصدرا متميزا «٢» . وآية ذلك أنها اما أن تحدد الى سن قاعدة قانونية ما فيكون مصدر القاعدة التشريع ، واما أن تحدد بالقاضى الى أن يشيد قاعدة يطرد على تطبيقها فيكون مصدر القاعدة القضاء «٣» .

وأيا كان وجه الرأى فى مصادر القانون فان من الثابت أنها يمكن أن تختلف عددا وأهمية باختلاف فروع القانون . فالمصدر الرسمى الوحيد للقانون الجنائى هو التشريع وذلك استنادا الى أن من بين الاسس التى يقوم عليها هذا القانون أن لا جريمة ولا عقوبة بغير نص «٤» . أما القانون الدولى العام فانه يقوم الى حد كبير على العرف لعدم وجود سلطة عليا تملك التشريع بالمعنى الصحيح للعائلة الدولية «٥» . ويستمد القانون الادارى بعض أحكامه من العرف ولكنه يدين بالكثير للقضاء الذى كان له الفضل فى تشييد معظم قواعده «٦» .

(١) كما حدث بالنسبة الى كبار الفقهاء الرومان فى القرن الخامس الميلادى .

(٢) انظر فى هذا المعنى الدكتور محمد على عرفه المرجع السابق ص ٦٠ .

(٣) يؤكد هذا النظر أن الامثلة التى تضرب للقوانين التى أوجدتها العدالة هى ذاتها التى تضرب للقوانين التى شيدها القضاء كقانون الشعوب وقانون العدالة سالفى الذكر .

(٤) انظر الاستاذ على بدوى المرجع السابق ص ١٠١ - ١٠٦ ، والاستاذ أحمد صفوت المرجع السابق ص ٧٧ - ٧٩ .

(٥) انظر الدكتور محمود سامى جنيته المرجع السابق ص ٤١ - ٤٦ ، والدكتور على أبو هيف المرجع السابق ص ٣٣ - ٣٨ .

(٦) انظر الدكتور محمد فؤاد مهنا المرجع السابق ص ٧٢ - ٨٢ .

وإذا انتقلنا الى القانون الدستوري ألفينا مصادره أربعة رئيسية تتدرج في
الاهمية على النحو الذى يلى :

الفقه ، والقضاء ، والعرف ، والتشريع .

المبحث الأول

الفقه والقضاء

الفقه

انقضى عهد كان يسمح فيه للفقه doctrine بأن يكون مصدرا رسميا للقانون ،
وهبط الى مستوى المصدر المادى . على أنه وان ساعد على تكوين القواعد
القانونية الآن دوره أبرز فى تفسير النصوص التى يسنها المشرع «^١» . فقل
أن تخلو هذه النصوص من نقص أو غموض فضلا عن أنه كثيرا ما يطرأ
بعد سنها من التطورات ما يجعلها قاصرة عن مسايرة أحوال الجماعة .

ومهمة الفقيه هى التوافر على دراسة النصوص ، وبحث الكيفية التى
تعالج بها الاغراض المقصودة منها ، وتبصير المشرع والقاضى بأوجه النقص
ونواحي الغموض فيها ، واقتراح الحلول الكفيلة باكمال النقص وازالة
الغموض ولو عن طريق الاستعانة بمصادر أخرى غير التشريع .

فالفقه يمثل الناحية العلمية أو النظرية للقانون ، وهو بهذا الوصف
لا يعدو أن يكون مجموعة من النظريات والآراء . على أن هذه الأخيرة
وان لم يكن لها أية صفة الزامية ، فان لها أثرها التوجيهى المحقق . ويزداد
هذا الاثر وضوحا كلما ارتفعت مكانة الفقيه وقويت الاسانيد التى يعزز
بها نظرياته وآراءه .

ويشير الاستاذان Wade و Phillips الى أن أثر الفقه فى مجال
القانون الدستورى الانجليزى اظهر منه فى مجالات القوانين الاخرى .

(١) ولهذا يسمى بالمصدر التفسيرى .

وتبريرهما لذلك أن النصوص الدستورية قليلة نسبيا في انجلترا ولاسيما اذا قورنت بنصوص القانون الخاص ، الامر الذى يؤدى الى بقاء كثير من الموضوعات خارج نطاق التنظيم القانونى وبالتالى حاجتها الى أن تدرس من جانب الفقهاء «١» .

والحق ان التاريخ يسجل جهودا فقهية كان لها في مختلف الدول والعهود أثر ملموس فى عقلية المشرع الدستورى «٢» . ويكفى أن نضرب مثلث تلك الجهود فى انجلترا كتابات هوبز Hobbes ولوك Locke ، وفى فرنسا كتابات منتسكيو Montesquieu وروسو Rousseau ومابلى Mably وجيزو

(١) المرجع السابق ص ١٠ - وينوه المؤلفان بأهمية بعض المؤلفات فى مجال القانون الدستورى وعلى الاخص مؤلف Parliamentary Practice — May ومؤلف Law and custom of the constitution — Anson ، ومؤلف The English constitution — Bagehot .

(٢) انظر تحليل أثر الفقه فى الثورة الفرنسية للاستاذ لافاريير المرجع السابق ص ٢٨ - ٣٧ . وينوه المؤلف بأهمية كتابات منتسكيو وروسو فى ص ٣٧ حيث يذكر :

« Montesquieu et Rousseau, l'Esprit des lois et le Contrat social, les deux sources doctrinales essentielles de l'œuvre constitutionnelle de la Révolution ».

وانظر لابراديل المرجع السابق ص ٧ حيث يذكر :

« C'est à cette pléiade de philosophes que le droit constitutionnel doit la mise au point des grands principes, qui le dominent aujourd'hui : à Locke, la notion des droits publics individuels, idée mère des Déclarations des droits; à Montesquieu, le principe de la séparation des pouvoirs; à Rousseau, le principe de la souveraineté nationale ».

القضاء

القضاء jurisprudence هو مجموعة الاحكام التى تصدر من المحاكم فى صدد تطبيقها للقانون على المنازعات التى تعرض عليها • وهذه الاحكام على نوعين : أحكام عادية arrêts ordinaires لا تعدو أن تكون مجرد تطبيق للقانون ، وأحكام متضمنة لمبادئ لم ينص عليها القانون أو على الأقل مبادئ تحسم خلافا فيه وتسمى arrêts de principe « ٢ » •

ولا جدال فى أن القضاء كان مصدرا رسميا فى القديم كما يشهد بذلك تطور معظم القوانين ولاسيما القانون الرومانى والقانون الانجليزى • ولا جدال أيضا فى أن القضاء مصدر مادى بالنسبة الى القوانين الحديثة اذ يمددها بحلوله العملية التى يستلهمها من شتى المصادر • ويرز دوره على الاخص فى تفسير النصوص التشريعية شأنه فى ذلك شأن الفقه •

على أن القضاء يختلف عن الفقه حتى فى هذا المجال • فالفقيه يفترض الاحتمالات ويقترح لها المناسب من الحلول ويردها الى الاصول والنظريات • فطابع الفقه العمومية ، ومزيتة استباق الاحداث ومسايرة التطور • أما القضاء فيقنع بأن يعيش فى القضايا المعروضة عليه ويسعى الى الفصل فيها على هدى الاعتبار العملية التى تحتل المكان الاول فى ساحته • فاذا كان الفقه يمثل الناحية العلمية أو النظرية للقانون فان القضاء يمثل الناحية العملية أو التطبيقية فيه •

(١) راجع Moreau — droit constitutionnel الطبعة العاشرة سنة ١٩٢٨ ص ٧٦ •

(٢) وهذه المبادئ هى المدلول الاخص لاصطلاح jurisprudence • واذا ما استقر القضاء على تلك المبادئ يقال jurisprudence constante.

واختلاف الاسلوب الذى يعالج به كل من الفقه والقضاء المشكلات التى يعنى بها ، يحتم تعاونهما لتشديد صرح قانونى أمثل • فمزية كل منهما هى عيب الآخر • وآية ذلك أن تفكير الفقيه منطقى متطور ولكن عيبه احتمال الاغراق فى المنطق والنظر الى حد يبعد به عن ملاسبات الحياة العملية • أما تفكير القاضى فواقعى عملى ولكن عيبه احتمال المبالغة فى تغليب الاعتبارات العملية الى حد ينأى بحلولة عن المنطق العلمى السليم ، ونزعة محافظة تأبى أن تسير التطور الا بقدر •

ولكن هل يصح اعتبار القضاء مصدرا رسميا بالنسبة الى القوانين الحديثة ؟

من المسلم أنه لا يعد كذلك حين اصداره أحكاما عادية اذ أن مهمته لا تعدو حينئذ تطبيق القانون على حالته أو تفسيره على نحو لا يخرج به عن مقاصد المشرع •

أما بالنسبة الى الاحكام المتضمنة لمبادئ فان القاضى يعتمد بدعوى التفسير الى تشييد قاعدة قانونية جديدة (١) ويحتاج الامر حينئذ الى تفصيل يوضح اختلاف صفة القضاء تبعاً للنزعة الرومانية أو النزعة الانجلوسكسونية •

واذا اتخذنا فرنسا مثلاً للدول التى سادت فيها النزعة الرومانية نجد أن بعض الفقهاء يذهبون الى وجوب اعتبار القضاء مصدرا رسميا للقانون • ولكن الرأى الغالب هناك يرفض اعتباره كذلك استنادا الى أن الحلول التى يسجلها القضاء تفتقر الى العمومية والالزام •

(١) ويسمى البعض القضاء حينئذ بالقضاء البريتورى اشارة الى أن دور القاضى يكون كدور البريتور فى القانون الرومانى jurisprudence prétorienne ويقال أيضا أن القضاء يشيد القانون la jurisprudence fait la loi راجع فى الامثلة على القواعد والنظريات القانونية التى شيدها القضاء الدكتور سليمان مرقص المرجع السابق ص ٢٧٥ و ٢٧٦ •

فمنذ أن اندثرت المحاكم الفرنسية القديمة (المعروفة باسم البرلمانات)
والتي كانت تتولى التشريع فعلا ، وتقرر مبدأ الفصل بين السلطات - أضحى
من واجب القاضى بنص القانون « ١ » أن يقتصر فى قضائه على النزاع المعروض
عليه وألا يجاوزه الى غيره من المنازعات المماثلة . وحتى على فرض استحداث
القضاء لمبدأ لم ينص عليه المشرع واطراده على تطبيقه ، فان هذا المبدأ
وان أضحى مسلما به من الناحية العملية يكون مجردا عن صفة الالتزام
اذ يملك القاضى الذى استند اليه أو أى قاض آخر أن يرفض تطبيقه من
الناحية القانونية .

فالقاعدة المقررة فى فرنسا أن المحكمة (ابتدائية كانت أو استئنافية أو
محكمة تقض) حرة فى أن تطبق المبدأ الذى تراه دون أن تتقيد بقضائها
السابق أو بقضاء محكمة أخرى فى درجتها أو أعلى منها درجة « ٢ » .

واذا اتخذنا انجلترا مثلا للدول التى تسود فيها النزعة الانجلوسكسونية
نجد أن القضاء فيها يعد مصدرا رسميا للقانون بلا منازع « ٣ » . فأهمية
السوابق القضائية كما يذكر الاستاذ Salmond « هى أكبر مميز للقانون
الانجليزى . والقانون العام common law أو القانون غير المكتوب يستند
فى معظمه الى قضايا فصل فيها وجمعت فى سلسلة ضخمة من المجموعات التى

(١) تنص المادة الخامسة من القانون المدنى الفرنسى على أنه « يحرم على
القضاء أن يضعوا للفصل فى احدى القضايا مبدءا عاما يطبق فى القضايا
المتماثلة » .

(٢) هناك حالة استثنائية تلتزم فيها محكمة الاستئناف بوجهة نظر محكمة
النقض ، ولكنه الزام قاصر على القضية بالذات المنظورة امام تلك المحكمة وتملك
الاخذ بوجهة نظر مخالفة فى أية قضية أخرى ولو كانت مماثلة للاولى - راجع
الاستاذين السنهورى وحشمت المرجع السابق ص ١٠٤ .

(٣) راجع فى تفصيل هذا الموضوع Holland المرجع السابق ص ص
٦٢ - ٦٧ ، و Salmond المرجع السابق ص ص ١٦٠ - ١٧٩ ، و Allen,
Law in the making الطبعة الرابعة سنة ١٩٤٦ ص ص ٢٢٥ - ٣٠٤ .

ويلاحظ أن القانون الذى مصدره القضاء يسمى judge-made law
أو case law ، كما تسمى السابقة القضائية precedent .

ترجع الى عهد الملك ادوارد الاول فى نهاية القرن الثالث عشر «١» .

ومقتضى نظام السوابق القضائية أن كل محكمة (ابتدائية كانت أو استئنافية أو مجلس اللوردات) تتقيد بالحكم الذى أصدرته كما تقيد به المحكمة التى فى درجتها والمحكمة الأدنى منها درجة . ومعنى أن المحكمة تتقيد بالحكم أنها تلتزم باتباع المبادئ التى استوجبها الفصل فى القضية «٢»، ويسمى الجزء من الحكم المتضمن لهذه المبادئ *ratio decidendi* «٣» .

وللسوابق القضائية أهميتها فى مختلف فروع القانون الانجليزى . ولقد حدثت بالمشغلين بالقانون الى تجميعها فى مجموعات تسمى Law Reports يرجعون اليها بنفس الكيفية التى يرجع بها زملاؤهم الى النصوص التشريعية فى فرنسا .

ويبدو اهتمام الكتاب بالسوابق القضائية فى حرصهم على الاستشهاد بها وتخصيص قائمة لها فى مؤلفاتهم «٤» . بل ان الباحث يلمس أثر هذه السوابق فى الطابع التحليلى الذى طبعت به جل التأليف فى القانون .

ويدين القانون الدستورى بالكثير للسوابق القضائية . وتتضح هذه الحقيقة على الاخص بمراجعة الدور الكبير الذى قام به القضاء للحد من امتيازات التاج فى صالح البرلمان ولتأمين الافراد على حقوقهم وحياتهم الاساسية «٥» .

(١) المرجع السابق ص ١٦٠ .

(٢) تختلف السوابق القضائية من حيث قوة الزامها . ويقسمها Salmond الى نوعين : سوابق لها قوة الزامية مطلقة وأخرى لها قوة الزامية مقيدة أو مشروطة absolute and conditional authority of precedents — راجع مؤلفه سالف الذكر ص ص ١٦٥ — ١٧١ .

(٣) أما اجزاء الحكم الأخرى فتسمى dicta أو obiter dicta ولها قوة أدبية أو اقناعية فحسب ، وتتفاوت حتى فى هذه القوة تبعا لتقدير القاضى .

(٤) انظر مثلا الاستاذين Wade و Phillips المرجع السابق ص xxi ، و Keith المرجع السابق ص xli ، و Forrest المرجع السابق ص xx .

(٥) انظر الاستاذين Wade و Phillips المرجع السابق ص ٦ .

ويمكن الوقوف على أهم السوابق القضائية في مجال القانون الدستوري باستطلاع المؤلفات الدستورية الانجليزية ولا سيما التي صدرت منها خصيصا لهذا الغرض «١» . وحسبنا أن نشير هنا الى أن مشروع الحقوق لسنة ١٦٨٨ Bill of Rights لم يكن فيما أورده من قيود على امتيازات التاج الا مسجلا للمبادئ المقررة في السوابق القضائية الصادرة خلال القرن السابع عشر وأهمها «٢» :

The Case of Monopolies (1602), the Case of Impositions or Bates' Case (1606), the Case of Proclamations (1611), the Five Knights' or Darnel's Case (1627), the Case of Ship Money or Hampden's Case (1637), Godden v. Hales (1686), the Seven Bishops' Case (1688).

المبحث الثاني

العرف

لم يحظ موضوع العرف coutume بعناية فقهاء القانون العام الا مؤخرا ، ولا يزال يحتاج الى المزيد من جهودهم . على أن فقهاء القانون الخاص توافروا على دراسة العرف وبحشوا الكثير مما يتصل به منذ أمد ليس بالقصير ، فمهدوا بذلك السبيل أمام فقهاء القانون العام ورسوموا لهم خطوطا رئيسية تصلح لأن يسترشدوا بها بالرغم مما قد يستتجبه اختلاف طبيعة القانون العام من مغايرة في أسلوب البحث .

وعلى هذا النحو يكون من المفيد أن نقف على أهم أحكام العرف في فقه القانون الخاص وذلك في صدد المسائل التي يثيرها البحث في العرف كمصدر للقانون الدستوري .

(١) نذكر منها مؤلف الاستاذين

Cases in constitutional law — Lawson, Keir

الطبعة الثانية سنة ١٩٣٣ ، ومؤلف الاستاذين

Leading — Hood Phillips, Thomas

cases in constitutional law الطبعة الثامنة سنة ١٩٤٧ .

(٢) يراجع Wade و Phillips صص ٧٤ - ٧٦ .

ولعل أول ما يثيره هذا البحث من تساؤل هو محاولة تعريف العرف الدستوري وتحديد أركانه وشروطه . على أن الإجابة على هذا التساؤل تختلف تبعا لوجهة النظر التي يستقر عليها الباحث حول مدى صلاحية العرف لأن يكون مصدرا رسميا للقانون الدستوري . ومن ثم يكون من المنطقي أن نبدأ بالبحث فيما إذا كان العرف مصدرا رسميا للقانون الدستوري ، فإن كان كذلك أمكن أن تنتقل الى مناقشة سائر المسائل التي تتصل به .

هل نعرف مصدر رسمي للقانون الدستوري ؟

ليس من منازع في أن العرف كان مصدرا رسميا ، بل المصدر الرسمي الوحيد للقانون في المجتمعات الاولى . وليس من منازع في أنه لا يزال مصدرا ماديا للقانون في المجتمعات الحديثة . ولكن الخلاف يثور بالنسبة الى هذه المجتمعات حول ما إذا كان العرف مصدرا رسميا للقانون .

العرف في فقه القانون الخاص : اختلفت الآراء حول مدى صلاحية العرف لأن يكون مصدرا رسميا للقانون تبعا لاختلاف وجهة النظر في تكييف طبيعة القاعدة القانونية . ويمكن أن ترد وجهات النظر في هذا الصدد الى اتجاهين رئيسيين : الاتجاه الشكلي أو الرسمي ، والاتجاه الموضوعي أو الاجتماعي .

أما الاتجاه الشكلي أو الرسمي في تكييف القاعدة القانونية : فإنه يقف عند المظهر الخارجي للقانون ومن ثم يعتبر التشريع هو المصدر الرسمي الوحيد وينكر على العرف هذه الصفة . ومن زعماء هذا الاتجاه الفقيه الانجليزي أوستن Austin الذي يرى أن القاعدة التي يكون مصدرها العرف لا تعدو أن تكون قاعدة آداب مرعية positive morality ، وأنها لا تكتسب صفة القاعدة القانونية الا بأحد طريقين : اما عن طريق السلطة التشريعية فيكون مصدرها التشريع statute law ، واما عن طريق

القضاء فيكون مصدرها قانون السوابق القضائية أو القانون القضائي
case law, judiciary law. «١» .

ومقتضى رأى أوستن انكار كل قيمة للعرف طالما أن المشرع أو القاضي
لم يعترف به . وإذا ما اعترف به أيهما وسجله فيما يصدر عنه من تشريع
أو حكم ، فلا يكون للعرف قيمة في ذاته وإنما تصبح له قيمة النص أو
الحكم من التاريخ الذى يسجل فيه .

وقد أخذ على هذا الرأى أن العرف قانون قبل أن يسجله المشرع أو
القاضي . وليس يتنافى مع قيمة العرف كمصدر رسمى للقانون أن يقتبس
المشرع قواعده . وليس يحول دون الاعتراف به عدم قيام نزاع يستوجب
الرجوع اليه ، مثله في ذلك مثل التشريع الذى لا ينازع أحد في صفتيه
القانونية وإن لم يطرأ ما يستدعى تطبيقه قضاء «٢» .

وأحسن المعتدلون من أنصار الاتجاه الشكلى أو الرسمى في تكييف
القاعدة القانونية ما يفضى اليه التمسك بهذا الاتجاه على اطلاقه من نتائج
تجافى الواقع ، فذهبوا الى الاعتراف بالعرف على أساس أنه يمثل الارادة
المفروضة للمشرع .

ولئن كان لهذا الرأى ميزة الاعتراف بالقوة الالزامية للعرف دون
توقف على اقرار المشرع الصريح له أو تطبيقه من جانب القضاء ، إلا أنه

(١) المرجع السابق ص ٥٥٣ - ٥٥٤ .

(٢) انظر Salmond المرجع السابق ص ١٥٧ حيث يذكر :
« Custom is law not because it *has been* recognised by the courts
but because it *will be* so recognised, in accordance with fixed
rules of law, if the occasion arises. Its legal validity is not
dependent on the accidents of litigation » .

وفي نفس المعنى Allen — Law in the making الطبعة الرابعة سنة ١٩٤٦
ص ٦٣ - ٦٦ . ويلاحظ أن الاستاذ Allen يؤكد أن العرف في مراحله
الاولى يرمز الى معنى الاتفاق أو التوافق أكثر منه الى معنى الخلاف أو النزاع
فلا يكون بحاجة لان يعرض أمره على القضاء .

لا يزال يقيم القانون على ارادة المشرع ويهمل ارادة المجموع التي يدين لها المشرع نفسه بسلطانه . كما أنه يتجاهل حقيقة التنظيم الذي شيده المجموع ومقتضاه أن المشرع لا يملك سن قواعد تشريعية أو تعديلها الا وفقا لاجراءات معينة ، فالقول بأن العرف يمثل ارادته المفروضة يتضمن التسليم له بسن قواعد تشريعية أو تعديلها من غير مراعاة لتلك الاجراءات وهو ما لا يملكه (١) .

أما الاتجاه الموضوعي أو الاجتماعي في تكييف القاعدة القانونية : فانه لا يقف عند المظهر الخارجي للقانون وانما ينفذ الى حقيقته وكنهه ، ويحلل شتى العوامل التي تضافرت في تكوينه . ومن زعماء هذا الاتجاه أصحاب المدرسة التاريخية الالمانية l'Ecole historique وفي مقدمتهم Savigny و Puchta . وقد ذهب هؤلاء الى أن القانون وليد الجماعة وثمره تطورها ، ورتبوا على ذلك أن لكل جماعة قانونا يتطور بتطورها ويتأثر بمختلف العوامل التي تتأثر بها من سياسية واقتصادية واجتماعية وجغرافية وتاريخية وغيرها . فالجماعة هي التي تخلق قانونها ، وهي التي تستقر في ضميرها على اتباعه .

ويوضح Savigny هذا المعنى بقوله « يستمد القانون الوضعي وجوده وحقيقته من ضمير الجماعة common consciousness of the people على أن السبيل الى الاعتراف بوجود القانون — وهو وجود معنوي — هو الاستدلال عليه من الاعمال الخارجية أو العادات أو التقاليد أو العرف » (٢) .

ويرر Arndts القوة الالزامية للعرف بأنه « قانون بطبيعته .. لا لان

(١) انظر Génys — Méthode d'interprétation الجزء الاول الطبعة الثانية سنة ١٩٣٢ ص ٣٣٤ — ٣٣٧ .

(٢) انظر Allen المرجع السابق ص ٨٢ . ويلاحظ أن ضمير الجماعة يسمى في اللغة الالمانية وبحسب تحديد المدرسة التاريخية Volksgeist .

المشرع يقره صراحة أو ضمنا، وإنما لأنه يعبر عن حقيقة ضمير الجماعة» (١) •
فأصحاب المدرسة التاريخية يردون القانون الى مصدر وحيد هو
ضمير الجماعة ويسعون الى تلمس هذا الضمير بأى قرينة تدل عليه
ولو كانت عملا خارجيا منفرد (٢) • فليس غريبا اذن أن ينظروا الى العرف
والى سائر مصادر القانون على أنها مجرد وسائل لاظهار القانون والتعبير
عنه (٣) ، وأن يعتبروا العرف أقوى من هذه الوسائل بحكم أنه أقرب الى
ضمير الجماعة •

على أن الواقعيين من أنصار الاتجاه الموضوعى أو الاجتماعى فى تكييف
القاعدة القانونية رفضوا أن يسايروا المدرسة التاريخية الى حد اقامة
القانون الوضعى على فكرة نفسانية بحتة يكتنفها الكثير من الغموض
ويصعب التثبت من وجودها ومعالمها — ألا وهى فكرة ضمير الجماعة •

فلاستاذ Allen فى انجلترا يستشهد بكتابات Gierke الالماني
للتدليل على أن القانون الوضعى يعنى أساسا بأعمال الافراد الظاهرة
ويتأثر بها فى تطوره أكثر من تأثره بالضمير الخفى للجماعة • ومن ثم فهو
يقرر أن « استطلاع ضمير الجماعة لا ينبغى أن يقلل من أهمية الاطراد على

(١) انظر Salmond المرجع السابق ص ١٥٥ حيث يذكر أيضا عبارات الفقيه
الالمانى Windschied التى تظهر بوضوح نظرة المدرسة التاريخية الى كل من
العرف والتشريع :

« For the ultimate source of all positive law is national reason...
and this national reason can establish law in two different ways,
namely, mediately and immediately. Mediately, through re-
presentation, it creates law by means of legislation. Immediately,
it creates law by means of custom ».

(٢) راجع مقال Siotto Pintor عن العرف فى القانون الداخلى والذى نشر
فى مجموعة القانون المقارن المهداة الى الاستاذ Lambert سنة ١٩٣٨ ص ٣٧٧ •

(٣) أنظر Waline — L'individualisme et le droit الطبعة الثانية
سنة ١٩٤٩ ص ٢٦١ •

اتباع العرف • فهذان العنصران متداخلان ويكمل كل منهما الآخر» (١) •
والاستاذ جنى Géný في فرنسا ينحو منحى مماثلا ويأخذ على
مؤسسى المدرسة التاريخية أنهم توهّموا تفسير كل وضع قانونى بالرجوع
الى فكرة ضمير الجماعة بينما « تثبت الحقائق العملية أن هذه الفكرة ذات
الصبغة الروحية لا تكفى وحدها لتبرير القوة الالزامية للعرف » (٢) •

ويمكن أن يقال بصورة عامة ان الواقعيين من أنصار الاتجاه الموضوعى
أو الاجتماعى يعتبرون العرف مصدرا رسميا للقانون ويردون قوته الالزامية
الى اعتبارات عملية بجانب الاعتبارات النظرية المتقدمة (٣) • فهم يشيرون
الى أن العرف ينشئ قواعد يتلقاها المجتمع جيلا عن جيل فيكون لها في
نفوس الافراد منزلة سامية بحكم ميلهم الطبيعى نحو اتباع المألوف واقتفاء
الخلف أثر السلف ، وأن المجتمع اذ يطرد على اتباع قاعدة ما فانه يجعل
لها ذاتية ظاهرة تنبئ عن اقتناعه بأنها تحقق في نظره العدالة والتوازن
المنشود بين شتى المصالح فيه • وهكذا يكون من حق المجتمع أن يطمئن
الى العرف ومن حق الافراد أن يفترضوا استمراره وأن ينظموا علاقاتهم
بالاستناد اليه ، فيكون العرف دعامة من دعائم المجتمع وعاملا من عوامل
استقرار نظمته كالتشريع تماما •

العرف في فقه القانون الدستورى : يسلم الكثير من الكتاب الدستوريين
بالعرف كمصدر رسمى للقانون الدستورى دون أن يعنوا بتحديد هذا
الموضوع ، وان وجه بعضهم عنايته نحو بيان الشروط الواجب توافرها في

(١) المرجع السابق ص ص ٩٠ - ٩٢ •

(٢) المرجع السابق ص ٣٣٤ •

(٣) انظر Géný المرجع السابق ص ص ٣٤٧ - ٣٥٠ ، و Allen المرجع

السابق ص ص ١٤٢ - ١٤٣ ، و Salmond ص ص ١٤٤ - ١٤٦ •

العرف الدستوري وتحديد مركزه بالنسبة الى التشريع «١» .
على أن فريقا من الكتاب ناقشوا مدى صلاحية العرف لان يكون
مصدرا رسميا للقانون الدستوري . ويمكن أن نرد كتاباتهم الى الاتجاهين
الرئيسيين سالفى الذكر فى فقه القانون الخاص أى الاتجاه الشكلى أو
الرسمى والاتجاه الموضوعى أو الاجتماعى «٢» .

أما الاتجاه الشكلى أو الرسمى فى تكييف القاعدة القانونية : فلا يسلم
بغير التشريع مصدرا وينكر كل قيمة للعرف الا اذا أقره المشرع أو اعترف
به القضاء . ولكن المعتدلين من أنصار هذا الاتجاه يسلمون بالعرف
مصدرا — دون توقف على اقرار المشرع أو اعتراف القضاء — على أساس
أنه يمثل الارادة المفروضة للمشرع .

ويبدو أثر الاتجاه الشكلى أو الرسمى واضحا فى كتابات كاريه دى
مالبرج Carré de Malberg «٣» ودلقولقيه Delvolvé فى فرنسا ،
وكارلو جيرولا Carlo Girola فى إيطاليا .

(١) انظر على الاخص :

Burdeau — Droit constitutionnel, 5ème édit. Paris 1947, pp. 40-43.

Duverger — Manuel de droit constitutionnel et de science politique, op. cit. pp. 199-205.

Vedel. — Droit constitutionnel, op. cit. pp. 120-122.

Pinto — Elements de droit constitutionnel, 2ème édit. — Lille 1952, pp. 74-76.

(٢) سبق أن أشرنا الى هذين الاتجاهين عند مناقشة طبيعة قواعد القانون
الدستورى وبيننا اختلاف النظر الى عنصر الجزاء تبعا لهما . فبينما الاتجاه
الشكلى أو الرسمى يتطلب فى القاعدة القانونية أن يكون لها جزاء مادى تتكفل
الدولة بتوقيعه ، يقنع الاتجاه الموضوعى أو الاجتماعى بأن يكون لها جزاء
معنوى يتمثل فى رد فعل اجتماعى عند مخالفتها — راجع ص ص ٨ — ١٠ من
هذا المؤلف .

(٣) أنظر مؤلفه Contribution à la théorie générale de l'Etat

الجزء الاول سنة ١٩٢٠ ص ٦٨٣ حيث يذكر .
« ... toutes les fois que les auteurs sont réduits à invoquer
la coutume pour justifier un état de choses établi en fait, cela
revient à dire que cet état de choses manque de base en droit » .

أما بالنسبة الى الاعتراضات التي أوردها الاستاذان كاريه دي مالبرج ودلقولقيه في شأن انكار قيمة العرف الدستوري ، فقد تصدى لمناقشتها والرد عليها الاستاذ جويه *Gouet* «^١» . وأهم هذه الاعتراضات اثنان : أولهما أن القواعد المنسوبة الى العرف غير مستقرة لانها تزول بمجرد ظهور عادات تتعارض معها ، والثاني أنه لا توجد سلطة رسمية تختص بالاعتراف بدستورية تلك القواعد نظرا لامتناع المحاكم في فرنسا عن النظر في دستورية القوانين .

ويرد جويه على الاعتراض الاول بأنه اعتراض لا يقتصر على العرف وانما يمكن أن يوجه الى سائر مصادر القانون بما فيها التشريع . فالتشريع قد ينسخ بتشريع لاحق ولكن ذلك لا يحول دون الاعتراف بصفته القانونية . ويضيف جويه أن ليس صحيحا ما يتضمنه الاعتراض المذكور من أن مجرد ظهور عادة مخالفة لقاعدة عرفية يفضى الى الغائها إذ أن العادة لا تصبح لها قوة العرف الا اذا استوفت شروطا معينة أهمها أن تغدو ملزمة في نظر الجماعة .

ويرد جويه على الاعتراض الثاني بأن عدم وجود سلطة رسمية تختص بتطبيق العرف الدستوري في فرنسا لا ينفي وجوده ، بل وقد سلمت به المحاكم في الدول التي تخول قضاءها اختصاص الدستورية . ويذهب جويه الى أنه حتى في فرنسا يصح أن يقال بأن مجلس الدولة ساهم فعلا في تشييد غير قليل من قواعد العرف الدستوري .

ويظهر الاعتراض الثاني الاتجاه الاصيل الذي صدر عنه كاريه دي مالبرج في تكييفه للقاعدة القانونية ألا وهو الاتجاه الشكلي أو الرسمي . وهذا الاتجاه هو الذي حدا به الى أن يقرر أن « العرف قاصر عن أن يخلق قانونا له صفة دستورية لان قوة الدستور تتمثل في أن المبادئ والنظم والحقوق التي يقرها لا يمكن تعديلها الا بطريق تأسيسي . ولا يملك

(١) أنظر مؤلفه *La coutume en droit constitutionnel interne et en droit constitutionnel international* - سنة ١٩٣٢ ص ٢٩-٣٤ .

اجراء هذا التعديل سوى الهيئة التأسيسية ... واذا كان للعرف أحيانا سلطان فعلى على المشرع فليس مرد هذا السلطان الى اعتبارات قانونية وانما الى اعتبارات سياسية أو أدبية . أما من الناحية القانونية فانه ما من عرف الا ويجوز استبعاده عن طريق التشريع ، ومن ثم لايسوغ التسليم بما يسميه الفقه (العرف الدستوري) لانه يفتقر الى ما تقتضيه طبيعة الدستور من قوة الزامية مميزة » (١) .

وظاهر أن كاريه دى مالبرج قد عقد مقارنة بين الدستور والعرف ولكنه لم يكن موفقا فى النتائج التى خلص اليها من وراء تلك المقارنة . فנקطة البداية التى صدر عنها هى أن الدستور جامد أى أنه يحتاج فى تعديله الى اجراءات تختلف عن الاجراءات اللازمة لتعديل القوانين العادية . ولئن كان الدستور الذى اتخذه الفقيه المذكور أساسا لبحوثه هو دستور سنة ١٨٧٥ الجامد ، الا أن من الدساتير ما يمكن تعديله بنفس الكيفية التى يتم بها تعديل القوانين العادية وتسمى الدساتير المرنة . وفى ظل هذه الدساتير لا يكون ثمة سند للمقارنة المشار اليها . بل انه حتى فى ظل الدساتير الجامدة لا تؤدى المقارنة التى عقدها الفقيه الى استحالة نشوء قواعد عرفية وانما أقصى ما يمكن أن توصل اليه هو عدم الاعتراف لتلك القواعد بنفس القوة التى للنصوص الدستورية على ما سيبين فيما بعد .

وعنى الاستاذ Girola بتفسير القوة الزامية للعرف الدستوري على نحو يكاد يبدو مبتكرا ولكنه صادر فى حقيقته عن النزعة المعتدلة فى

(١) راجع مؤلفه La loi, expression de la volonté générale سنة ١٩٣١ صص ١٠٧ و ١٠٨ ، وفى نفس المعنى أيضا مؤلفه السابق الإشارة اليه الجزء الثانى سنة ١٩٢٢ ص ٥٨٢ هامش (١٠) حيث يذكر : « Il y a incompatibilité entre ces deux termes, constitution et coutume. Car, la coutume n'étant pas écrite, il n'est pas besoin d'une procédure de revision pour la modifier. La coutume ne possède donc pas la force supérieure qui caractérise le droit vraiment constitutionnel : seules les règles consacrées par une constitution écrite sont revêtues de cette force spéciale » .

الاتجاه الشكلي أو الرسمي في تكييف القاعدة القانونية • فنقطة البداية عنده أن القانون يستمد قوته من ارادة الدولة ، وأن مجال العرف الدستوري قاصر على العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية باستبعاد السلطة القضائية «^١» • ومن ثم فانه يذهب الى أن العرف يمثل ارادة الدولة المفروضة في انشاء قواعد تلزم بها السلطتين المذكورتين •

وهذا ما يعبر عنه Girola بقوله « ان العرف الدستوري لا يتكون الا في مجال تنظيم العلاقات بين السلطتين التشريعية والتنفيذية اذا لم يكن ثمة تنظيم تشريعي • وبالإضافة الى ذلك تعتبر الهيئات التشريعية والتنفيذية سواء من حيث النشاط الذي تزاوله أو من حيث علاقاتها المتبادلة - هيئات عليا أو دستورية أى أنها تعبر عن ارادة الدولة la volonté de l'Etat . واذا ما اطردت هيئة عليا على اتباع أساليب بعينها في علاقاتها مع الهيئات الأخرى ، فان هذه الأساليب تصبح ملزمة على أساس أن الدولة قد فرضت اتباعها • وغنى عن البيان أن الدولة اذ تسعى الى الزام هيئة عليا بتنظيم معين فانها لا تحتاج في ذلك الى أن تصدر أمرا قانونيا صريحا عن طريق التشريع

un impératif juridique exprimé expressément dans une loi
... فالعرف اذن مصدر للقانون الدستوري لانه يستمد قوته من ارادة الدولة وينطوى على الصفة القانونية الآمرة أى أنه يتوافر على العنصر الشكلي للقانون «^٢» •

والاتجاه الذى يمكن أن يستخلص من آراء Girola هو أنه يقيم القانون على مشيئة الدولة ومن ثم يعتبر التشريع ارادتها الصريحة والعرف ارادتها المفروضة • وهذا هو نفس ما ذهب اليه المعتدلون من أنصار

(١) ولقد علل هذا الاستبعاد بضرورة تأمين استقلال القضاء .

(٢) انظر مقاله Les coutumes constitutionnelles المنشور في المجموعة المهداة الى الأستاذ Les sources du droit - Gény الجزء الثالث ص ٢٢ و ٢٣

الاتجاه الشكلي في فقه القانون الخاص . ولقد سبق أن بينا أنه وإن كان هذا الرأي يفضل الاتجاه الشكلي المتطرف في أنه يقر للعرف بقوة الزامية دون توقف على اعتراف صريح به من جانب المشرع أو القاضي ، إلا أنه لا يزال يهمل ارادة المجموع التي يدين لها المشرع نفسه بسلطانه . وفضلا عن ذلك فإنه يبالغ في تصوير ارادة المشرع مبالغته تصل الى حد مجافاة الاوضاع القانونية المسلمة . فالمشرع لا يستطيع أن يزاول سلطانه كيفما يشاء وإنما هو مقيد بالاجراءات التي يفرضها عليه المجموع عن طريق الدستور . وإذا كان التشريع العادي يحتاج في سنه وتعديله الى اجراءات معينة فإن التشريع الدستوري يحتاج في سنه وتعديله الى اجراءات مماثلة في ظل دستور مرن والى اجراءات أكثر أهمية في ظل دستور جامد .

ويبدو أن Girola كان يدرك ضعف السند الذي تلمسه لتبرير القوة الالزامية للعرف الدستوري فحرص على ألا يبرزه إلا في المجال الذي يخفى ضعفه وعدم كفايته . ومن ثم كان تحديده لمجال العرف الدستوري تحديدا ضيقا لا يتفق مع الواقع . فالعرف لا يقتصر مجاله على تنظيم العلاقة بين السلطين التشريعية والتنفيذية بل يسرى أيضا في مجال تنظيم علاقة السلطة التشريعية بالسلطين التنفيذية والقضائية وما يترتب على هذه العلاقة من أثر في حقوق الافراد (١) .

وإذا انتقلنا الى الاتجاه الموضوعي أو الاجتماعي في تكييف القاعدة القانونية:

نجد أنه يلقي تأييد معظم الكتاب الدستوريين وإن ترددت آراؤهم بين الاعتبارات المعنوية البحتة المتمثلة في فكرة المدرسة التاريخية عن ضمير الجماعة ، وبين الاعتبارات المادية والعملية التي أضافها الواقعيون من أنصار الاتجاه الموضوعي أو الاجتماعي .

فالأستاذ Gouet يرى أن الاساس القانوني بالنسبة للقاعدة العرفية

(١) أنظر ما سنذكره بشأن تعريف العرف الدستوري وشروطه ص ٧٩ وما بعدها من هذا الكتاب .

وبالنسبة لسائر القواعد القانونية واحد لان القاعدة تستمد قوتها من أن الجماعة تقر لها بصفقتها القانونية في « ضميرها الجماعي » أو « اقتناعها العام » أو « رأيها السائد »^(١) وهو يؤكد أن لافارق من حيث الطبيعة بين قاعدة تتقرر عن طريق العرف وأخرى تتقرر عن طريق التشريع بالرغم من اختلاف الاسلوب الذي تتقرر به كل منهما .

والاستاذ René Capitant يفسر القوة الالزامية للعرف على أساس أنه المظهر المباشر لسيادة الامة في عبارته « هل العرف الا ضمير الامة وسيادتها ؟ وطالما أن للامة سيادة وأنها هي السلطة التأسيسية العليا وأن سائر السلطات ليست الا من خلقها ، أفلا يكون العرف الذي تعبر به عن نفسها أساس كل وضع قانوني ؟ ... لأن كان القانون يصدر أحيانا عن المشرع فان الامة هي التي تكفل له البقاء ... وفي هذا تتجلى سيادة الامة ويكون العرف تبعا لذلك أقوى من القانون المكتوب لانه يصدر عنها مباشرة »^(٢) .

على أن الاستاذ Duguit وإن ساير المدرسة التاريخية في رد القانون الى مصدر اجتماعي الا أنه يختلف معها في تحديد ذلك المصدر . فهو لا يقرها على فكرة ضمير الجماعة لانه ينفر من جميع النظريات التي تخلق للمجموع شخصية يمكن أن تطغى على شخصية الفرد ، ويرى أن أية قاعدة لاتصبح لها صفة قانونية الا اذا أحس معظم الافراد بضرورتها لتحقيق العدالة والتضامن الاجتماعي^(٣) .

(١) conscience sociale, conviction commune, opinion dominante

المرجع السابق ص ٤٦ .

(٢) انظر مقالا للاستاذ Laferrière بعنوان La coutume constitutionnelle

بمجلة القانون العام الفرنسية سنة ١٩٤٤ ص ص ٣٥ و ٣٦ .

(٣) المرجع السابق الجزء الاول ص ص ١٥٣ - ١٥٤ حيث يذكر :

« Or, le seul élément social qui puisse donner à une règle ce caractère (obligatoire), c'est la conscience existant dans la masse des individus composant le groupe, qu'il est nécessaire pour le maintien de la solidarité sociale et qu'il est juste qu'une sanction de contrainte sociale intervienne ».

وإذا كان ديجي قد حدد مصدر القانون على هذا النحو فإنه ينظر الى العرف والى سائر مصادر القانون على أنها مجرد وسائل لظهاره والتعبير عنه . وهو في هذا يتفق مع المدرسة التاريخية ولكنه لا يجعل للعرف أفضلية على غيره من الوسائل . على أن ديجي يسلم بالرغم من ذلك بأن للعرف صفة منشئة ظاهرة في مجال القانون العام «^١» .

أما الاستاذ Hauriou فإنه يحاول تفسير القوة الإلزامية للعرف على أساس التوفيق بين الاتجاهين الشكلي (أو الرسمي) والموضوعي (أو الاجتماعي) في تكييف القاعدة القانونية . فهو يرى أن القاعدة لا تصبح في عداد قواعد القانون الوضعي إلا إذا مرت بمرحتين : مرحلة شخصية l'état subjectif وأخرى موضوعية . ففي المرحلة الشخصية l'état subjectif تصدر القاعدة عن سلطة رسمية مختصة فتعبر بذلك عن إرادتها . وتكفي هذه المرحلة لخلق القاعدة واسباغ صفة الإلزام عليها . وفي المرحلة الموضوعية l'état objectif تنتقل القاعدة الى محيط الجماعة أو البيئة الاجتماعية المراد تطبيقها فيها milieu social . فاما أن تقبلها الجماعة فتأكد صفتها القانونية وتصبح من قواعد القانون الوضعي ، واما أن ترفضها فتبقى نافذة استنادا الى إرادة السلطة الرسمية . على أن هذا النفاذ يكون مؤقتا وقد تجد السلطة الرسمية نفسها مضطرة الى سحبها ازاء إصرار الجماعة على مقاومتها . ويطبق هوريو هذه المبادئ على العرف ومن ثم يفسر قوته الإلزامية بالاستناد الى إرادة السلطة الرسمية وقبول الجماعة .

وفي رأينا أن محاولة هوريو قد جانبت التوفيق ، بل ولم يكن مقدرا لها أن توفق «^٢» . فبين الاتجاهين الشكلي والموضوعي في تكييف القاعدة

(١) المرجع السابق ص ١٥٩ و ص ١٧٠ .

(٢) انظر كتابه Précis de droit constitutionnel سنة ١٩٢٣ ص ص ٢٥٣ - ٢٥٥ . وقارن الدكتور عبد الحميد متولى المرجع السابق ص ١٨٠ حيث يؤيد وجهة نظر هوريو .

القانونية من التناحر ما لا يسمح بايجاد حل وسط ، وليس من سبيل أمام الباحث الا أن يغلب أحدهما على الآخر . والواقع أن هوريو انحاز فعلا الى الاتجاه الشكلى أو الرسمى لأنه أقام القانون على ارادة السلطة الرسمية ولم يجعل لرأى الجماعة الا أثرا سلبيا احتماليا . وكان حقيقا به ألا ينصر اتجاهها يرعى الدولة ويعلى ارادتها ولو لم تعبر عن ارادة المجموع الذى خلقها لصالحه وخولها سلطاتها لتحقيق رغباته .

ونحن نؤيد الاتجاه الموضوعى أو الاجتماعى فى تكييف القاعدة القانونية ونجد فيه السند السليم لتفسير القوة الازامية للعرف الدستورى . على أننا نؤثر النزعة الواقعية فى هذا الاتجاه ، ومن ثم نرى ضرورة تلمس ضمير الجماعة - الذى هو مصدر القانون - عن طريق أمارات مادية ظاهرة تقطع بأنه استقر على أن تصبح للقاعدة صفة قانونية .

تعريف العرف الدستورى وشروطه

يلمس الباحث اختلافا واضحا بين الكتاب فى الكيفية التى يعرفون بها العرف ويحددون بها الشروط التى يجب أن تتوافر فيه . ومرد هذا الاختلاف بينهم هو الى اختلافهم فى تقدير القيمة القانونية للعرف ومدى صلاحيته لان يكون مصدرا رسميا للقانون .

وتقدم أن هناك اتجاهين رئيسيين فى تكييف القاعدة القانونية ومن ثم فى تقدير قيمة العرف : الاتجاه الشكلى أو الرسمى - وهو فى نزعته المتطرفة ينكر كل قيمة للعرف وفى نزعته المعتدلة يعترف له بصفة الالزام على أساس أنه يمثل الارادة المفروضة للمشرع ، والاتجاه الموضوعى أو الاجتماعى - وهو يسلم بالعرف وان كان ينظر اليه نظرة تختلف بحسب النزعة الفلسفية أو الواقعية . فبينما يستمد العرف قوته طبقا للنزعة الفلسفية من أنه أقرب وسيلة الى ضمير الجماعة مصدر القانون ، نجد أنه يستمد قوته طبقا للنزعة الواقعية من أن الجماعة ترتضيه وتطرد على اتباعه وتعول عليه كمصدر رسمى لقانونها .

وعلى ضوء هذا الاختلاف في تقدير قيمة العرف يمكن أن نحدد موقف الكتاب من تعريفه وشروطه • فليس يعنى المتطرفون في الاتجاه الشكلى أن يعرفوا العرف أو أن يبينوا شروطه • أما الذين يعترفون بالقوة الإلزامية للعرف فانهم يختلفون في تحديد شروطه تبعا لما اذا كانوا من المعتدلين في الاتجاه الشكلى أو من أنصار الاتجاه الموضوعى بنزعتيه الفلسفية والواقعية •

تعريف العرف وشروطه في فقه القانون الخاص : لئن اختلف الكتاب في تحديد الشروط التى يجب أن تتوافر في العرف تبعا للاتجاه الذى يأخذون به في تكييف القاعدة القانونية ، الا أنه يمكن أن ترد الشروط في مجموعها الى ركنين : ركن مادى وآخر معنوى «^١» •

أما الركن المادى *l'élément matériel* فيتمثل في العادة *l'usage* أى في قاعدة «^٢» مطردة التطبيق من جانب أشخاص — أفرادا كانوا أو هيئات خاصة — لهم صالح في التمسك بها • فالركن المادى اذن يفترض أمرين :
أولا — أشخاص يحسون بالحاجة الى تنظيم علاقاتهم وفقا لقاعدة معينة فيصدرون في تصرفاتهم عن الرغبة في تطبيقها • وليس يلزم لتشييد هذه القاعدة أن يتمسك بها الاشخاص صراحة ولكن يحول دون تشييدها أن يقفوا منها موقف الاعتراض •

ثانيا — اطراد هؤلاء الاشخاص على تطبيق القاعدة • ومقتضى الاطراد

(١) يقابل فقهاء القانون الخاص عادة بين العرف والتقادم من حيث أن كلا منهما يتكون من ركنين أحدهما مادى والآخر معنوى • فالركن المادى للتقادم هو الحيازة *corpus* وركنه المعنوى هو نية الحائز *animus*.
أنظر في ذلك وفي موقف القضاء الانجليزى من شروط العرف *Salmond* المرجع السابق ص ١٤٦ — ١٥٣ و ١٥٧ — ١٥٨ •

(٢) القاعدة تفيد بذاتها معنى العمومية ومن ثم لم نجد داعيا لبيان ذلك صراحة أسوة بما يجرى عليه الكتاب •

تطبيق القاعدة بصورة ثابتة ولفترة معقولة . ولا سبيل الى وضع معايير مؤكدة لتحديد معنى الثبات أو المدة اللازمة ولكن المفهوم أن الثبات يفترض التكرار على نحو ينفي الاقطاع ، وأن المدة قد تطول وقد تقصر ولكنها يجب أن تكون كافية لتحقيق معنى الاطراد (١) .

وأما الركن المعنوي *l'élément psychologique* فيتمثل في أن يصبح للعادة صفة الالتزام أو على حد التعبير التقليدي الاحساس بضرورة أن تصبح العادة قانونا واجب الاتباع *opinio necessitatis* أو *opinio juris seu necessitatis*.

وفيما يختص باختلاف الكتاب في تحديد شروط العرف تبعا للاتجاه الذي يأخذون به في تكييف القاعدة القانونية فانه يتضح في حقيقتين :

الحقيقة الاولى - بالنسبة الى الركن المادى : تقدم أن المتأثرين بالنزعة الفلسفية من أنصار الاتجاه الموضوعي ينظرون الى العرف على أنه مجرد وسيلة الى اظهار ضمير الجماعة مصدر القانون . وهم لذلك يهملون الشروط التي يفترضها الركن المادى خاصة بضرورة الاطراد على اتباع القاعدة ، ويذهبون الى الحد الذي يعترفون فيه بقوة العرف ولو تمثل في عمل منفرد طالما أنه يعبر عن ضمير الجماعة .

أما المعتدلون من أنصار الاتجاه الشكلى وكذلك الواقعيون من أنصار الاتجاه الموضوعي فانهم يصعدون في كتاباتهم عن تطلب الركن المادى بجميع شروطه .

والحقيقة الثانية - بالنسبة الى الركن المعنوي : تقدم أن المعتدلين من أنصار الاتجاه الشكلى يعترفون بالعرف على أساس أنه يمثل الارادة المفروضة

(١) هذا هو ما يعبر عنه كتاب القانون الخاص بأنه شرط « القدم » . ويلاحظ أن القضاء الانجليزى يميز في شأنه بين العرف المحلى *local custom* فيشترط فيه أن يرجع الى عهد لا سبيل الى تذكره *immemorial antiquity* بينما لا يشترط ذلك في العرف العام *general custom*.

للمشرع • أما أنصار الاتجاه الموضوعي فإنهم يردون القوة الإلزامية للعرف إلى إرادة الجماعة • وتبدو أهمية هذا الخلاف في صدد تحديد مركز العرف بالنسبة إلى التشريع • على أنه لم تثر صعوبة تذكر فيما يختص بالاعتراف بالقوة الإلزامية بعرف موافق للتشريع *praeter legem* أي إذا كان أثره يقتصر على تفسير أحكام التشريع أو اكمال نواحي النقص فيه • فمثل هذا العرف يجد لقوته الإلزامية سنداً أما في الإرادة المفروضة للمشرع بحسب رأى المعتدلين من أنصار الاتجاه الشكلى ، وأما في إرادة الجماعة بحسب رأى أنصار الاتجاه الموضوعى •

ولكن الصعوبة هي فيما يختص بتحديد مركز العرف الذى ينشأ متعارضاً مع التشريع *contra legem* أى الذى يؤدى إلى انشاء قواعد تتجافى أحكام التشريع وتتعارض معه • وبديهي أن المعتدلين من أنصار الاتجاه الشكلى لا يسلمون بمثل هذا العرف لأنه يناقض إرادة المشرع الصريحة • ولئن كان منطق الاتجاه الموضوعى يقضى بضرورة الاعتراف بالعرف المذكور إلا أن منهم من تردد في الاعتراف به وأورد تحفظات شتى بشأنه « ١ » •

تعريف العرف : ظاهر مما تقدم أن الاختلاف في تحديد شروط العرف يستتبع حتما الاختلاف في تعريفه ، فأبرز ما يميز بين تعريف وآخر هو الكيفية التى يظهر بها شروط العرف • وحسبنا أن نقرر أن معظم فقهاء القانون الخاص يحرصون في تعريفهم للعرف على إظهار ركنيه المادى والمعنوى كما هو الشأن بالنسبة إلى التعريف الذى أورده البعض بأنه « مجموعة القواعد التى تنشأ من درج الناس عليها يتوارثونها جيلاً عن جيل ، والتى لها جزاء قانونى كالقانون المسنون سواء بسواء » « ٢ » •

(١) انظر Génys المرجع السابق ص ٣٩٠ وما بعدها •

(٢) راجع الاستاذين السنهورى وحشمت أبو ستيت المرجع السابق ص ٦٦ • ويلاحظ أن بعض الكتاب لا يظهرون في تعريفهم للعرف سوى ركنه المعنوى - انظر مقال Pintor السالف الإشارة إليه المرجع السابق ص ٣٧٨ - ٣٧٩ •

تعريف العرف وشروطه في الفقه الدستوري: لم يعن يبحث هذه الناحية في العرف الدستوري الا نفر قليل من الكتاب • ويلمس الباحث في كتاباتهم نفس الافكار الرئيسية التي صدر عنها فقهاء القانون الخاص •

فالشروط التي يتطلبونها يمكن أن ترد الى الركنين سالفى الذكر •

أما الركن المادى فيتمثل في العادة أى في قاعدة مطردة التطبيق من جانب سلطات لها صالح في التمسك بها • فالركن المادى يفترض أمرين :

أولاً - سلطات تحس في مجال القانون الدستوري بالحاجة الى تنظيم العلاقات فيما بينها أو فيما بينها وبين الافراد ، وفقا لقاعدة معينة فتصدر في تصرفاتها عن الرغبة في تطبيقها • ويصح أن نسمى هذه السلطات السلطات الحاكمة أو السياسية • وليس يلزم تشييد القاعدة أن تتمسك بها السلطات الحاكمة صراحة ولكن يحول دون تشييدها أن تقف منها احداها موقف الاعتراض اذا كان لها شأن في أمر تشييدها • ويشير الاستاذ Gouet الى مثالين لهذا الفرض أحدهما خاص بعزل الرئيس Millerand سنة ١٩٢٤ في فرنسا والثانى خاص بعزل البرلمان النرويجى لملك السويد وذلك بالرغم من احتجاج كل من رئيسى الدولة ومخالفة هذا العزل لاحكام الدستور • ففى كلتا الحالتين لايسوغ القول بأن عرفا قد نشأ خاصا بمسئولية رئيس الدولة لان هذا الاخير كان معترضا على عزله «١» •

على أننا نخالف الاستاذ جويه لانه يجعل قيام القاعدة رهنا بموقف السلطات الحاكمة منها دون نظر الى موقف المحكومين • ولسنا ننكر أن السلطات المذكورة مؤهلة بحكم وظائفها لان تشييد قواعد جديدة في المجال الدستوري ، ولكننا نرى أن لمجموع الافراد صالحا مباشرا أو غير مباشر فيما يراد تشييده أو تعديله من قواعد دستورية • فما يقال في شأن ضرورة موافقة السلطات الحاكمة ولو في صورة عدم الاعتراض ، ينبغى أن يقال

(١) المرجع السابق ص ٦٢ - ٦٣ •

كذلك بالنسبة الى مجموع الافراد أى الجماعة •

ثانيا - اطراد السلطات الحاكمة على تطبيق القاعدة دون اعتراض من جانب الجماعة على نحو يكفى لتحقيق معنى الاطراد ، أى أنه يشترط الثبات الذى ينهى الانقطاع والمدة المعقولة • وقد تطول هذه المدة أو تقصر على حسب الاحوال • فبينما تقررت المسؤولية الوزارية فى انجلترا نتيجة عرف يرجع الى أواخر القرن الثامن عشر نجد أن بعض سلطات رئيس الدولة ورئيس الوزراء فى فرنسا قد نظمت بمقتضى عرف يرجع الى الحرب العالمية الاولى سنة ١٩١٤ •

أما الركن المعنوى فيتمثل فى أن يصبح للعادة صفة الالتزام • ويختلف الكتاب فى تبرير هذه الصفة اذ بينما يرددها المعتدلون من أنصار الاتجاه الشكلى الى الارادة المفروضة للمشرع كالاستاذ Girola ، يرددها الآخرون الى ارادة الجماعة لتأثرهم بالاتجاه الموضوعى سواء فى نزعة الفلسفية أو فى نزعة الواقعية • على أن هؤلاء يختلفون حول تحديد المقصود بالجماعة • قال استاذ جويه يقصر الجماعة على السلطات الحاكمة «١» ، أما الاستاذ Duverger فانه يقصد بالجماعة مجموع الافراد بالاضافة الى السلطات الحاكمة «٢» • وهذا التحديد الاخير هو الذى تؤيده وقد أخذنا به فى صدد تحديد الركن المادى •

وفيما يختص باختلاف الكتاب الدستوريين حول الشروط الواجب توافرها يلاحظ :

بالنسبة الى الركن المادى : أن بعض الكتاب قد تأثروا بالنزعة الفلسفية للاتجاه الموضوعى فلم يتطلبوا فى العرف أن يكون نتيجة الاطراد على اتباع قاعدة ما ، وانما اعترفوا به ولو تمثل فى عمل منفرد طالما أنه يعبر عن ضمير الجماعة •

(١) المرجع السابق ص ١١ •

(٢) المرجع السابق ص ص ٢٠٣ - ٢٠٥ •

وهذا هو ما يصرح به الاستاذ Duverger اذ يقرر أن « تكرار الفعل ليس ضروريا لقيام العرف ... فالعرف يمكن أن ينشأ فورا استنادا الى سابقة واحدة ، وعلى العكس من ذلك قد لا ينشأ مهما تكررت الافعال »^(١) .

وبالنسبة الى الركن المعنوي : يهمننا أن نحدد مركز العرف من التشريع الدستوري أى الدستور . وخير ما يوضح ذلك هو أن ننظر الى الاثر الذى يمكن أن يرتبه العرف بالنسبة اليه ، وأن تتساءل فى صدد هذا الاثر عن أمرين : الاول - هل يمكن أن ينشأ العرف فى ظل الدستور ؟ والثانى - على فرض امكان نشوئه فما قوته بالنسبة الى الدستور ؟

أما الاثر الذى يمكن أن يرتبه العرف بالنسبة الى الدستور فانه يتدرج من الضعف الى القوة على النحو التالى : تفسير الدستور ، واكماله ، وتعديله . وسنتناول تباعا العرف المفسر ، والعرف المكمل ، والعرف المعدل .

العرف المفسر Coutume interprétative : وهو الذى يقتصر أثره على تفسير نص من نصوص الدستور ، أى أنه يتخذ هذا النص أساسا له وسندا لاتباعه . فهو لا ينشئ قاعدة جديدة وانما يقف عند حد بيان الكيفية التى تطبق بها النصوص الدستورية .

ومن الامثلة التى تذكر للعرف المفسر العرف الذى جرى فى ظل دستور سنة ١٨٧٥ الفرنسى بالتسليم لرئيس الجمهورية بسلطة اصدار اللوائح *pouvoir réglementaire* وذلك استنادا الى أن التشريع الدستورى الصادر

(١) المرجع السابق ص ٢٠٣ - وأنظر أيضا Pinto المرجع السابق ص ٧٦ حيث يؤيد الاستاذ Lévy-Bruhl فى قوله :

« Il n'est pas nécessaire qu'un acte ait été accompli plusieurs fois pour devenir obligatoire. Il revêtira un caractère juridique interne s'il se manifeste par une pratique dépourvue de tout précédent du même type. Il suffit qu'elle soit conforme à la conscience du groupe » .

في ٢٥ فبراير سنة ١٨٧٥ قد نص في المادة الثالثة منه على أن « رئيس الجمهورية يكفل تنفيذ القوانين assure l'exécution des lois » •

ومن المتصور أن يختلف الرأي حول ما اذا كان يجب اعتبار العرف الجارى تفسيراً لنص دستوري أو تعديلاً له • ففيما يختص بالمثل المتقدم يذهب معظم الكتاب الى أن سلطة رئيس الجمهورية في اصدار اللوائح مقررّة على أساس تفسير النص المذكور سواء بالنسبة الى اللوائح التي يصدرها تنفيذاً لقانون ما (اللوائح التنفيذية) أو بالنسبة الى تلك التي يصدرها استقلالاً عن أى قانون (مثل لوائح البوليس) • ولكن بعضهم يرون أنه لا يصح اعتبار العرف مفسراً بالنسبة الى اللوائح المستقلة وانما يجب تكييفه على أنه عرف معدل «(١)» •

وأيا كان الرأي في تحديد الصفة التفسيرية للعرف فان من المسلم امكان نشوء عرف مفسر • كما أنه لا خلاف في أن هذا العرف يعتبر جزءاً من الدستور ذاته ويأخذ حكمه سواء أكان الدستور مرناً أى يمكن تعديله بنفس الاجراءات التي يعادل بها التشريع العادى أم جامداً أى يحتاج في تعديله الى اجراءات مختلفة «(٢)» •

العرف المكمل Coutume complémentaire : وهو الذى ينصرف أثره الى تنظيم موضوعات لم ينظمها المشرع الدستورى •

وقد يختلف الرأي أيضاً حول ما يجب اعتباره عرفاً مكملًا • ففيما يختص بانتخاب مجلس النواب الفرنسى في ظل دستور سنة ١٨٧٥ مثلاً ، نصت المادة الاولى من التشريع الدستورى الصادر في ٢٥ فبراير سنة ١٨٧٥ على أن الانتخاب يكون عاماً suffrage universel أى غير مقيد بتصاب مالى أو بكفاءة علمية خاصة — وأحالت على قوانين الانتخاب في كل ما يتصل

(١) انظر مقال لافاريير السالف الإشارة اليه ص ٣١ •

(٢) راجع مقال لافاريير السابق ص ٣٣ ، وديفرجيه المرجع السابق

Manuel de droit constitutionnel — Burdeau

ص ٢٠١ و

الطبعة الخامسة سنة ١٩٤٧ ص ٤٣ •

بالانتخاب العام • ونظرا لان هذه القوانين كانت قد اطردت منذ سنة ١٨٤٨ على اشتراط أن يكون الانتخاب مباشرا أى على درجة واحدة ، فقد ذهب بعض الكتاب الى القول بنشوء قاعدة دستورية مردها الى عرف مكمل يقضى بضرورة أن يكون الانتخاب العام انتخابا مباشرا فى جميع الاحوال • على أن الاستاذ لافاريير Laferrière اعتبر تنظيم المشرع الدستورى لموضوع الانتخاب مانعا من تكييف العرف المتقدم على أنه عرف مكمل للدستور ومن ثم رفض التسليم به على أساس أنه عرف معدل لدستور سنة ١٨٧٥ الجامد (١) •

ولئن كنا نخالف الاستاذ لافاريير فى انكاره لقوة العرف المعدل الا أننا نؤيده فى تحديده لمعنى العرف المكمل على أساس أنه ينظم موضوعا لم يلق أى تنظيم من جانب المشرع الدستورى • ومقتضى هذا التحديد تضيق نطاق العرف المكمل الا أنه لا يحول دون قيامه • وقد ذكر الفقيه المذكور أمثلة له فى فرنسا كالقاعدة التى لاتجيز عقد قرض عمومى الا اذا صدر قانون يأذن به • فهذه القاعدة وان نص عليها قانون سنة ١٨١٥ والدستور الذى أقره مجلس النواب فى ٢٩ يونيو سنة ١٨١٥ الا أن الدساتير اللاحقة لم تنص عليها فاستقرت عن طريق عرف مكمل •

ولاخلاف فى أن العرف المكمل يمكن أن ينشأ حتى فى ظل دستور جامد •
فالمعتدلون من أنصار الاتجاه الشكلى يردونه فى هذه الحالة الى الارادة المفروضة للمشرع ، وأنصار الاتجاه الموضوعى يردونه الى ارادة الجماعة •

ولكن الخلاف هو فى تحديد قوة هذا العرف بالنسبة الى الدستور •
ونبادر الى القول بأن أهمية هذا الخلاف انما تظهر فى ظل الدستور الجامد لتطلبه اجراءات خاصة فى نشوء قواعده وتعديلها ، ويشور التساؤل حينئذ حول ما اذا كان للعرف المكمل قوة الدستور ذاته أو أنه أقل منه مرتبة •

(١) مقال لافاريير السابق ص ص ٣٣ و ٣٤ •

فإن كان أقل من الدستور مرتبه يشور التساؤل من جديد حول ما اذا كان في قوة التشريعات العادية أو أنه أقل منها مرتبة • وعلى هذا النحو لا يكون ثمة داع الى مناقشة هذا الموضوع في ظل دستور مرن لان الاخير لا يزيد في قوته على تشريع عادى ومن ثم يكون الموضوع مشمولاً بالمناقشة التى تشور في ظل دستور جامد •

واذا كان الخلاف قد ثار في صدد تحديد قوة العرف المكمل بالنسبة الى الدستور ، فانه ثار بصورة أشد في صدد تحديد قوة العرف المعدل لانه يمس تنظيمًا مقررًا من جانب المشرع الدستورى • فيكون من الملائم اذن أن نكتفى في شأن تحديد قوة العرف المكمل بما سنذكره في شأن تحديد قوة العرف المعدل •

ويهمنا في هذا المقام أن نقرر أن المعتدلين من أنصار الاتجاه الشكلى يسلمون بإمكان نشوء عرف مكمل ولكنهم لا يجعلون له قوة النصوص الدستورية «١» • وقد حدا بهم الى انكار هذه القوة عليه حرصهم على أن يتلافوا الانتقاد الذى وجه اليهم من حيث أنهم ينسبون الى الارادة المفروضة للمشرع ما لا تستطيع ارادته الصريحة تشييده «٢» • فالمشرع لا يملك في ظل دستور جامد أن يجعل للتشريعات العادية التى يسنها قوة ذلك الدستور ، والعرف اذ يمثل ارادته المفروضة لا يمكن أن تكون له هذه القوة •

وهكذا لم يجد المعتدلون من أنصار الاتجاه الشكلى بدا من التسليم بقوة محدودة للعرف المكمل • فهو لا يرقى في نظرهم الى مرتبة النصوص الدستورية وانما أقصى قوة يعترفون له بها هى قوة التشريعات العادية •

(١) نقصد بالنصوص الدستورية نصوص دستور جامد لاننا بصدد تحديد قوة العرف بالنسبة الى دستور جامد ، أما نصوص الدستور المرن فتأخذ حكم التشريعات العادية على ماسلف البيان •

(٢) راجع ما سبق ذكره في شأن هذا الانتقاد ص ٧٦ من هذا الكتاب •

وهذا هو المستفاد من كتابات الاستاذ Girola «١» والاستاذ Laferrière «٢»

العرف المعدل Coutume modificatrice: وهو الذى ينصرف أثره الى تعديل الاحكام التى أوردها المشرع الدستورى فى شأن موضوع معين سواء بالاضافة الى تلك الاحكام أو بالحذف منها .

وفارق ما بين العرف المكمل والعرف المعدل بالاضافة . فبينما الاول ينظم موضوعا لم يتناوله المشرع الدستورى أصلا بالتنظيم ، يفترض الثانى تنظيما سابقا من جانب المشرع ويسعى الى اضافة أحكام من شأنها أن تتضمن تعديلا للتنظيم المذكور على نحو أو آخر . وهذا ما يوضح كيف أن الفقهاء فى فرنسا اختلفوا فى تكييف العرف الخاص بسلطة رئيس الجمهورية فى اصدار لوائح مستقلة والعرف الخاص بجعل انتخاب مجلس النواب انتخابا مباشرا . فمنهم من اعتبر العرف فى هذين المجالين مكملا للدستور على أساس أن المشرع لم ينظمها بالذات ، ومنهم من اعتبره معدلا له على أساس أنه أضاف أحكاما تعدل فيما أورده المشرع من تنظيم للمجالين المتقدمين .

أما العرف المعدل بالحذف فقد يتخذ صورة اهمال تطبيق نص دستورى

(١) يجدر بنا أن ننبه الى أن الاستاذ Girola لم يميز بين الفرضين المذكورين فى المتن : قوة العرف المكمل بالنسبة الى النصوص الدستورية ، وقوته بالنسبة الى التشريعات العادية . ويرجع ذلك الى أنه كان يبحث قوة العرف فى ظل الدستور الايطالى القديم وهو دستور مرن لا يميز بين نصوص دستورية وتشريعات عادية .

(٢) يبدو من كتابات الاستاذ لافاريير أنه من المتأثرين بالنزعة المعندلة للاتجاه الشكلى . أما أنه من أنصار الاتجاه الشكلى فيتضح من قوله :

« A vrai dire, on se heurte ici à l'éternel et immense problème de savoir si l'Etat, c'est-à-dire la nation constitutionnellement organisée, constate le droit ou le crée. Nous en restons à cette dernière idée ».

وأما أنه معتدل فى اتجاهه الشكلى فيتضح من اقراره للعرف بقوة الزامية دون توقف على اعتراف صريح به من جانب المشرع . على أنه لا يجعل له قوة النصوص الدستورية بل وينكر عليه قوته اذا تعارض مع تشريع عادى - راجع مقاله السالف الذكر ص ٣٧ و ص ٤٠ .

وهو ما يعرف بعدم الاستعمال *la désuétude*. ومن الامثلة البارزة التي تضرب لهذا النوع من العرف عدم ممارسة رئيس الجمهورية في فرنسا لسلطته المخولة بمقتضى دستور سنة ١٨٧٥ في حل مجلس النواب منذ سنة ١٨٧٧ ، وعدم ممارسة الملك في انجلترا لسلطته في رفض التصديق على القوانين منذ سنة ١٧٠٧ «١» .

هل يمكن أن ينشأ عرف معدل في ظل دستور جامد ؟ : يرفض المعتدلون من الاتجاه الشكلى التسليم بإمكان نشوء عرف معدل لانه يجافى السند القانونى الذى يردون اليه قيام العرف ألا وهو الارادة المفروضة للمشرع . فالعرف المعدل اذ ينصرف أثره الى انشاء قواعد تتعارض مع ما أورده المشرع من أحكام على نحو أو آخر ، لايسوغ أن ينسب اليه بعد أن أعلن عن ارادته الصريحة بمقتضى الاحكام التى أوردها .

فكان موقف المعتدلين من أنصار الاتجاه الشكلى فى فقه القانون الدستورى هو نفس موقف قرائهم فى فقه القانون الخاص من حيث أنهم يسلمون بالعرف الموافق للتشريع *praeter legem* (مفسرا كان أو مكملا) وينكرون العرف المعارض للتشريع *contra legem*.

أما أنصار الاتجاه الموضوعى فانهم يردون العرف الى ارادة الجماعة ومن ثم يسلمون بإمكان نشوء عرف معدل فى ظل دستور جامد «٢» . على

(١) يصف الكتاب العرف الجارى بعدم تطبيق نص بأنه عرف سلبى *coutume négative* لتمييزه عن العرف العادى الذى يصفونه بأنه عرف ايجابى *coutume positive*.

(٢) أثار العرف الجارى بعدم تطبيق نص دستورى الكثير من المناقشات بين الكتاب نظرا لما يتضمنه من خطورة على النصوص الدستورية ، خاصة وأنه لا يؤدى الى انشاء قاعدة جديدة تيسر التثبت مما اذا كان عرف قد نشأ بالفعل - انظر على الاخص جويه المرجع السابق ص ١٠٦ - ١١١ ، ومقال لافاير سالف الذكر ص ٢٥ - ٢٩ ، ومقالا للاستاذ Akzine بعنوان *La désuétude en droit constitutionnel* نشر بمجلة القانون العام الفرنسية سنة ١٩٢٨ ص ٦٩٧ - ٧٢٣ .

أنهم يختلفون حول قوة العرف المعدل وهو ما تناوله الآن بالتفصيل .

قوة العرف المعدل : يمكن أن نقسم الآراء من حيث تحديد قوة العرف المعدل الى وجهتين رئيسيتين : وجهة تجعل له من القوة مالنصوص الدستورية على الاقل ، وأخرى تنكر عليه هذه القوة وتضعه في مرتبة التشريعات العادية فحسب .

أما الوجهة التي تجعل للعرف المعدل من القوة ما للنصوص الدستورية على الاقل فانها تستند الى أن العرف كالتشريع وسيلة للتعبير عن ضمير الجماعة مصدر القانون فيكون له ما للتشريع من قوة . بل انه ينبغي الاعتراف له بقوة أسمى من قوة التشريع لانه أقرب منه الى ضمير الجماعة . على أن الكتاب الذين أخذوا بهذه الوجهة لم يدخلوا في تقديرهم الاعتبارات النظرية فحسب وانما راعوا فيما انتهوا اليه اعتبارات عملية تتصل بالامور التي كانت قائمة في ظل دستور سنة ١٨٧٥ الفرنسي . وآية ذلك أن النظم التي شيدها الدستور المذكور مرت في تطورات عديدة مردها الحقيقي الى العرف وكان من أثرها تعديل تلك النظم على نحو يتضمن غير قليل من التعارض مع ما شرعه الدستور من أحكام .

ويؤكد أثر الاعتبارات الاخيرة في تفكير الكتاب مناقشتهم لقوة العرف المعدل على ضوء التطورات التي مرت بها النظم الدستورية في فرنسا . فالاستاذ Reglade مثلاً يذهب الى أنه وان كان النظام الذي شيده دستور سنة ١٨٧٥ نظاماً برلمانياً يفترض التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، الا أن العرف أحاله الى نظام يجعل للسلطة التشريعية السيطرة على السلطة التنفيذية (وهو ما يعرف بنظام الجمعية النيابية) . ويدلل الاستاذ Reglade على وجهة نظره بأن العرف أخضع الحكومة للبرلمان اذ ألغى - عن طريق عدم الاستعمال - السلطات التي خولها الدستور لرئيس الجمهورية

صراحة فيما يختص بحل مجلس النواب والاعتراض على القوانين «^١» .
ويخلص الكاتب المذكور من وراء تحليله للتطور الذي مر به نظام الحكم
الى أن « العرف وسيلة لخلق قانون أسمى من الدستور الجامد أو على
الأقل مساويا له في القوة » «^٢» .

ويخالف الاستاذ René Capitant الاستاذ Reglade في تكييفه للتطور
الذي مر به نظام الحكم ولكنه يتلاقى معه في النتيجة التي يخلص اليها إذ
بقرر أن « للعرف قوة النصوص الدستورية لأنه يفرض نفسه على المشرع
العادي وعلى المشرع التأسيسي الذي لا يعدو أن يكون سلطة المؤسسة
pouvoir constitué بالرغم مما قد توهم تسميته بغير ذلك » «^٣» .

أما الاستاذ Rolland «^٤» فإنه وإن جعل للعرف قوة النصوص الدستورية
الا أنه يؤكد هذه القوة على الاخص بالنسبة الى العرف الذي ينتج عن

(١) ويسمى الاعتراض الموقوف أو التوقيفي veto suspensif وكان يجيز
لرئيس الجمهورية أن يطلب الى البرلمان إعادة النظر في القوانين التي يعترض
عليها .

(٢) « La coutume est un mode de constitution du droit supérieur ou
au moins égal en force à la constitution rigide » .

راجع جوييه المرجع السابق ص ص ٨٩ - ٩٠ ، ومقال لافاريير سالف الذكر
ص ٣٥ (هامش) .

(٣) انظر مقال لافاريير سالف الذكر ص ٣٦ .

(٤)
« Nous voulons dire, qu'elles (règles coutumières) corres-
pondent à des usages et à des pratiques bien établies, dont la
continuité peut résulter et résulte surtout de la répétition des
textes votés par les deux Chambres sous forme de lois ordinaires...
Devant ces règles, le Parlement doit s'arrêter. S'il les viole, la loi
qu'il élabore est en somme inconstitutionnelle, au même degré
que celle qui violerait une disposition écrite de l'une quelconque
de nos trois lois de 1875 » .

راجع مقال لافاريير السابق ص ص ٢٢ - ٢٣ .

الاطراد على اتباع تشريعات عادية في شئون دستورية « ١ » .

واذا كان هؤلاء الكتاب يتفقون في الاقرار للعرف المعدل عموما بقوة النصوص الدستورية على الاقل ، فانهم يتفقون أيضا في الاقرار للعرف الناتج عن الاطراد على تنظيم حقوق الافراد بقوة تفوق قوة تلك النصوص أو كما يسمونها *super - légalité constitutionnelle* . ومن ثم فانهم يرون أن اغفال دستور سنة ١٨٧٥ النص على اعلان حقوق الانسان أسوة بالدساتير السابقة عليه لا يحول دون ضرورة التسليم بتلك الحقوق على أساس أنها ثابتة عن طريق قواعد عرفية دستورية أو كما يسمونها « قوانين لا تقبل التعديل » *lois intangibles* « ٢ » .

أما الوجهة التي تجعل للعرف المعدل قوة التشريعات العادية فحسب فاننا نجد لها صريحة على الاخص في كتابات الاستاذ *Gouet* . وهو يقيّمها على أساس انتقاده للوجهة السابقة اذ يرى أنها تتنافى مع المقصود من جعل الدستور جامدا . ففي ظل الدستور الجامد تنشأ تفرقة حتمية بين القواعد القانونية من حيث قوتها ويكون للنصوص الدستورية حصانة مميزة تتمثل في ضرورة اتباع اجراءات خاصة اذا أريد تعديلها . فكأن المقصود من اشتراط هذه الاجراءات جعل سلطة تعديل النصوص الدستورية من

(١) يقر الاستاذ *Duverger* للعرف المعدل بقوة النصوص الدستورية على أساس يجعله في حكم العرف المفسر . فالركن المعنوي للعرف لا يتحقق في نظره الا اذا قام الاعتقاد في ضمير السلطات الحاكمة والجماعة معا بأن القاعدة التي يجري بها العرف تتفق مع مقاصد المشرع الدستوري وتكفل اعمال النصوص الدستورية على الوجه السليم . وهو يبرر قوة العرف حينئذ بأن الخطأ العام ينشئ القانون *Error communis facit jus* . أما اذا لم يتوافر الاعتقاد بسلامة القاعدة العرفية فانه ينكر عليها أية صفة قانونية ويعتبرها انتهاكا لحرمة الدستور - المرجع السابق ص ص ٢٠٤ - ٢٠٥ .

(٢) راجع في هذا الموضوع جويه المرجع السابق ص ص ٨٦ - ٨٨ ، ولا فاريير المرجع السابق ص ص ٣٤١ - ٣٤٦ ، وديجي المرجع السابق الجزء الثالث الطبعة الثالثة ص ص ٥٩٩ - ٦١١ ، وفيدل المرجع السابق ص ص ١٢٠ - ١٢٢ .

اختصاص السلطة التأسيسية وحدها وسلب ولاية المشرع العادى فى هذا
الصدد •

وبعد أن رفض الاستاذ جويه أن يسلم بأن للعرف قوة النصوص
الدستورية ، حاول أن يحدد قوته فى ظل تلك النصوص فجعل له قوة
التشريعات العادية • وهو يفسر هذه القوة بأن « السنن الدستورى الذى
يقرر القاعدة العرفية هو من عمل السلطات العامة *pouvoirs publics* التى
يعتبر التشريع المظهر الصريح لموافقتها • أما القاعدة العرفية فليست الوسيلة
الصريحة لتقرير القانون وانما هى بمثابة اقرار ضمنى من جانب السلطات
المؤسسة بقيام القانون • • • فكان المشرع نفسه هو الذى يقرر التشريع
صراحة والعرف ضمنا » (١) •

وظاهر أن جويه يفسر مماثلة العرف للتشريع العادى على أساس أنهما
يمثلان اقرار المشرع العادى بالقانون : التشريع بوصفه تعبيراً عن اقراره
الصريح ، والعرف بوصفه تعبيراً عن اقراره الضمنى • على أنه لا يقيم وزناً
لهذا الفارق بينهما ويرى اعتبارهما متعادلين فى القوة من كل النواحي (٢) •

الوجهة التى نفضلها : ان الوجهة التى تفضلها هى تلك التى تجعل
للعرف المعدل قوة النصوص الدستورية • فنحن لانقر من جهة المبالغة فى
قوة العرف المعدل الى حد اعتباره فى مرتبة أعلى من النصوص الدستورية ،
كما لانقر من جهة أخرى انقاص قوته الى حد اعتباره فى مرتبة التشريعات
العادية فحسب •

أما أننا لانقر اعتبار العرف المعدل فى مرتبة أعلى من النصوص الدستورية
فلأن فيه مجافاة للاوضاع القانونية المسلمة • وآية ذلك أنه ان كان
المقصود بهذا التكييف تمكين العرف من الغاء النصوص الدستورية ، فان

(١) المرجع السابق ص ١١١ و ١١٢ •

(٢) المرجع السابق ص ١٠٨ و ١٠٩ •

هذا المقصد يتحقق بمجرد التسليم له بقوة تلك النصوص استنادا الى قاعدة أن اللاحق ينسخ السابق . أما ان كان المقصود اعتبار العرف قانونا لايقبل التعديل أى قيда على المشرع التأسيسى ، فإن هذا المقصد يجافى ما هو مستقر من أن جميع القواعد القانونية الوضعية تخضع لسلطان المشرع التأسيسى .

وأما اننا لا نقر اعتبار العرف المعدل فى قوة التشريعات العادية فحسب فلأن فيه تسليما باعتبارات شكلية سبق للاستاذ جويه نفسه ان استبعدها . فطالما أنه يأخذ بالاتجاه الموضوعى أى يرد القانون الى ارادة الجماعة «^١» ، يكون من غير السائق أن يعمد الى تقييد هذه الارادة بوضع من خلقها . ان المقصود من جعل الدستور جامدا هو تقييد سلطة المشرع العادى وجعل سلطة تعديل النصوص الدستورية من اختصاص المشرع التأسيسى دون غيره . أفلا يكون من قبيل التحول عن الاتجاه الموضوعى بعد ذلك الاحتجاج فى وجه ارادة الجماعة بأنها لم تظهر فى المظهر الشكلى الخاص الذى يتطلبه الدستور ؟

ويبدو أن جويه قد أحس بهذا التحول فسعى الى التنصل منه بتبرير تفوق النص الدستورى على أساس « أن هذا التفوق ليس مرده الى الصفة الشكلية الخاصة التى يتسم بها التشريع الدستورى الجامد وانما الى أن هذه الصفة الشكلية تنبىء عن أن رأى القانونى قد راعى أهمية التشريع المذكور فقصر سلطة تقريره وتعديله على مشرع خاص » «^٢» .

على أن هذه المحاولة من جانب جويه لاتجدى فى ازالة التعارض الذى ينطوى عليه تمسكه بالاتجاه الموضوعى وفى نفس الوقت انكاره على العرف المعدل قوة النصوص الدستورية . ويؤكد هذا التعارض

(١) راجع ما سبق أن ذكرناه فى ص ٧٦ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٢) المرجع السابق ص ٩٥ .

أن جوييه لم يستطع أن يساير منطق الشكلى الجديد الى النهاية اذ نجده
يجعل للعرف المعدل قوة التشريعات العادية من كل النواحي . ولو
أنه أراد أن يلتزم الحكمة التى نسبها الى صفة الجمود فى الدستور لوجب
عليه اعتبار العرف المعدل أقل مرتبة من التشريعات العادية . فهذه
التشريعات تحتاج فى تقريرها وفى تعديلها الى اتباع اجراءات معينة
كالنصوص الدستورية ، ولا تختلف عنها سوى فى أن الاجراءات
التى تتطلبها تكون أكثر بساطة . فلماذا لم يجعل جوييه هذه الاجراءات
عقبة فى وجه مساواة العرف بالتشريعات العادية ؟ «١» .

والذى نود أن نخلص اليه هو أن الاخذ بالاتجاه الموضوعى فى نزعته
الفلسفية والواقعية على السواء «٢» يستوجب الاقرار للعرف المعدل بقوة
النصوص الدستورية . واذا كان جوييه قد سار على نهج فقهاء القانون الخاص من
حيث ترددهم فى ترتيب هذا الاثر فاننا لانجد مساعا لهذا التردد ولا سنداً
له من آراء الكتاب الدستوريين الآخرين «٣» .

(١) قارن مع ذلك الدكتور عبد الحميد متولى المرجع السابق ص ١٩٢
وص ص ٢٠٠ و ٢٠١ حيث يؤيد وجهة نظر الاستاذ جوييه .

(٢) تقدم فى صدد بيان شروط العرف الدستورى أن النزعتين الفلسفية
والواقعية للاتجاه الموضوعى لا يختلفان من حيث تحديد الركن المعنوى للعرف
الا وهو الصفة الالزامية المستمدة من ارادة الجماعة .

(٣) سبق أن ذكرنا أن الاستاذ Rolland يؤكد قوة النصوص الدستورية
بالنسبة للعرف الناتج عن الاطراد على اتباع تشريعات عادية فى شئون دستورية .
ولقد تعرض فى هذا التأكيد لانتقاد شديد من جانب كل من الاستاذ جوييه
والاستاذ لافاير . وقوام الانتقاد أن التشريع العادى فى مرتبة أدنى من النصوص
الدستورية وأنه لا يمكن أن يرقى الى مرتبتها لمجرد أنه ينظم مسائل دستورية
أو لمجرد أن السلطات الحاكمة تطرد على اتباعه - أنظر جوييه المرجع السابق
ص ص ١٠٠ - ١٠٤ ، ومقال لافاير سالف الذكر ص ٣٢ وص ٣٩ .

ونحن لانقر الاستاذ Rolland فى تأكيد قوة النصوص الدستورية
بالنسبة للعرف الناتج عن الاطراد على اتباع تشريعات عادية لسبب بسيط هو
أن العرف عموماً يستمد قوته من ارادة الجماعة وهذا التبرير يغنى عن الالتجاء
الى أى اعتبار آخر .

تعريف العرف الدستوري : يبين من كل ما تقدم أن بعض الكتاب الدستوريين قد تأثروا بالنزعة الفلسفية للاتجاه الموضوعي فلم يتطلبوا في العرف سوى الركن المعنوي ولكن الاغلبية يتطلبون فيه أن يكون متوافرا على ركنين : ركن مادي يتمثل في العادة أي في قاعدة مطردة التطبيق من جانب السلطات الحاكمة ومجموع الافراد ، وآخر معنوي يتمثل في أن يصبح لهذه العادة صفة الالتزام .

واتفاق الكتاب على اشتراط الركنين المذكورين لا ينفي اختلافهم في تحديد المقصود بهما . فبينما يصرح البعض بأن العبرة في الاطراد المقصود من الركن المادي هو أن يكون بموافقة السلطات الحاكمة وحدها ، يذهب البعض الآخر بحق الى ضرورة الاعتداد أيضا بموافقة مجموع الافراد . وبينما يتحدد الركن المعنوي في نظر الاقلية على أساس الارادة المفروضة للمشرع ، يتحدد في نظر الاغلبية على أساس ارادة الجماعة . وهذا الاختلاف في تحديد المقصود بالركن المعنوي قد استتبع تفاوتاً بين الكتاب في تحديد مركز العرف من التشريع الدستوري سواء من حيث امكان نشوئه أو من حيث مدى قوته .

وغنى عن البيان أن تعريف العرف الدستوري لا بد وأن يختلف تبعاً لموقف الكاتب من الاعتبارات المتقدمة . على أن الملاحظ عموماً هو أن الكتاب الدستوريين لم يعنوا بتعريف العرف وإنما قصرُوا جهودهم على بيان شروطه وتحديد مركزه من التشريع .

ولعل أبرز التعاريف القليلة التي اقترحها الكتاب تعريف الاستاذ جويه للعرف الدستوري بأنه « قاعدة غير مكتوبة استقرت سلطات الدولة في رأيها القانوني على ضرورة اتباعها وتقررت بمقتضى العمل أو السنن الدستوري »^(١) .

(١) المرجع السابق ص ١١١ حيث يذكر :

« Une règle non écrite, existant dans l'opinis juris du milieu étatique interne, et constatée par la pratique constitutionnelle ».

ولنا على هذا التعريف مآخذ ثلاثة :

الاول - أنه يربط بين العرف وعدم الكتابة . ووجه اعتراضنا على الإشارة الى الكتابة هو أنه اما أن يقصد بها مجرد التدوين فيجب اعتبار القاعدة عرفية ولو دونت لأنها تستمد قوتها الإلزامية من العرف ، واما أن يقصد بالكتابة التسجيل بصفة رسمية من جانب المشرع فلا يكون من قبيل التمييز للقاعدة العرفية أن توصف بأنها غير مكتوبة لأنه يشترك معها في هذا الوصف سائر القواعد القانونية التي لا يكون مصدرها التشريع «^١» .

والثاني - أنه وان اشتمل على الركنين المادى والمعنوى للعرف الا أنه لم يظهر أهمية الركن المادى في تكوين الركن المعنوى . فلو كانت الجماعة تحتاج لان تدرك مضمون القاعدة العرفية في ضميرها قبل أن يحصل الاطراد على تطبيقها ، الا أن لهذا الاطراد ولا شك أثره في الانتقال بالجماعة من مرحلة الادراك المجرد الى مرحلة الاقتناع بالالزام . ولقد سلم جويه نفسه بهذا الاثر ولكنه لم يوفق في اظهاره «^٢» .

والثالث - أنه يقصر العرف على القواعد التي تطرد السلطات الحاكمة على اتباعها وتستقر في رأيها القانونى على صفتها الإلزامية . ولقد سبق أن انتقدنا هذه النظرة الضيقة في تحديد العرف وبيينا أنه ينبغي تحديده بالنسبة الى السلطات الحاكمة ومجموع الافراد معا .

وعلى ضوء هذه الانتقادات نقترح تعريف العرف الدستورى بأنه «قاعدة مطردة (او عادة) يقصد بها تنظيم العلاقات فيما بين السلطات الحاكمة بعضها وبعض او فيما بينها وبين الافراد ، ويكون لها صفة الالزام فى الراى القانونى للجماعة » .

(١) راجع مقالا للاستاذ René Capitant بعنوان Le droit constitutionnel non écrit نشر بالمجموعة المهداة الى الاستاذ جنى سالفه الذكر ص ص ٢٠١ و Waline المرجع السابق ص ٢٦٤ .

(٢) المرجع السابق ص ٥٩ .

العرف الدستوري في إنجلترا : يختلف الرأي الفقهي حول تكييف العرف

في إنجلترا تبعاً للاتجاهين السابقين : الاتجاه الشكلى الذى يقيم القانون على ارادة الدولة فينكر على العرف كل قيمة قانونية ، والاتجاه الموضوعى الذى يقيم القانون على ارادة الجماعة فيسلم بالقوة الالزامية للعرف .

على أن الذى حدا بنا الى تناول العرف الدستوري في إنجلترا بالذات ، الاهمية الخاصة التى أولاها الكتاب الدستوريون وعلى رأسهم الاستاذ ديسى Dicey لما أسموه العادات أو التقاليد الدستورية constitutional conventions « ١ » . ولئن كانت هذه التسمية لاتعبر عن حقيقة مدلولها على ما سنبين فيما بعد ، الا أننا نؤثر الإبقاء عليها لأنها ترمز الى الخلاف القائم فى الفقه حول تكييف مدلولها فضلاً عن اجماع الكتاب على استعمالها .

اهمية العادات الدستورية : للعادات الدستورية أهمية

بالغة فى إنجلترا كما تشهد بذلك أقلام الكتاب على اختلاف نزعاتهم . فالاستاذ Freeman يذكر فى وصفها أنها « ... قواعد آداب سياسية political morality ... لاتوجد فى تشريع ما أو فى القانون العام ولكنها محترمة فى العمل بدرجة لاتقل عن احترام أى مبدأ من مبادئ العهد الاعظم أو ملتزم الحقوق » « ٢ » .

وينعى الاستاذ ديسى على وصف conventional أنه لاينبىء عن الاهمية

(١) وتسمى أيضاً

traditions, understandings, practices, maxims, habits

وقد يطلق عليها الكتاب أحياناً اسم customs دون أن يقصدوا بذلك الى اعتبارها فى مرتبة أقوى من العادات

(٢) ديسى المرجع السابق ص ٤١٨ - ٤١٩ .

الحقيقية للعادات الدستورية التي قد تصل الى مثل أهمية التشريعات تماما «١» . ويرز الاستاذ Jennings «٢» الدور الذي تؤديه العادات بقوله « انها تقدم اللحم الذي يكسو عظام القانون المجردة ، وتجعل في الامكان اعمال النصوص الدستورية ومسايرتها للافكار المتطورة » .

وتتضح أهمية العادات الدستورية من استطلاع المجال الذي تسيطر عليه . ويشمل هذا المجال موضوعين رئيسيين «٣» : الاول - تنظيم اختصاصات السلطة التنفيذية ولا سيما في علاقتها بالبرلمان ، والثاني - تنظيم اختصاصات مجلسي البرلمان ولا سيما في علاقتها المتبادلة .

ففيما يختص بالسلطة التنفيذية وعلاقتها بالبرلمان تحدد العادات الدستورية معظم القواعد المتصلة بكيفية تشكيل الوزارة Cabinet وممارستها لسلطاتها كما هو الشأن بالنسبة الى مايلي : الملك مقيد بأن يعين رئيس الحزب الذي يفوز بأغلبية المقاعد في مجلس العموم رئيسا للوزراء ، الملك مقيد بأن يستعمل سلطاته بناء على مشورة وزرائه وعن طريقهم ، الملك مقيد بأن يدعو البرلمان الى الاجتماع مرة كل سنة على الاقل ، الملك مقيد بأن يصدق على مشروعات القوانين التي يقرها مجلسا البرلمان أو مجلس العموم وحده على حسب الاحوال «٤» ، الوزراء مسئولون بالتضامن أمام

(١) المرجع السابق ص ٢٧ .

(٢) المرجع السابق ص ص ٨٠ - ٨١ .

(٣) يضيف الكتاب عادة موضوعا ثالثا هو تنظيم علاقة بريطانيا بالدول الاعضاء في جامعة الامم البريطانية (وكانت في بادىء الامر مجرد مستعمرات ثم تطورت بالتدريج حتى أصبحت دولا مستقلة مثل كندا وأستراليا ونيوزيلنده) ولكننا لم نشر اليه على اساس انه أدخل في مجال القانون الدولي العام منه في مجال القانون الدستوري .

(٤) وذلك طبقا للتنظيم الذي أوجده قانون البرلمان لسنة ١٩١١ Parliament Act ومقتضى هذا التنظيم تأكيد سلطان مجلس العموم وترجيح كفته على مجلس اللوردات في حالة تسوية خلاف بينهما واصرار مجلس العموم على موقفه .

البرلمان عن السياسة العامة للوزارة ، الوزارة تستمد سلطتها من تأييد أغلبية
الاعضاء في مجلس العموم فان فقدت ثقتهم يجب عليها أن تستقيل .

وفيما يختص بمجلسي البرلمان وعلاقتها المتبادلة نجد للعادات الدستورية
تطبيقات عديدة نكتفي منها بما يلي : أعضاء مجلس اللوردات غير الشاغلين
لمناصب قضائية لا يسمح لهم بحضور جلسات المجلس اذا انعقد بهيئة محكمة
قضائية عليا ، مشروع القانون الذي ينظم مالية الدولة Money Bill
لا يجوز أن يقدم الا من جانب الحكومة والى مجلس العموم « ١ » ، الاحزاب
السياسية يجب أن تمثل في اللجان البرلمانية بنسبة تمثيلها في مجلس العموم .

هل للعادات الدستورية قوة الزامية ؟ هذا هو التساؤل الذي أثار
مناقشة جدية بين الكتاب . ويمكن أن يقال بصورة عامة انهم انقسموا الى
فريقين : فريق ينكر على العادات الدستورية كل قيمة قانونية ، وآخر يقر لها
بقوة الزامية .

وعلى رأس الفريق الذي ينكر على العادات الدستورية كل قيمة قانونية
الاستاذ ديسى Dicey الذي يذهب الى أن القواعد الدستورية على نوعين :
قواعد قانونية بالمعنى الصحيح وهي تلك التي تطبقها المحاكم enforced or
recognised by the courts ، وعادات دستورية لا تعدو أن تكون قواعد
آداب أو أخلاق لها قوة سياسية فحسب constitutional morality or
political ethics وهي تلك التي لا تطبقها المحاكم « ٢ » .

ولئن كان ديسى قد أنكر على العادات الدستورية كل قيمة قانونية الا
أنه لم يستطع أن ينكر عليها قوتها من الناحية العملية حتى أنه أقر بأن

(١) أقر قانون البرلمان لسنة ١٩١١ هذا المبدأ بصورة ضمنية .

(٢) المرجع السابق ص ص ٢٤ و ٤١٧ . ويلاحظ أن ديسى يقف عند معيار
تطبيق المحاكم للقاعدة سواء اكانت هذه القاعدة تشريعية أم عرفية .

بعضها - على ما سبق البيان - يلقي من الاحترام والتطبيق ما تلقاه التشريعات تماما . وحاول ديسي أن يجد سندا يبرر به هذه القوة العملية للعادات الدستورية ، فناقش أسلوب محاكمة الوزراء جنائيا أمام البرلمان Impeachment واستبعده على أساس أنه « سلاح ... علاه الصدا من عدم الاستعمال وأضحى من مخلفات الدستور البالية » (١) . كما استبعد ديسي الرأي العام على أساس أنه لا يصلح سندا كافيا طالما أن الدولة لا تتولى انفاذه عن طريق سلطتها المادية .

أما السند الذي اقترحه ديسي لتفسير قوة العادات الدستورية فهو الخشية من الوقوع تحت طائلة القانون أو على حد تعبيره « ان الجزاء الذي يكره أكثر السياسيين جرأة ومغامرة على اطاعة المبادئ والعادات الدستورية هو أن الاخلال بهذه المبادئ والعادات من شأنه أن يفضي بالمخالف الى الاصطدام في الحال بمحاكم الدولة وقوانينها » (٢) .

وتولى الفريق الذي يقر للعادات الدستورية بقوة الزامية الرد على الواجهة التي ذكرها ديسي . ويمكن أن نلخص أهم هذه الردود فيما يلي :

أولا - يقيم ديسي تفرقه بين القواعد القانونية والعادات الدستورية على أساس أن الاولى دون الثانية هي التي تلقى تطبيقا من جانب المحاكم . ومقتضى هذه التفرقة امكان التمييز بين هذين النوعين من القواعد مع أن الواقع يثبت تداخلهما الى حد كبير واستحالة رسم خط فاصل بينهما .

ويصور الاستاذ Jennings هذا التداخل فيقرر أن الهيئات الحاكمة

(١) المرجع السابق ص ٤٤٣ . ويلاحظ أن ديسي قد عاب على أسلوب المحاكمة الجنائية للوزراء حتى عندما كان معمولا به - أنه كان يتوقف على مشيئة الوزراء أنفسهم . فالمحاكمة لم تكن ممكنة الا اذا اجتمع البرلمان والملك هو الذي كان يملك دعوته ، ومن ثم كان في امكان الوزراء التأثير على الملك وحضه على عدم دعوة البرلمان .

(٢) المرجع السابق ص ٤٤٥ .

تدين بنشاطها وسلطاتها الى العرف أو العادات الدستورية وأنه « لاخلاف من حيث الطبيعة بين القواعد المنظمة لتلك الهيئات والقواعد المسنونة عن طريقها ، سواء وصفت هذه القواعد بأنها قانونية أو عرفية أو تقليدية (عادات) »^(١)

ومن مظاهر هذا التدخل ما هو مشاهد من أن العادات الدستورية تستند الى القوانين كما أن القوانين تستند الى العادات الدستورية . أما أن العادات الدستورية تستند الى القوانين فانها حقيقة أقر بها ديسى نفسه اذ سلم بأن مخالفة العادات من شأنها أن تفضي الى مخالفة القوانين . وأما أن القوانين تستند الى العادات الدستورية فانها حقيقة تقطع بها التشريعات المختلفة التي لم تخرج عن أن تكون تسجيلا للقواعد المستقرة عن طريق العادات . ولعل من أبرز الامثلة في هذا الصدد قانون الوزراء لسنة ١٩٣٧ Ministers of the Crown Act الذي صدر لتحديد مراتب الوزراء ورئيس حزب المعارضة فكان أول وثيقة يقر فيها المشرع ضمنا بالوضع الدستورية التي استقرت منذ ما يزيد على القرن بشأن الوزارة والاحزاب السياسية وبصفة عامة بشأن النظام البرلماني^(٢) .

ثانيا - ان المعيار الذي اتخذه ديسى للفرقة بين القواعد القانونية والعادات الدستورية معيار غير سليم . فهو يخلع الصفة القانونية على كل قاعدة تلقى تطبيقا من جانب المحاكم وينكرها على كل قاعدة لا تلقى هذا

(١) المرجع السابق ص ١٠٣ . ويؤكد Jennings تماثل العادات الدستورية والقواعد القانونية من حيث الطبيعة بالاشارة الى أن الدساتير التي اقتبست احكامها من انجلترا ولاسيما دساتير الدول التي كانت أعضاء في الكومنولث Dominions قد سجلت معظم العادات الدستورية في نصوصها ، وأن مجرد عدم تسجيلها في تشريع دستوري في انجلترا لاينفي قوتها القانونية - انظر ص ص ٧٠ و ٧١ وكذلك في نفس المعنى تقديم الاستاذ Wade لمؤلف ديسى سالف الذكر ص c x I وما بعدها .

(٢) انظر Jennings المرجع السابق ص ١١٥ .

التطبيق • ولو أنه التزم معياره المقترح لوجب عليه انكار الصفة القانونية على القواعد التي يصدرها المشرع أحيانا ويحظر على القضاء النظر فيها كما هو الشأن بالنسبة الى القاعدة التي ينص عليها قانون البرلمان لسنة ١٩١١ والتي تجعل لرئيس مجلس العموم سلطة تحديد مايجب اعتباره مشروعا ماليا دون تعقيب من جانب المحاكم «١» • ولكن ديسى لا يلتزم معياره ويقر للقواعد المذكورة بالصفة القانونية بالرغم من عدم تطبيقها من جانب المحاكم • والعادات الدستورية لا تختلف من حيث طبيعتها عن القواعد المذكورة ولاسيما من حيث اشتراكها معها في أن المحاكم لا تطبقها ، فكان حقيقا بديسى أن يعاملها معاملة تلك القواعد وأن يقر لها بالصفة القانونية أسوة بها «٢» •

ثالثا - ليس صحيحا ما يذهب اليه ديسى من أن مخالفة أية عادة دستورية من شأنها أن تفضى في الحال الى الاصطدام بمحاكم الدولة وقوانينها • وليس أدل على ذلك من أن المثل الذي ساقه ديسى للتدليل على وجهة نظره لا يوصل الى النتيجة التي انتهى اليها • فهو يبرر تقييد الملك بدعوة البرلمان الى الاجتماع سنويا بأن الخروج على هذه العادة يؤدي الى أن تحصل الضرائب التي تتقرر بمقتضى قوانين سنويا يصبح غير مشروع لانتفاء أجل نفاذ تلك القوانين • على أن تحصل الضرائب لا يصبح كذلك الا في نهاية أجل يمكن أن يمتد الى تسعة أشهر ومن ثم يصعب

(١) راجع نصوص القانون المذكور التي تؤكد سيطرة مجلس العموم في المسائل المالية ص ٦٢٨ من مؤلف ديسى سالف الذكر ولاسيما المادة الثالثة فقرة ثالثة ونصها :

Any certificate of the Speaker of the House of Commons given under this Act shall be conclusive for all purposes, and shall not be questioned in any court of law.

(٢) انظر Jennings المرجع السابق ص ١٠٠ وتقديم Wade لمؤلف ديسى سالف الذكر cxxxix

التسليم بما انتهى اليه ديسى من أن المخالفة القانونية تترتب في الحال . كما أنه من المبالغة القول بأن مخالفة أية عادة دستورية تترتب مخالفة قانونية لأن من العادات ما لا تتصور معه هذه النتيجة كما هو الشأن بالنسبة الى معظم العادات التي تتصل بالتنظيم الداخلي لكل من مجلسي البرلمان ، فضلا عن أنه حتى بالنسبة الى العادات التي تنظم علاقة السلطات الحاكمة بالبرلمان - وهي أكثر العادات اتصالا بالقوانين - قد لا يترتب على مخالفتها أثر قانوني اذا لم تجد السلطة صاحبة الشأن داعيا الى ترتيب هذا الاثر . ويذكر الاستاذ Jennings تأييدا لهذا الغرض ما حدث سنة ١٩٣٢ من خروج الوزارة آنذاك على مقتضيات المسؤولية التضامنية المقررة بالعادات الدستورية وعدم تترتب أى أثر قانوني نتيجة لذلك نظرا لتمسك مجلس العموم ببقاء الوزارة وعدم سحبه الثقة منها «١» .

هذه هي المناقشة التي ثور بين الكتاب الانجليز «٢» بشأن قيمة العادات الدستورية من الناحية القانونية . ويبين منها أن ثمة فريقين من الكتاب : الفريق الذي يتزعمه ديسى وينكر على العادات الدستورية كل قيمة قانونية ، والفريق الذي يتزعمه Jennings ويقر لها بالقوة الازامية . وهذا الاختلاف بين وجهتي النظر مرده الحقيقى الى اختلاف الرأى حول تكييف القاعدة القانونية بحسب الاتجاهين السابق ذكرهما : الاتجاه الشكلى الذى يقيمها على ارادة المشرع ، والاتجاه الموضوعى الذى يقيمها على ارادة الجماعة .

أما أن ديسى من أنصار الاتجاه الشكلى فيتضح على الاخص من تمييزه

(١) انظر Jennings المرجع السابق صص ١٢٣ - ١٢٥ ، وتقديم Wade مؤلف ديسى سالف الذكر ص cxxv

(٢) راجع مثلا Wade و Phillips المرجع السابق صص ٧ - ٩ ، و Ketih المرجع السابق صص ٤ - ٨ ، و Ridges المرجع السابق صص ١٩ - ٢٤ ، و Chalmers و Hood Phillips المرجع السابق صص ٣٣ - ٤١

بين نوعين من السيادة : السيادة القانونية legal sovereignty وهي للبرلمان أى للمشرع ، والسيادة السياسية political sovereignty وهي للناخبين أى للجماعة . وهو يصل من وراء هذه التفرقة الى أن القواعد التى يمكن أن تكون لها صفة قانونية هى تلك التى تصدر عن المشرع وحده أو على الأقل تطبق بموافقة عن طريق المحاكم . وهنا يبدو جليا مدى تأثير ديسى برأى الفقيه أوستن السابق بيانه «^١» .

أما أن Jennings من أنصار الاتجاه الموضوعى «^٢» فيتضح من مماثلته بين العادات الدستورية والقواعد القانونية من حيث الطبيعة واسناده قوتها الإلزامية الى رأى العام . وهو فى هذا يقول بحق « أن العادات الدستورية شأنها شأن القواعد الأساسية لاى دستور تستند الى قبول الجماعة أو موافقة رأى العام general acquiescence فليس مرد الصفة القانونية للدستور المكتوب الى صفة واضعه وانما الى قبوله من جانب الجماعة » «^٣» .

(١) راجع ص ٤٢٩ من المرجع السابق وص ٦٧ من هذا الكتاب . وتلقى آراء ديسى فى العادات الدستورية تأييد الكتاب الدستوريين من أنصار الاتجاه الشكلى مثل الاستاذ Girola فى مقاله سالف الذكر المرجع السابق ص ٢٥ ، والاستاذ لافاريير فى مقاله سالف الذكر المرجع السابق ص ٣٠ (هامش) .

(٢) وكذلك الاستاذ Wade — انظر مؤلف ديسى السالف ذكره وعلى الاخص ص CXIii اذ يذكر :

« ...Dicey may have been influenced too much by the Austinian view of law — the command of the Sovereign to be enforced as such... But much law, perhaps all law, is obeyed because of the general acquiescence of the community itself » .

(٣) المرجع السابق ص ١١٣ .

المبحث الثالث

التشريع

تعريف التشريع

يقصد بالتشريع *législation* أكثر من معنى . ويهمننا لاغراض هذا المبحث معنيين : التشريع بوصفه مصدرا رسميا للقواعد القانونية، والتشريع بوصفه مجموعة الاحكام أو القواعد القانونية ذاتها الصادرة عن طريق هذا المصدر « ١ » .

اما التشريع بوصفه مصدرا رسميا : فهو سن القواعد القانونية واكسابها قوتها الالزامية عن طريق سلطة مختصة ووفقا لاجراءات معينة . وتحصر الدساتير عادة على تحديد السلطة المختصة بالتشريع وتسمى السلطة التشريعية *pouvoir législatif* ، وبيان الاجراءات الواجب اتباعها من جانب تلك السلطة لممارسة ولايتها التشريعية . وقد يختلف المشرعون الدستوريون في تحديد السلطة التشريعية سواء من حيث التكوين أو من حيث الاختصاص ، كما قد يختلفون في تحديد الاجراءات اللازمة لممارسة ولايتها التشريعية . وأيما كان أمر هذا الاختلاف فإن من المحقق أن الولاية التشريعية قد تثبت لأكثر من سلطة في الدولة ، وأن اشتراط اجراءات معينة مردده الى الرغبة

(١) اصطلاح *législation* مشتق من اصل لاتيني هو *legis* أو *lex* ومعناه القانون ، و *latum* أى يضع فيكون المقصود هو وضع القواعد القانونية . ويلاحظ انه وان كان التشريع *loi* أحد مصادر القانون *droit* الا أنه أهم مصادره ، ومن ثم جرى الاصطلاح على أن يعبر عنه باستعمال اصطلاح « القانون » من غير تخصيص أو باستعمال اصطلاح « القانون المكتوب » على وجه التخصيص *droit écrit* و *jus scriptum* . وظهر أن وصف الكتابة لا ينصرف الى مجرد التدوين أو التسجيل وانما الى التدوين الذي يتم عن طريق سلطة مختصة وهي السلطة التشريعية ، فيكون المقصود بالقانون المكتوب القانون المسنون .

في أن تمارس تلك الولاية على نحو يكفل بقدر الامكان مراعاة الصالح الذي قصد من ورائها تحقيقه .

ولئن ثار الخلاف بشأن مدى صلاحية مصادر أخرى كالقضاء والعرف لان تكون مصادر رسمية للقانون ، فانه لا يتصور أن يشور مثل هذا الخلاف بشأن التشريع الذي أضحي أهم مصدر رسمي للقانون - وخاصة في نظر أنصار الاتجاه الشكلي في تكييف القاعدة القانونية .

وليس يقدح في أهمية التشريع أن أصحاب النزعة الفلسفية من أنصار الاتجاه الموضوعي يردون القانون الى مصدر وحيد هو ضمير الجماعة ، اذ أنهم يسلمون للتشريع بقوةه الالزامية على أساس أنه وسيلة لظهار القانون « ١ » .

ويرجع ازدياد أهمية التشريع في المجتمع الحديث الى اعتبارات شتى .

ويمكن أن ترد هذه الاعتبارات الى طائفتين رئيسيتين : طائفة تتصل بتطور الاحوال الاجتماعية ، وأخرى تتصل بالتشريع ذاته . ولعل أهم الاعتبارات التي تتصل بتطور الاحوال الاجتماعية انتقال المجتمع الى مرحلة التنظيم السياسي بما استتبعه ذلك من قيام الدولة وتشديد سلطانها في مواجهة منافسيها مثل الامراء في عهد الاقطاع والكنيسة في العصور الوسطى « ٢ » . على أن التطور لم يقف عند حد قيام الدولة وانما سار شوطا بعيدا نحو

(١) راجع ص ٦٧ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٢) انظر Allen المرجع السابق ص ٣٥١ حيث يذكر :

«Legislation is therefore the characteristic mark of mature legal systems, the final stage in the development of law-making expedients... It cannot exist until the notion of a central State, whether or not it be «sovereign» in the conventional sense, has chrystallized ».

تعزيز سلطانها وتوسيع نطاق نشاطها بفضل انتشار النظريات الاشتراكية وحلولها محل النظريات الفردية على ما سنبينه تفصيلا في القسم الثاني من هذا الكتاب . وبالإضافة الى هذه الاعتبارات توجد اعتبارات تتصل بالتشريع ذاته وتقوم أساسا على أنه أصلح المصادر الرسمية وأكثرها ملاءمة لحاجات الجماعة المتطورة . وإذا كان من بين تلك المصادر ما يتصور أن ينافس التشريع من حيث صلاحيته فهو العرف . على أن العرف وإن كان يصدر عن الجماعة ويفترض بحكم تكوينه استجابته لحاجاتها ، إلا أنه بطيء في نشوئه وبطيء في تطوره فضلا عما يشوبه في معظم الأحيان من غموض يجهل قواعده ويترك مجالا للشك في قيامها . ويقابل هذا أن التشريع يمكن أن يكون وسيلة ميسرة وسريعة في انشاء القواعد القانونية وفي تعديلها فضلا عما يحققه بحكم صياغته من التحديد والوضوح لما يقرره من أحكام «١» .

وأما التشريع بوصفه مجموعة الاحكام والقواعد الصادرة عن السلطة التشريعية : فقد اختلف الرأي في تحديد طبيعته . وآية ذلك أن الاحكام التي تسنها السلطة التشريعية قد تتوافر فيها خصائص القاعدة القانونية فتكون عامة واجتماعية وملزمة ، «٢» وقد لا تتوافر فيها صفة العمومية بالذات «٣» . ولئن كان من المسلم أن هذه الاحكام جميعا تعامل معاملة التشريع من كل الوجوه وتترتب عليها نفس الآثار القانونية التي تترتب عليه ، إلا أن ثمة خلافا في الرأي حول تكييف طبيعة الاحكام الخاصة أو الشخصية التي تصدر عن السلطة التشريعية في شكل تشريعات «٤» .

(١) أنظر الاستاذين السنهوري وحشمت أبو ستيت المرجع السابق صص ١٩٩ - ١٢١ ، والاستاذين محمد كامل مرسى وسيد مصطفى المرجع السابق صص ١٤٤ - ١٥١ .

(٢) راجع ص ٤ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٣) ان أدق فرض هو ذلك الذي تختفى فيه من الحكم صفة العمومية كأن يصدر تشريع باعفاء وزير بالذات من المسؤولية عن عمل غير مشروع ارتكبه .

(٤) أنظر في تفصيل هذا الموضوع ديجي المرجع السابق الجزء الثالث ص ١٦٠ وما بعدها ، وكاريه دي مالبيرج La loi المرجع السابق الصفحة الاولى وما بعدها .

ففرق من الكتاب يذهب الى أن التشريع هو مجموعة الاحكام التي تسنها السلطة التشريعية الاصلية أى السلطة صاحبة الولاية العامة في التشريع . ومقتضى هذا النظر تغليب معيار شكلى بحيث أنه يخلع صفة التشريع على كل حكم تسنه السلطة التشريعية الاصلية ولو كان حكما خاصا أو شخصا ، وينكر هذه الصفة على أى حكم يصدر من غير السلطة التشريعية الاصلية ولو توافرت فيه خصائص القاعدة القانونية .

وفريق آخر من الكتاب يميز بين نوعين من التشريع : تشريع من الناحيتين الشكلية والموضوعية ، وتشريع من الناحية الشكلية فحسب . ومقتضى هذا النظر تغليب معيار موضوعى بحيث أنه يخلع صفة التشريع على كل حكم تتوافر فيه خصائص القاعدة القانونية ولو صدر من غير السلطة التشريعية الاصلية ، وينكر هذه الصفة على أى حكم لا تتوافر فيه صفة العمومية ولو سنته السلطة التشريعية الاصلية .

وهذا الاختلاف فى النظر الى طبيعة التشريع هو الذى يفسر اختلاف الكتاب فى تعريف التشريع وفى تكييف طبيعة اللائحة . فبالنسبة الى تعريف التشريع نلاحظ أن الكاتب اما أن يتأثر بالمعيار الشكلى فيوسع فى التعريف ليشمل جميع الاحكام التى تسنها السلطة التشريعية ، واما أن يتأثر بالمعيار الموضوعى فيقتصر التعريف على القواعد القانونية التى تسنها تلك السلطة . وبالنسبة الى اللائحة (وهى حكم تتوافر فيه خصائص القاعدة القانونية وان كان صادرا عن السلطة التنفيذية) نجد أن الكاتب اما أن يتأثر بالمعيار الشكلى فينكر عليها صفة التشريع ، واما أن يتأثر بالمعيار الموضوعى فيقر لها بهذه الصفة « ١ » .

(١) راجع فى تفصيل هذا الموضوع ديجى المرجع السابق الجزء الثالث ص ٢٠٩ وما بعدها ، Mouskhéli — La loi et le règlement سنة ١٩٤٣ ص ١٦ - ٣٥ .

تدرج التشريع ونتائجه

إذا ما تقررت الولاية التشريعية في ظل دستور معين بصفة عادية (أو أصلية أو رئيسية) لسلطة ما ، وتقررت بصفة فرعية (أو تبعية أو ثانوية) لسلطة أخرى فإن التشريع الذى تسنه السلطة الاولى يكون أقوى من التشريع الذى تسنه السلطة الاخيرة .

وإذا كان الدستور جامدا أى يحتاج فى تعديله الى اجراءات خاصة تزيد على الاجراءات اللازمة لتعديل التشريع العادى ، فإن السلطة التى تملك تعديله تكون سلطة دستورية أو تأسيسية *pouvoir constituant* ويكون التشريع الذى تسنه أقوى التشريعات فى الدولة .

وهكذا يفضى التفاوت فى السلطات التشريعية فى ظل دستور جامد الى تفاوت فى التشريع الذى تسنه بحيث أنه يتدرج من الضعف الى القوة على النحو الذى يلى : التشريع الفرعى (أو التابع أو الثانوى) ، والتشريع العادى (أو الاصلى أو الرئيسى) ، والتشريع الدستورى (أو الاساسى) . ويترب على هذا التدرج « ١ » أنه يجب أن يتقيد كل تشريع بالتشريع الاعلى منه درجة . فلا يجوز للتشريع الفرعى أن يتعارض مع تشريع عادى ، كما لايجوز لايهما أن يتعارض مع تشريع دستورى .

أما اذا أصدر أى من هذه التشريعات مخالفا لتشريع أعلى منه درجة « ٢ » فإنه يكون غير شرعى *illégal* سواء أكان تشريعا فرعيا أم تشريعا

(١) Hiérarchie des lois

(٢) وليس يلزم لاعتبار التشريع غير شرعى أن يكون مخالفا لتشريع أعلى منه درجة بل انه يكون كذلك طالما أنه صدر مخالفا لقاعدة قانونية أقوى منه ايا كان مصدرها . ومن ثم فإن التشريع العادى يكون فى نظرنا غير دستورى اذا صدر مخالفا لقاعدة دستورية عرفية ، اذ جعلنا للعرف قوة النصوص الدستورية ولو كان معدلا - راجع ص ٩٤ من هذا الكتاب ، وانظر ايضا ديجى المرجع السابق الجزء الثالث ص ٧١٠ .

عاديا «١» ومن ثم تنشأ الحاجة الى ايجاد تنظيم يكفل رقابة مشروعية التشريعات ويقرر الجزاء المناسب بالنسبة الى التشريع المخالف .

ولما كانت رقابة مشروعية التشريع الفرعى من صميم مباحث القانون الادارى الذى يعنى بالقرارات الادارية سواء كانت تنظيمية (وهى التشريعات الفرعية أو اللوائح) أو فردية «٢» فاننا نكتفى بدراسة رقابة مشروعية التشريع العادى أو وفقا للاصطلاح الجارى رقابة دستورية القوانين constitutionnalité des lois.

رقابة دستورية القوانين

ظاهر من التحليل المتقدم لتدرج التشريع أنه لا يتصور نشوء الحاجة الى رقابة دستورية القانون الا فى ظل الدساتير الجامدة «٣» . وآية ذلك أن الدستور الجامد يحتاج فى تعديله الى اجراءات أكثر أهمية من الاجراءات اللازمة لتعديل القانون ، ومن ثم توجد سلطتان احدهما تأسيسية والاخرى تشريعية ويوجد تبعا لذلك نوعان من التشريع : تشريع أعلى وهو التشريع الدستورى ، وتشريع أدنى وهو التشريع العادى (أو القانون) .

أما الدستور المرن فانه يمكن تعديله بنفس الكيفية التى يعدل بها

(١) انظر Duez, Barthélemy — Traité de droit constitutionnel
سنة ١٩٣٣ ص ١٩٢ وما بعدها.

(٢) راجع ص ٢٥ من هذا الكتاب

(٣) يرى البعض أن رقابة مشروعية القانون يمكن أن تتصور حتى فى ظل دستور مرن استنادا الى أن ثمة مبادئ أساسية تفرض نفسها على المشرع الدستورى الذى لا يملك تعديلها أو المساس بها — انظر ديجى المرجع السابق الجزء الثالث ص ٧١٤ .

وقد سبق لنا انتقاد هذا النظر من حيث مجافاته للاوضاع القانونية المستقرة — راجع ص ص ٩٤ و ٩٥ من هذا الكتاب .

التشريع العادى ، ومن ثم لا توجد الا سلطة واحدة تملك تعديل جميع الاحكام التشريعية ويختفى تبعاً لذلك أى مميز من حيث الدرجة بين التشريع الدستورى والتشريع العادى .

وتشير رقابة دستورية القوانين صعوبة جوهرية . فالسلطة التشريعية هى السلطة المختصة أصلاً بالتشريع ، فضلاً عن أنها - فى النظم الديموقراطية النيابية - تقوم أساساً على الانتخاب من جانب الشعب فيكون لها صفة تمثيلية للرأى العام . ولا تثار هذه الصعوبة بالنسبة لرقابة مشروعية التشريع الفرعى الذى يصدر من سلطة غير مختصة بحسب الاصل بالتشريع ، فضلاً عن أنها سلطة تقوم أساساً على التعيين .

فلا عجب أن نجد معظم الدول وقد استقرت من قديم فى تنظيمها لرقابة مشروعية التشريع الفرعى على أسس ايجابية متقاربة ، بينما ترددت واختلفت فى الحلول الواجبة الاتباع بصدد تنظيم رقابة دستورية القوانين .

ولئن تعددت هذه الحلول الا أنه يمكن ردها الى نوعين رئيسيين من رقابة الدستورية تبعاً لصفة الهيئة التى تمارس تلك الرقابة : الرقابة السياسية ، والرقابة القضائية .

وعلى هذا النحو قد يكون من الملائم أن تقسم البحث فى الرقابة الدستورية الى :

المطلب الاول - الرقابة السياسية .

المطلب الثانى - الرقابة القضائية .

المطلب الثالث - تقدير رقابة الدستورية .

المطلب الاول - الرقابة السياسية

ترمز الرقابة السياسية الى صفة الهيئة التى تباشرها أى أنها تكون من

جانب هيئة ذات صفة سياسية «١» • ويختلف تشكيل هذه الهيئة تبعاً للكيفية التي ينظم بها الدستور الرقابة السياسية • ولعل من أبرز الدول في مجال الرقابة السياسية فرنسا التي سجلت تلك الرقابة في بعض دساتيرها القديمة كما سجلتها في دستورها الحالي الذي صدر في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٦ •

على أن دولاً أخرى قد أخذت بالرقابة السياسية ولا سيما الدول ذات النزعة الاشتراكية • فيكون من المفيد إذن أن تفصل صور تلك الرقابة في فرنسا ثم نشير إلى أهم تطبيقاتها في الدول الأخرى •

§ في فرنسا

الرقابة السياسية في القديم

دستور السنة الثالثة للثورة : : حاول Sièyes أن يحمل واضعاً هذا الدستور على إيجاد هيئة سياسية يكون من اختصاصها إلغاء جميع القوانين التي تسن مخالفة لأحكام الدستور ، ولكنهم رفضوا بالاجماع الاخذ بهذا الاقتراح خشية أن تغدو تلك الهيئة سلطة فوق السلطات وأداة سيطرة واستبداد •

وكانت الفكرة التي أراد Sièyes تحقيقها من وراء اقتراحه هي تحصين الدستور الجامد - أو على حد وصفه له «المقيد limitative» - ضد أي مساس بأحكامه ، وإيلاء هذه المهمة إلى هيئة نيابية سماها هيئة المحلفين الدستوريين jurie constitutionnaire «٢» ولم يشأ أن يجعل القضاء

Le contrôle par un organe politique

(١)

(٢) انظر برتلमी ودويز المرجع السابق ص ٢٠٣ حيث يوردان قول

Sièyes

مختصا برقابة الدستورية نظرا للاثر السئ الذى خلفه تعسف المحاكم السابقة على الثورة والتي كانت تسمى برلمانات •

دستور السنة الثامنة للثورة : أفصح Sièyes وكان له دور ملموس فى وضع دستور السنة الثامنة - فى أن يقنع واضعى هذا الدستور بجدوى اقتراحه سالف الذكر • وهكذا نشأت هيئة المحلفين الدستوريين التى أرادها ولكن تحت اسم «مجلس الشيوخ الحامى للدستور Le Sénat Conservateur وكان المفروض وفقا للدستور أن يكون لمجلس الشيوخ رقابة دستورية القوانين قبل اصدارها بحيث يملك الغاء غير الدستورى منها فى مواجهة الكافة *erga omnes* • وكان المفروض أيضا أن يختار أعضاء هذا المجلس بصورة تكفل لهم الاستقلال الذى يمكنهم من أداء مهمتهم على الوجه الاكمل •

على أن هذا المجلس الذى قام لحماية الدستور لم يحقق النتائج التى قصد من ورائه تحقيقها ، بل وكان أداة فى يد نابليون الذى فرض سيطرته عليه وسخره لتعديل الدستور وفقا لرغباته «(١)» •

« Je demande un jury de constitution, ou pour franciser un peu le mot de jury et le distinguer dans le son de celui de juré, une jurie constitutionnaire. C'est un véritable corps de représentants que je demande avec mission spéciale de juger les réclamations contre toute atteinte qui serait portée à la constitution ».

(١) كان من حق مجلس الشيوخ تنظيم كل مالم ينظمه الدستور ويكون ضروريا لنفاذه فضلا عن حقه فى تفسير أحكامه التى تقبل التأويل وفقا للنص :

« Le droit de régler tout ce qui n'a pas été prévu par la constitution et qui est nécessaire à sa marche et d'expliquer les articles de la constitution qui donnent lieu à différentes interprétations ».

انظر ديجى المرجع السابق الجزء الثالث ص ٧١٦ •

ولقد كان نفوذ نابليون السبب الرئيسي الذي قوض استقلال مجلس الشيوخ وجعله عاجزا عن أداء مهمته • وآية ذلك أن الضمانات العديدة التي شرعت لتحقيق استقلال أعضاء مجلس الشيوخ لم تحل من الناحية الواقعية دون هيمنة نابليون على اختيارهم وتسليط مؤثراته عليهم • ولم يقنع نابليون بهذه السطوة الفعلية وانما والى نفوذه حتى أضحى له الحق قانونا في تعيين أعضاء مجلس الشيوخ وفي تقليدهم المناصب ومنحهم الرتب والمخصصات «١» •

أما عجز مجلس الشيوخ عن أداء مهمته فكان مرده الى الكيفية التي تحددها اختصاصه • فهو لم يكن يملك أن يباشر رقابة الدستورية الا بالنسبة للقوانين التي تحيلها اليه الحكومة أو هيئة خاصة تسمى *Tribunat* في ظرف عشرة أيام من تاريخ سننها وقبل تقديمها للاصدار «٢» • على أنه لم يكن متصورا أن تعمد الحكومة الى حمل المجلس على مباشرة اختصاصه ضد القوانين بينما كان لها صالح في انفاذها • واذا كان منتظرا أن يباشر المجلس اختصاصه بناء على طلب الهيئة الخاصة ، فان نابليون سلط نفوذه عليها أيضا حتى ألغيت في ١٠ أغسطس سنة ١٨٠٧ «٣» •

دستور سنة ١٨٥٢ : قرر دستور ١٤ يناير سنة ١٨٥٢ الرقابة السياسية لمجلس الشيوخ على نحو يقرب من الوضع الذي نظمه دستور السنة الثالثة

(١) راجع برتلمى ودويز المرجع السابق ص ٢٠٤ - ٢٠٥ ، و Burdeau
Traité de science politique الجزء الثالث سنة ١٩٥٠ ص ص ٣٧٠ - ٣٧١

(٢) انظر مقالا للاستاذ Duez بعنوان

« Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France rance ».

نشر بمجموعة Hauriou - Mélanges ص ٢١٩ .

(٣) كانت هذه الهيئة تتكون من مائة عضو يختارهم مجلس الشيوخ من البارزين ذوي الكفاية وانقص عددهم الى النصف نتيجة تدخل نابليون قبل الغائها سنة ١٨٠٧ - انظر برتلمى ودويز المرجع السابق ص ص ٢٠٥ و ٢٠٦ •

للثورة • ولكن يلاحظ أن « مجلس الشيوخ الحامى للدستور Le Sénat Conservateur » فى ظل دستور سنة ١٨٥٢ كان يملك - بالاضافة الى اختصاصه بتعديل الدستور بشروط معينة - مراجعة جميع القوانين من حيث صفتها الدستورية قبل تقديمها الى رئيس الدولة لاصدارها «١» ، والغاء القوانين التى تحال اليه من الحكومة أو بناء على التماس الافراد «٢» اذا ثبت له عدم دستورتها •

ولتر قرر دستور سنة ١٨٥٢ ضمانات عديدة لتأمين استقلال أعضاء مجلس الشيوخ الا أن رئيس الدولة تمكن بفضل نفوذه الفعلى من تقويض تلك الضمانات ، وشل وظيفة المجلس الرقابية «٣» ، بل وجعله - أسوة بسلفه فى ظل دستور السنة الثامنة - أداة لتعديل الدستور وفق مشيئته •

الرقابة السياسية حاليا

تنازع واضعى الدستور الفرنسى الحالى اعتبارات شتى عند تنظيمهم لرقابة الدستورية • ونظرا لان هذه الاعتبارات لم تخل من تعارض فى مقتضياتها ، فان سعى واضعى الدستور الى التوفيق بينها قد ألجأهم الى ابتداع حل يغاير الحلول المتعارف عليها ويتسم بطابع الحذر والتردد •

(١) تطور هذا الاختصاص بعد ذلك بحيث شمل مراجعة القوانين ليس فحسب من دستورتها أو عدم دستورتها وانما أيضا من حيث ملاءمتها أو عدم ملاءمتها ، ومن ثم تحول مجلس الشيوخ الى مجلس تشريعى ثان فى ٢١ مايو سنة ١٨٧٠ - انظر ديجى المرجع السابق الجزء الثالث ص ٧١٧ •

(٢) كان المفروض بمقتضى هذه الوسيلة أن يتقدم دستور سنة ١٨٥٢ خطوة الى الامام على دستور السنة الثامنة نحو تمكين مجلس الشيوخ من ممارسته ولايته الرقابية بصورة ايجابية ، ولكن نفوذ رئيس الدولة الفعلى جعل هذه الوسيلة بدورها غير منتجة •

(٣) لم يعرف أن المجلس الفى أى قانون غير دستورى نظرا لما كان يتضمنه سعى المجلس الى ذلك من وقوف فى وجه الحكومة - وبالأحرى فى وجه رئيس الدولة الذى كان يملك وحده حق اقتراح القوانين آنذاك - انظر مقال الاستاذ دويز سالف الذكر ص ٢١٩ •

أما الاعتبارات التي سعوا الى التوفيق بينها فكان أهمها من جهة الرغبة في تحصين الدستور الجامد دون انتقاص أهمية الرأي العام ممثلا في الجمعية الوطنية «١» ، ومن جهة أخرى الرغبة في تأمين حقوق الافراد والنظم الجديدة دون وضع العراقيل في وجه أى تطور مرغوب فيه ولاسيما في المجالين الاقتصادى والاجتماعى «٢» .

وأما التنظيم الذى انتهوا اليه فتشمله المواد ٩١ — ٩٣ من الدستور ، ويقضى بتشكيل هيئة سياسية تسمى اللجنة الدستورية le Comité Constitutionnel يكون من اختصاصها رقابة دستورية القوانين قبل اصدارها في حدود ضيقة «٣» .

تشكيل اللجنة الدستورية : تتشكل اللجنة الدستورية من رئيس الجمهورية — بحكم منصبه — رئيسا ، ومن اثني عشر عضوا • ويختار هؤلاء على النحو الآتى : عضوان بحكم منصبهما وهما رئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الجمهورية ، وعشرة أعضاء يختارهم البرلمان — من غير أعضائه — على أساس التمثيل النسبى لمختلف الهيئات وذلك في بدء انعقاده سنويا • ويكون للجمعية الوطنية اختيار سبعة منهم ، ولمجلس الجمهورية اختيار

(١) يتكون البرلمان الفرنسى الحالى من مجلسين : الجمعية الوطنية L'Assemblée Nationale ويتم تشكيلها بطريق الانتخاب المباشر ، ومجلس الجمهورية Le Conseil de la République ويتم تشكيله بطريق الانتخاب غير المباشر من عدد لا يقل عن ٢٥٠ ولا يزيد على ٣٢٠ عضوا — راجع المادتين ٥ و ٦ من الدستور الذى نشر بمجموعة الدساتير الاوروبية Mirkine-Guetzévitch - Les constitutions européennes. الجزء الثانى سنة ١٩٥١ ص ٤٢٧ وما بعدها .

(٢) انظر فيدل المرجع السابق ص ٥٥١ .

(٣) راجع في تفصيل هذا التنظيم : مطول يردو في الفقه السياسى المرجع السابق الجزء الثالث ص ٣٧٥ — ٣٧٩ ، وفيديل المرجع السابق ص ٥٥١ — ٥٥٤ ، ولافايرير المرجع السابق ص ٩٥١ — ٩٥٧ ، و Liet-Veaux — Droit constitutionnel سنة ١٩٤٩ ص ١٥٦ — ١٦٠ .

الثلاثة الآخرين •

ويشير الاستاذ لافاريير الى أن مراعاة التمثيل النسبي للأحزاب من شأنها أن تفضي الى سيطرة الاعتبارات الحزبية على تشكيل اللجنة • وهو ينتقد سيطرة هذه الاعتبارات من وجهتين : أولاها أنها تؤدي الى اختيار أعضاء وان كانوا بارزين في أحزابهم قد لا تتوافر فيهم الدراية القانونية التي تستوجبها مهمة فحص دستورية القوانين ، والثانية أنها تحيل اللجنة الدستورية من هيئة ينبغي أن تتمتع بالاستقلال والحيادة الى مجرد هيئة تابعة للبرلمان يحس أعضاؤها بأنهم مدينون بمراكزهم للهيئات الممثلة فيه ومن ثم لا يتصور أن يقفوا موقفا يتضمن اداة القوانين التي سنتها تلك الهيئات •

اختصاص اللجنة الدستورية : تقيد النصوص اختصاص اللجنة الدستورية من ناحيتين رئيسيتين نبينهما فيما يلي :

أولا - من حيث مباشرة اختصاصها : لا تستطيع اللجنة الدستورية أن تبشر اختصاصها الا بناء على طلب مشترك يقدم اليها من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الجمهورية • فهي لا تملك أن تبشر اختصاصها من تلقاء نفسها ، كما لا تملك أن تبشره بناء على طلب فرد أو هيئة أيا كانت « ١ » •

ولئن كان من حق رئيس الجمهورية أن يدعو رئيس مجلس الجمهورية الى تقديم طلب مشترك في كل وقت وبدون حاجة الى اتباع اجراءات معينة « ١ » ، الا أنه مقيد من الناحية العملية في توجيهه لهذه الدعوة بضرورة وجود مسوغ قوى •

(١) قدم اقتراح بتحويل أعضاء البرلمان ورئيس محكمة النقض حق دعوة اللجنة الدستورية الى مباشرة اختصاصها ولكنه رفض - انظر لافاريير المرجع السابق ص ٩٥٦ (هامش ١)

(٢) دعت اللجنة الدستورية لمباشرة اختصاصها لأول مرة في ١٨ يونيو سنة ١٩٤٨ بناء على اقتراح رئيس مجلس الجمهورية • ولم تكن موافقة رئيس الجمهورية على هذا الاقتراح تحمل أى توقيع وزارى - مطول بريدو المرجع السابق ص ٣٧٧ (هامش ٢) •

أما رئيس مجلس الجمهورية فإنه لا يستطيع توجيه الدعوة الى رئيس الجمهورية لتقديم طلب مشترك الا اذا طلب منه ذلك الاغلبية المطلقة للاعضاء المكونين لمجلس الجمهورية • فكأن حق رئيس المجلس يتعطل قانونا اذا لم توجد أغلبية جديّة تعارض القانون في المجلس •

ثانيا - من حيث مدى اختصاصها : اختصاص اللجنة الدستورية مقيد بدوره من وجهتين : من حيث الموضوع ، ومن حيث الاثر •

فمن حيث الموضوع تنص المادة ٩١ من الدستور على أن اللجنة «تبحث فيما اذا كانت القوانين التي أقرتها الجمعية الوطنية تتضمن تعديلا للدستور» (١) • وظاهر أن النص لا يصرح بمعنى رقابة الدستورية بل ويتحاشى وصف القوانين التي تقرها الجمعية الوطنية بأنها مخالفة للدستور • ويبدو أن واضعي الدستور قصدوا الى ابراز سيادة الجمعية الوطنية فأثروا أن يصفوا القوانين المخالفة للدستور بأنها تتضمن تعديلا له ، وصوروا الوضع على أساس أنها لم تكن تدرك بالفعل أنها تعدل الدستور ومن ثم وجب تبنيها الى ذلك حتى ما اذا كانت تقصد حقيقة الى تعديل الدستور أمكنها أن تتخذ الاجراءات اللازمة لتحقيقه وفقا للمادة ٩٠ منه •

واللجنة الدستورية اذ تفحص القوانين المحالة اليها فهي لا تفحص صفتها في ظل جميع أحكام الدستور وانما في ظل أحكام الفصول العشرة الاولى فحسب وهي الخاصة بتنظيم السلطات العامة • ومن ثم لا تختص اللجنة بالبحث فيما اذا كانت القوانين المذكورة تتضمن تعديلا لديباجة الدستور التي تسجل حقوق الافراد وحررياتهم الاساسية من سياسية واجتماعية

(١) « Examine si les lois votées par l'Assemblée Nationale supposent une révision de la constitution ».

واقتصادية ، أو لاحكام الفصل الحادى عشر الخاص ببيان الاجراءات
الواجب اتباعها لتعديل الدستور •

ومن حيث الاثر يكون على اللجنة الدستورية فى الاحوال التى تختص
فيها أن تقوم أساسا بدور موفق بين مجلسى البرلمان • فان أفلحت فى أن
تجمع المجلسين على وجهة نظر واحدة انتهت مهمتها عند هذا الحد «١» ،
والا كان عليها أن تبحث فيما اذا كان القانون المحال اليها يتضمن تعديلا
للدستور •

و فى الحالة الاخيرة يتعين على اللجنة أن تقدم تقريرها فى مهلة لا تتجاوز
خمسة أيام وتنقص الى يومين عند الاستعجال • ويبدو أن واضعى الدستور
لم يقصدوا الى تمكين اللجنة من فحص صفة القوانين المحالة اليها فحصا
جديا كما يتضح من المهلة القصيرة المحددة لانتهاء من مهمتها •

واللجنة قد تقرر أن القانون موافق للدستور conforme à la Constitution
وقد تقرر أنه يتضمن تعديلا له suppose une révision de la Constitution
فاذا كان القانون بحسب رأيها موافقا للدستور يتولى رئيس الجمهورية
اصداره فى ظرف عشرة أيام أو اذا قررت الجمعية الوطنية حالة الاستعجال
فى ظرف خمسة أيام طبقا للمادة ٣٦ من الدستور ، مضافا اليها المهلة
المقررة للجنة الدستورية وهى خمسة أيام أو يومين على حسب الاحوال •

أما اذا كان القانون بحسب رأى اللجنة يتضمن تعديلا للدستور فليس
لها حق الغائه وانما يتعين عليها اعادته الى الجمعية الوطنية لتنظر فيه من

(١)

un rôle de conciliateur وهذا هو الدور الذى قامت به اللجنة الدستورية
فى ١٨ يونيو سنة ١٩٤٨ عندما ثار الخلاف حول تحديد المهلة المقررة لمجلس
الجمهورية فى مناقشة مشروعات القوانين التى تقرر الجمعية الوطنية مناقشتها
على وجه السرعة — راجع مطول بريدو المرجع السابق ص ٣٧٩ (هامش) •

جديد . فإن عدلت الجمعية الوطنية القانون على النحو الذي يتلأفى اعتراض اللجنة أصبح فى حكم القانون الموافق للدستور وراز اصداره . وان تمسكت الجمعية الوطنية « ١ » بالقانون على حالته الاولى يمتنع على رئيس الجمهورية اصداره . على أن للجمعية الوطنية فى هذه الحالة أن تحقق ماتريد من تعديل للدستور بشرط اتباع الاجراءات التى تتطلبها المادة ٩٠ من الدستور لهذا الغرض .

ولما كان من المحقق أن واضعى الدستور الفرنسى الحالى قد حرصوا على تبسيط الاجراءات اللازمة لتعديل الدستور ، وكفلوا للجمعية الوطنية الحق فى تعديله اذا كانت جادة ومصممة على اجراء هذا التعديل « ٢ » ، فان المقصود من رقابة الدستورية قد تحول الى جعل الدستور متمشيا مع أحكام القانون أكثر من جعل القانون متمشيا مع أحكام الدستور « ٣ » .

(١) يلاحظ أن نص المادة ٩٣ فقرة ثانية يذكر البرلمان :

« Si le Parlement maintient son premier vote... »

أى أنه يفترض أن كلا من مجلسى البرلمان قد أصر على موقفه الاول، الجمعية الوطنية باقرار القانون ومجلس الجمهورية بالاعتراض عليه . ويستفاد من هذا ضمنا أن مجلس الجمهورية يجب أن يعيد النظر فى القانون بناء على احوالة من رئيس الجمهورية الذى يحق له وفقا للمادة ٣٦ من الدستور أن يطلب الى مجلسى البرلمان اعادة النظر فى القانون - انظر فيدل المرجع السابق ص ٥٥٣ - ٥٥٤ .

(٢) راجع فى تفصيل ذلك فيدل المرجع السابق ص ٥٣٢ وما بعدها .

(٣) انظر فى هذا المعنى ما ذكره بيردو فى مطول الفقه السياسى المرجع

السابق ص ٣٧٩ :

« Apparemment, on aboutit à ce résultat paradoxal que l'exercice du contrôle conduit à mettre la Constitution en harmonie avec la loi et non pas à obliger la loi à respecter le texte constitutionnel existant ».

§ في الدول الأخرى

أخذت دول أخرى عديدة بالرقابة السياسية لدستورية القوانين ولاسيما الدول ذات النزعة الاشتراكية • وتتنوع صور هذه الرقابة تنوعا كبيرا • فمن الدول ما جعل رقابة الدستورية من اختصاص لجنة خاصة مثل ألمانيا الشرقية التي يقضى دستورها الصادر في ٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ بأن يشكل المجلس الشعبي la Chambre Populaire لجنة دستورية لهذا الغرض commission constitutionnelle بشرط أن يراعى فيها تمثيل مختلف الهيئات بحسب أهميتها ، وأن يكون من بين أعضائها ثلاثة من قضاة المحكمة العليا وثلاثة من غير أعضاء المجلس الشعبي ذوى الخبرة فى مسائل القانون الدولي العام «١» •

وظاهر أن ثمة تقاربا بين هذا التنظيم وبين التنظيم المقرر فى الدستور الفرنسى الحالى من حيث قيامهما على أساس لجنة ذات صفة سياسية • وتستمد اللجنة صفتها السياسية من أن الهيئة التشريعية هى التى تتولى أمر تشكيلها •

على أن بعض الدول أوجدت تنظيمات لرقابة الدستورية تقوم على اعتبارات سياسية أقوى • فمنها ما جعل رقابة الدستورية من اختصاص الهيئة التشريعية ذاتها ، ومنها ما جعلها من اختصاص المكتب الإدارى للهيئة التشريعية تحت إشراف هذه الهيئة •

فمن الدول التى جعلت رقابة الدستورية من اختصاص الهيئة التشريعية ذاتها : الجمهوريات السوفيتية التى ينص دستورها على اختصاص

(١) راجع المادة ٦٦ من الدستور - مجموعة الدساتير الأوروبية المرجع السابق الجزء الأول ص ٣٥٦ •

السوفييت الاعلى Soviet Suprême » بالاشراف على تنفيذ الدستور الاتحادى واتخاذ الاجراءات الكفيلة بجعل دساتير الجمهوريات متمشية مع أحكامه « ١ » ، وبلغاريا التى ينص دستورها الصادر فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٧ على اختصاص الهيئة التشريعية وحدها « narodno sobranié » « بحق الفصل فيما اذا كانت الشروط التى تتطلبها الدستور قد روعيت عند اصدار القانون ، وفيما اذا كان هذا القانون دستوريا » « ٢ » .

ومن الدول التى جاءت رقابة الدستورية من اختصاص المكتب الادارى للهيئة التشريعية تحت اشراف هذه الهيئة: الجمهوريات اليوغوسلافية المتحدة التى ينص دستورها الصادر فى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ على اختصاص le présidium de la skupstina populaire « ٣ » ، والباينا التى ينص دستورها الصادر فى ١٥ مارس سنة ١٩٤٦ على اختصاص le présidium de l'assemblée populaire « ٤ » ، وتشيكوسلوفاكيا التى ينص دستورها الصادر فى ٩ مايو سنة ١٩٤٨ على اختصاص le bureau de l'assemblée nationale « ٥ » .

المطلب الثانى - الرقابة القضائية

ترمز الرقابة القضائية الى صفة الهيئة التى تباشرها أى أنها تكون من جانب هيئة قضائية « ٦ » . ولئن تنوعت صور الرقابة القضائية تنوعا كبيرا

(١) المادة ١٤ من الدستور - مجموعة الدساتير سالفة الذكر الجزء الثانى ص ٧٨٥ .

(٢) المادة ٢٥ من الدستور المرجع السابق الجزء الاول ص ٣٥٦ .

(٣) المادة ٧٣ من الدستور المرجع السابق الجزء الثانى ص ٨٣٨ .

(٤) المادة ٥٤ من الدستور المرجع السابق الجزء الاول ص ١٦٣ .

(٥) المادة ٦٥ من الدستور المرجع السابق الجزء الثانى ص ٧٥٣ .

(٦) Le contrôle par un organe juridictionnel .

الا أنه يمكن أن نقسمها تبعا للاثر الذى يترتب عليها بالنسبة للقانون غير الدستورى الى نوعين رئيسيين : رقابة الامتناع ، ورقابة الالغاء .

فمقتضى رقابة الامتناع أن القاضى يهمل حكم القانون غير الدستورى أى يمتنع عن تطبيقه فى القضية المعروضة عليه . وليس من شأن هذا القضاء أن يحول دون استمرار القانون أو انفاذ حكمه فى الاحوال التى يتسنى فيها ذلك .

أما رقابة الالغاء فانها تجيز للقاضى أن يبطل القانون غير الدستورى فى مواجهة الكافة *erga omnes* . ويترتب على هذا القضاء اعتبار القانون كأن لم يكن أو على الاقل انهاء حياته بحيث لا يكون ثمة جدوى من الاستناد اليه .

هذا وتفترض رقابة الامتناع قانونا واجب النفاذ وقاضيا يمتنع عن تطبيقه فى قضية منظورة أمامه . فرقابة الامتناع لاحقة لصدور القانون ولا يتصور أن تكون سابقة لصدوره . أما رقابة الالغاء فيمكن أن تباشر بالنسبة لمشروع القانون كما يمكن أن تباشر بالنسبة للقانون الواجب النفاذ ، ومن ثم قد تكون سابقة لصدور القانون أو لاحقة له « ١ » .

وعلى هذا النحو تنقسم الرقابة القضائية الى :

أولا - رقابة الامتناع .

ثانيا - رقابة الالغاء .

وتنقسم هذه بدورها الى :

أ - الرقابة السابقة .

ب - الرقابة اللاحقة .

(١) سنفصل هذه المسائل جميعا فيما بعد .

اولا - رقابة الامتناع

لعل خير ما يوضح رقابة الامتناع أن نبدا بدراستها في الولايات المتحدة الامريكية ، ومن ثم في الدول الاخرى .

§ في الولايات المتحدة الامريكية

كانت الولايات المتحدة الامريكية أسبق الدول الى تشيد الرقابة القضائية لدستورية القوانين . وبالرغم من عناية الفقه الدستوري بموضوع رقابة الدستورية فيها ، فإن غير قليل مما كتب فيه تعوزه الدقة وينحرف عن تصوير الواقع . وهذا هو ما يحدو بنا الى أن تفصل الموضوع تفصيلا يظهر حقيقته ويبرز شتى نواحيه .

نشأة رقابة الدستورية

المحاكم التي تباشر رقابة الدستورية : يضم الولايات الامريكية اتحاد مركزي له ما للولايات من سلطات تشريعية وتنفيذية وقضائية ، ومن دستور ينظم هذه السلطات . ويباشر السلطة القضائية في الاتحاد والولايات محاكم تختلف من حيث الدرجة ومن حيث الاختصاص .

وليس يعني في صدد بحث موضوع الرقابة الدستورية دراسة التنظيم القضائي الامريكي ، ولكن حسبنا أن نقرر أن واضع الدستور الاتحادي قد أبقوا على محاكم الولايات وأنشأوا بجانبها محاكم تابعة للاتحاد . فمن جهة لم تكن الولايات الحريصة على سلطانها لتقبل أن تلغى محاكمها ، ومن جهة أخرى لم يكن الاتحاد ليأمن الى انفراد محاكم الولايات بالسلطة القضائية « ١ » .

(١) راجع في تفصيل التنظيم القضائي الامريكي عموما :

وهكذا استمر الوضع القضائي الذي كان قائما في الولايات بعد صدور الدستور الاتحادي سنة ١٧٨٩ وبقي أمر تنظيمه من اختصاصها . أما بالنسبة الى الاتحاد فقد نص الدستور في مادته الثالثة على أن « يباشر السلطة القضائية في الولايات المتحدة محكمة عليا واحدة one Supreme Court والمحاكم الأدنى درجة التي يقرر الكونجرس انشاءها حسب ما يترأى له » (١) . ويمكن أن يقال بصفة عامة أن النظام القضائي - سواء في الاتحاد أو في الولايات - هو على شكل هرم قمته المحكمة الاتحادية العليا وما يقابلها في الولايات من محكمة عليا أو ما يماثلها (٢) .

والذي يهمنا أن نؤكد أنه هو أن المحاكم الأمريكية تباشر جميعها رقابة الدستورية كلا بحسب اختصاصها . فالمحاكم الاتحادية تراقب دستورية القوانين التي تسنها الولايات سواء أكانت قوانين عادية أم قوانين أساسية (دساتير) ، كما تراقب دستورية القوانين التي تسنها السلطة التشريعية الاتحاد (الكونجرس) - وذلك كله في ظل الدستور الاتحادي . أما المحاكم

Ogg & Ray, American government, 10th. édit. 1951, pp. 471-500.
M. & G. Dimock, American government in action, 1949, pp. 477-491.
Zink, Government and politics in the United States, revis. édit. 1947, pp. 411-451.

Swisher, American national government, 1951, pp. 441-480.
Ferguson & McHenry, The American federal government, 2nd. edit. 1950, pp. 330-354.

(١) نظم الكونجرس المحاكم الاتحادية الأدنى درجة بمقتضى قوانين عديدة كان أولها قانون التنظيم القضائي لسنة ١٧٨٩ Judiciary Act . وإذا تركنا جانبا ما يسمى المحاكم الخاصة Special Courts نجد أن المحاكم المذكورة قد تكون محاكم ابتدائية وتسمى District Courts أو محاكم استئنافية وتسمى Circuit Courts of Appeals

(٢) تسمى المحكمة العليا في بعض الولايات Supreme Court وفي البعض الآخر Superior Court أو Appellate Court

الولايات فانها لا تباشر اختصاص الدستورية بالنسبة الى القوانين التي يسنها الكونجرس ، ولكنها تباشره بالنسبة الى القوانين التي تسنها الولايات في حدود أوسع من حدود رقابة المحاكم الاتحادية . وآية ذلك أنها فضلا عن رقابتها لدستورية تلك القوانين في ظل الدستور الاتحادي — كما هو الشأن بالنسبة الى المحاكم الاتحادية ، تراقب دستورية القوانين التي تسنها برلمانات الولايات في ظل قوانينها الاساسية (أى دساتير الولايات ذاتها) .

العوامل التي أدت الى نشأة رقابة الدستورية : يجدر بنا قبل أن نبين العوامل التي أدت الى نشأة رقابة الدستورية في الولايات المتحدة ، أن نبرز حقيقتين لم تلقيا من كتاب عديدين ماتستأهلان من عناية وتفسير .

أما الحقيقة الاولى فهي أن ثمة سوابق تفيد أن محاكم الولايات كانت تباشر رقابة الدستورية قبل نشأة الاتحاد الأمريكى سنة ١٧٨٩ . وتشهد بذلك الاحكام الصادرة بعدم دستورية بعض القوانين من محاكم نيوجرسي New Jersey سنة ١٧٨٠ ، وورود أيلند Rhode Island سنة ١٧٨٦ ، وشمال كارولينا North Carolina سنة ١٧٨٧ ، وثرچينيا Virginia سنة ١٧٨٨ « ١ » .

وأما الحقيقة الثانية فهي أن الدستور الأمريكى لم ينظم من أحوال عدم الدستورية المتقدم ذكرها سوى حالة تعارض القوانين التي تسنها الولايات مع الدستور الاتحادي أو القوانين الاتحادية . وهذا ماتنص عليه المادة السادسة (فقرة ثانية) من أنه « يعتبر هذا الدستور وكذا ما تسنه الولايات المتحدة من قوانين

(١) انظر ديسى المرجع السابق ص ١٦٥ ، و Ogg & Ray المرجع السابق ص ٥١ (هامش ٨) . وقارن المؤلفات العربية التي لا تذكر سوى سابقة رود ايلند، والتي يشير بعضها الى تلك السابقة على أنها الاولى في تاريخ رقابة الدستورية — الدكتور السيد صبرى المرجع السابق ص ٢٢٩ ، والدكتور مصطفى كامل المرجع السابق ص ٣٥٧ ، والاستاذين عثمان خليل وسليمان الطماوى المرجع السابق ص ص ٣٦٦ .

تمشيا مع أحكامه وما تبرمه من معاهدات - قانونا أسمى في الدو ، ويتقيد به القضاة في كل ولاية بصرف النظر عن أى حكم مخالف في دستور الولاية أو قوانينها» (١) .

وظاهر من النص أن الدستور قد أوجب على محاكم الولايات الامتناع عن تطبيق دستور الولاية وقوانينها اذا تعارضت مع دستور الاتحاد وقوانينه ، ولكنه لم ينظم حالة تعارض قوانين الاتحاد مع الدستور الاتحادي . فهل يجوز للمحاكم الاتحادية رقابة دستورية تلك القوانين والامتناع عن تطبيقها اذا كانت غير دستورية ؟

اختلف الكتاب في تفسير سكوت النص الدستوري «٢» . فذهب فريق منهم الى أن الدستور لا يتضمن أى نص يثبت للمحاكم الاتحادية اختصاص الدستورية وأن الاعمال التحضيرية لا تقطع باثبات هذا الاختصاص . ولكن الفريق الغالب ذهب الى أن اختصاص الدستورية ثابت للمحاكم الاتحادية بناء على النصوص الدستورية والاعمال التحضيرية «٣» . أما النصوص الدستورية الواردة في المادتين الثالثة والسادسة : المادة السادسة التي تجعل

«This Constitution, and the laws of the United States which (١) shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every State shall be bound thereby, any thing in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding ».

(٢) قارن مع ذلك الاستاذين السنهورى وحشمت أبو ستيت المرجع السابق ص ١٢٥ حيث يذكران « ولم يشذ من بين الدول ويقرر مبدأ رقابة المحاكم لدستورية القوانين سوى الولايات المتحدة الأمريكية ، فقد أوجد دستورها محكمة الاتحاد العليا وجعل من وظيفتها ابطال القوانين غير الدستورية » .

(٣) انظر في تأييد هذا الرأي Ogg & Ray المرجع السابق ص ٥٢ ، و Ferguson Mc Henry المرجع السابق ص ٦٤ ، و Swisher المرجع السابق ص ٤٥٦ ، The Supreme Court of the United States — Hughes الطبعة الثالثة سنة ١٩٣٦ ص ٧٨ - ٧٩ .

الدستور القانون الاسمى فى الدولة ، والمادة الثالثة التى توجب انشاء محكمة اتحادية عليا لتكون مختصة بالفصل فى جميع الخصومات « التى تنشأ فى ظل هذا الدستور Arising under this Constitution » . وأما الاعمال التحضيرية فانها تؤكد اقتناع واضعى الدستور برقابة الدستورية والنظر اليها على أنها مسألة بديهية . ويشهد بذلك على الاخص ما ذكره هاملتون Hamilton — وكان من أبرز الذين شاركوا فى وضع الدستور — من أنه « يجب على القضاة احترام الدستور بوصفه القانون الاسمى » وعليهم تغليبه ان وجد بينه وبين القانون تعارض لا سبيل الى ازالته « (١) » .

ومهما يكن من أمر هذا الخلاف النظرى فان المحاكم الاتحادية اطردت على مباشرة رقابة الدستورية . واذا تركنا النصوص الدستورية جانبا نجد أن عوامل ثلاثة قد تضافرت فى تشييد رقابة المحاكم الامريكية لدستورية القوانين وهى : الجمود ، والاتحاد ، وجهود المحكمة الاتحادية العليا .

فبالنسبة الى الجمود عاشت الولايات قبل أن تنال استقلالها كمستعمرات لبريطانيا ولم تكن تتمتع الا بالسلطات التى تقررها الدولة المستعمرة بمقتضى الاوامر الملكية الصادرة من التاج Royal Charters أو القوانين التى يسنها البرلمان الامبراطورى Acts of Imperial Parliament . فالولايات اذن كانت قد تعودت أن تلمس فارقا فى المرتبة بين القوانين التى تسنها برلماناتها والقوانين التى يسنها البرلمان الانجليزى . وكانت محاكم الولايات

(١) انظر Theory and practice of modern government — Finer
سنة ١٩٤٩ ص ١٤١ — ١٤٢ (وهامش ١٢) .

هذا ويفسر البعض غموض نصوص الدستور الامريكى عموما بأن واضعيه كانوا يقصدون الى ايجاد اتحاد قوى ولكنهم آثروا أن يتستروا على مقصدهم وراء نصوص تقبل التأويل الى أن يحين الوقت الذى تدرك فيه الولايات أن الاتحاد خير لها من التطرف فى سيادتها — انظر مقالا للاستاذ Jacques Lambert نشر بمجلة القانون العام الفرنسية سنة ١٩٣١ ص ٥ — ٧ بعنوان « Les origines du contrôle judiciaire des lois fédérales aux Etats-Unis » .

تباشر ولايتها القضائية في مواجهة البرلمانات المحلية وتمتنع عن تطبيق القوانين التي تسنها اذا ما تجاوزت الحدود المرسومة لاختصاصها في الاوامر الملكية أو القوانين الاساسية «١» .

فلما حققت الولايات الامريكية استقلالها عن بريطانيا سنة ١٧٧٦ حرصت كل منها على أن يكون لها دستورها الخاص بها وتأثرت في وضعه بسابق تجربتها في عهد الاستعمار . وكان وجه تأثرها أنها كفلت لدساتيرها من المرتبة ما كان للاوامر الملكية والقوانين الاساسية القديمة فجعلتها جامدة لتكون بمنأى عن سلطة الهيئات التشريعية العادية ، ولتحمل المحاكم على الامتناع عن تطبيق أى قانون يتعارض معها . وهذا مايفسر كيف أنه وجدت سوابق قضائية لرقابة الدستورية في الولايات قبل قيام الاتحاد الامريكى سنة ١٧٨٩ كما تقدم .

وكان طبيعيا أن يصدر واضعو الدستور الاتحادى عن المؤثرات المتقدمة وأن يجعلوه دستورا جامدا يتطلب في تعديله اجراءات أشد من الاجراءات اللازمة لتعديل القوانين العادية . بل ان الحاجة الى جعل الدستور الاتحادى جامدا كانت أمس نظرا لاهميته القصوى بالنسبة للولايات والاتحاد على السواء .

ولذا اشترطت المادة الخامسة من الدستور اجراءات خاصة لتعديله سواء من حيث اقتراح التعديل أو من حيث اقراره . فمن حيث الاقتراح يلزم أن يتم بناء على قرار يصدر بموافقة ثلثى أعضاء الكونجرس أو بناء على طلب يقدم الى الكونجرس من ثلاثة أرباع برلمانات الولايات (٣٦) بدعوة

(١) كانت محاكم الولايات تجرى في رقابتها لدستورية القوانين على المبادئ المستقرة لقضاء المحاكم الانجليزية في شأن رقابة قانونية اللوائح الصادرة من سلطات فرعية طبقا للنظرية المعروفة (*ultra vires*) - انظر على الاخص ديسى المرجع السابق ص ١٤٧-١٥١ و Bryce - The American Commonwealth الجزء الاول سنة ١٩٢٨ ص ٢٤٣ ومابعدها .

مؤتمر خاص لهذا الغرض Convention • ومن حيث الاقرار يلزم أن يتم اما بموافقة ثلاثة أرباع برلمانات الولايات واما بموافقة ثلاثة أرباع مؤتمرات تدعى في الولايات خصيصا لهذا الغرض - حسبما يقرره الكونجرس «١» •

وبالنسبة الى الاتحاد يلاحظ أن الدول التي تدخل في اتحاد - أيا كان نوعه - تحتاج الى أن تنظم بصورة يقينية كيفية توزيع السلطات بينها وبين دولة الاتحاد «٢» • ولهذا تحرص هذه الدول عادة على أن يشتمل الدستور على الضمانات الكفيلة بتحقيق التنظيم المقصود • وتشتمل هذه الضمانات على الاخص في جعل الدستور جامدا - وهو ماتقدم شرحه ، وفي ايجاد هيئة قضائية عليا يكون من اختصاصها الفصل فيما يمكن أن يثور من منازعات بين الولايات الاعضاء في الاتحاد ودولة الاتحاد على ضوء التفسير السليم للدستور «٣» •

(١) هذا وتحظر المادة المذكورة اجراء أى تعديل يرمى الى الغاء حق الولايات في أن تمثل تمثيلا متساويا في مجلس الشيوخ ، كما حظرت اجراء أى تعديل في الحكمين الاول والرابع من الفقرة التاسعة للمادة الاولى من الدستور قبل سنة ١٨٠٨ •

(٢) يشير الاستاذ Bryce بحق الى خطأ الذين يردون رقابة الدستورية في الولايات المتحدة الى عامل الاتحاد وحده ، ويقرر أن « التمييز بين القوانين الاساسية والقوانين العادية يمكن أن يوجد ايضا في دولة موحدة ، وقد وجد بالفعل في المستعمرات الثلاثة عشر حتى سنة ١٧٧٦ ، كما وجد في الولايات الثلاثة عشر من سنة ١٧٧٦ الى سنة ١٧٨٩ ، وكما يوجد حاليا في الولايات الثمانية والاربعين » - المرجع السابق ص ٢٥٩ •

(٣) راجع التحليل الذي أورده الاستاذ ديسى لخصائص الاتحاد والتي أجملها في قوله « ان الحاجة الى الملاءمة بين الوحدة القومية واستقلال الولايات وتوزيع السلطات تبعا لذلك بين الامة من جهة وبين الولايات من جهة أخرى - هي التي تجعل للاتحاد خصائص رئيسية ثلاث : سيادة الدستور ، وتوزيع سلطات الحكم بين مختلف الهيئات ، وسلطة المحاكم في تفسير الدستور » - المرجع السابق ص ١٤٤ وما بعدها •

وانظر أيضا في أثر عامل الاتحاد Ogg & Ray المرجع السابق ص ٥٢ ، Hughes المرجع السابق ص ١ - ٢ ، و The American - Brogan political system سنة ١٩٢٧ ص ٣٥

وبالنسبة الى المحكمة الاتحادية العليا نجد أنها قامت بدور كبير في تشييد رقابة الدستورية • ونظرا لاهمية هذا الدور فاننا نتناوله بشيء من التفصيل فيما يلي •

ان الظروف السياسية التي عاصرت نشأة الاتحاد الامريكى قد أناطت بالمحكمة العليا مهمة حيوية • وآية ذلك أن الحزب الاتحادى Federalist الذى كان يؤمن بضرورة اتحاد الولايات اتحادا يحقق نوعا من الوحدة القومية ويقف في وجه أية أطماع استعمارية — هو الذى تولى تنظيم مؤتمر فيلادلفيا وأفلح في حمل الولايات على اقرار مشروع الدستور الاتحادى سنة ١٧٨٩ ، وهو الذى آلت اليه سلطات الحكم واستمر يمارسها زهاء أحد عشر عاما • على أن السياسة التى سار عليها من حيث تعزيز سلطات الاتحاد أفضت الى ظهور الحزب الجمهورى Republican الذى كان يؤمن بحقوق الولايات ويدعو الى تدعيم سلطانها •

ولقيت سياسة الحزب الجمهورى من التأييد ما حقق له الفوز فى انتخابات نوفمبر سنة ١٨٠٠ • وأشفق الاتحاديون على مصير الاتحاد من الجمهوريين فعمدوا قبيل تسليمهم مقاليد الحكم فى مارس سنة ١٨٠١ الى تعيين قضاة يؤمنون بالفكرة الاتحادية — وعلى رأسهم قاضى قضاة المحكمة الاتحادية العليا Chief Justice Marshall ، كيما يعملوا على اعلاء تلك الفكرة فيما يعرض عليهم من منازعات ويدروا بذلك المخاطر التى يمكن أن تنتج عن سياسة الجمهوريين «١» •

(١) راجع فى تفصيل خطة الاتحاديين مقال الاستاذ لامبير سالف الذكر ص ٢٢ وما بعدها • ويلاحظ أن اختيار مارشال رئيسا للمحكمة الاتحادية العليا كان من أقوى العوامل التى أدت الى نجاح خطة الاتحاديين نظرا لماضيه البارز فى مجالى القانون والسياسة ، ونظرا لصغر سنه اذ لم يكن يجاوز الخامسة والاربعين عند توليه منصبه الذى بقى فيه زهاء خمسة وثلاثين عاما تمكن خلالها من وضع الاسس الثابتة لرقابة الدستورية فى محيط المحكمة العليا

وهكذا وجدت المحكمة العليا نفسها في موقف يوجب عليها الحذر •
فهى وان آمنت بالفكرة الاتحادية وحزمت رأيها على اعلائها ، الا أنها كانت
تدرك أن الجمهوريين المسيطرين على دفعة الحكم يؤمنون بحقوق الولاية
ولا ينتظر منهم أن ينفذوا الاحكام التى تصدرها ان كان من شأنها المساس
بتلك الحقوق • وهدى المحكمة العليا تفكيرها الى أن خير سنة تتخذها هى
بأن تفيد من الفرص التى يمكن أن تسنح لتأكيد المبادئ التى تؤمن بها
وذلك بمقتضى أحكام لا تكون بحاجة الى أن تنفذ من جانب السلطة
التنفيذية •

وكانت قضية ماربرى ضد ماديسون Marbury V. Madison
سنة ١٨٠٣ «١» بداية الفرص التى استطاعت المحكمة العليا تسخيرها لهذا
الغرض • وتعتبر هذه القضية الخطوة الايجابية الاولى نحو تشييد رقابة
الدستورية «٢» • وتتلخص وقائعها فى أنه اعمالا للخطة التى رسمها
الاتحاديون قبيل مغادرتهم الحكم سنة ١٨٠١ من حيث الاعتماد على القضاء
فى الابقاء على سياستهم ، أصدروا حركة بتعيين ٤٢ قاضيا للصلح Justices of
the peace ولكن حدث أن سها وزير الداخلية - وكان آنذاك مارشال الذى

=
وسائر المحاكم الاتحادية ومحاكم الولايات - انظر ص ٢٣ من المقال نفسه ،
وص ص ٤٧ - ٤٨ من مقال آخر لنفس الكاتب نشر بمجلة القانون العام
الفرنسية لسنة ١٩٣٣ بعنوان

« Les origines du contrôle de constitutionnalité des lois d'Etat
par la Judicature fédérale aux Etats-Unis ».

(١) انظر فى تفصيل هذه القضية Frank — cases on the constitution
الطبعة الاولى سنة ١٩٥١ ص ص ٢١-٢٦ ، ومقال الاستاذ لامبير سالف الذكر
سنة ١٩٣١ ص ص ٣٧ - ٥٢ .

(٢) تقدم أن ثمة سوابق قضائية قد وجدت لرقابة الدستورية فى الولايات
قبل قيام الاتحاد الأمريكى سنة ١٧٨٩ • ونضيف أنه وجدت سوابق للمحكمة
الاتحادية العليا قبل قضية ماربرى ضد ماديسون ولكنها لم تكن واضحة أو
مؤكدة فى دلالتها - انظر Frank المرجع السابق ص ٢١ •

أضحى بعد ذلك رئيسا للمحكمة العليا وأصدر حكمه في هذه القضية —
عن تسليم القضية الجدد أوامر التعيين commissions • وانتهم جيفرسون
Jefferson رئيس الجمهورية الجديد هذا السهو ليحول دون استكمال
اجراءات تعيين أكبر عدد ممكن من القضاة الموالين للحزب المعارض، فأصدر
تعليماته الى وزير الداخلية الجديد ماديسون Madison بأن يسلم أوامر
التعيين الى خمسة وعشرين قاضيا فحسب • على أن أربعة من القضاة السبعة
عشر الذين صرف النظر عن تعيينهم لم يقبلوا هذا الوضع ، ولجأوا الى
المحكمة العليا — وعلى رأسهم ماربرى — بدعوى يطالبونها فيها بالحكم
بأحقيتهم في التعيين واصدار أمرها الى ماديسون بتسليمهم أوامر التعيين
بناء على سلطتها في اصدار الاوامر writ of mandamus

وأحست المحكمة العليا بحرج شديد في هذه القضية • فهي ان قضت
للمدعين بطلباتهم اضطرت الى أن تواجه احتمالا ينال من مكانتها اذ كان
المتوقع أن يرفض ماديسون تنفيذ حكمها • وهى ان رفضت طلبات المدعين
أظهرت نفسها بمظهر العاجز عن رقابة تصرفات الحكومة وخيبت الآمال التى
عقدها عليها الاتحاديون •

وانتهت المحكمة العليا الى حل قانونى يؤكد رقابتها لتصرفات الحكومة
والقوانين الاتحادية ، ويحول فى نفس الوقت دون تعرض حكمها للاهمال •
فقضت المحكمة بأحقية المدعين فى التعيين ، ولكنها رفضت اصدار أمرها
الى وزير الداخلية بتسليمهم أوامر التعيين • وأسست رفضها على أن قانون
التنظيم القضائى لسنة ١٧٨٩ الذى خولها سلطة اصدار الاوامر غير دستورى
لان الكونجرس لا يملك أن يوسع اختصاصها الاصيل original jurisdiction
المحدد على سبيل الحصر فى الدستور •

وعنى رئيس المحكمة العليا (Marshall) فى الحكم الصادر منه بإيراد
حيثيات أكدت حق المحكمة العليا فى رقابة دستورية القوانين ، وخلعت على
قضية ماربرى ضد ماديسون قيمتها الدستورية • وأهم هذه الحيثيات ما ذكره

من أن « كل من يضع دستورا مكتوبا »^(١) إنما يهدف ولاشك الى أن يجعله القانون الاسمى والرئيسى للامة ... • • • • • وحيث يتنازع التطبيق في قضية ما القانون والدستور ... • • • • • يكون من واجب المحكمة أن تقرر أيهما الذي يسرى ... • • • • • وطالما أن الدستور أقوى من أى قانون عادى فإنه هو الذى يجب أن يطبق •

لقد جعل الدستور اختصاص السلطة القضائية للولايات المتحدة ساريا بالنسبة لجميع الخصومات التى تنشأ فى ظل الدستور • فهل يعقل أن ينصرف قصد واضعى الدستور الى أن يحرموا السلطة القضائية من فحصه بينما يوجبون عليها الفصل فى الخصومات التى تنشأ فى ظله ؟ ... • • • • • ان الدستور لم يجعل لكل مايسنه الكونجرس من قوانين قوة القانون الاسمى فى الدولة ، وانما حرص على أن يقصر هذه القوة على القوانين التى يسنها تمشيا مع أحكام الدستور دون غيرها •

على أنه مهما تكن أهمية قضية ماربرى ضد ماديسون كسابقة فى تشييد رقابة الدستورية فإن أقصى ماحققته هو اثبات حق المحكمة العليا فى تفسير الدستور الاتحادى • ولم تكن هذه المحكمة لتقبل أن تقنع بهذا القدر ، فالفكرة الاتحادية التى سعت الى اعلائها كانت لاتزال تحتاج الى أن تخضع سلطات الولايات ولاسيما المحاكم لولايتها القضائية وتلزمها بتفسيراتها للدستور الاتحادى • وهذا ما توصلت اليه المحكمة العليا بفضل اقرارها للأفراد بحق الطعن فى الاحكام الصادرة من محاكم الولايات أمامها اذا كانت تتصل بتفسير الدستور أو تمس الحقوق التى يكفلها لهم •

ولم يكن من اليسير اخضاع الاحكام الصادرة من محاكم الولايات لولاية المحكمة العليا • فقد سبق للاخيرة أن حاولت ذلك فى الحكم الصادر منها فى قضية كيلزوم ضد جورجيا Chilsom V. Georgia سنة ١٧٩٣ ، اذ أجازت

(١) يقصد دستورا جامدا •

بمقتضاه لمواطني إحدى الولايات أن يقاضى ولاية أخرى أمامها «(١)» .
وأثار هذا الحكم عاصفة من الاحتجاج في الولايات كان من أثرها صدور
التعديل الدستور الحادى عشر سنة ١٧٩٨ . وقضى هذا التعديل بأنه
« لا يجوز أن يفسر اختصاص السلطة القضائية للولايات المتحدة على نحو
يجيز لها النظر فى خصومة - وفقا للقانون أو للعدالة - ترفع أو تكمل ضد
إحدى الولايات من مواطني ولاية أخرى، أو من رعايا أية دولة أجنبية » «(٢)» .

وبالرغم من التعديل الدستوري المذكور فإن المحكمة العليا نحت فى
تفسيره منحى مضيقا حتى تسمح للأفراد بالطعن أمامها فى الأحكام الصادرة
من محاكم الولايات ، وكان ذلك على الاخص فى قضية كوهين ضد فرجينيا
Cohens V. Virginia سنة ١٨٢١ «(٣)» .

وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن ولاية فرجينيا أصدرت قانونا يحظر
التعامل فى أوراق اليانصيب . وكان من المنتظر أن تصدر سائر الولايات
قوانين مماثلة ولكنها لم تفعل ، بل وأجاز الكونجرس لمدينة واشنطن التى
تقع فى مقاطعة كولومبيا الخاضعة لولايته مباشرة - إصدار أوراق يانصيب .

(١) انظر مقال الاستاذ لامبير سالف الذكر سنة ١٩٣١ ص ص ٢٠ و ٢١ .

(٢)

« The judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by citizens of another State, or by citizens or subjects of any foreign State » .

(٣) راجع فى تفصيل هذه القضية مقال الاستاذ لامبير سالف الذكر سنة ١٩٣٣ ص ص ٩ - ٢٠ ، ولا سيما ص ١٩ حيث ينوه بأهميتها مقررًا :

« Cette affaire de Cohens v. Virginia devait être, de toutes les décisions de Marshall, une des plus fertiles en conséquences pour l'affermissement du pouvoir fédéral... L'affaire Cohens v. Virginia avait abouti sans violence à l'affirmation pour la Cour Suprême de son droit d'imposer aux tribunaux des Etats l'uniformité d'interprétation constitutionnelle » .

وحدث أن كوهين Cohens وهو من مواطني فرجينيا تعامل في أوراق اليانصيب مخالفا بذلك القانون الخاص بحظرها فقدم للمحاكمة وصدر حكم بادائه من قضاء فرجينيا • وطعن كوهين في هذا الحكم أمام المحكمة الاتحادية العليا طالبا الغاءه بحجة عدم دستورية القانون الذى حوكم على أساسه لتعارضه مع القانون الذى سنه الكونجرس بشأن اجازة اصدار أوراق اليانصيب •

ويلمس الباحث في هذه القضية نفس المسلك الحذر الذى اتخذته المحكمة العليا في قضية ماربرى ضد ماديسون • فقد أصدرت حكما يسجل المبادئ التى تريدها دون أن تجعل نفاذه متوقفا على مشيئة سلطة لا تملك عليها سبيلا فعليا • أما المبادئ التى سجلتها فتتمثل في تأكيد ولايتها الاستثنائية بالنسبة للأحكام الصادرة من محاكم الولايات ، وكان سندها في ذلك عموم النصوص الواردة في المادة الثالثة من الدستور « ١ » • ورفضت المحكمة العليا الدفع الذى تمسك به ممثل فرجينيا بعدم اختصاصها استنادا الى التعديل الدستورى الحادى عشر ، ولم تجد حرجا في أن تتلمس لهذا الرفض سندا مجهدا من الاعتبارات التاريخية تضيق به من نطاق التعديل وتعزز وجهة نظرها في توسيع اختصاصها العام « ٢ » • وأما أن المحكمة العليا تفادت

(١) وأهم ما تقضى به هذه المادة انشاء المحكمة الاتحادية العليا وجعلها محتصة بنظر « جميع الخصومات التى تنشأ - وفقا للقانون أو للعدالة - في ظل هذا الدستور ، والقوانين التى تسنها الولايات المتحدة والمعاهدات التى تبرمها تمشيا مع أحكامها ... وجميع المنازعات التى تكون الولايات المتحدة طرفا فيها ، أو التى تثور بين ولايتين أو أكثر ، أو بين ولاية ومواطنى ولاية أخرى ، أو بين مواطنى ولايات مختلفة ، أو بين المواطنين بعضهم وبعض في ولاية ما ... ، أو بين ولاية أو مواطنيها ودولة أجنبية أو رعاياها » .

(٢) حاول ممثل فرجينيا دون جدوى أن يحمل المحكمة العليا على اعتبار القضية مشمولة بالتعديل الدستورى الحادى عشر • وكانت حجته في ذلك أن التعديل المذكور وإن لم ينص على حالة قيام منازعة بين ولاية ما واحد مواطنيها - كما هو الشأن بالنسبة للقضية المعروضة ، إلا أن المحكمة التى

عدم تنفيذ الحكم الصادر منها في هذه القضية فقد توصلت اليه عن طريق رفضها لطلبات كوهين باعتبار أن الكونجرس اذ أجاز اصدار أوراق اليانصيب في مقاطعة كولومبيا لم يقصد أن يجيز اصدارها في الولايات الأخرى .

تطور رقابة الدستورية

والت المحكمة الاتحادية العليا وسائر المحاكم الأمريكية جهودها نحو توسيع رقابة الدستورية ، وساعدها على ذلك تطور الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية تطورا كبيرا منذ القرن التاسع عشر .

ولعل من أهم هذه الظروف قيام الحرب الاهلية وما أفضت اليه من بعث للفكرة الاتحادية ، وبث الاحساس العام بضرورة تقوية دولة الاتحاد على نحو يؤمن مصير الامة الأمريكية ضد حروب أو هزات أخرى . وإذا كانت المحاكم قد استطاعت بوسائلها المختلفة أن تقف الى جانب الاتحاد في أوقات سيطرت فيها سياسة الدفاع عن حقوق الولايات ، فإن الامة تطلعت الى المحاكم وتوقعت أن تتخذ من جانبها خطوات فعالة نحو تعزيز الاتجاه الجديد .

وأعقب الحرب الاهلية فترة تعمير ونمو اقتصادي . فكان أن أنشئ أول خط سكك حديدية عبر القارة الأمريكية سنة ١٨٦٩ ، وقامت مشروعات

حدث الى اجراء التعديل المذكور توجب تطبيقه على تلك الحالة . وهذه المحكمة هي مراعاة سيادة الولايات التي تأبى الزامها بالمشول أمام المحكمة العليا لمجرد أن فردا خاصهما أمام تلك المحكمة . ولكن المحكمة العليا قررت أن المحكمة المقصودة من التعديل المذكور لم تكن الرغبة في انقاص اختصاص المحكمة العليا لحساب محاكم الولايات وانما مجرد تمكين الولايات من تسوية مركزها المالي مع دائنيها بالكيفية التي تراها أكثر ملاءمة لظروفها بدلا من اكرائها على أداء ديونها بأحكام قضائية تصدر من المحكمة العليا - أنظر ص ص ١٠-١٤ من مقال الاستاذ لامبير سالف الذكر سنة ١٩٣٣ .

رأسمالية ضخمة • وأفضت هذه التطورات الاقتصادية الى ايجاد مشاكل اجتماعية شتى ، فكان لذلك كله أثره البارز في مجال التشريع (١) فلم يكن غريبا اذن أن تعتمد المحاكم الى ابتداء شتى الوسائل التي تمكنها من مباشرة رقابة جديده لدستورية القوانين (٢) • وتشترك هذه الوسائل في أنها محاولات من جانب المحاكم بدعوى تفسير النصوص الدستورية على أوسع نطاق ، ولو انتهت بها تلك المحاولات الى الخروج عن دائرة التفسير بالمعنى الصحيح •

وأقوى هذه الوسائل ما يعرف باسم شرط الطريق الواجب قانونا : لم يكن شرط الطريق الواجب قانونا due process of law واوردا في الدستور الاتحادي عند صدوره سنة ١٧٨٩ ولكنه أضيف اليه بمقتضى التعديلين الدستوريين الخامس والرابع عشر •

(١) راجع المقالات الآتية :

Jaffin — Les modes d'introduction du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis.

Haines — Les problèmes posés aux Etats-Unis par les extensions actuelles du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois.

Elliot — Vers une nouvelle constitution.

وقد نشرت جميعها بمجموعة القانون المقارن المهداة الى الاستاذ ادوارد لامبير الجزئين الثالث والرابع سنة ١٩٣٨ ص ص ٢٥٩ ، و ٢٨٦-٢٨٨ ، و ٣٢٦ وانظر أيضا مطول بيردو المرجع السابق الجزء الثالث ص ٣٩٠ •

(٢) تزخر المؤلفات الدستورية باحصاءات عن اطراد زيادة الحالات التي قضت فيها المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية القوانين الاتحادية وقوانين الولايات • وليس ينبغي أن يغالى في الاعتداد بهذه الاحصاءات نظرا لانها تقتصر على بيان الحالات التي قضى فيها فعلا بعدم الدستورية ولا تشمل الحالات التي يمكن أن تكون قد أفلتت من رقابة المحاكم رغم عدم دستورتها •

انظر على الاخص Dimock المرجع السابق ص ٤٦٥ ، Ferguson & McHenry المرجع السابق ص ص ٦٥-٦٦ حيث يوردان احصائية عن القوانين الاتحادية التي قضت المحكمة العليا بعدم دستورتها كل عشر سنوات ما بين سنة ١٧٩٠ و سنة ١٩٥٠ ويبلغ مجموعها ٧٨ قانونا •

فالتعديل الدستوري الخامس الصادر سنة ١٧٩١ يقضى بأنه «... لا يجوز أن يحرم أحد الحياة أو الحرية أو الملك دون اتباع الطريق الذى يوجبه القانون» (١) • ويقضى التعديل الدستوري الرابع عشر الصادر سنة ١٨٦٨ بأنه «... لا يجوز لأية ولاية أن تسن أو تنفذ قانونا يتضمن انقاص المزايا أو الضمانات التى يتمتع بها مواطنو الولايات المتحدة، كما لا يجوز لها أن تحرم أحدا الحياة أو الحرية أو الملك دون اتباع الطريق الذى يوجبه القانون» (٢) •

وبالرغم من أن شرط الطريق الواجب قانونا قد أضيف الى الدستور بمقتضى التعديل الخامس سنة ١٧٩١ فإن المحاكم لم تعتمد الى استخدامه فى توسيع رقابة الدستورية الا منذ اضافته بمقتضى التعديل الرابع عشر سنة ١٨٦٨ • ويمكن أن يفسر هذا المسلك بأمرين : أولهما أن جهود المحكمة العليا فى تشييد رقابة الدستورية لم تثمر الا فى تاريخ لاحق للتعديل الخامس على ماسبق شرحه ، والثانى أن الظروف التى صدر فيها التعديل الرابع عشر كانت تسمح للمحاكم بل وتدفعها الى التوسع فى رقابة الدستورية • فهذا التعديل انما صدر بعد أن عانت الامة الامريكية من الحرب الاهلية وأيقنت أن تقوية الاتحاد ضرورة يحتملها تأمين مصيرها (٣) •

(١)

« No person... be deprived of life, liberty, or property without due process of law ».

(٢)

« No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law ».

(٣) أضيف التعديل الدستوري الخامس لتأمين حقوق الافراد فى مواجهة دولة الاتحاد • أما التعديل الرابع عشر فقد أضيف لتأمين حقوقهم فى مواجهة الولايات ، وكان الحافز الى اضافته بالذات الخشية من أن تتخذ ولايات الجنوب اجراءات شاذة بالنسبة للزواج •

وإذا كانت المحكمة العليا قد توسعت في استخدام الشرط المذكور واقتفت أثرها في ذلك سائر المحاكم ، فإن هذا التوسع لم يتم الا على مراحل عديدة ترددت خلالها في تحديد النطاق الذي يمكن أن ينسحب عليه . فالقواعد الانجلوسكسونية التي يدين لها الشرط بنشأته «^١» حصرت نطاقه في أعمال السلطة التنفيذية واستقرت على أن المقصود به هو منع تحكم تلك السلطة والزامها باتباع الاجراءات التي يفرضها البرلمان ضمانا لحرية الافراد . وجرت المحكمة العليا في قضائها بالفعل على اعتبار الشرط المذكور قاصرا على أعمال السلطة التنفيذية ، ولكنها عادت منذ سنة ١٨٨٥ فاعتبرته شاملا كذلك للقوانين .

وبالنسبة الى القوانين ذاتها كانت المحكمة العليا تقصر أثر الشرط المذكور على أحوال اغفال السلطة التشريعية للاجراءات أو الضمانات الأساسية التي استقرت مبادئ القانون العام common law على وجوب مراعاتها مثل اشتراط اخطار المتهم بالتهمة قبل محاكمته ، وضرورة دفاعه ووجود محققين عند محاكمته ، وعدم جواز محاكمته عن نفس التهمة مرتين . ولكن المحكمة العليا توسعت منذ سنة ١٨٩٠ في نطاق الشرط المذكور من وجهتين «^٢» : احدهما أنها اعتبرته شاملا لرقابة دستورية القوانين من حيث الاحكام التي تتضمنها أيا كانت ، والثانية أنها أضحت تعتبر نفسها غير مقيدة بمبادئ القانون العام وانما بمبادئ القانون الطبيعي والعدالة - أي أنها خرجت من مجال القانون

(١) يدين هذا الشرط بنشأته الى الكفاح الدستوري في انجلترا . فلقد ظهر للمرة الاولى في وثيقة العهد الاعظم Magna Charta سنة ١٢١٥ ، وتأكد بعد ذلك في قضاء المحاكم والقوانين اللاحقة ولاسيما القانون الصادر في عهد الملك ادوار الثالث سنة ١٣٥١ - راجع مطول بريدو المرجع السابق الجزء الثالث ص ٤٠٤ و ٤٠٥ .

(٢) يلاحظ أن المحكمة العليا توسعت أيضا في تحديد المقصود بالحرية والملكية اللتين أوجب التعديلان الدستوريان اتباع الطريق القانوني في شأنهما - انظر لافاريير المرجع السابق ص ٣٢٣ .

الوضعي الى مجال القواعد المثالية التي تسترت عليها باسم روح القانون العام «١» .

وتشهد التطبيقات المختلفة للشرط المذكور أن المحكمة العليا أفسحت المجال لتقديرها على نحو كفل لها الحكم على مدى ملاءمة القوانين أى رقابة السياسة التشريعية التي انتهجها الكونجرس وبرلمانات الولايات . ويتضح ذلك على الاخص من أن المحكمة العليا جعلت المناط في تحديد المقصود من الشرط المذكور معايير استقلت بإيجادها وجعلت الحكم في أمر توافرها رهنا بمحض تقديرها «٢» .

وأهم هذه المعايير ما يعرف باسم الملاءمة *balance of convenience* والمعقولة *reasonableness*، واليقين *rule of certainty* . فمعيار الملاءمة مقتضاه أن يوجد نوع من التوازن بين ما يفرضه القانون على الافراد من واجبات وبين ما يحققه لهم من خدمات . وأظهر ماطبق فيه هذا المعيار المجال

(١) راجع في تفصيل مظاهر هذا التوسع : مطول بيردو المرجع السابق الجزء الثالث ص ص ٤٠٤-٤١٢ ، و Swisher المرجع السابق ص ص ٤٥٨-٤٦٠ ، و Hughes المرجع السابق ص ص ١٨٤-١٩٩ و Finer المرجع السابق ص ص ١٤٦-١٤٨ ، ومقال الاستاذ Haines سالف الإشارة اليه ص ص ٢٨٨-٢٨٩ ، ومقالا للاستاذ ادوارد لامبير نشر بمجموعة Mélanges — Hauriou ص ص ٤٧٦ - ٤٨٠ بعنوان :

« Quatre années d'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois par la Cour Suprême des Etats-Unis ».

(٢) يذهب البعض الى أن المحكمة العليا تعمدت عدم تحديد المقصود بشرط الطريق الواجب قانونا ، وآثرت تركه مجهلا حتى تمارس رقابتها على أوسع نطاق ممكن - انظر مطول بيردو المرجع السابق الجزء الثالث ص ٤١١ (وهامش ٣) .

وانظر أيضا Dimock المرجع السابق ص ٤٦٨ حيث يورد قول الاستاذ Roscoe بأن « القانون ليس ما تسنه السلطة التشريعية من احكام وانما ما يستقر القضاء على الاخذ به منها . فالقوانين تخضع لمبادئ القانون العام حسبما تحددها العقلية القانونية ، والقضاة والفقهاء يقررون دون تردد أن ثمة حدودا دستورية تقيد السلطة التشريعية وتجعل لاحكام القانون العام الاساسية مرتبة اسمى من أن تصل اليها القوانين » .

الاقتصادي ولا سيما بالنسبة للقوانين التي تنظم سير المرافق العامة المدارة بطريق الامتياز .

ومعيار المعقولة مقتضاه ألا يجاوز القانون فيما يفرضه من تنظيم لحقوق الافراد الحدود المعقولة والا كان اجراء تعسفيا . وأظهر ماطبق فيه هذا المعيار المجال البوليسى أى بالنسبة للقوانين التي تنظم الامن العام والسكينة العامة والصحة العامة «١» .

ومعيار اليقين مقتضاه أن يكون القانون واضحا كل الوضوح فيما يقرره من أحكام بحيث لا يثور أى شك أو غموض حول مايجيزه ومايحظره . ومجال تطبيق هذا المعيار القوانين التي تقرر عقوبات جنائية على مخالفة أحكامها «٢» .

هذا وتوجد وسائل أخرى غير شرط الطريق الواجب قانونا استخدمتها المحاكم الامريكية في توسيع رقابة الدستورية وإن كانت أقل أهمية منه . وهذه الوسائل هى شروط حماية الحريات الفردية التي تشمل شرطا حماية العقود ، وشرط المساواة في الضمانات القانونية «٣» .

أما شرط حماية العقود فقد نص عليه الدستور الاتحادي عند صدوره سنة ١٧٨٩ في مادته الاولى (فقرةعاشرة) التي حظرت على الولايات «... سن أى قانون يتضمن انقاص الالتزامات الناتجة عن العقود .
« law impairing the obligations of contracts

(١) كان هذا المعيار الاساس الذي استندت اليه المحكمة العليا في تشييد نظرية الضرورة emergency . ومقتضى هذه النظرية أنه يجوز للكونجرس أن يسن قوانين تتضمن سلطات استثنائية في اوقات الحروب والازمات بشرط ألا يكون من شأنها المساس بالحقوق والحريات الفردية الا بالقدر المعقول - مطول بيردو المرجع السابق الجزء الثالث صص ٤١٦-٤١٧ .
(٢) أنظر مقالا للاستاذ Mott نشر بالمجموعة المهداة الى الاستاذ جنى المرجع السابق الجزء الثالث صص ٤٧-٤٩ بعنوان :
« Natural rights and legislative vagueness »

(٣) راجع مطول بيردو المرجع السابق صص ٤١٢-٤٢٠ ، ولافايرير المرجع السابق صص ٣٢٣-٣٢٦ ، و Hughes المرجع السابق صص ٢٢٥-٢٣٥ .

وكان الحافز الى تقرير هذا الحظر حرص واضعى الدستور على صيانة حقوق دائنى الولايات ضد أى قانون يحتمل أن تصدره الاخيرة بقصد التخلص من التزاماتها المالية • ولكن المحاكم لم تقف عند الحكمة من هذا الشرط وانما وسعت نطاقه على نحو جعلته يشمل العقود كافة ، ويطلق لها سلطة التقدير فى تحديد المقصود بالحرية التعاقدية ورسم الحدود التى لاينبغى للسلطة التشريعية أن تتعدها فى صدد تنظيمها لتلك الحرية • وبرزت أهمية هذا الشرط فى المجال الاقتصادى على الاخص اذ كثيرا ما استندت اليه المحاكم للامتناع عن تطبيق القوانين ذات النزعة الاشتراكية بحجة منافاتها للحرية التعاقدية •

وأما شرط المساواة فى الضمانات القانونية فلم يكن واردا فى الدستور الاتحادى عند صدوره وانما أضيف اليه مثل شرط الطريق الواجب قانونا بمقتضى التعديل الدستورى الرابع عشر سنة ١٨٦٨ • ويقضى هذا التعديل بأنه « لايجوز لأية ولاية ... أن تنكر على أحد من الخاضعين لسلطانها المساواة فى الحماية التى تقرها القوانين » (١) •

وكان الحافز الى اضافة هذا الشرط حماية الزنوج بالذات من القوانين الشاذة التى كان يحتمل أن تسنها برلمانات ولايات الجنوب • ولكن المحاكم لم تقف عند هذه الحكمة وانما وسعت فى نطاق الحماية التى يقرها بحيث جعلتها شاملة لجميع الافراد وفى مواجهة سلطات الولايات أيا كانت • بل انها أجهدت نصوص التعديل المذكور فى سبيل افادة الاشخاص المعنوية كالشركات من الحماية التى يوجبها •

الاساليب القضائية فى رقابة الدستورية

يجنح غير قليل من الكتاب الى تصوير الكيفية التى تبأشر بها المحاكم

(١)

« No State... nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws ».

الامريكية رقابة الدستورية على نحو يقصر عن الواقع . فهم لا يذكرون من أساليب القضاء سوى الدفع بعدم الدستورية بينما يوجد أسلوبان آخران لا يقلان عنه أهمية وهما : الامر القضائي ، والحكم التقريري . وتتناول هذه الاساليب تباعا .

الدفع بعدم الدستورية : يفترض هذا الاسلوب دعوى منظورة أمام القضاء - سواء كانت هذه الدعوى جنائية أو مدنية ، فيدفع المتهم أو المدعى عليه طلبات السلطة العامة أو المدعى بأنها تستند الى قانون غير دستوري . ويكون اختصاص المحكمة بفحص دستورية القانون حينئذ متفرعا عن الدعوى المنظورة أمامها أى ثابتا بطريق عارض incidental « ١ » .

فان انتهت المحكمة من فحصها للقانون الى أنه متعارض مع الدستور أهملت حكمه وامتنعت عن تطبيقه وفصلت في الدعوى تبعا لذلك بما فيه صالح المتهم أو المدعى عليه . وظاهر أن قضاء المحاكم الامريكية في رقابة الدستورية هو مجرد قضاء امتناع . على أن أثر هذا القضاء يزداد قوة من الناحية العملية بفضل نظام السوابق القضائية المعمول به هناك . ومقتضى هذا النظام أن كل محكمة تتقيد بالحكم الذي أصدرته وتقيد به المحكمة التي درجتها والمحكمة الادنى منها درجة « ٢ » . ولما كانت المحكمة الاتحادية العليا هي أعلى محكمة في الولايات المتحدة فان الحكم الصادر منها بعدم دستورية أى قانون يقيدها « ٣ » كما يقيده سائر المحاكم الاتحادية ومحاكم الولايات

(١) اطرء الكتاب في مصر على التعبير عن الدفع بعدم الدستورية « بالدفع الفرعى » . والواقع أن وصف الدفع بأنه « فرعى » تزيد لا موجب له . فالدفع لا يتصور الا أن يكون فرعيا أى متفرعا عن خصومة قائمة ، فضلا عن أن الاصطلاح الفرنسى الذى يترجمه الكتاب خال من وصف فرعى وهو « par voie d'exception » أى « عن طريق الدفع » .

(٢) راجع ص ٦٤ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٣) أنظر ما سنذكره بعد قليل عن عدول المحكمة العليا عن قضائها السابق أحيانا ، وص ص ٤٨١-٤٨٩ من مقال الاستاذ ادوارد لامبير سالف الإشارة اليه .

فقضاء المحاكم الأمريكية أذن قضاء امتناع مؤسس على نظام السوابق القضائية ، ولكن كثيرا من الكتاب يخطئون في تصوير هذا القضاء . فمنهم من اعتبره قضاء الغاء مع أنه لا يبطل القانون غير الدستوري وإنما يقتصر أثره على الامتناع عن تطبيقه «^١» . ومنهم من اعتبره قضاء امتناع ينحصر أثره في القضية التي صدر فيها الحكم بالذات ولا يقيد محكمة أخرى في قضية مماثلة أو حتى نفس المحكمة في قضية أخرى ، وفي هذا اغفال واضح لأثر نظام السوابق القضائية «^٢» .

ويبدو أن الذين اعتبروا قضاء المحاكم الأمريكية قضاء الغاء قد انساقوا وراء الاثر الذي يترتب على صدور حكم من المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية قانون ما من حيث تقييد سائر المحاكم به بناء على نظام

(١) نذكر من هؤلاء الكتاب : الاستاذين مصطفى الصادق ووايت ابراهيم المرجع السابق ص ١٧ حيث يذكران أن «دستور الولايات المتحدة يخول محاكمها حق ابطال كل عمل أو قانون مخالف للدستور أيا كان مصدره» ، والاستاذين السنهورى وحشمت أبو ستيت المرجع السابق ص ١٢٤ و ١٢٥ حيث يذكران أن للمحاكم في الولايات المتحدة « أن تقرر بطلان أى تشريع تراه مصطدما مع نصوص الدستور » وأن الدستور قد جعل من وظيفة المحكمة الاتحادية العليا « ابطال القوانين غير الدستورية » .

(٢) نذكر من هؤلاء الكتاب : ديفرجه المرجع السابق ص ١٩٩ ، ويردو موجز القانون الدستوري المرجع السابق ص ٦٩ ، وديجى المرجع السابق الجزء الثالث ص ٧٢٦ ، ومن الكتاب المصريين الاستاذين عثمان خليل وسليمان الطماوى المرجع السابق ص ٣٣٦ ، والدكتور مصطفى كامل المرجع السابق ص ٣٥٨ ، والدكتور محمد على عرفه المرجع السابق ص ١٠٤-١٠٥ .

هذا ويستعمل بعض الكتاب عبارات في هذا الصدد لا تخلو من الغموض والتعارض - انظر مثلا برتلمى ودويز المرجع السابق وقارن بين ص ٢١٤ حيث يصفان القضاء بأنه قضاء امتناع وص ٢١٧ حيث يصفانه بأنه قضاء الغاء ، وقارن أيضا الاستاذين وحيد رافت ووايت ابراهيم المرجع السابق ص ١١ حيث يذكران أن الحكم بعدم دستورية القانون « لا يترتب عليه سقوط القانون بالنسبة للكافة بل فقط استبعاده وعدم ترتيب أى أثر عليه فى الدعوى المعينة المنظورة بالذات أما القانون نفسه فيظل باقيا حتى تلغيه أو تعدله السلطة التشريعية » و ص ١٢ (هامش ١) حيث يستعملان وصف البطلان ، والدكتور السيد صبرى المرجع السابق ص ٢٢٨ حيث يستعمل وصف البطلان و ص ٢٣٠ حيث يذكر ما يفيد أن القضاء قضاء امتناع .

السوابق القضائية «١» . على أنه وان كان القضاء الأمريكى يقترب فى هذه الحالة من قضاء الالغاء «٢» الا أنه لا يزال متميزا عنه ومختلفا فى آثاره . وآية ذلك أنه بالرغم من أن المحكمة الاتحادية العليا مقيدة بسوابقها الا أنه من المتصور أن تتطور الظروف على نحو يحملها على العدول عن قضائها السابق فتعامل القانون على أنه دستورى «٣» . ومثل هذا العدول يصادف محله لان القانون استمر قائما ولم يلغ قضاء المحكمة السابق بعدم دستوريته . ولو كان قضاء المحكمة العليا قضاء الغاء لاستحال عليها العودة الى قانون انتهت حياته ، ولما كان من سبيل الى اعادة العمل بأحكام ذلك القانون الا عن طريق سن قانون يحل محله من جانب السلطة التشريعية .

هذا وان كان أسلوب الدفع بعدم الدستورية قد استخدم منذ أن باشرت المحاكم الأمريكية رقابة الدستورية «٤» ، الا أنه فقد الكثير من أهميته بعد أن شاع استعمال الاسلوبين الآخرين . ويفسر ذلك على الاخص

(١) يبدو أن هؤلاء الكتاب قد تأثروا أيضا بما يجرى عليه القضاء الأمريكى من استعمال بعض الاصطلاحات التى يوهم ظاهرها بمعنى البطلان مثل *invalidate* و *void* و *null* . والواقع أن القضاء لا يقصد من وراء هذه الاصطلاحات سوى عدم انفاذ القانون أو عدم تطبيقه .

(٢) هذا التقارب قاصر على الناحية العملية . ويتضح على الاخص فى أن قضاء المحكمة العليا قد يحمل الكونجرس أو برلمانات الولايات على الغاء القوانين التى حكم بعدم دستورتها أو على الاقل الاحجام عن سن قوانين مماثلة مستقبلا - انظر Dimock المرجع السابق ص ٤٦٩ .

(٣) تثبت التطبيقات القضائية فى مجال رقابة الدستورية أن المحكمة الاتحادية العليا عدلت مرارا عن قضائها السابق وانها أعلنت ذلك العدول صراحة فى أحكامها . واذا كانت المحاكم الاخرى من اتحادية ومحاكم ولايات مقيدة بالسوابق ويمكن الزامها بها عن طريق الطعن فى أحكامها أمام محكمة أعلى درجة ، فان المحكمة الاتحادية العليا هى صاحبة الكلمة الاخيرة فى التزام قضائها السابق أو العدول عنه - انظر Bryce المرجع السابق الجزء الاول ص ٢٧٥ و Ferguson & McHenry المرجع السابق ص ٧٥ .

(٤) يعتبر الدفع بعدم الدستورية من أساليب القانون العام *common law* - انظر ص ٢٥٨ من مقال الاستاذ Jaffin سالف الإشارة اليه .

بعبء رئيسى فى أسلوب الدفع بعدم الدستورية ألا وهو أنه لا يجدى فى
توقى الضرر المتوقع من القانون غير الدستورى • فليس من سبيل الى
التمسك بالدفع الا اذا رفعت دعوى بالفعل من جانب السلطة العامة أو
المدعى استنادا الى القانون غير الدستورى • والى أن تتخذ هذه الخطوة
اما أن يطبق القانون فيكون على الفرد أن يتحمل الضرر الناتج عن تطبيقه
دون أن يملك له دفعا ، واما ألا يطبق القانون فيبقى الفرد مهددا بتطبيقه
فى أى وقت «١» •

الامر القضائى : نشأ أسلوب الامر القضائى *mjunction* فى انجلترا
عندما قامت محكمة مستشار الملك بجانب محاكم القانون العام • فقد كان
الافراد يلجأون الى المستشار بالتماس تصحيح الاوضاع الظالمة بعد أن
يستنفدوا الاساليب التى ينظمها القانون العام دون أن يصلوا الى تقرير
حقوقهم • والامر القضائى هو أحد الاساليب التى أوجدها المستشار تحقيقا
للعادلة وتصحيحا لاوضاع القانون العام •

ولئن انتهى التطور القانونى فى انجلترا الى اندماج قانون العدالة
والقانون العام ، فان هذين القانونين كانا منفصلين عند وضع الدستور
الامريكى • ومن ثم حرص واضعو الدستور الاتحادى على تأكيد اختصاص
المحكمة الاتحادية العليا « بالنظر فى جميع الخصومات - وفقا للقانون أو
للعادلة - التى تنشأ فى ظل هذا الدستور » «٢» • وهذا النص هو الذى
استندت اليه المحاكم الاتحادية لتبرير استخدام أسلوب الامر القضائى
باعتباره أحد أساليب العدالة «٣» • أما محاكم الولايات فانها تستند فى

(١) راجع مطول بىردو المرجع السابق الجزء الثالث ص ٤٢١ - ٤٢٢ •

(٢) المادة الثالثة من الدستور (فقرة ثانية) ونصها :

« The judicial power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this Constitution ».

(٣) وهذا النص هو الذى استندت اليه المحاكم الاتحادية ايضا لتبرير
استخدام أسلوب الدفع بعدم الدستورية باعتباره أحد اساليب القانون العام.

استخدامها لهذا الأسلوب الى القوانين التي سنتها معظم البرلمانات خلال القرن التاسع عشر والتي أدمجت قانون العدالة والقانون العام أسوة بما حدث في إنجلترا .

ومقتضى أسلوب الامر القضائي أنه يجوز لأى فرد أن يلجأ الى المحكمة المختصة بطلب ايقاف تنفيذ أى قانون على أساس أنه غير دستوري وأن من شأن تنفيذه أن يلحق به ضررا . فاذا ثبت للمحكمة أن القانون غير دستوري أصدرت أمرا قضائيا الى الموظف المختص بعدم تنفيذ القانون . ويجب على الموظف فى هذه الحالة تنفيذ الامر الصادر اليه والا عد مرتكبا لجريمة خاصة تسمى « احتقار المحكمة » (١) .

وظاهر أن أسلوب الامر القضائي يتلافى عيب الدفع بعدم الدستورية اذ يمكن الفرد من أن يهاجم القانون فور صدوره ويتوقى بذلك الضرر الذي كان يمكن أن يصيبه من تنفيذه . ولقد شاع استعمال هذا الأسلوب منذ أواخر القرن التاسع عشر .

على أنه نظرا لما يفضى اليه هذا الأسلوب من تعطيل للقوانين فقد عمد الكونجرس الى توفير بعض الضمانات فى استخدامه وذلك بمقتضى القانون الذى سنه سنة ١٩١٠ . ويقضى هذا القانون بأن يكون اصدار الامر القضائي من اختصاص محكمة اتحادية خاصة تتألف من ثلاثة قضاة ، ويجوز الطعن فى الاحكام الصادرة منها الى المحكمة الاتحادية العليا مباشرة (٢) .

الحكم التقريرى : لم يستخدم أسلوب الحكم التقريرى declaratory judgment فى مجال رقابة الدستورية الا منذ سنة ١٩١٨ . وهو فى الاصل

(١) « contempt of court » . وتعرض هذه الجريمة مرتكبها للحكم عليه بالحبس أو بالغرامة .

(٢) وهكذا لم يعد من اختصاص القاضى الفرد اصدار الامر القضائي - انظر مقال الاستاذ Jaffin سالف الذكر صص ٢٥٨ - ٢٦٣ ، ومطول بيردو المرجع السابق الجزء الثالث صص ٤٢٢ - ٤٢٦ ، ولافاريير المرجع السابق صص ٣١٨ - ٣١٩ ، و Ogg & Ray المرجع السابق ص ٦٦٢ ، و Zink المرجع السابق ص ٦٠٣ ، و Dimock المرجع السابق ص ٦١٩ .

أسلوب من أساليب القانون الخاص ومقتضاه أن ثمة طرفين يلجأان الى المحكمة بطلب اصدار حكم يقرر حقوقهما المتبادلة وفقا لقاعدة قانونية لايتنازعان في شأن وجوب تطبيقها . ويفترض هذا الاسلوب في مجال رقابة الدستورية أن فردا يلجأ الى المحكمة بطلب اصدار حكم يقرر ما اذا كان قانون يراد تطبيقه عليه دستوريا أو غير دستوري . ويتريث الموظف المختص حينئذ الى أن تصدر المحكمة حكمها ليحدد موقفه تبعا له اما بتطبيق القانون ان قضى بدستوريته ، أو بالامتناع عن تطبيقه ان قضى بعدم دستوريته .

ويجبذ الكتاب الامريكيون أسلوب الحكم التقريري ويتوقعون زيادة الالتجاء اليه مستقبلا أكثر من الدفع بعدم الدستورية والامرالقضائي . ووجه تحييدهم للاسلوب المذكور أنهم يعتبرونه أكثر تمشيا مع الحكمة من تخويل المحاكم اختصاص الدستورية . وآية ذلك أن الحكمة من تخويل المحاكم هذا الاختصاص هي اعلان رأيها فيما اذا كان القانون المعروض عليها دستوريا أم غير دستوري ، وأسلوب الحكم التقريري يحقق هذا الغرض دون حاجة الى خلق منازعات صورية بقصد الوصول الى معرفة رأى المحاكم كما يحدث في العمل بالنسبة للاسلوين الآخرين « ١ » .

وبالرغم من استخدام محاكم الولايات لهذا الاسلوب منذ سنة ١٩١٨ فان المحكمة الاتحادية العليا رفضت استخدامه في بادئ الامر استنادا الى أنها لا تختص الا بنظر المنازعات بينما طلب اصدار حكم تقريري لا ينطوي على منازعة ما . على أن المحكمة العليا عادت وسمحت باستخدام الاسلوب المذكور أمامها حرصا على استبقاء ولايتها الاستئنافية بالنسبة لاحكام الصادرة من محاكم الولايات . هذا ولقد سن الكونجرس قانونا سنة ١٩٣٤

(١) راجع مقال Jaffin السابق صص ٢٦٣-٢٦٩ ، Ogg & Ray
المرجع السابق ص ٩٤١ ، و Zink المرجع السابق ص ٨٢٨ .
بالجس أو الغرامة .

خول بمقتضاه المحاكم الاتحادية سلطة اصدار أحكام تقريرية في شأن
دستورية القوانين •

نتائج رقابة الدستورية

كان المفروض أن تقف المحاكم الامريكية في مباشرتها لرقابة الدستورية
عند الحدود المتعارف عليها في تفسير القوانين • وكثيرا ما صورت المحكمة
الاتحادية العليا مباشرتها لتلك الرقابة على أنها واجب تلتزم بأدائه أكثر منه
حقا تسعى اليه • وتبريرها لذلك أنها تجد نفسها في موقف يحتم عليها
الفصل في القضية المعروضة عليها وفقا لقانونين متعارضين أحدهما الدستور
والآخر القانون العادي ، فلا يكون أمامها من سبيل سوى اعلان حكم
الدستور والامتناع عن تطبيق القانون •

وهذا التبرير مقبول اذا كانت المحاكم تقف عند هذه الحدود وتقتصر
على مهمة التفسير بالمعنى الصحيح • على أن المحاكم الامريكية لم تلتزم
هذه الحدود وانما توسعت في رقابة الدستورية على نحو لم يخل من
الافتيات على اختصاص السلطة التشريعية • فقد تقدم البيان كيف أنها
ابتدعت شتى المعايير لتتحكم في السياسة التشريعية للمكون جرس وبرلمانات
الولايات ، وكيف أنها تعللت بروح القانون العام لتستبعد القوانين التي
لاتراها بحسب تقديرها ملائمة أو صالحة لاحوال المجتمع •

والمحكمة الاتحادية العليا هي التي غالت في حدود رقابة الدستورية
وحفزت سائر المحاكم الى النهج على موالها • ولعل من أقوى العوامل التي
شجعتها على هذه المغالاة الكيفية التي صيغ بها الدستور الاتحادي • فقد
صدر هذا الدستور قاصرا عن شمول كثير من الاحكام الجوهرية ، ولا يزال
بالرغم من تعديله مرات بعيدا عن أن يشمل ما ينبغي أن يضمه من أحكام «^١» •

(١) لم يتجاوز الدستور الاتحادي عند صدوره سنة ١٧٨٩ سبع مواد ،
وقد أضيفت اليه ٢٢ مادة أخرى بمقتضى التعديلات الدستورية التي تمت في

ويعيب هذا الدستور أيضا أنه اشترط تعديله من الاجراءات ما يجعل احتمال تعديله ضعيفا الا في الاحوال التي تحس فيها الولايات بضرورة التعديل «^١» . وأدركت المحكمة العليا ما في الدستور من نقص فأحلت تقديرها محل تقدير المشرع الدستوري ، كما أفادت مما في تعديله من صعوبة «^٢» ففرضت آراءها وأخرجت النصوص عن الاهداف التي شرعت لها .

فلا عجب أن حمل الكتاب بشدة على مسلك القضاء ، وجرت أقلامهم في شأنه بأوصاف لاذعة مثل « حكومة القضاء » و « أرستقراطية القضاء » و « القانون القضائي » و « التشريع المقنع » «^٣» . بل ان بعض قضاة المحكمة العليا ذاتها رفضوا أن يسايروا زملاءهم في مغالاتهم ، وأصرروا في كثير من القضايا على أن يقفوا منهم موقف المعارضة المسببة . ونذكر من هؤلاء على الاخص Holmes و Brandeis و Stone الذي أعلن في حكم

السنوات الآتية : المواد ١-١٠ سنة ١٧٩١ ، المادة ١١ سنة ١٧٩٨ ، المادة ١٢ سنة ١٨٠٤ ، المادة ١٣ سنة ١٨٦٥ ، المادة ١٤ سنة ١٨٦٨ ، المادة ١٥ سنة ١٨٧٠ ، المادتان ١٦ و ١٧ سنة ١٩١٣ ، المادة ١٨ سنة ١٩١٨ ، المادة ١٩ سنة ١٩٢٠ ، المادتان ٢٠ و ٢١ سنة ١٩٣٣ ، المادة ٢٢ سنة ١٩٥١ .

(١) حدث أحيانا أن أحكاما صدرت من المحكمة الاتحادية العليا أثارت الولايات وحدث بها الى تعديل الدستور الاتحادى على نحو يرد المحكمة المذكورة عن قضائها . ولكن حتى في هذه الاحوال لم تعد المحكمة الاسباب التي تتحائل بها على التعديل الدستوري ، وتسخره لخدمة أغراضها كما كان الشأن بالنسبة للتعديل الدستوري الحادى عشر سنة ١٧٩٨ الذى سبق الكلام عنه بصدد جهود المحكمة العليا في تشييد رقابة الدستورية .

(٢) أنظر في كيفية تعديل الدستور الاتحادى والصعوبات التي تواجهه Ferguson & McHenry المرجع السابق ص ٦٦-٧٤ .

(٣) « Judicial Oligarchy » و « Government by Judges » و « Aristocracy of the Robe » و « Judge - made Law » و « Covert Legislation » .

وقد صورت المحكمة العليا على أنها مجلس تشريعى ثالث يفرض ولايته الاشرافية على الكونجرس بالرغم من أن أعضائه معينون وغير مسئولين - راجع Finer المرجع السابق ص ١٤٩ ، و Brogan المرجع السابق ص ٢٢ .

صادر له سنة ١٩٣٠ « أن سلطة المحاكم في اعلان عدم دستورية القوانين مقيدة ... فاختصاص المحاكم مقصور على النظر في الصفة الدستورية للقوانين وليس لها أن تناقش الحكمة من سنّها » (١) . وأضحى من العبارات المألوفة قول القاضى Frankfurter « ان المحكمة العليا هي الدستور » ، وقول القاضى Hughes « اننا نعيش في ظل دستور ، ولكن القضاة هم الذين يحددون هذا الدستور » (٢) .

وكان طبيعيا وقد أحل القضاة تقديرهم محل تقدير المشرع الدستورى أن يصدرُوا فيما يشيّدوه من قواعد عن الآراء التى يؤمنون بها ، وأن يعكسوا أثر العوامل المختلفة التى تسيطر على تفكيرهم . وفى مقدمة هذه العوامل النزعة المحافظة التى جبل القضاء عليها ، والتي تجعله دائما فى حذر من الاتجاهات الفكرية المتطورة (٣) .

وهذا هو جوهر النضال الذى ساد مجال رقابة الدستورية فى الولايات المتحدة منذ أواخر القرن التاسع عشر ، ولاسيما بالنسبة للقوانين التى تنظم المجال الاقتصادى . فالقضاء كان لايزال فيما يصدره من أحكام يتمسك

(١)

« courts are concerned only with the power to enact statutes, not with their wisdom ».

انظر Swisher المرجع السابق ص ٤٩٠ .

« The Supreme Court is the Constitution », (٢)

« We are under a constitution, but the constitution is what the judges say it is ».

انظر Ogg & Ray المرجع السابق ص ٤٩٢ .

(٣) يحرص القاضى بحكم وظيفته على حماية النظام القانونى القائم على رعايته ضد أى أعمال تتهدده . وهذا ما يفسر نزعه الى المحافظة على ما هو كائن ، وأعراضه عن الاشتغال بما ينزع الى التجديد والابتداع - انظر مطول بريدو المرجع السابق الجزء الثالث ص ٤٣٧-٤٣٨ ، ومقال الاستاذ Haines سالف الذكر ص ٣٠٣ - ٣٠٥ .

بالمذهب الفردي الذي ينفر من الدولة ، ويحظر عليها التدخل في حقوق الافراد ، ويوجب عليها ترك المجال الاقتصادي حرا لنشاطهم . أما السلطة التشريعية فكانت تسجل فيما تسنه من قوانين آثار المذهب الاشتراكي الذي يوجب على الدولة أن تنظم حقوق الافراد ، وأن تسيطر على المجال الاقتصادي على النحو الذي يحقق العدالة الاجتماعية ويكفل للفرد حدا أدنى للمعيشة .

وخير ما يظهر الصراع بين القضاء والسلطة التشريعية ما حدث بالنسبة للقوانين ذات النزعة الاشتراكية كالقوانين الخاصة بتحديد ساعات العمل ، وتحديد حد أدنى للاجور ، وحماية العمال ضد الحوادث ، وتنظيم استخدام النساء والاطفال . فقد جرت المحاكم فترة طويلة على الحكم بعدم دستورية تلك القوانين ، ولكنها اضطرت ازاء تطور الظروف الاجتماعية أن تراجع قضائها وأن تسلم بدستوريتها «^١» .

على أنه في سنة ١٩٣٣ اتخذ القضاء موقفا لم تعرف له سابقة في شذوذه . فقد سن الكونجرس قوانين عديدة بقصد التغلب على الازمة التي كانت تعانيها الولايات المتحدة آنذاك ، وتنفيذ برنامج الانعاش الاقتصادي The New Deal الذي وضعه الرئيس فرانكلين روزفلت «^٢» . ولكن مالبث

(١) أنظر Finer المرجع السابق ص ص ١٤٤-١٤٦ ، ولافايرير المرجع السابق ص ص ٣٢٦-٣٢٧ .

(٢) راجع في تفصيل هذا الموضوع :

La Cour Suprême et le New Deal — Pinto سنة ١٩٣٨ ص ص ٢٨-١٨٦ ، ومقالا للاستاذ Haesaert نشر بمجموعة القانون المقارن المهداه الى الاستاذ ادوارد لامبير المرجع السابق الجزئين الثالث والرابع ص ص ٢٧٠ - ٢٨٤ بعنوان :

« La lutte entre le (New Deal) et la cour suprême aux Etats-Unis »

ويلاحظ أن بعض رؤساء الجمهورية السابقين اصطدموا اصطداما عنيفا بالمحكمة الاتحادية العليا مثل جيفرسون Jefferson ، وجاكسون Jackson ،

أن توالى الأحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية بعض تلك القوانين .

وظهر عداء المحكمة العليا سافرا لبرنامج روزفلت ، كما اتضح للرأى العام خطورة الموقف الذى اتخذته المحكمة المذكورة خاصة وأن معظم الأحكام التى أصدرتها كانت بأغلبية خمسة أصوات ضد أربعة . وانتهاز روزفلت إعادة انتخابه سنة ١٩٣٦ فأرسل للكونجرس رسالة يعرض عليه فيها كحل للعقبات التى يثيرها القضاء زيادة عدد قضاة المحكمة العليا وسائر المحاكم الاتحادية «١» .

وكانت خطة روزفلت ترمى الى تعيين قضاة جدد موالين لبرنامجـه فترجح كفة الاغلبية فى صالحه «٢» . وبالرغم من أن للكونجرس حق سن

=
وابراهيم لنكولن Abraham Lincoln ، وتيودور روزفلت Theodore Roosevelt — انظر مقالا للاستاذ Clark نشر بمجموعة القانون المقارن السابق ذكرها ص ٣١٢ بعنوان :
« La réforme constitutionnelle aux Etats-Unis ».

(١) أوجب الدستور الاتحادى — على ماسبق البيان — انشاء المحكمة الاتحادية العليا ، وخول الكونجرس سلطة انشاء ما يترأى له من محاكم اتحادية بمقتضى قانون . على أن الدستور لم يحدد عدد قضاة المحكمة العليا ، مما جعل أمر زيادة هذا العدد وانقاصه خاضعا للاعتبارات السياسية . ومنذ سنة ١٨٦٩ وعدد القضاة تسعة ، أما قبل ذلك التاريخ فانه تراوح بين خمسة وعشرة بحسب الظروف : ٦ سنة ١٧٨٩ ، و ٥ سنة ١٨٠١ ، و ٧ سنة ١٨٠٧ ، و ٩ سنة ١٨٣٧ ، و ١٠ سنة ١٨٦٣ ، و ٧ سنة ١٨٦٦ .

هذا ويعين رئيس الجمهورية قضاة المحاكم الاتحادية بناء على مشورة مجلس الشيوخ وموافقته . وهم غير قابلين للعزل الا بطريق المحاكمة الجنائية أمام مجلس الشيوخ ، كما انهم غير مقيدين فى خدمتهم بسن معينة وان كان يجوز لهم عند بلوغ السبعين أن يطلبوا حالتهم الى المعاش - انظر Ferguson & McHenry المرجع السابق ص ٣٣٣ - ٣٣٥ ، و Bryce المرجع السابق ص ٢٧٦ - ٢٧٧ .

(٢) وزيادة فى ايضاح خطة روزفلت نذكر انها كانت تقضى بالسماح بزيادة عدد قضاة المحكمة العليا بشرط الا يزيد مجموعهم على خمسة عشر ، وبتعيين قضاة آخرين فى سائر المحاكم الاتحادية لا يزيد عددهم على الخمسين (٥٠) .

قانون يقضى بزيادة عدد القضاة ، فانه رفض أن يستعمل سلطته في هذا الصدد تحت تأثير الرأي العام الذي أعلن عن خشيته مما يمكن أن تفضي اليه هذه الخطوة من تفويض للرقابة القضائية وتهديد للحريات الفردية (١) .

ولما كان المقصود من زيادة عدد القضاة التوصل الى تحقيق أغلبية موالية لبرنامج الانعاش الاقتصادي ولاسيما في وجه القضاة المسنين ، فقد كان مقتضى الخطة السماح بتعيين عدد من القضاة مساويا لعدد الذين جاوزا السبعين وقضوا مدة عشر سنوات في خدمة المحاكم الاتحادية - بحجة معاونتهم في عملهم . ونظرا لان ستة من قضاة المحكمة العليا التسعة كانت تنطبق عليهم هذه الشروط ، فان الخطة كانت تسمح بتعيين ستة قضاة اذ يصل المجموع بذلك الى الحد الأقصى المقترح - انظر Ferguson & McHenry المرجع السابق ص ٣٤٨ - ٣٤٩ ، وقارن الاستاذين وحيد رافت ووايت ابراهيم المرجع السابق ص ١٣ (هامش) حيث يصوران خطة روزفلت تصويرا غير صحيح بقولهم انه « طلب من البرلمان الاسراع في درس مشروع الاصلاح القضائي الذي يسمح للرئيس باحالة القضاة على المعاش في سن السبعين » .

(١) اثارت أزمة برنامج الانعاش الاقتصادي موضوعا طال حوله الجدل من قبل الا وهو النظر فيما يجب أن يتخذ من حلول نحو الحد من سيطرة المحاكم ومغالاتها في توسيع رقابة الدستورية .

وليس يتصل بأغراض البحث في دستورية القوانين أن نناقش الحلول المختلفة التي اقترحت في هذا الصدد ولكن قد يكون من المفيد أن نشير الى أن أهم تلك الحلول هي : زيادة عدد القضاة ويطلق عليها court - packing - وهذا ما كانت ترمى اليه خطة روزفلت التي لم يقدر لها النجاح ، احالة القضاة الى المعاش عند بلوغهم السن المناسبة compulsory retirement ، اعطاء الناخبين حق انتخاب القضاة وحق طلب اعادة انتخابهم وحق طلب النظر في الاحكام الصادرة منهم بقصد الفصل في الصفة الدستورية للقانون recall of judges and refrenda on decisions ، اشتراط موافقة القضاة على اصدار الحكم بعدم دستورية القانون بأغلبية خاصة ، اعطاء السلطة التشريعية حق اسقاط الاحكام الصادرة بعدم الدستورية عن طريق اعادة اقرار القانون المحكوم بعدم دستوريته بأغلبية خاصة .

ولم يؤخذ بأى من الحلول المتقدمة في دولة الاتحاد ولكن بعضها على الاقل وضع موضع التنفيذ في الولايات - راجع Dimock المرجع السابق ص ٤٧٣ - ٤٧٥ ، ومقال الاستاذ Clark السالف الإشارة اليه ص ٤٧٣ - ٤٧٥ ، و Brogan المرجع السابق ص ٢٥ - ٢٧ ، ولافايرير المرجع السابق ص ٣٢٨ - ٣٢٩ .

على أن ثمة أحداثا استجذت وكان لها أثرها في تعديل موقف المحكمة العليا • ففي ظرف عام واحد خلت مناصب ثلاثة من القضاة المعارضين لبرنامج الانعاش الاقتصادي نتيجة للوفاة أو لطلب الاحالة الى المعاش ، وعين فيها ثلاثة آخرون من المعروفين بميولهم الموالية للبرنامج المذكور • وفي سنة ١٩٤١ طلب القاضي Mc Reynolds - وكان أشد القضاة المعارضين - الاحالة الى المعاش • وهكذا رجعت المحكمة العليا في قضائها السابق وأقرت بدستورية قوانين الانعاش الاقتصادي «١» •

§ في الدول الاخرى

كان لقضاء المحاكم الامريكية بالامتناع عن تطبيق القوانين غير الدستورية أثره الملموس في الدول الاخرى • ولهذا الاثر مظاهر ثلاثة : أولها أن المشرع الدستوري نص صراحة في بعض الدول على حق المحاكم في رقابة دستورية القوانين ، والثاني أن المحاكم أعطت لنفسها حق رقابة الدستورية في دول أخرى بالرغم من عدم وجود نص يجيز لها ذلك ، والثالث أن الفقه طالب بتقرير هذا الحق حتى في دول دلت الشواهد فيها على أن المشرع والقضاء يرفضان رقابة الدستورية •

أما الدول التي نصت دساتيرها صراحة على حق المحاكم في رقابة الدستورية

(١) يبدو أن المحكمة العليا كانت قد أعدت نفسها للاقرار بدستورية قوانين الانعاش الاقتصادي ، حتى قبل أن تطرأ الاحداث المشار اليها في المتن - كما يستفاد من بعض احكامها • وربما كان الباعث على ذلك التحول هو خشية المحكمة من استجابة الكونجرس لخطة روزفلت ، أو لعلها أحست بتأييد الرأي العام لتلك القوانين - انظر Ferguson & McHenry المرجع السابق ص ٣٥٠ •

فنذكر منها: أيرلندا الحرة في دستوري سنة ١٩٢٢ و ١٩٣٧ «١»، والمانيا الغربية في دستور سنة ١٩٤٩ «٢»، ورومانيا في دستوري سنة ١٩٢٣ وسنة ١٩٣٨ «٣»، والبرتغال في دستوري سنة ١٩١١ و سنة ١٩٣٣ «٤»، واليونان في دستور سنة ١٩٢٧ «٥» وكثير من دول أمريكا اللاتينية مثل الارچنتين في دستور سنة ١٨٥٣ «٦»، وجواتيمالا في دستور سنة ١٨٧٩ «٧»، والبرازيل في دستور سنة ١٨٩١ «٨»، وكوبا في دستور سنة ١٩٠١ «٩»، ونيكاراجوا في دستور سنة ١٩١١ «١٠»، والمكسيك في دستور سنة ١٩١٧ «١١»، وهايتي في دستور سنة ١٩١٨ «١٢»، وشيلي في دستور سنة ١٩٢٥ «١٣» .

(١) المادة ٦٥ من دستور سنة ١٩٢٢ ، والمادة ٣٤ من دستور سنة ١٩٣٧ انظر برتلمى ودويز المرجع السابق ص ٢١٩ ، ومجموعة الدساتير الاوروبية المرجع السابق الجزء الثاني ص ٤٨٧ .

(٢) المادة ٩٣ - مجموعة الدساتير الاوروبية المرجع السابق الجزء الاول ص ١٨٨ .

(٣) المادة ١٠٣ من دستور سنة ١٩٢٣ ، والمادة ٧٥ من دستور سنة ١٩٣٨ - انظر لافاريير المرجع السابق ص ٣٢٩ .

(٤) المادة ٦٣ من دستور سنة ١٩١١ ، والمادة ١٢٣ من دستور سنة ١٩٣٣ انظر برتلمى ودويز المرجع السابق ص ٢١٨ ، ومجموعة الدساتير الاوروبية المرجع السابق الجزء الثاني ص ٦٣٤ .

(٥) المادة ٥ - برتلمى ودويز المرجع السابق ص ٢١٨ .

(٦) المادة ١٠٠ ، انظر

Les constitutions modernes — Delpech et Laferrière

الجزء الرابع سنة ١٩٣٢ ص ٢٥

(٧) المادة ٨٥ - ص ٤٠٠ من المرجع السابق .

(٨) المادة ٦٠ (فقرة أولى) - ص ٧٠ من المرجع السابق .

(٩) المادة ٨٣ - ص ١٥٣ (وهامش) من المرجع السابق .

(١٠) المواد ١٢٢ - ١٢٤ ، ص ٤٢٧ من المرجع السابق

(١١) المادة ١٠٥ - ص ٢٤٣ من المرجع السابق

(١٢) المادة ٩٩ - ص ١٩٨ من المرجع السابق .

(١٣) المادة ٨٦ - ص ١٠٣ من المرجع السابق

وجدير بالملاحظة أن بعض الدول المتقدمة لم تشأ أن تعطى حق رقابة الدستورية لجميع المحاكم فيها فقصرته على محكمة بالذات مثل : المحكمة العليا في أيرلندا الحرة وكوبا والمكسيك ، ومحكمة النقض (بدوائرها مجتمعة) في رومانيا وهايتي .

وأما الدول التي أعطت المحاكم فيها لنفسها حق رقابة الدستورية بالرغم من عدم وجود نص يجيز لها ذلك فنذكر منها : كندا وأستراليا واتحاد جنوب افريقيا وأستونيا ولتوانيا والنرويج ، والمانيا قبل الحرب العالمية الأخيرة ، ورومانيا قبل صدور دستور سنة ١٩٢٣ ، واليونان قبل صدور دستور سنة ١٩٢٧ « ١ » .

وأما الدول التي طالب الفقه فيها بتقرير رقابة الدستورية بالرغم من الشواهد التي دلت على رفض المشرع والقضاء لهذه الرقابة - فخير مثل لها فرنسا . ولقد كان للمناقشات الفقهية التي ثارت في هذه الدولة فضل كبير في توضيح موضوع رقابة الدستورية ، فيكون من المفيد أن تتناول الوضع فيها بشيء من التفصيل .

في فرنسا : يحسن أن نميز في شأن رقابة الدستورية بين مرحلتين : ما قبل صدور الدستور الحالي ، ومنذ صدور ذلك الدستور سنة ١٩٤٦ .
رقابة الدستورية قبل صدر الدستور الحالي : تقدم أن ثمة عوامل أدت الى تشييد رقابة الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية ، ومن بينها عامل جمود الدستور . على أنه في فرنسا لم يقو عامل جمود الدساتير على ترتيب أثر مماثل نظرا للعوامل المضادة التي سيطرت هناك . وترجع هذه العوامل الى عهد الثورة الفرنسية ، ويمكن أن ترد الى أمرين :

(١) أنظر برتلمى ودويز المرجع السابق ص ٢١٨ - ٢١٩ ، ولافايرير المرجع السابق ص ٣٢٩ .

أولاً - النظر إلى القانون على أنه يمثل الإرادة العامة : وهذا ما نصت عليه صراحة المادة السادسة من إعلان حقوق الإنسان سنة ١٧٨٩ بقولها « أن القانون هو التعبير الحر والرسمى للإرادة العامة » (١) .

ومقتضى هذا النظر أن للامة بوصفها صاحبة السيادة ارادة لاتعلو عليها ارادة أخرى ، وأن البرلمان اذ ينوب عن الامة يسن قانونا يعبر به عن ارادتها فلا تملك أية سلطة أخرى مراجعته أو التعقيب عليه .

ثانياً - النظر إلى القضاء نظرة الحذر والارتياح : فقد كانت المحاكم السابقة على الثورة والمسماة برلمانات تسيطر على مجال التشريع وتمارس سلطات تصل الى حد الغاء القوانين والقرارات التشريعية . وهذا ما يفسر كيف أن النظرة الى القضاء بعد نجاح الثورة كانت نظرة حذر وارتياح ، وكيف أن الاتجاه كان واضحا نحو تحديد اختصاصه تحديدا يحول دون عودته الى سابق توسعه (٢) .

موقف المشرع : لم يكن غريبا بعد ما تقدم بيانه من عوامل أن يتخذ المشرع موقفا تفصح عنه النصوص التالية :

المادة الحادية عشرة من قانون التنظيم القضائي الصادر في ١٦ - ٢٤ أغسطس سنة ١٧٩٠ وتحظر على المحاكم « أن تشترك بطريق مباشر أو غير مباشر في ممارسة السلطة التشريعية ، أو أن تعرقل قرارات الهيئة التشريعية أو أن توقف نفاذها » (٣) .

(١)

« La loi est l'expression libre et solennelle de la volonté générale ».

(٢) انظر لافاريير المرجع السابق ص ٣٣٣-٣٣٦ ، ويردو المرجع السابق

ص ٧١ .

(٣)

« Les tribunaux ne pourront prendre ni directement ni indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ni suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif ».

والمادة الثالثة من دستور ٧ سبتمبر سنة ١٧٩١ وتحظر على المحاكم « أن تتدخل في ممارسة السلطة التشريعية أو أن توقف نفاذ القوانين » « (١) » .
والمادة ١٢٧ من قانون العقوبات الحالي وتعاقب القضاة « الذين يتدخلون في ممارسة السلطة التشريعية سواء بايجاد لوائح تتضمن أحكاما تشريعية ، أو بمنع أو إيقاف نفاذ قانون أو أكثر ، أو بالتداول فيما اذا كان يجب نشر القوانين أو انفاذها » « (٢) » .

موقف القضاء : استقر قضاء المحاكم العادية والادارية بسبب النصوص المتقدمة على اعتبار النظر في دستورية القوانين أمرا خارجا عن اختصاصها « (٣) » . وهذا ما تشهد به أحكام عديدة نذكر منها على الاخص الاحكام الصادرة من محكمة النقض في ١١ مايو سنة ١٨٣٣ و ٢٤ مارس سنة ١٨٣٣ و ١١ يونيو سنة ١٩٢٦ ، والاحكام الصادرة من مجلس الدولة في ٢٣ مايو سنة ١٩٠١

(١)

« Les tribunaux ne peuvent ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ni suspendre l'exécution des lois ».

(٢)

« Seront coupables de forfaiture et punis de dégradation civique: les juges... qui se seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif, soit par des règlements contenant des dispositions législatives, soit en arrêtant ou en suspendant l'exercice d'une ou plusieurs lois, soit en délibérant sur le point de savoir si les lois seront publiées ou exécutées ».

(٣) أنظر ديجي المرجع السابق الجزء الثالث ص ص ٧٢٠-٧٢١ ، ولافاير المرجع السابق ص ص ٣٣١-٣٣٣ ، وبيردو المرجع السابق ص ٧٢ ، وFoignet المرجع السابق ص ص ١٠٥ - ١٠٦ ، ومجلة القانون العام الفرنسية سنة ١٩٣٣ ص ص ٦٧٩ - ٦٨٠ .

وأنظر في تحليل موقف القضاء في مختلف العهود مقالا للاستاذ Laroque نشر بمجلة القانون العام الفرنسية سنة ١٩٢٦ ص ص ٧٢٢ - ٧٣٦ بعنوان :

« Les juges français et le contrôle de la loi ».

٦٩ نوفمبر سنة ١٩٣٦ و ٢٢ مارس ١٩٤٤ «١» .

على أن المحاكم الفرنسية لم تعدم الاسباب بالرغم من النصوص سالفة الذكر للتوصل الى فرض نوع من رقابة الدستورية . فقد جرت على اعتبار نفسها مختصة بالبحث فيما اذا كان القانون المعروض عليها مستكملا للشروط الشكلية أو الخارجية «٢» التي يستلزمها الدستور مثل موافقة

(١) ثار الخلاف بين الكتاب حول ما اذا كان القضاء قد جعل لنفسه حق رقابة دستورية القوانين بمقتضى بعض الاحكام التي اصدرها نذكر منها فيما يختص بالقضاء العادى :

12 Avril 1838, Doyne et Lemaire — 15 Mars 1851 Gauthier
17 Nov. 1851, Ghent — 15 Avril 1863, Alliot.

وفيما يختص بمجلس الدولة :

7 Août 1909, Winkell et Rossier — 1er Mars 1912, Tichit
1er Avril 1919, Gaudet — 14 Mai 1920, Syndicat patronal de la
boulangerie de Paris.

راجع مقالا للاستاذ André Hauriou نشر بمجموعة القانون المقارن
المهداة الى الاستاذ لامبير المرجع السابق الجزئين الثالث والرابع ص ص ٣٣٦-
٣٣٨ بعنوان :

« La technique française en matière de contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois ».

وهوريو المرجع السابق ص ص ٣١٨-٣٢١ ، وبرتلمى ودوينز المرجع السابق
ص ص ٢٢٢-٢٢٣ ، ومقال الاستاذ دوينز سالف الاشارة اليه بمجموعة هوريو
ص ص ٢٣٩-٢٤٣ ، ومقالا للاستاذ Jèze نشر بمجلة القانون العام الفرنسية
سنة ١٩٢٤ ص ص ٤٠٨-٤١٤ بعنوان :

« Le contrôle juridictionnel des lois »

(٢) انظر في تفصيل الرقابة الخارجية أو الشكلية لدستورية القوانين
constitutionnalité extrinsèque ou formelle des lois : لافاريير
المرجع السابق ص ص ٣٣٠-٣٣١ ، و Esmein المرجع السابق الجزء الاول
ص ص ٦٤٢-٦٤٣ ، والمقالات الآتية التي نشرت بمجلة القانون العام الفرنسية
للاستاذ Jèze : المقال سالف الذكر سنة ١٩٢٤ ص ص ٤٢٢-٤٢٤ ،
و « Une loi inexistante » سنة ١٩١٥ ص ص ٥٧٦-٥٨١ ، و « Force
obligatoire des errata publiés au journal officiel » سنة ١٩٣٤
ص ص ٤٥٠-٤٥٦ .

مجلسى البرلمان عليه فى ظل دستور سنة ١٨٧٥ ، واصدار رئيس الجمهورية له ، ونشره فى الجريدة الرسمية «١» •

ويبدو أن المحاكم قد أحسّت بأن فى مباشرتها لهذا الاختصاص نوعا من رقابة الدستورية فذهبت الى محاولة تبريره على أساس آخر هو الانعدام l'inexistence • وآية ذلك أنها اعتبرت القانون الذى لا يستوفى الشروط الشكلية التى يتطلبها الدستور «٢» غير موجود — أى أنها اعتبرته مجرد

(١) ذهب بعض الفقهاء الى أن سلطة رئيس الجمهورية فى اصدار القوانين تحول دون رقابة المحاكم لدستوريتها حتى من الناحية الخارجية أو الشكلية. وحجتهم فى ذلك أن دستور سنة ١٨٧٥ اذ خول رئيس الجمهورية هذه السلطة قد جعله وحده المختص برقابة الدستورية بحيث أنه اذا اصدر القانون قامت قرينة قاطعة على أن القانون موافق للدستور شكلا وموضوعا وامتنع على المحاكم النظر فيه •

على أن معظم الفقهاء يرون أن تصوير سلطة الاصدار على هذا النحو قد يجد له سندا فى ظل بعض الدساتير ولكنه يجافى دستور سنة ١٨٧٥ الفرنسى نصا وروحا • فالاصدار فى نظر هؤلاء الفقهاء لا يعدو أن يكون قرينة على أن القانون موافق للدستور ، ولكنها قرينة تقبل اثبات العكس امام المحاكم التى تملك الامتناع عن تطبيق أى قانون يصدر غير مستوف لاحد الشروط التى يتطلبها الدستور •

أنظر للاستاذ Jèze مقالا نشر بمجلة القانون العام الفرنسية سنة ١٩١٨ ص ٣٧٨-٤٠٠ بعنوان « La promulgation des lois » ومقاله المنشور بنفس المجلة سنة ١٩٢٤ السالف الاشارة اليه ص ٤٢٤-٤٢٥ •

(٢) تقصر المحاكم فحصها للقانون من حيث استيفائه أو عدم استيفائه للشروط الشكلية التى يتطلبها الدستور دون تلك التى قد يتطلبها قانون عادى أو اللوائح الداخلية للبرلمان — أنظر تعليق الاستاذ Jèze المنشور بمجلة القانون العام الفرنسية سنة ١٩٠٤ ص ١١١-١١٨ على الحكمين الصادرين من محكمة النقض بتاريخ ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٠٣ و ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٣ ، ومقاله المنشور بنفس المجلة سنة ١٩٢٤ السالف الاشارة اليه ص ٤٢٥-٤٢٧ •

قرار لا يرقى الى مرتبة القانون ولا يفيد من الحماية المقررة للاخير «١» .

موقف الفقهاء : من المقرر وفقا للرأى السائد فى الفقه أن من حق المحاكم بل ومن واجبها أن تمتنع عن تطبيق أى قانون مخالف للدستور من حيث الشكل .

على أنه بالنسبة للقانون الذى يخالف الدستور من حيث الموضوع — أى من حيث المبادئ والاحكام الموضوعية التى يتضمنها «٢» ، نجد أن الفقهاء قد انقسموا الى فريقين : فريق ينكر على المحاكم اختصاص الدستورية ، وآخر يطالب بوجوب مباشرتها لهذا الاختصاص .

أما الذين ينكرون على المحاكم اختصاص الدستورية فانهم يستندون الى النصوص الدستورية والتشريعية التى تقدم ذكرها ، كما يذهبون الى أن فى مباشرة المحاكم لذلك الاختصاص خروجاً منها عن حدود وظيفتها ومنافاة لمبدأ الفصل بين السلطات . فليست مهمة القاضى على حد قولهم هى الحكم على القانون وانما الحكم وفقاً له ، وهو ان باشر رقابة الدستورية تعدى حدود اختصاصه واعتدى على اختصاص السلطة التشريعية «٣» .

وأما الذين يطالبون بوجوب مباشرة المحاكم لاختصاص الدستورية فانهم يردون على الالوجه المتقدمة بأن المشرع لم يقصد من سن النصوص الدستورية والتشريعية المشار اليها سوى منع المحاكم من ممارسة السلطات التشريعية التى كانت تمارسها قبل الثورة . وتمشياً مع هذا المقصد

(١) أيا كانت الاعتبارات التى حدت بالمحاكم الى هذا التكييف فان امتناعها عن تطبيق القانون غير المستوفى لشرط شكله يتطلبه الدستور ليس الا أثراً من آثار رقابة الدستورية . وليس يغير من الوضع فى شئ أن تصف المحاكم مثل هذا القانون بأنه غير موجود *une loi inexistante* ، اذ انها انما تحكم بوجوده أو عدم وجوده استناداً الى الدستور الذى صدر فى ظله .

(٢) *constitutionnalité intrinsèque des lois*

(٣) على رأس هذا الفريق من الفقهاء Esmein المرجع السابق الجزء الاول ص ص ٦٤١ — ٦٤٨ ، وكاريه دى مالبرج *La loi* المرجع السابق ص ص ٥٠ — ٥١ .

لا يكون في النصوص المتقدمة ما يحول دون مباشرة المحاكم لرقابة
الدستورية •

ولا يرى هؤلاء الفقهاء «^١» في رقابة المحاكم لدستورية القوانين منافاة
لمبدأ الفصل بين السلطات • فالقاضي اذ يجد في القضية المعروضة عليه
قانونين متعارضين لا يستطيع أن يمتنع عن الفصل فيها والا عد مرتكبا
لجريمة انكار العدالة ، ومن ثم لا يكون أمامه من سبيل سوى تطبيق
القانون الاعلى درجة وهو الدستور واهمال القانون العادي • وهو اذ
يفعل ذلك لا يخرج عن حدود اختصاصه لانه انما يباشر مهمة تطبيق

(١) كان من أوائل المنادين بهذا الرأي Bauregard سنة ١٨٩٤ و Jèze
سنة ١٨٩٥ • ومن أبرز الذين دافعوا عنه هوريو وديجي و Berthélemy
انظر ديجي المرجع السابق الجزء الثالث ص ص ٧٢١ - ٧٢٥ ، وهوريو
المرجع السابق ص ص ٣١٤ - ٣٢٢ •

على أن بعض الفقهاء قد تحول عن الرأي الذي سبق أن دافع عنه أو عدل
فيه • فالاستاذ Jèze مثلا يقرر في مقاله سالف الإشارة اليه سنة ١٩٢٤
ص ٤١٢ :

« En 1895, avec l'intransigeance de la jeunesse, j'attachais
peu d'importance à la jurisprudence, même inébranlable. Au-
jourd'hui, sans abandonner le moins du monde l'argumentation
que je développais en 1895, je modifie mon point de vue. Le droit
public français *actuel* étant uniquement celui qu'appliquent
actuellement les tribunaux, et les juges ne se reconnaissant pas
en France, le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois,
ce pouvoir n'existe pas en France ».

والاستاذ ديجي يقرر في المرجع السابق الجزء الثالث ص ٧٢٤ :

« Dans la première édition de cet ouvrage (t. I p. 159), j'avais
après quelques hésitations, refusé aux tribunaux français le
pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois invoquées devant
eux. *J'étais dans l'erreur*, et aujourd'hui j'accepte, sans hésiter,
la solution que je viens d'exposer à la suite des éminents juristes
que j'ai nommés ».

القانون ، كما أنه لا يعتدى على اختصاص السلطة التشريعية لانه لا يلغى القانون الذى سنته بل يمتنع فقط عن تطبيقه .

ويذهب البعض فى الدفاع عن حق المحاكم فى رقابة الدستورية الى حد القول بأنه نتيجة حتمية لمبدأ الفصل بين السلطات . فكما أنه لا يجوز للقضاء الاعتداء على اختصاص السلطة التشريعية ، كذلك لا يجوز لهذه السلطة الاعتداء على اختصاص القضاء . وحيث تسمح السلطة التشريعية لنفسها بأن تسن قانونا يخالف الدستور ، فانه لا ينبغى لها أن تلزم القضاء بالاشتراك معها فى هذه المخالفة والا كان اعتداء منها على اختصاصه .

رقابة الدستورية منذ صدور الدستور الحالى سنة ١٩٤٦ : بينا فيما سبق كيف أن الدستور الفرنسى الحالى قد أخذ بالرقابة السياسية لدستورية القوانين ، وعهد بها الى اللجنة الدستورية التى نظم تشكيلها واختصاصها فى المواد ٩١-٩٣ منه « ١ » .

على أن الدستور لم يورد أى نص بشأن الرقابة القضائية لدستورية القوانين « ٢ » . وثابت من الاعمال التحضيرية للدستور أن هذا السكوت لم يكن سهوا من جانب واضعيه وانما كان مقصودا به عدم تمكين القضاء من مباشرة رقابة الدستورية « ٣ » .

فالاعمال التحضيرية اذن تفيد أن واضعى الدستور الحالى قد قصدوا الى عدم تحويل القضاء اختصاص الدستورية . ويؤكد هذا المقصد أنهم

(١) راجع ص ص ١١٧ - ١٢٢ من هذا الكتاب .

(٢) قارن مع ذلك الاستاذين عثمان خليل وسليمان الطماوى المرجع السابق ص ٣٦٢ حيث يذكران ما قد يوحى بأن نصوص الدستور ذاتها قد فصلت فى موضوع رقابة الدستورية ، ونص عبارتهما « على أن دستور سنة ١٩٤٦ فى فرنسا قد قطع فى هذه المسألة ، اذ استبعد كل رقابة قضائية لدستورية القوانين » .

(٣) أنظر لافاريير المرجع السابق ص ص ٩٥١-٩٥٣ ، ومطول بيردو فى الفقه السياسى المرجع السابق ص ص ٣٧٥-٣٧٦ (وهامش ٢) .

بينما غنوا بإيجاد تنظيم خاص للرقابة السياسية لدستورية القوانين لم ينظموا الرقابة القضائية أصلا في الوقت الذي كانوا يعلمون فيه أن المحاكم مستقرة منذ زمن بعيد على رفض النظر في دستورية القوانين «١» .

وهكذا يصح أن يقال بأن المشرع الدستوري قد أيد قضاء المحاكم العادية والادارية في هذا الصدد . على أنه لا ينتظر بالرغم من ذلك أن يعدل الفقهاء عما يطالبون به من وجوب اختصاص المحاكم برقابة الدستورية . فالأسباب التي بنوا عليها وجهة نظرهم لاتزال - في غير مايتصل بالنصوص الدستورية - قائمة . بل انهم ليجدون في ضعف الرقابة السياسية المقررة في الدستور الحالي سندا يعززون به دعوتهم الى ايجاد رقابة جديدة لدستورية القوانين عن طريق القضاء .

ثانيا - رقابة الالغاء

تقدم أن رقابة الالغاء قد تكون سابقة على صدور القانون أو لاحقة له ، وأنها تجيز للقاضي ابطال القانون غير الدستوري في مواجهة الكافة *erga omnes* بحيث يعتبر كأن لم يكن أو على الأقل تنتهي حياته بالنسبة للمستقبل فلا يكون ثمة جدوى من الاستناد اليه «٢» .

(١) قارن مع ذلك الدكتور عبد السلام ذهني في مقال له نشر بمجلة مجلس الدولة المكتب الفني السنة الاولى يناير سنة ١٩٥٠ بعنوان « مجلس الدولة ودستورية القوانين » اذ يذكر في ص ص ٨٦-٨٧ أن « دستور فرنسا الاخير الصادر في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٦ لم يشأ أن يشرع لهذا الخلاف تشريعا خاصا يقطع خط الرجعة على كل معاند مكابر في مظهر علني هو من اخص المظاهر العلنية الخاصة بكيان الحريات الشخصية ونظام الدولة ... على أن رأينا هنا أن المسألة الخاصة بالدفع الفرعي بعدم دستورية القانون بفرنسا لازالت قائمة ، وأنها لم تفز بحل دستوري قاطع نافذ » .

(٢) راجع ص ١٢٥ من هذا الكتاب .

١ - الرقابة السابقة

لعل خير تطبيق للرقابة السابقة التنظيم الذي أورده دستور أيرلندا الحرة الصادر في أول يوليو سنة ١٩٣٧ • ومقتضى هذا التنظيم أن القوانين التي يقرها البرلمان يجب أن تقدم الى رئيس الدولة لتوقيعها واصدارها • ويجوز لرئيس الدولة بعد استشارة مجلس الدولة أن يحيل أى قانون الى المحكمة العليا للنظر في دستوريته «١» • ويجب على رئيس الدولة ان شاء استعمال هذا الحق أن يحيل القانون في ظرف سبعة أيام على الأكثر من تاريخ تقديمه اليه ، كما يجب على المحكمة العليا أن تصدر حكمها في موعد لا يتجاوز ستين يوما من تاريخ احالة القانون اليها • ويتوقف مصير القانون على الحكم الصادر من المحكمة العليا • فهي ان قضت بدستوريته أمكن أن يستكمل الاجراءات اللازمة نحو نفاذه ، وان قضت بعدم دستوريته امتنع على رئيس الدولة توقيعه •

وليست الرقابة السابقة بالتنظيم المستحدث اذ نجد لها تطبيقات قديمة في بعض دول أمريكا اللاتينية مثل كولومبيا وبنما واكوادور • فدستور كولومبيا الصادر سنة ١٨٨٦ «٢» يجيز لرئيس الجمهورية عند الاعتراض على أى قانون أقره البرلمان أن يحيله في ظرف ستة أيام على الأكثر الى المحكمة العليا للنظر في دستوريته ، ويترتب على صدور حكم من هذه المحكمة بعدم دستورية القانون اعتباره كأن لم يكن •

ويحوى دستور بنما الصادر سنة ١٩٠٤ نصوصا مماثلة «٣» • أما

(١) عدا القوانين التي استبعدتها المادة ٢٦ من نطاق تطبيقها - انظر ص ٤٨١ من مجموعة الدساتير الأوروبية المرجع السابق الجزء الثاني •

(٢) المادة ٩٠ - مجموعة الدساتير الحديثة المرجع السابق الجزء الرابع ص ١٢٠ •

(٣) المادة ١٠٥ - المرجع السابق ص ٢٦٨ •

دستور اكوادور الصادر سنة ١٩٢٩ «١» فانه يجيز لرئيس الجمهورية الاعتراض على القانون من الناحية الدستورية ورده الى البرلمان لاعادة النظر فيه . فان لم يقتنع البرلمان باعتراض رئيس الجمهورية يجب عليه احالة القانون الى المحكمة العليا في ظرف ثمانية أيام على الاكثر للنظر في دستوريته . ويترتب على صدور حكم من هذه المحكمة بعدم دستورية القانون اعتباره كأن لم يكن .

ب - الرقابة اللاحقة

تفترض الرقابة اللاحقة أن قانونا قد صدر ، وأنه يمكن الطعن في دستورية هذا القانون عن طريق دعوى «٢» ترفع الى جهة قضائية تملك الحكم بالغائه . ونظرا لما تتضمنه الرقابة اللاحقة من تخويل القضاء سلطة الحكم على القوانين التي يسنها البرلمان بالفناء ، فانها لم تلق تطبيقا الا في عدد محدود من الدول .

ولئن كانت هذه الدول قد اختلفت في الكيفية التي نظمت بها الرقابة

(١) المادة ٦٧ - المرجع السابق ص ١٧٥ .

(٢) سبق أن انتقدنا مايجرى عليه الكتاب في مصر من وصف الدفع بعدم الدستورية بأنه دفع فرعى . وكان أساس انتقادنا أن وصف فرعى تزيد لاموجب له لان اصطلاح الدفع يفيد بذاته هذا المعنى . ونوجه هنا نفس الانتقاد الى وصف الكتاب للدعوى بأنها دعوى أصلية اذ أن اصطلاح الدعوى يفيد بذاته أنها مبتدأة أو أصلية . ويعزز انتقادنا أنه لا مقابل للوصف المذكور في الاصطلاح الفرنسي الذي يترجمه الكتاب الى العربية في هذا الصدد وهو « طريق الدعوى par voie d'action » .

ولا محل للاعتراض علينا بأن الدعوى قد تكون فرعية فيكون هناك مبرر لوصف الدعوى بأنها أصلية ، اذ أن الكتاب انما أرادوا أن يميزوا بين الدفع والدعوى - لا بين الدعوى الأصلية والدعوى الفرعية ، فضلا عن أن المطلق ينصرف الى الفرد الكامل ومن ثم ينصرف اصطلاح الدعوى الى أنها أصلية ما لم ينبه الى أنها فرعية .

اللاحقة ، الا أنه يمكن القول بأنها صدرت في مجموعها عن الاحساس
بخطورة الآثار المترتبة على الرقابة المذكورة ، وضرورة التشدد في الشروط
التي تجيز مباشرتها .

وتتضح هذه الحقيقة من الاطلاع على التنظيمات التي وجدت للرقابة
اللاحقة في الدول المختلفة . والملاحظ أن الدول التي أخذت بالرقابة
المذكورة لم تجعلها من اختصاص جميع المحاكم على اختلاف درجاتها وانما
قصرتها على محكمة بالذات . على أنها ترددت بين أن تكون هذه المحكمة
محكمة عادية ، وبين أن تكون محكمة خاصة .

أما الدول التي جعلت الرقابة اللاحقة من اختصاص محكمة عادية فنذكر
منها بعض دول أمريكا اللاتينية مثل بوليفيا في دستورها الصادر سنة
١٨٨٠ «١» ، وكولومبيا في دستورها الصادر سنة ١٨٨٦ «٢» ، وفرنزويلا
في دستورها الصادر سنة ١٩٣١ «٣» .

على أن سويسرا تعد أبرز الدول التي تجعل الرقابة اللاحقة من
اختصاص محكمة عادية «٤» . فمنذ أن صدر دستورها سنة ١٨٧٤ والمحكمة
الاتحادية le Tribunal Fédéral تباشر في ظلها الى جانب ولايتها القضائية
في المسائل المدنية والجنائية رقابة الغاء بالنسبة للقوانين غير الدستورية .

(١) المادة ١١١ (فقرة أولى) وتجعل الاختصاص للمحكمة العليا
la Cour Suprême ص ٤٥ من مجموعة الدساتير الحديثة المرجع السابق
الجزء الرابع .

(٢) المادة ١٥١ (فقرة تاسعة) وتجعل الاختصاص للمحكمة العليا
La Cour Suprême ص ١٢٩ من المرجع السابق .

(٣) المادة ١٢٠ (فقرة تاسعة) وتجعل الاختصاص لمحكمة الاتحاد والنقض
La Cour Fédérale et de Cassation ص ٣٦٣ من المرجع السابق .

(٤) انظر برتلبي ودويز المرجع السابق ص ٢٠٩-٢١٠ ، ولافايرير
المرجع السابق ص ٣١٣ ، ومطول بيردو في الفقه السياسي المرجع السابق
ص ٣٥٦-٣٥٧ .

بيد أن هذه الرقابة لا تشمل بصريح نص المادة ١١٣ من الدستور «١»
القوانين التي تسنها الجمعية الاتحادية l'Assemblée Fédérale، ومن ثم فهي
قاصرة على قوانين المقاطعات lois cantonales.

وليس ينفي قصر رقابة المحكمة الاتحادية على دستورية قوانين
المقاطعات أنها رقابة فعالة . فقد أكدت هذه الرقابة الاعتبارات التالية :
أولا - اطراد المحكمة الاتحادية على اعتبار نفسها مختصة بإلغاء
قوانين المقاطعات ليس فحسب عند مخالفتها لدستور الاتحاد وانما أيضا
عند مخالفتها لدستور المقاطعة التي صدرت في ظله .

ثانيا - سهولة الطعن بالالغاء أمام المحكمة الاتحادية اذ يجوز لكل
فرد تقديم هذا الطعن مجانا ، فضلا عما تبديه المحكمة المذكورة من تساهل
ملموس في قبوله ولاسيما من حيث توافر شرط المصلحة في تقديمه ومراعاة
ميعاد الستين يوما المحدد لقبوله .

ثالثا - تمتع قضاة المحكمة الاتحادية بالضمانات التي تكفل لهم
الاستقلال الحقيقي في مباشرة اختصاصاتهم . ولئن كانت الجمعية الاتحادية
هي التي تعينهم الا أن هذا التعيين يتم في جو بعيد عن المؤثرات السياسية .

على أن أغلب الدول التي أخذت بالرقابة اللاحقة جعلتها من اختصاص
محكمة خاصة ونذكر منها تشيكوسلوفاكيا بمقتضى القانون الدستوري
الصادر في ٢٩ فبراير سنة ١٩٢٠ ، والنمسا بمقتضى دستورها الصادر في
أول أكتوبر سنة ١٩٢٠ ودستورها الحالي الصادر في أول مايو سنة ١٩٤٥ ،
وايطاليا منذ صدور دستورها الحالي في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٧ .

(١) راجع ص ٧٣٦ من مجموعة الدساتير الأوروبية المرجع السابق
الجزء الثاني .

أما تشيكوسلوفاكيا «١» فقد شكلت بمقتضى القانون الدستورى الصادر فى ٢٩ فبراير سنة ١٩٢٠ محكمة دستورية le Tribunal Constitutionnel من سبعة قضاة كانوا يعينون لمدة عشر سنوات : أربعة من جانب المحكمة القضائية العليا والمحكمة الادارية العليا ، وثلاثة من جانب رئيس الجمهورية بناء على اقتراح المجالس التشريعية .

وجعل من اختصاص المحكمة الدستورية الحكم بالغاء القوانين غير الدستورية التى يسنها البرلمان أو اللجنة الدائمة التى تحل محل البرلمان عند عدم وجوده «٢» . وكان يشترط لقبول الطعن بالالغاء أمام المحكمة المذكورة أن يقدم فى موعد لا يتجاوز ثلاث سنوات من جانب المجالس التشريعية أو المحكمة القضائية العليا أو المحكمة الادارية العليا أو المحكمة المختصة بالانتخابات «٣» .

فالافراد اذن لم يكن لهم فى الاصل تقديم الطعن بالالغاء الى المحكمة الدستورية بطريق مباشر أو غير مباشر . على أن المحكمة الادارية العليا أجازت للافراد بمقتضى لائحة تنظيمها الصادرة سنة ١٩٢٥ بأن يطعنوا بعدم دستورية القوانين أمامها ، فان اقتنعت بجدية الطعن تقدمت به الى المحكمة الدستورية . وهكذا تسنى للافراد فى ظل اللائحة المذكورة الافادة بطريق غير مباشر من الطعن بالالغاء .

(١) انظر برتلمى ودويز المرجع السابق صص ٢١١-٢١٢ ، ولافاير
المرجع السابق ص ٣١٤ ، ومطول بيردو المرجع السابق صص ٣٥٩ - ٣٦٠ .
(٢) le comité permanent ويتم تشكيلها بطريق الانتخاب من جانب
البرلمان .

(٣) les assemblées législatives, le tribunal judiciaire suprême

la cour administrative suprême, le tribunal électoral.

وفي النمسا قضى الدستور الصادر سنة ١٩٢٠ والمعدل سنة ١٩٢٩ «١» بتشكيل محكمة دستورية la Cour de Justice Constitutionnelle من قضاة يعينهم رئيس الاتحاد بناء على طلب الحكومة والمجالس التشريعية ، وجعل من اختصاصها إلغاء القوانين غير الدستورية «٢» .

على أنه وقد قصد من تشكيل المحكمة الدستورية حماية النصوص الدستورية المنظمة لتوزيع السلطات بين حكومة الاتحاد وحكومات المقاطعات ، فإن الدستور قصر حق الطعن بالالغاء أمام المحكمة المذكورة على تلك الحكومات : حكومة الاتحاد بقصد إلغاء قوانين المقاطعات ، وحكومات المقاطعات بقصد إلغاء القوانين الاتحادية .

بيد أن المحكمة الدستورية جرت على أن تسمح للمحكمة القضائية العليا والمحكمة الادارية «٣» بالطعن بالالغاء أمامها ، اذا ما اقتنعت أى المحكمتين المذكورتين بجدية ما يثيره الافراد من طعون بعدم الدستورية في القضية المنظورة أمامها . فالاصل اذن أنه لم يكن للافراد الالتجاء الى المحكمة الدستورية بطريق مباشر أو غير مباشر ، ثم سمح لهم بعد ذلك بالافادة من الطعن بالالغاء عن طريق هيئة قضائية — شأنهم في هذا شأن

(١) أنظر برتلمى ودوينز المرجع السابق ص ٢١١ ، ولافايرير المرجع السابق ص ٣١٣ - ٣١٤ ، ومطول بيردو المرجع السابق ص ٣٥٧ - ٣٥٩ .

ويلاحظ أن تشكيل المحكمة الدستورية يرجع بصفة خاصة الى جهود الفقيه النمساوى كلسن Kelsen الذي كان من أكبر المدافعين عن قضاء الالغاء — أنظر مقالا نشر له بمجلة القانون العام الفرنسية سنة ١٩٢٨ ص ١٩٧ - ٢٥٧ بعنوان

« La garantie juridictionnelle de la Constitution »

(٢) أوجب الدستور النمساوى على السلطة المختصة نشر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية بإلغاء القانون فور صدوره .

(٣)

la cour judiciaire suprême, la cour de justice administrative.

الافراد في تشيكوسلوفاكيا على ما تقدم شرحه «١» .

هذا وقد أورد الدستور النمساوى الحالى والصادر فى أول مايو سنة ١٩٤٥ «٢» تنظيما للرقابة اللاحقة يقوم على اختصاص محكمة دستورية عيا la Haute Cour Constitutionnelle، ويتخذ أسسا مماثلة للتنظيم المقرر بمقتضى دستور سنة ١٩٢٠ .

وفى ايطاليا قضى الدستور الحالى والصادر فى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٧ «٣» بتشكيل محكمة دستورية la Cour Constitutionnelle من خمسة عشر قاضيا ، يعينون لمدة ١٢ سنة ويشترك فى تعيينهم البرلمان والقضاء الاعلى . ولئن كان الدستور الايطالى قد ترك للقوانين الدستورية والعادية مهمة وضع معظم القواعد المنظمة للمحكمة الدستورية ، الا أنه حرص على تأكيد اختصاصها بالفصل فى دستورية القوانين ورتب على الحكم الصادر منها بعدم الدستورية انتهاء حياة القانون اعتبارا من اليوم التالى لصدوره «٤» .

(١) قارن مع ذلك ما ذكره الاستاذان وحيد رافت ووايت ابراهيم فى المرجع السابق ص ١٠ (هامش) من أنه « لا يملك الافراد رفع هذه الدعوى اذ الطعن فى دستورية القوانين بطريق الدعوى الاصلية امام المحكمة الخاصة فى النمسا تشيكوسلوفاكيا لم يعط الا لبعض الهيئات العامة وحدها » .

وقارن من جهة اخرى ما ذكره الدكتور السيد صبرى فى المرجع السابق ص ٢٣٤ من أن « بعض الدول ذهب فى نظامه الى ايجاد محكمة خاصة يمكن أى مواطن أن يرفع اليها دعوى بابطال القانون غير الدستورى أى بطريق رفع الدعوى الاصلية ، وتوجد فى المكسيك وتشيكوسلوفاكيا والنمسا » .

(٢) راجع المواد ١٣٧-١٤٨ من الدستور - مجموعة الدساتير الاوروبية المرجع السابق الجزء الاول ص ٣٠٩-٣١٢ .

(٣) انظر المواد ١٣٤-١٣٧ من الدستور - المرجع السابق الجزء الاول ص ٥٢٦ .

(٤) يذكر الاستاذان برتلمى ودوينز المكسيك من بين الدول التى اخذت برقابة الالغاء وجعلتها من اختصاص محكمة بالذات بمقتضى دستور سنة ١٨٥٧

المطلب الثالث - تقدير رقابة الدستورية

تتأثر رقابة الدستورية باعتبارات متعددة يمكن أن ترد الى أمرين :
الدستور ونظام الحكم •

ويتضح أثر الدستور في رقابة الدستورية مما سبق أن بيناه «^١» من أن مشكلة دستورية القوانين لا تثور الا في ظل دستور جامد ، اذ توجد حينئذ سلطتان احدهما تأسيسية تختص بوضع الدستور وتعديله والاخرى تشريعية تختص بوضع وتعديل القانون العادي • أما في ظل الدستور المرن فلا توجد سوى سلطة واحدة تختص بوضع وتعديل القوانين جميعا ، ومن ثم لا يتوافر الاساس الذي تقوم عليه رقابة الدستورية وهو تفاوت القوانين من حيث القوة •

وليس ينحصر أثر جمود الدستور في ايجاد رقابة الدستورية وانما يتضح أيضا في تحديد نوعها ورسم نطاقها • فالمقصود من جعل الدستور جامدا هو تحقيق نوع من الملاءمة بين عاملين متعارضين : عامل المحافظة

المرجع السابق ص ٢١٢ . وسائر الفقيهين المذكورين في الاستشهاد بالمكسيك معظم الكتاب في مصر - أنظر الدكتور السيد صبرى المرجع السابق ص ٢٣٤ - ٢٣٥ ، والاستاذين عثمان خليل وسليمان الطماوى المرجع السابق ص ٣٦٨ ، والدكتور مصطفى كامل المرجع السابق ص ٣٥٩ ، والدكتور عبد الحميد متولى مذكرات في القانون الدستورى سنة ١٩٤٨ - ١٩٤٩ ص ١٩ .

والواقع أن رقابة الدستورية وان كانت من اختصاص محكمة بالذات في المكسيك الا أنها رقابة امتناع وليست رقابة إلغاء كما قرر الكتاب السابقون - راجع المادة ١٠٢ من دستور سنة ١٨٥٧ التى تجعل أثر الحكم بعدم الدستورية قاصرا على القضية المعروضة بالذات Les Constitutions — Dareste modernes الجزء الثانى سنة ١٩١٠ ص ٥٩٤ ، وقارن ما سبق أن ذكرناه في ص ص ١٢٥ و ١٦٠ من هذا الكتاب .

(١) راجع ص ص ١١٢-١١٣ من هذا الكتاب .

وعامل التطور • وكلما قوى الميل الى المحافظة كلما قوى عنصر الجمود في الدستور ، وازداد التفاوت تبعا لذلك بين الدستور والقانون العادى ، وظهرت الحاجة الى رقابة أشد لدستورية القوانين •

أما أثر نظام الحكم في رقابة الدستورية فيتضح من أن هذه الرقابة موجهة في الواقع ضد احتمال تجاوز البرلمان للاختصاصات المحددة له دستوريا • وعلى هذا النحو يمكن أن يختلف نوع الرقابة المنشودة تبعا للمركز الذى يشغله البرلمان في نظام الحكم • ففى النظام النيابى مثلا حيث ينفرد البرلمان بممارسة سلطاته تظهر الحاجة الى رقابة أشد للدستورية أكثر منها في النظام شبه المباشر حيث يشارك الناخبون البرلمان سلطاته « ١ » •

وطالما أن رقابة الدستورية تتأثر بالاعتبارات الدستورية والعملية الى حد كبير ، فان تنظيمها يجب أن يقوم أساسا على هذه الاعتبارات التى قد تختلف بين دولة وأخرى اختلافا كبيرا • ومقتضى هذا النظر أن تنظيم رقابة الدستورية الذى يلائم دولة ما قد لا يلائم دولة أخرى ، وأن المفاضلة بين صور رقابة الدستورية ينبغى أن تستند الى الاعتبارات العملية قبل الاعتبارات النظرية •

والآن وقد أبرزنا هذه الحقائق يمكن أن تنتقل الى مناقشة صور رقابة الدستورية على ضوء التجارب العملية في الدول المختلفة ، وبالقدر الذى تسمح به الناحية النظرية للموضوع •

ورقابة الدستورية قد تكون رقابة سياسية أو رقابة قضائية تبعا لصفة الهيئة التى تباشرها ، كما أن الرقابة القضائية قد تكون رقابة الغاء أو رقابة

(١٦) من الاعتبارات التى تؤثر أيضا في رقابة الدستورية شكل الدولة — راجع في أثر الشكل الاتحادى للدولة ص ١٣٢ (وهامش ٣) من هذا الكتاب .

امتناع تبعا للاثر الذى يترتب عليها بالنسبة للقانون غير الدستورى «١» .
اما الرقابة السياسية فانها تثير صعوبات عديدة بشأن الهيئة التى يعهد
اليها بمباشرتها .

فالهيئة السياسية قد تشكل بطريق التعيين أو بطريق الانتخاب . وهى
ان شكلت بطريق التعيين من جانب البرلمان تكون عرضة لان تصبح
تابعة له وأن تفقد بذلك صلاحيتها لان تكون رقية عليه . وان شكلت
بطريق الانتخاب من الشعب فقد تسيطر عليها نفس الاتجاهات السياسية التى

(١) آثرنا ان نقسم الرقابة القضائية بالاستناد الى الاثر الذى يترتب
عليها الى ما سميناه **رقابة الغاء ورقابة امتناع** بعد ما تبين لنا عدم دقة التقسيم
المستقر فقها فى هذا الصدد . واساس هذا التقسيم الوسيلة التى تثار بها
عدم دستورية القانون وهى بحسب الاصطلاح الجارى (وقد سبق لنا انتقاده)
اما وسيلة الدفع الفرعى أو وسيلة الدعوى الاصلية .

ويفهم مما كتبه الفقهاء حول التقسيم المتقدم انهم يرتبون عليه نتائج
معينة فوسيلة الدفع الفرعى تفترض اختصاص المحاكم على اختلاف درجاتها ،
وتفضى الى امتناعها عن تطبيق القانون غير الدستورى . اما وسيلة الدعوى
الاصلية فتفترض اختصاص محكمة بالذات ، وتفضى الى الغاء القانون غير
الدستورى .

ولنا على التقسيم المتقدم ونتائجه ماخذ ثلاثة :

أولا - يقصر هذا التقسيم عن شمول بعض الوسائل التى تباشر بها رقابة
الامتناع مثل الامر القضائى والحكم التقريرى فى الولايات المتحدة الامريكية -
راجع ص ص ١٤٩ - ١٥٢ من هذا الكتاب .

ثانيا - لاتستتبع وسيلة الدفع اختصاص جميع المحاكم اذ من المتصور
أن تختص بمباشرة رقابة الامتناع محكمة بالذات دون سائر المحاكم كما هو
الشأن بالنسبة للامثلة السابق بيانها فى ص ١٦٠ من هذا الكتاب .

ثالثا - لاتستتبع وسيلة الدعوى الغاء القانون غير الدستورى اذ من المتصور
أن تباشر المحكمة رقابة الدستورية عن طريق دعوى ترفع اليها ولا تملك بالرغم
من ذلك الا أن تمتنع عن تطبيق القانون غير الدستورى ، كما كان الشأن بالنسبة
لمحكمة الضمانات الدستورية le Tribunal des Garanties Constitutionnelles
فيما يختص برقابتها لدستورية القوانين من حيث الموضوع - انظر مطول بيردو
فى الفقه السياسى المرجع السابق ص ص ٣٦٣ - ٣٦٤ .

تسيطر على البرلمان ولا يكون ثمة جدوى من رقابتها حينئذ ، وقد تسيطر عليها اتجاهات مختلفة فتعتمد الى فرض سيطرتها على البرلمان والتوسع في سلطاتها على حساب السلطات الاخرى .

وتثبت التجربة في فرنسا أن الرقابة السياسية لم تحقق النتائج المقصودة منها . فمن جهة نجد أن مجلس الشيوخ الذى شكل فى ظل دستور السنة الثامنة (عصر الثورة) ودستور سنة ١٨٥٢ بقصد حماية الدستور قد تحول الى أداة استبداد سخرها رئيس الدولة لتعديل الدستور وفقا لمشيئته . ومن جهة أخرى فإن اللجنة الدستورية التى قضى الدستور الحالى بتشكيلها عاجزة بسبب نواحى النقص فى تنظيمها عن أن تباشر رقابة الدستورية بالمعنى الصحيح «١» .

وإذا كانت الرقابة السياسية قد لقيت تطبيقا فى الدول ذات النزعة الاشتراكية مثل الجمهوريات السوفيتية المتحدة ويوغوسلافيا وتشيكوسلوفاكيا «٢» فانما يرجع ذلك على الاخص الى أنها نظمت على نحو يضعف أثرها ويحول دون وقوفها فى وجه الاتجاهات المتطورة التى تقررها المجالس الشعبية .

قد يقال استنادا الى هذه التجربة بأن الرقابة السياسية هى خير صور رقابة الدستورية وأكثرها ملاءمة لتحقيق التطور المنشود فى كل مجتمع . ولكن يلاحظ أن المجتمع الديموقراطى اذ يسعى الى التطور يحرص فى الوقت ذاته على توفير كل الضمانات التى تكفل أن يكون التطور المراد تحقيقه هو الذى يريده بالفعل أغلبية الافراد . وهذا ما يفسر كيف أن الدول ذات النزعة الاشتراكية قد حرصت بالرغم من ميولها المتطورة أن تجعل دساتيرها جامدة كيما تحقق لها نوعا من الثبات يحد من تطور القوانين العادية . وانه

(١) راجع ص ص ١١٧ - ١٢٢ من هذا الكتاب .

(٢) راجع ص ص ١٢٣ - ١٢٤ من هذا الكتاب .

ليتناقض مع هذا الحرص أن تعتمد الدول المذكورة الى اضعاف الرقابة السياسية على نحو يخشى معه فوات الغرض منها وتحولها الى ضمانة صورية غير جديرة بالبقاء .

واذا انتقلنا الى الرقابة القضائية نجد أنها تقوم على تخويل هيئة أكثر صلاحية من الهيئة السياسية لتحقيق المقصود من رقابة الدستورية . فالقضاء بحكم توافره على تطبيق القانون يكون أقدر على الفصل فيما اذا كان المشرع العادي قد تجاوز الحدود المرسومة له من المشرع الدستوري ، وبفضل الضمانات التي تكفل استقلاله في مواجهة السلطات الاخرى يكون أبعد عن المؤثرات وأقرب الى الحيادة والصواب .

وبمقارنة نوعي الرقابة القضائية يتضح أن رقابة الالغاء خطيرة الاثر اذ تؤدي الى اعتبار القانون كأن لم يكن أو على الاقل انهاء حياته بالنسبة للمستقبل وفي مواجهة الكافة . أما رقابة الامتناع فان أثرها يقتصر على عدم تطبيق القانون في القضية المعروضة بالذات ولا تحول دون استمرار القانون أو انفاذ حكمه كلما ساحت الفرصة لذلك . على أنه في الدول التي تأخذ بنظام السوابق القضائية كالولايات المتحدة الامريكية يقوى أثر رقابة الامتناع وتقترب كثيرا من رقابة الالغاء اذا ما صدر حكم من أعلى محكمة بعدم دستورية قانون ما «٦» .

ولقد أثبتت تجربة رقابة الدستورية في الولايات المتحدة الامريكية أن المحاكم وعلى رأسها المحكمة الاتحادية العليا لم تقف عند الحدود المفهومة لتفسير القوانين وانما تعدتها الى فرض سيطرتها على المجال التشريعي . فلو كان الاصل في مهمتها هو مجرد البحث فيما اذا كان القانون موافقا للدستور أو مخالفا له ، الا أنها جعلت لنفسها حق مناقشة السياسة التشريعية

(١) راجع ص ص ١٤٦ - ١٤٨ من هذا الكتاب .

والحكم على مدى ملاءمة القانون وجدواه بالنسبة للمجتمع • وأفضى
اشتغال القضاء بالسياسة التشريعية الى أضرار محققة أهمها :

أولاً - احلال القضاة تقديرهم محل تقدير المشرع وسعيهم الى فرض
آرائهم وميولهم الخاصة • ولما كان القضاء محافظ النزعة بطبيعته فإنه وقف
مراراً في وجه الاتجاهات المتطورة التي صدرت عنها السلطة التشريعية في
سننها للقوانين تحقيقاً لرغبات الناخبين •

ثانياً - وقوع مصادمات عنيفة بين القضاء والسلطة التشريعية أدت الى
انقاص هيبة القضاة واطهارهم بمظهر الرجعية والتعنت والاعتداء •

ثالثاً - تسرب الاعتبارات السياسية الى القضاء وتهديده في استقلاله •
ويكفي بيانا لذلك أن نشير الى حشد الحزب الاتحادي أنصاره في مناصب
القضاء قبيل تسليمه مقاليد الحكم الى الحزب الجمهوري الفائز في انتخابات
سنة ١٨٠٠ ، والى تعديل عدد قضاة المحكمة الاتحادية العليا بالزيادة
والنقصان تحت تأثير الظروف السياسية «١» •

وإذا كانت هذه الأضرار قد ترتبت في الولايات المتحدة الأمريكية حيث
توجد رقابة امتناع مؤسسة على نظام السوابق القضائية ، فإنها تترتب بصورة
أشد في الدول التي تأخذ برقابة الالغاء •

ان مهمة القضاء تنحصر في تطبيق القانون الذي تسنه السلطة التشريعية •
فان قضى بالغاء القانون - ولو كان غير دستوري - فإنه يخرج عن حدود
مهمته ويباشر سلطة تشريعية محققة «٢» • وفي مباشرة القضاء لهذه السلطة

(١) راجع ص ص ١٣٣ و ١٥٦ (هامش ١) من هذا الكتاب .

(٢) أنظر مقال الاستاذ Kelsen سالف الإشارة اليه ص ص ٢٢٤ - ٢٢٥
حيث يؤكد هذا المعنى بقوله :
«...annuler une loi, c'est poser une norme générale; car

مجاافة لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يقضى بعدم جواز تجمع السلطات في يد هيئة ما على نحو يسمح لها بتهديد الحرية الفردية أو بالاعتداء على اختصاصات هيئة أخرى .

ورب معترض على هذا لتحليل بأن القضاء يستمد سلطته في الالغاء من الدستور ذاته الذي يقيّد السلطات جميعها ، وأنه اذ يلغى القانون غير الدستوري فهو يعمل على اعلاء حكم الدستور ومنع اعتداء السلطة التشريعية عليه . وردنا على ذلك أن رقابة الالغاء ليست السبيل الوحيد لاعلاء حكم الدستور اذ يمكن تحقيق هذا الغرض دون اقحام القضاء في صميم اختصاص السلطة التشريعية عن طريق رقابة الامتناع .

وفي رأينا أن رقابة الامتناع تفضل رقابة الالغاء ولاسيما في الدول التي لاتأخذ بنظام السوابق القضائية (١) فهي تكفل للدستور سيادته وتحول في نفس الوقت دون تمكين القضاء - وهو سلطة معينة وغير مسئولة - من

=
l'annulation d'une loi a le même caractère de généralité que sa confection, n'étant pour ainsi dire que la confection avec un signe négatif, donc elle-même une fonction législative. Et un tribunal qui a le pouvoir d'annuler les lois est par conséquent un organe du pouvoir législatif ».

(١) قد يعترض على رقابة الامتناع بأنها اذ تفترض حرية كل محكمة في تقدير دستورية القانون المعروض عليها تؤدي الى نوع من عدم الاستقرار في تطبيقه ولاسيما في الدول التي لاتأخذ بنظام السوابق القضائية .

وردنا على هذا الاعتراض أن الدول تحرص عادة على أن توفر في نظمها القضائية الوسائل التي تكفل توحيد الاحكام القضائية في المسائل المتصلة بتطبيق القانون وتفسيره . ولعل من أهم هذه الوسائل التي تقررها الدول تحقيقا لهذا الغرض انشاء محكمة عليا مثل محكمة النقض يكون من اختصاصها الفصل في المسائل القانونية المختلف عليها . فضلا عن ذلك فان اختلاف المحاكم في تقدير دستورية القانون من شأنه أن ينبه السلطة التشريعية أو يحملها تحت ضغط الرأي العام الى اعادة النظر في القانون على ضوء التفسيرات التي اعطيت له .

الاعتداء على اختصاص السلطة التشريعية المثلة للناخبين والمسئولة أمامهم .
وتدل التجربة على أن خطورة الآثار التي تترتب على رقابة الالغاء كانت
سببا في أنها لم تلق تطبيقا الا في عدد محدود من الدول ، بل انها حتى في
هذه الدول لم تصادف في غير سويسرا انجاسا يذكر «(١)» . أما رقابة الامتناع
فقد كفلت لها مزاياها تطبيقا واسعا حتى في الدول التي لم يصرح المشرع فيها
بحق المحاكم في رقابة الدستورية «(٢)» .

(١) أنظر بيردو المرجع السابق ص ٦٦ .

(٢) راجع ص ١٦٠ من هذا الكتاب .

الفصل الثالث

الدساتير

تعريف الدستور وعلاقته بالقانون الدستوري

تتداخل الاصطلاحات الدستورية تداخلا كبيرا في مدلولاتها ولا سيما في اللغة العربية . ويبدو هذا التداخل جليا بين اصطلاحى « الدستور » و « القانون الدستوري » حتى أن بعض الكتاب اعتبرهما مترادفين «^١» . وحاول البعض الآخر التمييز بين الاصطلاحين المتقدمين ذاكرا أنه « يجب ألا يخلط بين الاثنين : فالقانون الدستوري هو ذلك العلم أو ذلك النوع من فروع القانون العام الداخلى الذى يبين نظام الحكم ... أما الدستور فهو عبارة عن متن (code) الذى يشمل جميع أحكامه المدونة » «^٢» . وفى رأينا أن الاصطلاحين المتقدمين ليسا مترادفين كما يستفاد من كتابات البعض ، وهما وان كانا متمايزين الا أن التمييز بينهما ليس مرده الى الوجهة التى ذهب اليها البعض الآخر .

فاصطلاح القانون الدستوري بذاته لا ينصرف الى معنى العلم وانما الى

(١) انظر الاستاذين وحيد رافت ووايت ابراهيم المرجع السابق ص ٣ .

(٢) انظر مذكرات الدكتور عبد الحميد متولى المرجع السابق ص ٨ .

هذا ولم نجد أية محاولة لتحديد مدلول الاصطلاحين المتقدمين من جانب الكتاب المصريين الآخرين .

معنى الفرع من فروع القانون • والقانون الدستوري بهذا الوصف يتداخل مع الدستور بل ويثبت وصفه نسبة اليه • ولقد سبق أن بينا تفصيلا اعتبارات التي تؤثر في تعريف القانون الدستوري وخلصنا الى أن خير ما يعرف به هو أنه مجموعة القواعد التي تنظم علاقة الدولة بالفرد من الناحية السياسية أى التي تحدد التنظيم السياسى فى دولة ما «١» • وهذا هو نفس تعريف الدستور من الناحية الموضوعية • فالقانون الدستوري والدستور اذن يتفقان من حيث الموضوع مع فارق جرى به الاستعمال الاصطلاحي • ويتمثل هذا الفارق فى أن القانون الدستوري يقصد به القواعد المستخلصة من التنظيمات السياسية فى مختلف الدول أى أنه يتجه الى الناحية المقارنة ، أما الدستور فان استعماله ينصرف عادة الى التنظيم السياسى فى دولة بالذات أى أنه يتجه الى الناحية التطبيقية فيقال الدستور الانجليزى أو الفرنسى مثلا •

على أن التمايز بين القانون الدستوري والدستور يتضح بصورة أوفى اذا نظرنا الى الاخير من الناحية الشكلية • فهو من هذه الناحية عبارة عن الوثيقة أو الوثائق التى تصدر بصفة رسمية من السلطة التأسيسية (٢) • ولئن كان الغالب من الامر أن تحرص الوثيقة الدستورية على شمول المسائل الدستورية ، الا أنه من المتصور أن يتم تنظيم هذه المسائل عن طريق المشرع العادى أو العرف أو القضاء كما أنه من المتصور أن تشتمل الوثيقة

(١) راجع ص ٤٠ وما بعدها من هذا الكتاب •

(٢) اقتصر الدكتور متولى فى صدد المقارنة بين الدستور والقانون الدستوري السابق بيانها على ذكر هذه الناحية مع أن للدستور مدولا آخر من الناحية الموضوعية لم يتعرض له •

الدستورية على مسائل ليست دستورية من حيث الموضوع «١» .
وهكذا يبدو أن مدلول الدستور يختلف تبعاً للوجهة التي ينظر إليه
منها . فهو من الناحية الموضوعية يتفق مع القانون الدستوري وإن كان
بحسب الاستعمال الاصطلاحي أضيق منه مجالا ، وهو من الناحية الشكلية
يعتبر أحد مصادر القانون الدستوري وإن كان أهم تلك المصادر «٢» .

والآن وقد عرفنا الدستور وبيننا علاقته بالقانون الدستوري يجدر بنا
أن نستكمل البحث فيه على النحو الذي يلي :

البحث الأول - أنواع الدساتير

البحث الثاني - نشأة الدساتير ونهايتها .

البحث الأول

أنواع الدساتير

تختلف الدساتير تبعاً للوجهة التي ينظر إليها منها . فهي من حيث المصدر
تنقسم إلى دساتير مدونة وغير مدونة ، وهي من حيث كيفية التعديل تنقسم
إلى دساتير مرنة وجامدة .

أولاً - من حيث المصدر

الدساتير المدونة وغير المدونة

يجرى الكتاب في تقسيمهم للدساتير من هذه الوجهة على ذكر الدساتير المدونة

(١) راجع ص ٤٣ (وهامش ٢) من هذا الكتاب .

(٢) راجع ص ١٠٧ وما بعدها من هذا الكتاب .

constitutions écrites والدساتير العرفية constitutions coutumières. ونحن تفضل تقسيم الدساتير الى مدونة written و écrites وغير مدونة unwritten و non écrites، ووجه تفضيلنا لاصطلاح الدساتير غير المدونة أنه يتسع لشمول المصادر غير التشريعية سواء تمثلت في العرف أو في القضاء. ومناطق هذا التقسيم هو التدوين. ولقد أشرنا في أكثر من موضع «^١» الى أن تدوين القاعدة القانونية قد يقصد به أحد معنيين: أما مجرد تسجيلها في وثيقة مكتوبة، أو تسجيلها في وثيقة رسمية من سلطة مختصة بسنها. والمقصود في هذا التقسيم التدوين بالمعنى الفني أو الرسمي.

فالدستور يعتبر مدونا اذا كان مسنونا أى اذا صدر في شكل وثيقة أو عدة وثائق رسمية من المشرع الدستوري، ويعتبر غير مدون اذا استمد أحكامه من غير طريق التشريع. ولئن كان أهم مصدر غير تشريعي هو العرف «^٢» الا أن للقضاء دورا محققا في الدول ذات النزعة الانجلو سكسونية «^٣».

تقدير هذا التقسيم

تقسيم الدساتير الى مدونة وغير مدونة تقسيم نسبي بحث. فما من دستور الا ويشمل أحكاما مسنونة وأخرى غير مسنونة. وليس أدل على

(١) راجع ص ص ٩٨ و ١٠٧ (هامش) من هذا الكتاب.

(٢) سبق أن أوضحنا الفرق بين العرف والعادة وبين أن العرف وحده هو الذي يعتبر مصدرا للقانون - راجع ص ص ٦٧ و ٧٩ وما بعدها من هذا الكتاب. على أن بعض المؤلفات الدستورية تعوزها الدقة عند الكلام عن الدستور غير المدون إذ تذكر العادة كمرادف للعرف - انظر الاستاذين عبد السلام ذهني ووايت أبراهيم المرجع السابق الصفحة الاولى من الرسالة الثانية، والاستاذين وحيد رافت ووايت أبراهيم المرجع السابق ص ٤، والدكتور السيد صبرى المرجع السابق ص ٢٢٠.

(٣) راجع ص ص ٦٣ - ٦٦ من هذا الكتاب.

ذلك من جهة أن الدستور الانجليزي الذي يعتبر المثل التقليدي للدستور غير المدون يشمل وثائق رسمية لها أهميتها كالعهد الاعظم Magna Charta سنة ١٢١٥ ، وملتمس الحقوق Petition of Right سنة ١٦٢٨ ، ومشروع الحقوق Bill of Rights سنة ١٦٨٩ ، وقانون توارث العرش Act of Settlement سنة ١٧٠١ ، وقانون البرلمان Parliament Act سنة ١٩١١ . وليس يغنى من جهة أخرى في مسيرة التطور أن يسن دستور وان فصلت أحكامه اذ لا تلبث الحاجة أن تهيبء المجال لعرف يفسره أو يكمله أو يعدله حسب المقتضى ، وهذا ما تقطع به التجربة في مختلف الدول «١» . وعلى هذا النحو لا ينبغي أن يفهم التدوين على أنه وصف للدستور بتمامه وانما باعتباره وصفا للعنصر الغالب في أحكام الدستور .

ولقد كان لهذا التقسيم أهميته قديما عندما كانت لا تزال معظم الدساتير غير مدونة . فالاصل في القوانين جميعا أنها كانت تستمد أحكامها من العرف ثم كان أن جاء التشريع وبرزت أهميته بالتدريج حتى أضحت له الصدارة بين مصادر القانون . وفي خلال هذا التطور كان طبيعيا أن يختلف الرأي بين مدافع عن العرف ومجذب للتشريع . ولعل من أبرز المناقشات التي عرفت في هذا الصدد تلك التي أثارها الفلاسفة في فرنسا في القرن الثامن عشر «٢» . ولقد

(١) راجع ص ٨٥ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٢) يقول Payne في تأييد التدوين

« Une constitution n'existe que quand on peut la mettre dans sa poche ».

ويقول de Bonald في انتقاد التدوين

« On ne peut pas écrire la constitution, car la constitution est existence et nature. Et l'on ne peut écrire ni l'existence ni la nature: écrire la constitution, c'est la renverser ».

ويقول de Maistre في صدد انتقاد التدوين

« L'attitude la plus sage consiste à vivre selon les règles qui sont traditionnellement établies dans la société sans chercher à en préciser le sens dans un document écrit ».

راجع مطول بيردو في الفقه السياسي المرجع السابق ص ١٥ - ١٦ (وهامش ٢) .

دعا معظمهم الى التدوين استنادا الى اعتبارات بالغوا في أهميتها وهي ثلاثة :
أن الدستور المدون أسمى من الدستور العرفي ، وأن تدوين الدستور هو
بمثابة تجديد للعقد الاجتماعى الذى اعتبره روسو أساسا لممارسة السيادة،
وأن الدستور المدون أداة من أدوات التربية السياسية اذ أنه ييصر الافراد
بحقوقهم وييسر لهم الوقوف على مدى التزام الحكام للحدود المرسومة في
وضوح لاختصاصاتهم «١» .

على أنه منذ أن استقلت الولايات الامريكية وأصدرت دساتيرها المدونة
سنة ١٧٧٦ ومن ثم دستورها الاتحادى سنة ١٧٨٩ «٢» ، حذت الدول
الاخري حذوها في تدوين دساتيرها «٣» .

ولم يعد من بين الدول سوى انجلترا التى يمكن أن يوصف دستورها بأنه
غير مرن «٤» . ومن هنا يتضح كيف أن تقسيم الدساتير الى مدونة وغير مدونة

(١) انظر Esmein المرجع السابق الجزء الاول ص ص ٦٠٢ - ٦٠٣ .

أما أن هذه الاعتبارات مبالغ في أهميتها فلانه من الثابت بالتجربة أن العبرة
في بقاء الدستور أو صيانتة ليست بتدوينه وانما بحرص الافراد عليه وتعلقهم
به . وليس ادل على ذلك من أن الدستور الانجليزى وان كان غير مدون لايزال
قائما وقويا بينما عصفت الاحداث بكثير من الدساتير الفرنسية المدونة - انظر
ايضا ص ص ٢٠٣-٢٠٥ من هذا الكتاب .

(٢) وضع مشروع هذا الدستور مؤتمر فيلادلفيا سنة ١٧٨٧ ولكنه
لم يعمل به الا بعد موافقة الولايات عليه سنة ١٧٨٩ .

(٣) كانت فرنسا من أولى الدول التى أخذت بالتدوين في دستورها الصادر
بعد الثورة في ٣ سبتمبر سنة ١٧٩١ . وقد حافظت على التدوين في دساتيرها
منذ ذلك التاريخ .

(٤) تشير بعض المؤلفات الدستورية الى أن الدستور المجرى يعتبر دستورا
غير مرن - انظر Esmein المرجع السابق الجزء الاول ص ٦٠٦ ، والاستاذين
عبد السلام ذهني ووايت ابراهيم المرجع السابق ص ٢ من الرسالة الثانية ،
والدكتور عثمان خليل المبادئ الدستورية العامة سنة ١٩٤٣ ص ١٤٦ .

على أن هذا الاستشهاد لم يعد له محل منذ أن صدر الدستور المجرى
المدون في ١٨ أغسطس سنة ١٩٤٩ - انظر مجموعة الدساتير الاوروبية المرجع
السابق الجزء الثانى ص ٤٥٦ .

قد تضاعفت أهميته الى حد كبير وخاصة اذا راعينا أن التشريع ضرورة من ضرورات المجتمع الحديث وأن الالتجاء اليه يزداد بصورة مطردة حتى في انجلترا ذاتها «١» .

ثانياً - من حيث كيفية التعديل

الدساتير المرنة والجامدة

الدستور المرن constitution souple «٢» هو ذلك الذي لا يتطلب اجراءات خاصة في تعديله «٣» بحيث لا يكون ثمة فارق من الناحية القانونية بينه وبين القانون العادي في هذا الصدد .

أما الدستور الجامد constitution rigide «٤» فهو ذلك الذي يتطلب في تعديله تنظيماً أشد من التنظيم المقرر بالنسبة للقوانين العادية . ويهدف واضعو أى دستور من جعله جامداً الى كفالة نوع من الثبات لاحكامه . والمفروض أنهم يصلون الى تحقيق هذا الهدف عن طريق اشتراط تنظيم

(١) راجع ص ص ١٠٩ - ١١٠ من هذا الكتاب .

(٢) ويقابله الاصلاح الانجليزي flexible constitution

(٣) التعديل بالمعنى الواسع يشمل أى تغيير فى الدستور سواء انصرف اثره الى وضع حكم جديد بالنسبة لموضوع لم يسبق للدستور تنظيمه ، أو انصرف اثره الى تغيير الاحكام الدستورية المنظمة لموضوع ما بالاضافة أو بالحذف .

وهذا المعنى الواسع للتعديل هو الذى نقصده بضدد التمييز بين الدساتير المرنة والجامدة ، وقد سبق أن اشرنا اليه فى مواضع مختلفة من هذا الكتاب اما بصفة اجمالية كما فى ص ١١١ أو بصفة تفصيلية كما فى ص ١٧٦ . على أنه يكون من المفيد أحيانا أن نقصد بالتعديل معنى أضيق وذلك لتيسير فهم بعض الموضوعات كما هو الشأن فى تحديد أثر العرف بالنسبة للدستور - راجع التمييز بين العرف المكمل والعرف المعدل ص ٨٦ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٤) ويقابله الاصطلاح الانجليزي rigid constitution

خاص يجعل تعديل الدستور عسيرا • وكلما رغب واضعو الدستور في تحقيق قدر أوفى من الثبات عمدوا الى التشدد في شروط التنظيم المذكور • وأفضى هذا المسلك بالكثيرين الى حظر تعديل الدساتير واعتبار ذلك الحظر خير ضمان لاستقرارها •

علاقة هذا التقسيم بتقسيم الدساتير الى مدونة وغير مدونة

ظاهر مما تقدم أن تقسيم الدساتير الى مرنة وجامدة مرده الى الكيفية التي يمكن أن تتعدل بها • فبينما الدستور الجامد يشترط تنظيما خاصا يتمثل اما في حظر التعديل أو في اجازته بشروط خاصة تختلف عن شروط تعديل القانون العادي ، نجد أن الدستور المرن يورد تنظيما موحدا يمكن أن تتعدل بمقتضاه جميع القوانين سواء أكانت قوانين دستورية أم قوانين عادية من حيث موضوعها « ١ » •

ولقد سبق أن بينا أن مناط تقسيم الدساتير الى مدونة وغير مدونة هو التدوين • فالدستور المدون هو الذي تكون معظم أحكامه مسنونة أى صادرة في شكل وثيقة أو عدة وثائق رسمية من المشرع الدستوري ، بينما الدستور غير المدون هو الذي يستمد معظم أحكامه من غير طريق التشريع ولا سيما من العرف •

ويجنح بعض الكتاب الى الخلط بين التقسيمين المذكورين اذ ينظرون اليهما على أنهما مترادفان أو على الاقل يرتبون بعض النتائج بافتراض أنهما مترادفان • ففي نظر هؤلاء يكون كل دستور مدون جامدا ، وكل

(١) ينعدم أى مميز شكلى في ظل الدستور المرن بين القوانين الدستورية والعادية ، ولا يكون ثمة سبيل الى التمييز بينها الا بالنظر الى المسائل او الموضوعات التي تنظمها •

دستور غير مدون مرنا «١» .

وليس ثمة ما يبرر هذا الخلط . فلئن كان التدوين يفسح المجال للجمود
الا أن المشرع الدستوري قد يؤثر عند تدوين الدستور أن يجعله مرنا كما
كان الشأن بالنسبة لدستوري فرنسا سنة ١٨١٤ وسنة ١٨٣٠ ، ودستور
إيطاليا لسنة ١٨٤٨ الذي استمر معمولاً به حتى نهاية الحرب العالمية الأخيرة،
ودستوري الاتحاد السوفييتي لسنة ١٩١٨ وإيرلندا الحرة لسنة ١٩٢٢ «٢» .
ولئن كان استناد الدساتير غير المدونة الى العرف أساساً يطبعها بطابعه
المرن ويبعد بها عن الخوض في الشروط أو التنظيمات التي تقتضيها فكرة
الجمود ، الا أنه وجد بالفعل أكثر من دستور غير مدون كان جامداً في
الوقت ذاته . ففي المدن اليونانية القديمة وجدت تفرقة بين القوانين العادية
وطوائف أخرى من القوانين مثل « القوانين الدائمة permanent laws »
و « قوانين المدينة laws of the city » ، وكان يشترط في تعديل
القوانين الأخيرة شروط خاصة واجراءات أكثر أهمية «٣» . وفي
ظل الملكية المطلقة في فرنسا وجدت « القوانين الأساسية
للمملكة les lois fondamentales du royaume »

(١) انظر مثلاً A grammar of politics - Laski الطبعة الرابعة سنة ١٩٥٠ .
ص ٣٠٥ حيث يعبر عن الدستور الجامد بالدستور المدون ، C. & H. Phillips ،
المرجع السابق ص ٨ حيث يذهب الى أن ،

«all unwritten constitutions are flexible»

والدكتور عثمان خليل - المبادئ الدستورية العامة سنة ١٩٤٣ ص ١٥١
حيث يذكر أنه « ولاشك أن أقرب الدساتير الى صفة المرونة هذه هي الدساتير
العرفية أي غير المسطورة لأنها كما نشأت بطريق العرف فان العرف هو الذي
يتولى تعديلها على ممر الزمان وإذا أراد المشرع التعرض لادخال تعديل عليها
كان ذلك بنفس الاجراءات التشريعية المعتادة . وعليه فالدساتير غير المسطورة
دساتير مرنة » .

(٢) لم تتطلب هذه الدساتير جميعاً أي تنظيم خاص لتعديلها - انظر
لافاريير المرجع السابق ص ٢٨٣ .

(٣) انظر المرجعين التاليين :

Bryce — Modern democracies, vol. II London 1929, p. 430.

Sait — Political institutions, New York 1938, p. 331 (note 3).

التى لم يكن يكفى لتعديلها موافقة السلطة التشريعية العادية
المتتمثلة فى شخص الملك وانما كان يلزم لذلك أيضا موافقة الهيئة النيابية
المسماة «les Etats Généraux» «١» .

يخلص مما سبق أن الدستور المدون يمكن أن يكون مرنا كما أن
الدستور غير المدون يمكن أن يكون جامدا . على أنه بالنظر الى الواقع
نجد أن الدساتير جميعا قد أضحت فيما عدا الدستور الانجليزى «٢»
دساتير مدونة ، وأن الغالبية العظمى من هذه الدساتير جامدة .

ويلاحظ الاستاذ Gilchrist «٣» بحق « أن الدساتير الجامدة تنتشر
على حساب الدساتير المرنة . فمنذ سنوات متعددة لم يوجد أى دستور مرن
بينما حلت دساتير جامدة محل دساتير مرنة » .

(١) يذهب الدكتور عبد الحميد متولى فى المرجع السابق ص ١٤٧ الى أن
الدستور غير المدون يمكن أن يكون جامدا ولكنه يضيف « ولقد ذكر لنا
الاستاذ لافاريير مثالا وحيدا (لانعرف سواء سواء فى الحاضر أو فى الماضى)
وهو مثال القوانين الاساسية للمملكة » .

ولنا على هذه العبارة ملاحظتان :

أولا - أن لافاريير لم يقطع بأن المثل المتقدم هو المثل الوحيد للدستور غير
المدون الجامد .
ثانيا - أنه وجدت بالفعل دساتير غير مدونة وجامدة فى المدن اليونانية
القديمة على ما تقدم البيان .

(٢) الدستور الانجليزى غير مدون ومرن . ويوضح الاستاذ Marriott
هذه المرونة فى مؤلفه English political institutions الطبعة الرابعة سنة
١٩٤٨ ص ٢٠ - فيذكر أنه :

«Under the English Constitution there would be no greater
difficulty, in a formal and legal sense, in decreeing the abolition
of the House of Lords or the House of Commons, than in pro-
curing an Act for the construction of a tramway between Oxford
and Reading».

(٣) Principles of political science الطبعة السادسة سنة ١٩٤٥
ص ٢١٥ .

أنواع الدساتير الجامدة

بينما فيما سبق أن الدساتير الجامدة وإن تنوعت تهدف إلى أحد أمرين :
أما حظر تعديل الدستور ، وأما إجازته بشروط خاصة .

أولا - الدساتير التي تحظر التعديل

ليس من المألوف أن يعتمد واضعو الدساتير إلى حظر تعديلها حظرا مطلقا من كل قيد ، وإنما يلجأون عادة إلى نوعين من الحظر : الحظر الزمني ، والحظر الموضوعي .

أما الحظر الزمني فيقصد به حماية الدستور فترة معينة من الزمن . وقد يهدف هذا الحظر إلى ضمان نفاذ أحكام الدستور كلها أو بعضها فترة تكفي لتثبيتها قبل أن يسمح باقتراح تعديلها . ومن الدساتير التي أخذت بهذه الصورة دستور الاتحاد الأمريكي الصادر سنة ١٧٨٩ والذي حظر تعديل بعض أحكامه قبل ١٨٠٨ «١» ، والدستور الفرنسي لسنة ١٧٩١ الذي حظر تعديل أحكامه على برلمانيين متعاقبين أي لمدة أربع سنوات فضلا عما تطلبه من إجراءات لا مكان تعديله بعد تلك المدة كانت تؤدي إلى حظر التعديل قبل انقضاء ست سنوات أخرى «٢» ، دستور باراجواي لسنة ١٨٧٠ الذي حظر تعديله لمدة خمس سنوات من تاريخ صدوره «٣» ، ودستور اكوادور لسنة ١٩٢٩ الذي نص على حظر مماثل لمدة أربع سنوات «٤» .

(١) راجع ص ١٣٢ (هامش ١) من هذا الكتاب .

(٢) لافاريير المرجع السابق ص ص ٢٩٠ - ٢٩١ ، وبرتلمي ودويز المرجع السابق ص ص ٢٣١ - ٢٣٢ .

(٣) المادة ١٢٢ - مجموعة الدساتير الحديثة المرجع السابق الجزء الرابع ص ٢٨٢ .

(٤) المادة ١٦٤ ص ١٨٥ من المرجع السابق .

وقد يهدف الحظر الزمني الى ضمان تفاعل أحكام الدستور فترات معينة لا يسمح خلالها بتعديله كما هو الشأن بالنسبة لدستور البرتغال لسنة ١٩٣٣ الذي لم يجز تعديله الا في نهاية أجل دوري يتراوح بين خمس وعشر سنوات على حسب الاحوال «١»، والدستور الفرنسي لسنة ١٩٤٦ الذي حظر تعديله طالما أن قوات أجنبية تحتل اقليم الدولة أو جزء منه «٢» .

اما الحظر الموضوعي فيقصد به حماية أحكام معينة في الدستور على نحو يحول دون تعديلها أصلا . ويتقرر هذا الحظر عادة بالنسبة للاحكام الجوهرية في الدستور ولا سيما ما يتصل منها بنظام الحكم المقرر .

ونذكر من الدساتير التي أخذت بالحظر لموضوعي : التشريع الدستوري الفرنسي الصادر في ٢٥ فبراير سنة ١٨٧٥ ويقضي في المادة الثامنة منه - وفقا للفقرة المضافة اليها بتاريخ ١٤ أغسطس سنة ١٨٨٤ - بأنه « لا يجوز أن يكون شكل الحكومة الجمهوري محلا للتعديل » ، والدستور النرويجي الذي ينص على أنه « لا يجوز أن تتعارض التعديلات مع مبادئ الدستور الحالي أو أن تنافي روحه » «٣» ، ودستور البرتغال لسنة ١٩١١ الذي يحظر تعديل شكل الحكومة الجمهوري (المادة ٨٢) ، والدستور المصري لسنة ١٩٢٣ الذي يحظر تعديل الاحكام الخاصة بشكل الحكومة النيابي البرلماني

(١) Liet - Veaux المرجع السابق ص ١٦٣ .

(٢) المادة ٩٤ - مجموعة الدساتير الاوربية المرجع السابق الجزء الثاني ص ٤٣٩ . وانظر أيضا برتلبي ودوين المرجع السابق ص ٢٣٢ حيث يشير الى بعض الدساتير التي تحظر تعديلها في أثناء الوصاية على ملك قاصر بقصد حماية النظام الملكي كاللستور البلجيكي لسنة ١٨٣١ (المادة ٨٤) ودستور رومانيا لسنة ١٨٨٦ (المادة ٩٠)

(٣) المادة ١١٢ وفقا للتشريع الصادر بتاريخ ١٦ يوليو ١٩٠٧ - انظر مطول بريدو في الفقه السياسي المرجع السابق الجزء الثالث ص ٢٥٣ - ٢٥٦ ، ولافايرير المرجع السابق ص ٢٨٩ - ٢٩٠ ، وبرتلبي ودوين المرجع السابق ص ٢٣١ .

ونظام وراثة العرش ومبادئ الحرية والمساواة (المادة ١٥٦) ، ودستور اليونان لسنة ١٩٢٧ الذى لايجيز التعديل الا بالنسبة « لاحكامه غير الجوهرية » (المادة ١٢٥) ، والدستور الايطالى لسنة ١٩٤٧ الذى يحظر تعديل شكل الحكومة الجمهورى (المادة ١٣٩) « ١ » .

ثانيا - الدساتير التى تجيز التعديل بشروط خاصة

تختلف الدساتير اختلافا كبيرا فيما تورده من تنظيمات بشأن كيفية تعديلها . ومرد هذا الاختلاف الى اعتبارات شتى أهمها الاعتبارات السياسية والفنية .

وتتمثل الاعتبارات السياسية فى أن التنظيم المقرر لتعديل الدستور لا بد وأن يرعى جانب السلطات التى يقوم عليها نظام الحكم . فالتنظيم الذى يتقرر لتعديل الدستور يجب أن يرعى فى النظام الديموقراطى شبه المباشر مثلا الشعب والبرلمان ، وفى النظام البرلمانى الحكومة والبرلمان ، وفى الدولة التى تتكون على شكل اتحاد الولايات الاعضاء فى الاتحاد . وتتمثل الاعتبارات الفنية فى أساليب الصياغة التى يأخذ بها واضعو الدساتير . ويتضح أثر هذه الاساليب فى ناحيتين :

أولا - اشتراط التماثل فى الاوضاع القانونية بين نشأة الدستور وتعديله قد يفضى الى التشدد فى اجراء التعديل « ٢ » . وبيانا لذلك نذكر أنه حيث ينشأ دستور مثلا عن طريق هيئة خاصة تنتخب لهذا الغرض يكون اشتراط الاسلوب ذاته لتعديل الدستور أبعد عن التيسير مما لو جعل أمر

(١) مجموعة الدساتير الاوروبية المرجع السابق الجزء الثانى ص ٥٢٧ .

(٢) le principe du parallélisme des formes

تعديله في يد البرلمان بشروط خاصة «١» .

ثانيا - الاقتصار على تنظيم الاسس الجوهرية في الدستور يحدو بوضعيته الى التشدد في اجراءات تعديله ، بينما ايراد التفصيلات في الدستور يجعلهم أميل الى التيسير في تعديله «٢» .

وازاء الاختلاف الشديد بين الدساتير الجامدة في التنظيمات الخاصة بتعديلها ، يحسن أن نحدد المراحل التي يمر بها أى تعديل دستوري ثم نبين أبرز الاتجاهات التي صدرت عنها الدساتير الجامدة في كيفية تنظيمها .

ويمكن أن نقسم المراحل التي يمر بها التعديل الدستوري الى أربع رئيسية: اقتراح التعديل ، وتقرير مبدأ التعديل ، واعداد التعديل ، وقراره نهائيا .

اقتراح التعديل : قد يتقرر حق اقتراح تعديل الدستور للحكومة وحدها ، أو للبرلمان وحده ، أو لكليهما معا ، أو لكل من البرلمان والشعب «٣» .
لتعديل الدستور الا اذا أخذت بها الحكومة «١» .

ويتقرر هذا الحق للحكومة وحدها في ظل الدساتير التي تحقق السيطرة للسلطة التنفيذية كما كان الشأن بالنسبة لدستور سنة ١٨٥٢ الفرنسي الذي

(١) وبيانا لذلك أيضا نذكر أن دساتير فرنسا لسنة ١٧٩٣ والسنة الثالثة (الاعلان الجمهورية) لسنة ١٨٤٨ وضعت عن طريق هيئات انتخبت لهذا الغرض واشترطت لتعديلها انتخاب هيئات مماثلة تقتصر مهمتها على الفصل في أمر التعديل الذي دعي للنظر فيه .

على أن دستوري سنة ١٧٩٣ والسنة الثالثة اشترطا فضلا عن انتخاب هيئة لاجراء التعديل اقرار الشعب له عن طريق الاستفتاء ، ومن ثم لم يكن جائزا اعتبار أى تعديل لهما نهائيا الا اذا أقره الشعب بطريق الاستفتاء - انظر لافاريير المرجع السابق ص ص ٢٩٦ - ٢٩٧

(٢) مطول بيردو المرجع السابق الجزء الثالث ص ص ٢٦٧ - ٢٧٠ ، و Sait المرجع السابق ص ٣٣٧ .

(٣) انظر مطول بيردو المرجع السابق الجزء الثالث ص ص ٢٧١ - ٢٧٣ ، ولافاريير المرجع السابق ص ص ٢٩٣ - ٢٩٥ .

قضى في المادة ٥١ منه ألا يعتد بالاقترحات المقدمة من جانب مجلس الشيوخ
لتعديل الدستور الا اذا أخذت بها الحكومة «١» .

وكانت معظم الدساتير قديما تخص الحكومة وحدها بحق الاقتراح
الدستوري ولكن الكثير منها عدل عن هذا المسلك على أثر انتشار الافكار
الديموقراطية . ومن الامثلة القليلة للدساتير الحديثة التي أصرت على تقرير
حق الاقتراح الدستوري للحكومة وحدها دستور البرتغال لسنة ١٩٣٣
(المادة ١٣٥) ، ودستور رومانيا لسنة ١٩٣٨ (المادة ٩٧) ، ودستور اليابان
لسنة ١٩٤٦ (المادة ٧٢) .

ويتقرر حق الاقتراح الدستوري للبرلمان وحده في ظل الدساتير التي
تحقق السيطرة للسلطة التشريعية أو على الأقل تجعلها صاحبة الولاية العامة
في المجال التشريعي . وهذا هو الشأن بالنسبة لدستور الولايات المتحدة
الامريكية (المادة الخامسة) ، ودساتير كثير من دول أمريكا اللاتينية مثل
الارجنتين (المادة ٣٠) وشيلي (المادة ١٠٨) وكولومبيا (المادة ٢٠٩) واكوادور
(المادة ١٦٤) وباراجواي (المادة ١٢٣) وأوروغواي (المادة ١٧٧) وقزويلا
(المادة ١٢٣) «٢» ودستور الاتحاد السوفييتي (المادة ١٤٦) «٣» ، ودستور
أيرلندا الحرة لسنة ١٩٣٧ (المادة ٤٦) «٤» ، ودستور الصين لسنة ١٩٤٧
(المادة ١٧٤) .

ويتقرر حق الاقتراح الدستوري لكل من الحكومة والبرلمان في ظل

(١) راجع ما سبق أن ذكرناه بشأن مجلس الشيوخ في ظل دستور سنة
١٨٥٢ ص ١١٧ من هذا الكتاب .

(٢) مجموعة الدساتير الحديثة المرجع السابق الجزء الرابع ص ص ١١ ،
١٠٤ ، ١٣٤ ، ١٨٥ ، ١٨٢ ، ٣٦٥ .

(٣) مجموعة الدساتير الأوروبية الجزء الثاني ص ٨٠ .

(٤) ص ٤٩٤ من المرجع السابق .

الدساتير التي تعمل على تحقيق التعاون بين السلطتين التنفيذية والتشريعية .
وهذا هو المسلك الذي تأخذ به أغلب الدساتير مثل دساتير فرنسا لسنة
١٨٧٥ (المادة الثامنة) وتشيكوسلوفاكيا لسنة ١٩٢٠ (المادة ٤١) واسبانيا
لسنة ١٩٣١ (المادة ١٢٥) وبولندا لسنة ١٩٣٥ (المادة ٨٠) ، وهولندا (المادتان
١١٢ و ٢٠٣) « ١ » وبلجيكا (المادة ١٣١) « ٢ » وبلغاريا (المادة ٩٩) « ٣ »
ورومانيا (المادة ١٠٣) « ٤ » .

ويتقرر حق الاقتراح الدستوري للشعب فضلا عن البرلمان في ظل
الدساتير التي تشرك الشعب في سلطات الحكم . وهذا هو أكثر المسالك
ديموقراطية وقد أخذت به دساتير معظم الولايات في الاتحادين الأمريكى
والسويسرى ، وأكثر الدساتير التي وضعت بعد الحرب العالمية الاولى مثل
دساتير فيمر لسنة ١٩١٩ (المادتان ٧٣ و ٧٦) وأستونيا لسنة ١٩٢٠ (المادة
٨٦) ولتوانيا لسنة ١٩٢٨ (المادة ١٠٣) ، ودستور ايطاليا لسنة ١٩٤٧
(المادة ٧١) « ٥ » .

تقرير مبدأ التعديل : السائد بين الدساتير أن يخول البرلمان سلطة الفصل
فيما اذا كان هناك محل لتعديل الدستور . ولهذا المسلك ما يبرره لان
البرلمان يمثل الامة وهو بهذا الوصف أكثر السلطات صلاحية للفصل في
ضرورة التعديل . ونذكر من الدساتير التي جعلت للبرلمان هذا الحق دساتير
فرنسا لسنة ١٧٩١ وللجنة الثالثة (لاعلان الجمهورية سنة ١٧٩٢) وللسنة

(١) مجموعة الدساتير الاوروبية المرجع السابق الجزء الثانى ص ص ٥٩٢
و ٦٠٣ .

(٢) المرجع السابق الجزء الاول ص ٣٤٨ .

(٣) المرجع السابق الجزء الاول ص ٣٦٦ .

(٤) المرجع السابق الجزء الثانى ص ٦٥٥ .

(٥) المرجع السابق الجزء الثانى ص ص ٥١٥ - ٥١٦ .

١٨٤٨ ولسنة ١٨٧٥ ولسنة ١٩٤٦ ، ومعظم الدساتير الاوروبية التي وضعت بعد الحرب العالمية الاولى ، ودساتير بلجيكا (المادة ١٣١) والدانيمرك (المادة ٩٤) والنرويج (المادة ١١٢) «١» وجميع دساتير الدول ذات النزعة الاشتراكية «٢» .

على أن بعض الدساتير تتطلب بالإضافة الى موافقة البرلمان على مبدأ التعديل موافقة الشعب كما هو الشأن بالنسبة الى دساتير معظم الولايات في الاتحادين الأمريكى والسويسرى «٣» .

اعداد التعديل : يجيز الدستور السويسرى للشعب - فضلا عن الجمعية الاتحادية - اعداد مشروع مبوب للتعديل الدستورى initiative formulée

وتطلبت بعض الدساتير انتخاب هيئة خاصة يعهد اليها بمهمة التعديل ، كما هو الشأن بالنسبة لدساتير فرنسا لسنة ١٧٩٣ ولسنة الثالثة ولسنة ١٨٤٨ ، ودساتير أغلب الولايات في الاتحادين الأمريكى والسويسرى .

على أن معظم الدساتير عهدت بمهمة التعديل الى البرلمان وان اشترطت فيه شروطا خاصة أهمها :

أولا - اجتماع مجلسى البرلمان فى شكل مؤتمر : كما هو الشأن بالنسبة لدساتير فرنسا لسنة ١٨٧٥ ، ورومانيا لسنة ١٩٢٣ (المادة ١٢٩) وشيلي

(١) انظر مجموعة الدساتير الاوروبية المرجع السابق الجزء الاول ص ص ٣٤٨ و ٣٦٧ ، والجزء الثانى ص ٥٧٧ .

(٢) مطول بيردو المرجع السابق الجزء الثالث ص ٢٧٣ .

(٣) وهذا هو ما أخذ به أيضا دستور لتوانيا لسنة ١٩٢٨ . فقد كان يقضى رغم موافقة البرلمان على مبدأ التعديل بضرورة عرض الامر على الشعب ليقول كلمته فى التعديل وذلك بناء على طلب رئيس الجمهورية أو خمسين ألفا من المواطنين - المرجع السابق ص ص ٢٧٣ و ٢٧٤ .

(المادة ١٠٨) « ١ » .

ثانيا - اشتراط نسبة خاصة في الحضور لصحة جلسات البرلمان أو في التصويت لصحة القرارات الصادرة منه أو في كليهما معا : كما هو الشأن بالنسبة لدساتير بعض دول أمريكا اللاتينية مثل كولومبيا (المادة ٢٠٩) والمكسيك (المادة ١٣٥) وبيرو (المادة ١٦٠) « ٢ » ، وكثير من دساتير الدول الأوروبية « ٣ » .

ثالثا - حل البرلمان واجراء الانتخابات لتشكيل برلمان جديد يتولى مهمة التعديل : كما هو الشأن بالنسبة الى دستورى رومانيا لسنة ١٩٢٣ (المادة ١٢٩) وأسبانيا لسنة ١٩٣١ (المادة ١٢٥) ، ودساتير النرويج (المادة ١١٢) وهولندا (المادة ٢٠٤) وبلجيكا (المادة ١٣١) والدانيمرك (المادة ٩٤) « ٤ » .

أقرار التعديل نهائيا : المشاهد في معظم الدساتير أنها تجعل نفس الهيئة المختصة باعداد التعديل الدستورى مختصة أيضا باقراره نهائيا . وهذه الهيئة تكون - على ما تقدم - اما هيئة تنتخب خصيصا لاداء المهمة الموكولة اليها ، واما البرلمان أى الهيئة التشريعية العادية مع تطلب شروط خاصة فيها - وهذا هو الوضع الغالب .

(١) المرجع السابق ص ٢٧٥ ، ومجموعة الدساتير الحديثة المرجع السابق الجزء الرابع ص ١٠٤ .

(٢) مجموعة الدساتير الحديثة المرجع السابق الجزء الرابع ص ص ١٣٤ و ٢٥٧ و ٣٠٧ .

(٣) مطول بيردو سالف الذكر ص ٢٧٦ .
(٤) أنظر مجموعة الدساتير الأوروبية المرجع السابق الجزء الثانى ص ص ٥٧٧ و ٦٠٣ ، والجزء الاول ص ص ٣٤٨ و ٣٧٦ .

هذا وتعهد بعض الدساتير باعداد التعديل الى الحكومة وحدها أو اليها بالاشتراك مع البرلمان كما هو الشأن بالنسبة الى دستورى البرتغال لسنة ١٩٣٣ (المادة ١٣٥) وبولندا لسنة ١٩٣٥ (م ٨٠) - أنظر مطول بيردو المرجع السابق الجزء الثالث ص ص ٢٧٤ - ٢٧٦ .

على أن بعض الدساتير تجعل سلطة اقرار التعديل في يد الشعب ومن ثم تشترط استطلاع رأيه عن طريق الاستفتاء التأسيسي أو الدستوري referendum constituent . وهذا هو الشأن بالنسبة لدستوري فرنسا لسنة ١٧٩٣ وللجنة الثالثة ، ودساتير معظم الولايات في الاتحادين الأمريكى والسويسرى «١» .

تقدير هذا التقسيم

ليس من شك في أن لتقسيم الدساتير الى مرنة وجامدة أهميته في مجال رقابة دستورية القوانين . فقد تقدم البيان «٢» أنه لا يتصور أن تنشأ الحاجة الى رقابة دستورية القوانين الا في ظل الدساتير الجامدة نظرا لوجود سلطتين حينئذ احدهما تأسيسية والاخرى تشريعية ، ووجود نوعين من القانون تبعا لذلك : قانون أعلى وهو الدستور ، وقانون أدنى وهو القانون العادى . أما في ظل الدساتير المنة فلا توجد الا سلطة واحدة تملك تعديل القوانين جميعا ، ويختفى تبعا لذلك أى مميز من حيث المرتبة بين الدستور والقانون العادى .

وليس من شك أيضا في أن لهذا التقسيم أهميته بالنسبة للباحث والمشرع على السواء . فهو يمكن الباحث من أن يقارن بين الدساتير من حيث التنظيمات التى توردها بشأن كيفية تعديلها ، كما يمكن المشرع من أن

(١) أنظر مطول بيردو المرجع السابق الجزء الثالث ص ٢٢٧ .

ويلاحظ أن الدولة المكونة على شكل اتحاد تحرص في دستورها عادة على أن تجعل سلطة اقرار التعديل في يد الولايات الاعضاء في الاتحاد كما هو الشأن بالنسبة لدستور الاتحاد الأمريكى الذى يشترط موافقة ثلاثة أرباع برلمانات الولايات أو موافقة ثلاثة أرباع مؤتمرات تدعى في الولايات خصيصا لهذا الغرض حسبما يقرره الكونجرس (المادة الخامسة) .

(٢) راجع ص ص ١١١ - ١١٣ من هذا الكتاب .

يختار من تلك التنظيمات ما يراه أكثر ملاءمة لاحوال بلاده على ضوء التجربة العملية .

على أن بعض الكتاب لا يقفون في بيان أهمية التقسيم المذكور عند هذا الحد ، بل يرتسون عليه نتائج قانونية وعملية لا يحتملها . فهم يعتقدون مقارنة بين الدستور المرن والدستور الجامد يصلون من ورائها الى أن لكل منهما في ذاته ميزة هي عيب الآخر . ومزية الدستور المرن هي سهولة تعديله التي تجعله أقرب الى مسايرة التطور وادعى الى تجنب الجماعة مخاطر العنف . على أن سهولة التعديل تعتبر عيبا في الدستور المرن لأنها قد تفقده مكانته في نفوس الافراد وتعجزه عن تحقيق أى قدر من الثبات لاحكامه . ومزية الدستور الجامد هي صعوبة تعديله التي تكفل له مكانة سامية في نفوس الافراد وتحقق لاحكامه أوفى قدر من الثبات . على أن صعوبة التعديل تعتبر عيبا في الدستور الجامد لأنها قد تقعد به عن مسايرة التطور وتحمل الجماعة على استخدام العنف « ١ » .

وليس يخفى ما في المقارنة المتقدمة من مبالغة واسراف . فالنتائج التي تنتهي اليها لا يعقل أن تترتب لمجرد كون الدستور مرنا أو جامدا ، وانما تتوقف على اعتبارات شتى يمكن أن ترد الى عاملين رئيسيين : التطور ، و ارادة الجماعة . فالتطور سنة طبيعية وحتمية تخضع لها الجماعات كما تخضع لها القوانين كافة سواء أكانت عادية أم دستورية . وليس يتصور أن مشرعا أيا كان يستطيع أن يسبق الزمن وأن يدخل في حسابانه تطورات لا سلطان له عليها ولا دخل لارادته فيها . وهكذا يكون تطور الدساتير أمرا لامناص منه طالما أن الجماعة التي تسعى تلك الدساتير الى تنظيم حاجاتها السياسية في

(١) أنظر على الاخص Sait المرجع السابق ص ٣٣٧ - ٣٤٠ ، و Gilchrist المرجع السابق ص ٢١١ - ٢١٣ ، و Esmein المرجع السابق الجزء الاول ص ٦١٧ - ٦١٨ .

تطور مستمر «١» . وإذا كان التطور عاملا حتميا فان ارادة الجماعة عامل اختياري . وما من جماعة الا ولها أهداف تعمل على تحقيقها . وهي ان اطمأنت الى دستورها حرصت عليه وحالت دون تعديله ولو كان مرنا ، وان لم ترض عنه سعت الى تعديله ولو كان جامدا .

ولعل خير ما يبرز هذه الحقائق أن تقابل بين الثبات الذي تميزت به الحياة الدستورية في إنجلترا بالرغم من مرونة دستورها ، وبين عدم الاستقرار الذي ساد الحياة الدستورية في فرنسا بالرغم من جمود معظم دساتيرها . بل انه يمكن في فرنسا ذاتها أن تقابل بين دستور سنة ١٧٩١ الذي لم يقو على الاستمرار عاما كاملا بالرغم من أنه لم يكن جائزا تعديله قبل انقضاء عشر سنوات «٢» ، وبين دستور سنة ١٨٧٥ (دستور الجمهورية الثالثة) الذي استمر معمولا به ٦٥ عاما بالرغم من عدم اشتماله على أى حظر زمنى «٣» .

يخلص مما تقدم أن تعديل أى دستور لا يتوقف على كونه مرنا أو جامدا وانما يتوقف أساسا على مدى اقتناع الجماعة بضرورة اجرائه في ظل التطورات التى تمر بها . وإذا ما استقرت الجماعة على ضرورة تعديل دستورها كان

(١) انظر لافاريير المرجع السابق ص ٢٨٨ ، ولابراديل المرجع السابق ص ١١٩ حيث يذكر بحق :

«Toutes les oeuvres de l'homme sont imparfaites; l'expérience aide à les corriger. Une constitution, même bien conçue, peut, dès l'application, laisser apparaître des défauts, auxquels on aperçoit, aisément, le remède. Le mouvement — évolution ou progrès — est la loi des sociétés humaines. Une constitution peut, à la longue, cesser de répondre au sentiment du peuple. Les générations se suivent, apportant des idées nouvelles».

(٢) انظر ص ١٩٤ من هذا الكتاب .

(٣) برتلمى ودوين المرجع السابق ص ٢٣٢

مآله حتما الى التعديل ولو تضمن نصوصا تحظر تعديله .

والحق ان النصوص التي تحظر التعديل لا تتنافى مع مقتضيات التطور فحسب وانما تجافى أيضا المبادئ القانونية المسلمة التي تقضى بأن السلطة التأسيسية في وقت معين — وهى السلطة صاحبة السيادة — لا تملك أن تقيد سلطة تأسيسية لاحقة لانها هى الاخرى تكون السلطة صاحبة السيادة .

فقى الدول ذات الانظمة الديمقراطية تعتبر الامة صاحبة السلطة التأسيسية الاصلية . وهى ان أنابت عنها هيئة ما لوضع دستورها أو تعديله أى جعلتها سلطة تأسيسية بالنيابة «^١» ، فانها لا يمكن أن تتقيد بما تضعه تلك السلطة من قيود خاصة بحظر تعديل الدستور «^٢» . وهذا ما أكدته دساتير الثورة الفرنسية . فقد أعلن دستور سنة ١٧٩١ « أن للامة حقا لا يسقط بمضى المدة في أن تغير دستورها » «^٣» ، كما نص اعلان حقوق الانسان لسنة ١٧٩٣ على أن « لكل شعب الحق دائما في أن يراجع دستوره وأن يصلحه ويغيره . ولا يملك جيل معين أن يخضع لقوانينه الاجيال التي تلى » «^٤» .

(١) اذا كان الدستور مما يجوز تعديله فان السلطة التي تملك التعديل تعتبر سلطة تأسيسية بالنيابة . أما اذا كان مما لايجوز تعديل بعض احكامه فان السلطة التي تملك تعديل الدستور لا تعتبر سلطة تأسيسية بالنسبة للاحكام المحظور تعديلها . فان كان الدستور مما لايجوز تعديل أى حكم من احكامه يفسر الحظر على أنه حرص من جانب الامة على أن تختص هى وحدها بتعديل الدستور .

(٢) راجع لافاريير المرجع السابق ص ٢٨٨ — ٢٩١ ، وبرتلمى ودويز المرجع السابق ص ٢٢٨ — ٢٣٢ ، وديفرچيه المرجع السابق ص ١٩٥ وثيدل المرجع السابق ص ١١٧

(٣)

«...la nation a le droit imprescriptible de changer la constitution». — titre VII, art. 1.

(٤)

«Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures». — art. 28.

المبحث الثاني

نشأة الدساتير ونهايتها

أولا - نشأة الدساتير

ينشأ الدستور «١» عن طريق السلطة التي تملك وضعه أى السلطة التأسيسية . ولما كانت السلطة التأسيسية تتوقف على نوع نظام الحكم الذى توجد فى ظله ، فإن الدساتير لا بد وأن تختلف من حيث نشأتها تبعاً لاختلاف أنظمة الحكم فيما تقرره بشأن تعيين السلطة التأسيسية فيها . بل انه على فرض تماثل نظامين للحكم بشأن تعيين السلطة التأسيسية ، فإن الدساتير يمكن أن تختلف من حيث نشأتها تبعاً لما تستقر عليه السلطة التأسيسية فى تقديرها بشأن الاسلوب الامثل لوضع الدستور .

وهكذا يتضح أن الاساليب التى تنشأ بها الدساتير يمكن أن تتنوع تبعاً لتنوع أنظمة الحكم وأن تتطور بتطورها . ولنلمس هذه الحقيقة من الاطلاع على الدساتير التى نشأت فى معظم الدول اذ نجد أنها تعكس فى نشأتها المراحل الرئيسية التى مرت بها أنظمة الحكم فى تلك الدول وهى :

المرحلة الاولى : وكان الملوك ينفردون فيها بالسلطة التأسيسية من الناحية القانونية . على أنهم ازاء الممسوه من تيارات خشوا منها على سلطانهم وجدوا أن من الانسب لهم أن يظهروا بمظهر المتفضلين على شعوبهم بدساتير تقيد من سلطاتهم لصالح تلك الشعوب . وهذا هو

(١) انظر فى نشأة الدساتير عموماً : لافاريير المرجع السابق ص ٢٧٤ - ٢٨١ ، ولابراديل المرجع السابق ص ١٠٠ - ١١٩ ، وبيردو المرجع السابق ص ٥٦ - ٥٨ ، وفيدل المرجع السابق ص ١١٤ - ١١٥ ، Liet - Veaux ، المرجع السابق ص ١٤٢ - ١٤٧ ، و - Précis de droit constitutionnel Barthélemy الطبعة الرابعة سنة ١٩٣٨ ص ١١٠ - ١١٢ .

الشأن بالنسبة لدساتير فرنسا لسنة ١٨١٤ وباثاريا لسنة ١٨١٨ وإيطاليا لسنة ١٨٤٨ واليابان لسنة ١٨٨٩ والروسيا لسنة ١٩٠٦ وموناكو لسنة ١٩١١ وأثيوبيا لسنة ١٩٣١ •

ودرج الكتاب على أن يطلقوا على الأسلوب الذي نشأت به الدساتير المتقدمة أسلوب المنحة Octroi. على أنه وإن كانت بعض هذه الدساتير قد نصت صراحة على أنها منح «١» إلا أنه يحسن في نظرنا عدم استعمال اصطلاح المنحة • فهذا الاصطلاح يفيد أن ثمة من يقدم منحة بمحض اختياره ويملك أن يرجع فيها حينما يشاء • والواقع أن الملوك ما أصدروا الدساتير المتقدمة اختيارا وإنما خشية أن يضطروا إلى إصدارها إن هم لم يفعلوا «٢» • أما عن أمر الغائهم لتلك الدساتير فقد كان مرهونا بالظروف أيضا لا باختيارهم • ومن عجب أن أغلب الكتاب الذين اعتبروا تلك الدساتير منحا أنكروا على الملوك حق الغائها «٣» • وأجهد هؤلاء أنفسهم في إيجاد تبرير يفسر عدم تمشيهم مع منطق المنحة فذهبوا إلى أن الدستور قد تعلق به حقوق الأمة منذ صدوره ، الأمر الذي يحول دون إمكان الغائه إلا بموافقتها •

المرحلة الثانية : وتبرز فيها جهود الشعب عن طريق هيئات تعمل باسمه في حمل الملوك على الاعتراف بحقه في مشاركتهم السلطة التأسيسية •

(١) مثل دساتير فرنسا واليابان وموناكو وأثيوبيا سالفه الذكر • ونورد فيمايلي نص الديباجة التي أصدر بها لويس الثامن عشر دستور ١٨١٤ الفرنسي :

«Avons fait volontairement et par le libre exercice de notre autorité royale, accordé et accordons, fait concession et octroi à nos sujets, tant pour nous que pour nos successeurs, et à toujours de la Charte constitutionnelle qui suit».

(٢) انظر لافاريير المرجع السابق ص ٢٧٥ ، وبرتلمي المرجع السابق ص ١١١
(٣) ذهب بعض الكتاب إلى أن من حق الملوك إلغاء الدساتير الممنوحة منهم مالم يتنازلوا عن هذا الحق - انظر فيدل المرجع السابق ص ١١٤ •

وهذا ما تسجله على الاخص الكيفية التي وجدت بها وثيقة مشروع الحقوق لسنة ١٦٨٩ «١» ، ودستور فرنسا لسنة ١٨٣٠ «٢» ، ودساتير اليونان لسنة ١٨٤٤ ورومانيا لسنة ١٨٦٤ وبلغاريا لسنة ١٨٧٩ «٣» .

ودرج الكتاب على أن يطلقوا على الاسلوب الذي نشأت به الدساتير المتقدمة أسلوب التعاقد Pacte . على أنه وان كانت بعض هذه الدساتير تضمنت في الكيفية التي وجدت بها ما قد يوحي بأنها قامت على اتفاق بين الملوك والهيئات العاملة باسم الشعب ، الا أنه يحسن في نظرنا عدم استعمال اصطلاح التعاقد . فهذا الاصطلاح يفيد أن ثمة طرفين تتلاقى ارادتهما في حرية واختيار على احداث أثر قانوني معين ، على نحو يجعل في امكان كل

(١) تشير الوثيقة في ديباجتها الى الظروف التي أدت الى اصدارها . وتتلخص هذه الظروف في اعتداء الملك جيمس الثاني على حريات الافراد وسلطات البرلمان ودعوة الامير وليم اورنج لممثلين عن الشعب اجتمعوا على هيئة برلمان وسنوا وثيقة مشروع الحقوق التي أوردت كثيرا من القيود على سلطات الملك وكفلت الحريات الاساسية للافراد . وتولى وليم اورنج - الذي غدا الملك وليم الثالث - وزوجته ماري العرش على أساس التزامهما بالقيود التي فرضها البرلمان في الوثيقة المذكورة - انظر Keith المرجع السابق ص ١٠ - ١١ ، و Maitland المرجع السابق ص ٢٨٥ - ٢٨٦ .

(٢) على اثر ثورة سنة ١٨٣٠ وتنازل الملك شارل العاشر ورحيله الى المنفى ، اجتمع المجلس النيابي الذي كان منحلا من تلقاء نفسه ووضع مشروع دستور جديد (عن طريق اجراء تعديلات في دستور سنة ١٨١٤) ودعا دوق أورليان لتولى العرش على أساس قبول الشروط التي اشترطها وكان من بينها الالتزام بأحكام الدستور الجديد . وانضم مجلس الشيوخ الى المجلس النيابي وقبل دوق أورليان شروط المجلسين دون قيد أو تحفظ ونودي به الملك لويس فيليب الاول - انظر لافاريير المرجع السابق ص ١٨٦ - ١٨٩ ، وبرتلبي المرجع السابق ص ١١١ ، ولاپراديل المرجع السابق ص ١٠٦ - ١٠٧ .

(٣) تولت المجالس التشريعية في هذه الدول الثلاث وضع الدساتير المذكورة ودعت أمراء اجانب لتولى العرش على أساس الالتزام بأحكامها - لافاريير المرجع السابق ص ٢٧٧ .

منهما ان يناقش شروط الاتفاق وان يحول دون ابرامه «١» . والواقع أن الدساتير المتقدمة كانت من عمل الهيئات العاملة باسم الشعب بحيث يصح القول بأنها انما فرضت على أولئك الذين لم يسمح لهم بتولى العرش الا على أساس الخضوع لاحكامها «٢» .

المرحلة الثالثة : ويرز فيها نجاح الشعب في الانفراد بالسلطة التأسيسية . والاسلوب الذى يلجأ اليه الشعب عادة لوضع دستوره هو اسلوب الجمعية التأسيسية . ومقتضى هذا الاسلوب أن الشعب ينتخب عنه هيئة تكون مهمتها وضع الدستور بحيث أن الدستور الذى يصدر عنها يكون واجب النفاذ كأنه صادر عن الشعب مباشرة .

ويدين أسلوب الجمعية التأسيسية بنشأته الى الولايات الامريكية التى استخدمته في وضع دساتيرها عندما استقلت عن بريطانيا سنة ١٧٧٦ ، كما استخدمته في اقرار الدستور الاتحادى الذى وضعه مؤتمر فيلادلفيا سنة ١٧٨٧ . وجرى العرف الدستورى في تلك الولايات باطلاق اصطلاح Convention على الهيئة التى تنتخب لوضع دستور أو تعديله .

ولقى هذا الاسلوب ترحيبا من رجال الثورة في فرنسا . فقد عزز التفرقة التى كانوا ينادون بها بين القوانين الدستورية والقوانين العادية

(١) وفي رأينا أن مقصود اصطلاح « المنحة » أو « التعاقد » ابرز في تكييف الطبيعة القانونية لدستور قد وجد بالفعل منه في الدلالة على الاسلوب الذى يمكن أن يوجد الدستور عن طريقه . ويتضح هذا المعنى على الاخص من مقارنة مقصود أى الاصطلاحين بمقصود اصطلاح الجمعية التأسيسية الذى سيأتى بيانه .

هذا ويبدو ان اطراد استعمال اصطلاحى المنحة والتعاقد هو اثر من آثار عهد لم يكن القانون العام قد استقل فيه بعد بنظرياته واصطلاحاته عن القانون الخاص .

(٢) راجع ما سبق بيانه من الظروف التى صاحبت نشأة هذه الدساتير في هامش الصفحة السابقة من هذا الكتاب .

عن طريق ايجاد سلطتين : احدهما تأسيسية تنتخب لوضع الدستور أو تعديله ، والاخرى تشريعية لا يأتى دورها الا بعد أن يوضع الدستور وتختص فى ظله بسن القوانين العادية وتعديلها «١» .

ولئن كان دستور سنة ١٧٩١ قد وضعته هيئة لم تكن منتخبة فى الاصل لوضع دستور ، فان دستورى سنة ١٨٤٨ و سنة ١٨٧٥ كانا من عمل هيئتين انتخبتا لهذا الغرض «٢» . على أن الاصطلاح الأمريكى Convention الذى سرى الى فرنسا قل استعماله بعد عصر الثورة واستقر بدلا منه اصطلاح l'Assemblée Constituante للدلالة على الهيئة التى تنتخب لوضع دستور أو تعديله .

ولقد أفضى انتشار الديمقراطية الى التجاء كثير من الدول لاسلوب الجمعية التأسيسية فى وضع دساتيرها ولاسيما فى أعقاب الحرب العالمية الاخيرة كما هو الشأن بالنسبة لدساتير ألبانيا لسنة ١٩٤٦ ويوغوسلافيا لسنة ١٩٤٦ وإيطاليا لسنة ١٩٤٧ وتشيكوسلوفاكيا لسنة ١٩٤٨ ورومانيا لسنة ١٩٤٨ والمجر لسنة ١٩٤٩ «٣» .

وظاهر أنه وفقا للاسلوب المتقدم يباشر الشعب السلطة التأسيسية

(١) انظر لافاريير المرجع السابق ص ص ٢٧٧-٢٧٨ .

(٢) الهيئة التى وضعت دستور سنة ١٧٩١ هى الهيئة النيابية التى كانت قائمة قبل الثورة والمسماة les États Généraux وقد أطلقت هذه الهيئة على نفسها بعد الثورة اسم l'Assemblée Nationale وعرفت أيضا باسم la Constituante, l'Assemblée Nationale Constituante

أما الهيئة التى انتخبت لوضع دستور سنة ١٨٤٨ فكانت تعرف باسم l'Assemblée Nationale Constituante ، كما عرفت الهيئة التى انتخبت لوضع دستور سنة ١٨٧٥ باسم l'Assemblée Nationale - انظر لافاريير المرجع السابق ص ص ٤٢-٤٣، ١٩٧، ١٩٨-٢٣٣

(٣) انظر مجموعة الدساتير الاوروبية المرجع السابق الجزء الاول ص ١٥٧، والجزء الثانى ص ص ٨٢٦ و ٥٠٦ و ٧٤١ و ٦٤٤ و ٤٥٦ .

عن طريق الجمعية التأسيسية • على أنه قد يؤثر أن يشترك بنفسه في
مباشرة السلطة التأسيسية فيوجب استخدام أسلوب الاستفتاء التأسيسي
أو الدستوري le Referendum Constituant.

وتثبت التجربة أن هذا الأسلوب قد استخدم أساسا لغرضين :

أولا - أخذ رأى الشعب في مسألة جوهرية يتوقف عليها وضع
الدستور كما حدث بالنسبة لاستفتاء الشعب اليوناني في إعادة النظام
الملكي سنة ١٩٤٦ واستفتاء الشعب الايطالي في اعلان الجمهورية
سنة ١٩٤٧ «١» •

ثانيا - أخذ رأى الشعب في اقرار أو عدم اقرار مشروع دستور
تضعه جمعية تأسيسية نيابة عنه • وهذا ما حدث بالنسبة لدساتير فرنسا
لسنة ١٧٩٣ وللجنة الثالثة لاعلان الجمهورية ولجنة ١٩٤٦ ، ودستور
أيرلندا الحرة لسنة ١٩٣٧ ، ودساتير معظم الولايات في الاتحادين الأمريكى
والسويسرى •

يخلص من كل ما سبق أن أساليب نشأة الدساتير يمكن أن تتنوع تبعا
للظروف التى يوجد فيها كل دستور • على أنه من المحقق أن الكيفية التى
ينشأ بها أى دستور تشف عن نوع نظام الحكم الذى ينشأ فيه •

فليس ينبغى إذن أن يعالج الباحث أساليب نشأة الدساتير بصورة
توحى بأنها قابلة للحصر «٢» ، وإنما يجدر به أن يقف عند ردها الى

(١) انظر Liet - Veaux المرجع السابق ص ١٤٦ •

(٢) يقسم بعض الكتاب أساليب نشأة الدساتير الى : الأساليب الملكية
وتشمل المنحة والتعاقد ، والأساليب الديموقراطية وتشمل الجمعية التأسيسية
والاستفتاء التأسيسى - انظر مثلا لافاريير المرجع السابق ص ص ٢٧٤ - ٢٨١ ،
وبرتلمى المرجع السابق ص ص ١١٠ - ١١٢ •

اتجاهات رئيسية تبرز السلطة التي تولت انشاء الدساتير على النحو الذي يبيناه . وهذا السبيل في بحث أساليب نشأة الدساتير فضلا عن أنه يجنب الباحث استعمال اصطلاحات غير سليمة مثل المنحة والتعاقد ، فانه يحرر تفكيره من التقيد بأساليب معينة ومن ثم يكون أقدر على تحديد الاسلوب الذي ينشأ به أى دستور على ضوء الظروف التي تصاحب نشأته .

ولعله مما يؤكد مزايا هذا السبيل في بحث أساليب نشأة الدساتير أن نشير الى حيرة الكتاب بشأن تحديد الاسلوب الذي يعرف باسم le Plébiscite Constituant . ولئن كان هذا الاسلوب يفترض استفتاء الشعب في مسألة تتصل بوضع الدستور الا أنه يستخدم في ظروف أو يصاغ بصورة تجعل من المحتم على الشعب أن يقر ما يستقضى فيه . ويصح أن يسمى هذا الاسلوب الاستفتاء السياسى تمييزا له عن الاستفتاء التأسيسى أو الدستورى . ونذكر للاستفتاء السياسى الامثلة الآتية من تاريخ فرنسا : الاستفتاء بشأن دستور السنة الثامنة الذى أعد عقب انقلاب سنة ١٧٩٩ تحت اشراف مدبرى الانقلاب وعلى رأسهم نابليون ، والاستفتاء بشأن بقاء نابليون قنصلا أول مدى الحياة سنة ١٨٠٢ ، والاستفتاء بشأن توارث الامبراطورية في سلالة نابليون سنة ١٨٠٤ ، والاستفتاء بشأن تفويض لويس نابليون السلطات اللازمة لوضع دستور عقب الانقلاب الذى أحدثه سنة ١٨٥١ «١» .

=
ويورد كتاب آخرون أساليب نشأة الدساتير على نحو تبدو معه منحصرة في ثلاثة : المنحة والتعاقد والجمعية التأسيسية - انظر مثلا الدكتور السيد صبرى المرجع السابق ص ٢١٩ - ٢٢٠ ، والدكتور عثمان خليل المرجع السابق ص ١٢٥ ، والاستاذين وحيد رافت ووايت ابراهيم المرجع السابق ص ١٦ .

(١) كان نص استفتاء سنة ١٨٠٢ :

«Napoléon sera-t-il consul à vie?»

وترجع حيرة الكتاب بالنسبة للاستفتاء السياسى الى أنهم صدروا عن الاعتقاد بأن أساليب نشأة الدساتير أربعة فحسب : المنحة ، والتعاقد ، والجمعية التأسيسية ، والاستفتاء التأسيسى أو الدستورى • فمنهم من سكت عن ذكر الاستفتاء السياسى بالرغم مما يثيره هذا السكوت من شك حول اعتباره أسلوبا لنشأة الدساتير «١» • ومنهم من ألحقه بأسلوب الاستفتاء التأسيسى (أو الدستورى) بالرغم مما بينهما من تباين جوهرى «٢» •

ولا يثير الاستفتاء السياسى أية صعوبة بالنسبة للطريقة التى عالجنا

ونص استفتاء ١٨٠٤ :

«Le peuple veut-il l'hérédité de la dignité impériale dans la descendance directe, légitime et adoptive, de Napoléon Bonaparte?»

ونص استفتاء سنة ١٨٥١ :

«Pour accepter ou rejeter ce plébiscite: le peuple français veut le maintien de l'autorité de Louis-Napoléon-Bonaparte et lui délègue les pouvoirs nécessaires pour faire une constitution sur les bases proposées dans sa proclamation du 2 décembre».

انظر لافاريير المرجع السابق ص ص ٢٨٠ - ٢٨١ ، ولايراديل المرجع السابق ص ص ١١٦ - ١١٩ حيث يذكر :

«Le plébiscite est essentiellement un procédé de ratification du fait accompli».

(١) لم تشر معظم المؤلفات المصرية الى الاستفتاء التأسيسى أو السياسى ، وانما اقتصرت على ذكر أساليب المنحة والتعاقد والجمعية التأسيسية .

(٢) انظر بيردو المرجع السابق ص ص ٥٧ - ٥٨ حيث يذكر الاستفتاء السياسى بين الاساليب الديموقراطية ثم يعود ويقرر فى شأنه أنه « الاسلوب الذى تنشأ به الدساتير ذات النزعة الدكتاتورية des constitutions autoritaires »

وانظر أيضا فى الحاق الاستفتاء السياسى بالاستفتاء التأسيسى : لافاريير المرجع السابق ص ص ٢٨٠ - ٢٨١ ، وبرتلمى المرجع السابق ص ص ١١١ - ١١٢ ، وفيدل المرجع السابق ص ١١٥ ، والدكتور عبد الحميد متولى المرجع السابق ص ٨٧ .

بها نشأة الدساتير . فالمقدمة التي تصدر عنها هي أن أساليب نشأة الدساتير يمكن أن تتنوع تنوعا لا يقبل الحصر « ١ » . وعلى هذا النحو تقرر أن

(١) يذهب الدكتور عبد الحميد متولى الى أن بعض الدساتير نشأت في القرن التاسع عشر عن طريق **معاهدات دولية** . وهو يقرر أن الاستاذ ميركين جيتزفتش قد أشار الى هذه الطريقة بينما فات أساتذة الفقه الدستوري الفرنسي أن يذكروها - المرجع السابق ص ٨٢ - ٨٣ و ٨٩ - ٩٠ (وهامش ١) .

وفي رأينا أن المعاهدة لا يصح أن تعتبر أسلوبا لنشأة الدساتير . فالمعاهدة تنظم علاقة بين دولة وأخرى بينما الدستور ينظم علاقة الدولة بالأفراد الخاضعين لسلطانها . وعلى هذا النحو يجب أن يكون أسلوب نشأة الدستور صادرا عن السلطة التأسيسية داخل الدولة . وفي الأحوال التي يثبت فيها أن الدستور نشأة نتيجة معاهدة دولية ينبغي أن نبحث عن السلطة التي تملك داخل الدولة اقرار تلك المعاهدة وأن نعتبر الدستور صادرا منها ومن ثم يمكن تحديد الأسلوب الذي نشأ به .

وإذا كان بعض الفقهاء يرون أن القانون الدولي العام والقانون العام الداخلي يكونان كتلة واحدة وأن المعاهدات تكون واجبة النفاذ من تلقاء نفسها ، فإن الرأي السائد فقها يعتبر أن الأصل هو انفصال القانونين المذكورين وأن المعاهدات لا تكون نافذة إلا إذا أقرتها السلطات المختصة داخل الدولة - راجع ما سبق أن بيناه في شأن علاقة القانون الدستوري بالقانون الدولي العام ص ١٨ - ٢٢ من هذا الكتاب .

هذا ويبدو أن الدكتور متولى وإن كان يرى أن المعاهدة أسلوب لنشأة الدساتير إلا أنه ليس من أنصار الرأي القائل بوحدة القانونين الدولي والداخلي . فقد ذكر في شأن ميثاق عصبة الأمم « على أن البعض يرى أن ذلك الميثاق هو معاهدة وليس دستورا ، فالدستور هو من الأمور المتعلقة بالقانون العام الداخلي لا القانون العام الخارجي (القانون الدولي العام) وهذا هو مانراه أيضا . » - المرجع السابق ص ٨١ .

أما الاستاذ ميركين جيتزفتش الذي أخذ عنه الدكتور متولى أسلوب المعاهدة فإنه من أنصار وحدة القانونين المذكورين كما يتضح من قوله في تفسير العنوان الذي اختاره لكتابه :

« Nous avons intitulé notre ouvrage *Droit Constitutionnel International*. Nous avons pensé que ce titre correspondait à l'objet de notre étude, à la construction du *principe de l'unité du droit public* qui est à la base de notre théorie et à la compréhension du caractère réel des relations entre le droit international et le droit interne » .

Droit constitutionnel international — Mirkine-Guetzévitch. انظر .
سنة ١٩٣٣ ص ٧ .

الاستفتاء السياسى أسلوب تنشأ به الدساتير فى ظل أنظمة الحكم التى وان سمحت للشعب ظاهريا بالاشتراك فى مباشرة السلطة التأسيسية الا أنها تحول من حيث الواقع دون جعل هذا الاشتراك جديا .

ثانياً - نهاية الدساتير

ثبتت التجربة أنه وان اختلفت الدساتير من حيث الكيفية التى لاقت بها نهايتها الا أنه يمكن أن يقال بصفة عامة ان هذه النهاية تحققت بأحد أسلوبين : الاسلوب العادى ، والاسلوب الثورى .

الاسلوب العادى

تقدم أن الدساتير المرنة لا تتطلب تنظيماً خاصاً فى تعديلها اذ لا توجد فى ظلها سوى سلطة واحدة تملك تعديل القوانين جميعاً وبنفس الاجراءات . ففى دولة كإنجلترا يملك البرلمان من الناحية القانونية أن يعدل الاحكام الدستورية (من حيث الموضوع) بنفس الكيفية التى يعدل بها الاحكام التشريعية العادية أى عن طريق سن قانون ، كما يملك أن يعدل تلك الاحكام تعديلاً جزئياً أو تعديلاً شاملاً يكون فى حقيقته الغاء لها .

أما الدساتير الجامدة فانها تتطلب فى تعديلها تنظيماً أشد من التنظيم المقرر فى شأن القوانين العادية . وتجزئ بعض هذه الدساتير تعديلها تعديلاً شاملاً (يكون فى حقيقته الغاء) كما كان الشأن بالنسبة لدستور سنة ١٨٧٥ الفرنسى حتى صدور التشريع الدستورى سنة ١٨٨٤ خاصاً بحظر تعديل شكل الحكومة الجمهورى .

على أن معظم الدساتير الجامدة لا تنظم سوى الكيفية التى يمكن أن تعدل بها تعديلاً جزئياً . فالسلطة القائمة على أمر التعديل لا تملك الالغاء وفقاً للدستور ، ولكن يبقى للامة بوصفها صاحبة السلطة التأسيسية

الاصلية أن تلغى دستورها في أى وقت «١» وأن تضع دستورا جديدا عن طريق جمعية تأسيسية تنتخبها أو استفتاء تأسيسى تجريه أو أى طريق دستورى آخر تراه ملائما لتحقيق هذا الغرض «٢» .

الاسلوب الثورى

انهارت كثير من الدساتير نتيجة لحركة ثورية (ثورة كانت أو انقلابا) . وهذا ما يشهد به على الاخص تاريخ فرنسا اذ يتجلى فيه الاسلوب الثورى « أسلوبا جاريا لالغاء الدساتير » على حد تعبير الاستاذين برتلمى ودوين «٣» .

ومن المستقر فقها أن ثمة فارقا بين الثورة والانقلاب من حيث الهيئة التى تقوم بالنشاط الثورى . فالثورة révolution تصدر عن الشعب والانقلاب coup d'Etat يصدر عن السلطة الحاكمة .

على أنه من المستقر فقها أيضا أن الثورة والانقلاب يتفقان في اسقاط الدستور القائم بالقدر الذى يتنافى مع أهدافهما «٤» . فالقائمون بحركة

(١) انظر لافاريير المرجع السابق ص ٣٠٢ .

(٢) سبق البيان أن أساليب نشأة الدساتير تتنوع تنوعا لا يقبل الحصر .

(٣) المرجع السابق ص ٢٢٧ حيث يشرحان النهاية الثورية للدساتير سنة ١٧٩١ والسنة الثالثة والسنة الثامنة سنة ١٨١٤ وسنة ١٨٣٠ وسنة ١٨٤٨ وسنة ١٨٥٢ تحت عنوان :

«En fait, la révolution apparaît comme un mode courant d'abrogation de la constitution».

(٤) يحدث أحيانا أن تنجح حركة ثورية ولا يجد القائمون بها داعيا الى اسقاط الدستور القائم طالما أنهم يستطيعون التحايل على أحكامه لخدمة أهدافهم كما كان الشأن على الاخص بالنسبة للفاشية فى ايطاليا والنازية فى المانيا - انظر Liet - Veaux المرجع السابق ص ١٦٩ ، ومطول بيردو فى الفقه السياسى المرجع السابق الجزء الثالث ص ص ٢٦٤ - ٢٦٥ و ٥٦٣ .

ثورية - بالمعنى الواسع - ضد أى نظام للحكم يقصدون الى تحقيق أهداف شتى من سياسية واجتماعية واقتصادية وغيرها ، ولكنهم يدركون دائما أن السبيل الوحيد لتحقيق هذه الاهداف هو الاستيلاء على سلطات الحكم «١» • وعلى هذا النحو يؤدى نجاح الحركة الثورية الى انتقال سلطات الحكم من الهيئات التى كانت قائمة على رعاية النظام القائم الى الهيئات الثورية انتى تملك اعلان سقوط الدستور القائم •

ويسلم الكتاب جميعا بأن الحركة الثورية تفضى من حيث الواقع الى اسقاط الدستور القائم وتمكين الهيئة الثورية من الهيمنة على النظام القانونى فى الدولة •

وازاء الآثار الواقعية للحركة الثورية فى مجال نظام الحكم انقسم الكتاب فى فرنسا الى فريقين • فمنهم من يرى أن هذه الآثار تترتب بحكم الواقع ولا يتصور أن يكون لها سند قانونى من النظام الذى وجهت الحركة الثورية ضده وأفلحت فى تقويضه «٢» • ومنهم من يحاول تبرير

(١) انظر فى هذا المعنى مطول يردو المرجع السابق ص ٥٦٢ حيث يذكر :

«Toutes les révolutions comportent modification de la forme du gouvernement. C'est, sinon leur objet essentiel, du moins leur façon la plus apparente de se manifester».

(٢) من أنصار الاتجاه الواقعى كاريه دى مالبرج ، وبرتلمى ودويز ، ولافاريير . فيذكر كاريه دى مالبرج فى المرجع السابق الجزء الثانى ص ٤٩٦ :

«Il n' ya point place dans la science du droit public pour un chapitre consacré à une théorie juridique des coups d'Etat ou des révolutions et de leurs effets... à la suite d'un bouleversement politique résultant de tels événements, il n'y a plus ni principes juridiques, ni règles constitutionnelles; on ne se trouve plus ici sur le terrain des droits, mais en présence de la force».

ويذكر برتلمى ودويز فى المرجع السابق ص ٢٢٧ :

«Il faut donc s'incliner devant le fait et constater que les

=

تلك الآثار بناء على سند قانوني مستقل عن النظام الذي قوضته الحركة الثورية • على أن هؤلاء اختلفوا في تحديد هذا السند خاصة وأن منهم من حاول تبرير الثورة والانتقال «١» بينما اتجه معظمهم الى تبرير الثورة وحدها «٢» •

constitutions sont abrogées par les révolutions, encore qu'il soit difficile de construire juridiquement ce mode d'abrogation».

ويذكر لافاريير في المرجع السابق ص ٣٠٤ :

«La révolution est un fait politique, un acte de violence, qui se produit en dehors du droit (en entendant par là le droit positif, l'ordre juridique établi).

(١) يذكر الاستاذ Mouskhéli أن «التعديل الثوري للدستور يمكن تبريره من الناحية القانونية على أساس التباعد الذي ينشأ حتما بين القانون الدستوري الوضعي le droit constitutionnel positif والقانون الدستوري الموضوعي le droit constitutionnel objectif وبصورة أكثر بساطة - بين الدستور المكتوب والحالة السياسية والاجتماعية والاقتصادية للبلاد». فالثورة في نظره حركة عنيفة من جانب الشعب يهدف من ورائها الى جعل الدستور متمشيا مع تطور أحوال الدولة ، والانتقال حركة عنيفة من جانب الحكام يهدفون من ورائها الى تطوير أحوال البلاد وفقا لدستور يمثل أفكارهم وطموحهم - انظر مقالا نشر له بمجلة القانون والاقتصاد السنة الحادية عشرة سنة ١٩٤١ ص ص ١٩٨ - ٢٠٩ بعنوان :

«Esquisse d'une théorie juridique de la révision révolutionnaire de la constitution».

ويذكر الاستاذ Esmein في المرجع السابق الجزء الاول ص ٦٢٠ أنه لا يمكن أن يفسر سقوط الدستور بمجرد نجاح الثورة أو الانقلاب «الا اذا سلمنا بأن الشعب بموافقته على الحركة الثورية الناجحة دون مقاومة قد عبر عن ارادته - بصورة بعيدة عن أي شكل قانوني - في إلغاء الدستور القائم» •

(٢) يذكر الاستاذ بيردو في مطول الفقه السياسي المرجع السابق الجزء الثالث ص ٥٤٢ وما بعدها أن «الثورات تؤدي الى تشييد نظام قانوني جديد. وليس مرد صحة هذا النظام الى نجاح الثورة ... وانما الى تغير الفكرة القانونية السائدة في الجماعة» •

ومهما يكن اختلاف الفقهاء بشأن تكييف آثار الحركة الثورية من الناحية القانونية فانهم متفقون على الاثر الذى يهمننا بالذات فى صدد نهاية الدساتير وهو سقوط الدستور القائم بالقدر الذى يتنافى مع أهداف الحركة الثورية الناجحة . والفقهاء متفقون أيضا على أن سقوط الدستور لا يؤثر فى استمرار القوانين العادية التى صدرت صحيحة فى ظله طالما أنه لم يثبت الغاؤها صراحة أو ضمنا «١» .

ويأخذ حكم القوانين العادية بالأحكام التى ينص عليها الدستور دون أن تكون أحكاما دستورية من حيث موضوعها . فلئن روعى النص على هذه الأحكام فى الدستور بقصد اكسابها حصاته الشكلية من حيث التعديل ، إلا أنها لاتتصل بالتنظيم السياسى فى الدولة ولا تختلف من حيث الموضوع عن الأحكام الواردة فى القوانين العادية . ولهذا فإن من المستقر فقها أنها تبقى رغم سقوط الدستور ولكن تزول عنها الصفة الدستورية وتعامل معاملة القوانين العادية «٢» . ويطلق على النظرية التى تنظم هذا الاثر la théorie de la déconstitutionnalisation par l'effet des révolutions أى ازالة الصفة الدستورية كنتيجة للحركة الثورية «٣» .

وينحو الاستاذ Levy-Bruhl منحى مماثلا فى المقال الذى نشر له بمجموعة القانون المقارن المهداة الى چنى المرجع السابق الجزئين الثالث والرابع صص ٢٥١-٢٥٢ بعنوان : «Le concept juridique de révolution» . ويبدو أن الاتجاه نحو تبرير الثورة وحدها من الناحية القانونية أكثر قبولا من الاتجاه نحو تبرير الانقلاب الذى لا يكاد يجد له من سند سوى الواقع .

(١) أنظر لابراديل المرجع السابق ص ١٤٠ ، ولافايرير المرجع السابق صص ٣٠٢ و ٣٠٣ حيث يذكر أن بعض القوانين التى صدرت فى ظل النظام الملكى القديم (قبل الثورة) لا يزال معمولا بها الى الآن .

(٢) غنى عن البيان أنه لا يتصور أن يترتب هذا الاثر فى ظل الدساتير المرنة نظرا لعدم وجود طبقتين من التشريع كما هو الشأن فى ظل الدساتير الجامدة .

(٣) أنظر لافايرير المرجع السابق صص ٣٠٤ - ٣٠٥ ، وبرتلمى ودويژ المرجع السابق ص ٢٢٧ ، ومطول بيردو المرجع السابق الجزء الثالث صص ٥٧١ - ٥٧٢ .

ولعل من أهم التطبيقات لهذه النظرية في فرنسا استمرار العمل بأحكام المادة ٧٥ من دستور السنة الثامنة والمادة الخامسة من دستور سنة ١٨٤٨ بوصفها من أحكام القانون العادي رغم سقوط الدستورين المذكورين .
فالمادة ٧٥ كانت تقضى بعدم جواز مساءلة موظفي الحكومة مدنيا عن أعمال تتصل بوظائفهم أمام القضاء الا بعد استئذان مجلس الدولة ، ولم يحل سقوط دستور السنة الثامنة سنة ١٨١٤ «١» دون استمرار العمل بهذا الحكم حتى ألغى بمقتضى مرسوم ١٩ سبتمبر سنة ١٨٧٠ . أما المادة الخامسة فقضت بالغاء عقوبة الاعدام بالنسبة للمسائل السياسية ، ولا يزال هذا الحكم قائما بالرغم من أن دستور سنة ١٨٤٨ سقط نتيجة للانقلاب الذي أحدثه لويس نابليون سنة ١٨٥١ «٢» .

(١) على أثر سقوط نابليون وعودة الاسرة المالكة القديمة (البوربون) .
(٢) أنظر برتلمى ودويز المرجع السابق ص ٢٢٧ - ٢٢٨ ، ولايراديل المرجع السابق ص ١٤٠ .

الفصل الرابع

الدولة

الدولة والقانون الدستوري

سبق أن عرفنا القانون الدستوري بأنه مجموعة القواعد التي تنظم علاقة الدولة بالفرد من الناحية السياسية أي التي تحدد التنظيم السياسي في دولة ما . وخلصنا من هذا التعريف الى أن مجال القانون الدستوري ينقسم الى موضوعين رئيسيين : الدولة ونظام الحكم « ١ » .

ولئن كان القانون الدستوري يشترك مع غيره من فروع القانون العام في تنظيم علاقة الدولة — بوصفها صاحبة السلطان العام — بالفرد ، الا أنه يتميز عليها بتنظيمه لتلك العلاقة من الناحية السياسية بالذات . فنظم الحكم أو النظم السياسية إذن هي عماد مباحث القانون الدستوري .

على أنه إذا كان لا يتصور قيام نظام للحكم الا إذا كان ثمة دولة موجودة بالفعل فإنه يجدر بنا أن نحيط بالدولة احاطة مؤسسية على النظر اليها باعتبارها مقدمة للنظم السياسية التي سنخصص لها القسم الثاني من هذا الكتاب . وهذا النظر هو الذي حدا بنا لان تناول الدولة في فصل نختم به مقدمة القانون الدستوري التي جعلناها موضوع القسم الاول من الكتاب .

والبحوث التي تنفرع عن الدولة لا تقف عند حدود القانون الدستوري وانما تمتد الى مجال سائر فروع القانون العام ، بل وتجاوز نطاق القانون الى مجال علوم أخرى كالاقتصاد والسياسة والاقتصاد . وهي اذ تمتد الى كل تلك المجالات تضطر الباحث الى أن يحكم تقديره فيما ينبغي أن

(١) راجع ص ص ٥٦ و ٥٥ من هذا الكتاب .

يعالجه منها والكيفية التي يعالجها بها ، وذلك على ضوء الاعتبارات التي يغلبها في تفكيره .

ونحن اذ ننظر الى الدولة باعتبارها مقدمة للنظم السياسية نرى أن نعالجها في مبحثين :

المبحث الاول : تعريف الدولة .

المبحث الثاني : أنواع الدول .

المبحث الاول

تعريف الدولة

§ جهود الفقه في تعريف الدولة

لعل من أكثر الموضوعات التي أثارت الخلاف بين الفقهاء موضوع تعريف الدولة . ويرجع هذا الخلاف الى أن كل فقيه يحاول ايجاد تعريف يبرز طابع الدولة ويميزها تمييزا قاطعا عن غيرها من النظم والهيئات . وكان طبيعيا أن تكون لكل فقيه فكرته القانونية عن الدولة وأن يحرص على ابراز تلك الفكرة فيما يقترحه من تعريف . فلا عجب أن تنوعت التعاريف التي اقترحت للدولة تنوعا لا يكاد يدخل تحت حصر كما يتضح ذلك على الاخص من الامثلة التي نذكرها فيما يلي .

في الفقه الفرنسي

Esmein : هي التشخيص القانوني لامة ما « (1) » ، Carré de

(1) «L'Etat est la personnification juridique d'une nation».

المرجع السابق الجزء الاول الصفحة الاولى .

Malberg : مجموعة من الافراد مستقرة على اقليم معين ولها من التنظيم مايجعل للجماعة في مواجهة الافراد سلطة عليا آمرة وقاهرة «(١)» ،
 Bonnard : وحدة قانونية دائمة تتضمن وجود هيئة اجتماعية مباشر سلطات قانونية معينة ازاء أمة مستقرة على اقليم وذلك عادة بأساليب تقوم على ارادتها وحدها وعن طريق القوة المادية التي تحتكرها «(٢)» ،
 Duguit : توجد دولة في جميع الاحوال التي يثبت فيها وجود تفاوت سياسى (بين حاكمين ومحكومين) في جماعة ما سواء أكان هذا التفاوت في مرحلة فطرية أم في مرحلة معقدة ومتطورة «(٣)» ، Burdeau : الدولة شكل من أشكال السلطة السياسية «(٤)» .

(١)

«une communauté d'hommes, fixée sur un territoire propre et possédant une organisation d'où résulte pour le groupe envisagé dans ses rapports avec ses membres, une puissance supérieure d'action, de commandement et de coercition».

المرجع السابق الجزء الاول ص ٧ .

(٢)

«L'Etat forme une unité juridique perpétuelle et comporte un organisme social qui, généralement par l'emploi du procédé unilatéral et par l'exercice de la contrainte matérielle qu'il monopolise, exerce certains pouvoirs juridiques sur une nation fixée sur un territoire».

انظر مقاله الذى نشر بمجلة القانون العام الفرنسية سنة ١٩٢٢ ص ٢٥ بعنوان :

«La conception juridique de l'Etat».

(٣)

«On peut dire qu'il y a un Etat toutes les fois qu'il existe dans une société donnée une différenciation politique, quelque rudimentaire ou quelque compliquée et développée qu'elle soit».

المرجع السابق الجزء الاول ص ٥٣٦ .

«L'Etat est une forme du Pouvoir politique» . (٤)

مطول الفقه السياسى المرجع السابق الجزء الثانى سنة ١٩٤٩ ص ١٤٣ .

في الفقه الانجلو سكسوني

Salmond : مجموعة من الافراد مستقرة على اقليم محدد لاقامة السلم والعدل عن طريق القوة «(١)» ، Holland : مجموعة من الافراد يقطنون اقليما معيناً ويخضعون لسلطان الاغلبية أو لسلطان طائفة منهم ، Willoughby : توجد الدولة اذا وجدت جماعة من الناس وقامت فيها سلطة عليا تحكم السلوك الاجتماعي للافراد والهيئات ولا تخضع هي لتنظيم مماثل ، Woodrow Wilson : الدولة شعب يخضع للقانون على اقليم معين «(٢)» .

في الفقه الالمانى

Bluntschli : خليط أو مجموع من الافراد مستقرون على اقليم

(١)

«a society of men established for the maintenance of peace and justice within a determined territory by way of force».

المرجع السابق ص ٩٩ .

(٢) ورد ذكر التعاريف الثلاثة الاخيرة في Gilchrist المرجع السابق

صص ١٥ و ١٦ .

«A numerous assemblage of human beings, generally occupying a certain territory, amongst whom the will of the majority, or of an ascertainable class of persons, is by the strength of such a majority, or class, made to prevail against any of their number who oppose it» — Holland.

«The state exists wherever there can be discovered in any community of men a supreme authority exercising a control over the social actions of individuals and groups of individuals, and itself subject to no such regulation» — Willoughby.

«A people organised for law within a definite territory» — Woodrow Wilson.

معين في شكل حكومة ومحكومين ومتحدون في شخص منظم أو بعبارة مختصرة الدولة هي التشخيص القومي والسياسي والتنظيمي لدولة ما «١»، Jellinek : جماعة لها ارادة لا تتقيد الا بذاتها ولها نظامها الخاص بها الذي يكفل لها أن تحيا حياة كاملة ومستقلة ، Laband : جماعة تملك ممارسة حقوق السيادة في مواجهة الافراد الاعضاء فيها «٢» .

وظاهر من التعاريف المتقدمة أن الفقهاء لم يستطيعوا الاتفاق على ما يصح اعتباره تعريفاً أمثل للدولة من الناحية القانونية «٢» . على أنهم صدروا في تعاريفهم عن اقتناع بضرورة توافر ثلاثة أركان على الأقل لامكان قيام الدولة وهي الشعب ، والاقليم ، والحكومة أو السلطة السياسية . وهكذا يمكن القول بأن تعذر اتفاق الفقهاء على تعريف جامع

(١)

«A combination or association of men in the form of government and governed, on a definite territory, united together into a moral organised masculin personality, or, more shortly, the state is the politically organised national person of a definite country».

انظر المرجع السابق ص ١٦ .

(٢) ورد ذكر التعريفين الاخيرين في Pinto المرجع السابق ص ٩٦ :

«Une collectivité douée d'une volonté qui ne peut être engagée que par elle-même et qui possède son organisation propre lui permettant de vivre d'une façon complète et indépendante» — Jellinek.

«La collectivité qui possède sur les individus libres que la composent, des droits propres de domination» — Laband.

(٣) انظر في بيان صعوبة ايجاد تعريف أمثل للدولة : مطول يردو المرجع السابق الجزء الثاني ص ١٣١-١٤٣ ، و Sait المرجع السابق ص ٨١ — ٩٠ ، Droit international public — Rousseau سنة ١٩٥٣ ص ٧٧ وما بعدها، Georges Scelle — Le droit public et la théorie de l'Etat ص ٧٣ وما بعدها من كتاب Introduction à l'étude du droit الجزء الاول سنة ١٩٥١ .

مانع للدولة من الناحية القانونية لم يحل دون تلاقيهم على تعريفها استنادا الى العناصر التي تدخل في تكوينها من الناحية الواقعية بأنها « شعب مستقر على اقليم معين وخاضع لحكومة أو سلطة سياسية » .

§ أركان الدولة

لا تقوم الدولة وفقا للرأى السائد الا اذا توافرت أركان ثلاثة :
الشعب ، والاقليم ، والحكومة أو السلطة السياسية « ١ » .

(١) يجرى معظم أساتذة القانون الدستوري في مصر على تطلب اركان في الدولة يوحى ظاهرها بأنها تزيد على الاركان الثلاثة المتقدمة مع انها في الواقع لاتخرج عنها . فبالاضافة الى ركنى الشعب والاقليم يتطلب الاستاذان مصطفى الصادق ووايت ابراهيم ركنى الوحدة السياسية والنظام (المرجع السابق ص ص ٢٥-٢٦) مع أنهما ليسا في حقيقتهما سوى ركن الحكومة أو السلطة السياسية منظورا اليه في مظاهره المختلفة على ما سنبينه فيما بعد (انظر ص ٢٣٠ وما بعدها من هذا الكتاب) . ويمكن أن يوجه نفس الانتقاد الى الدكتور عثمان خليل الذي يتطلب ركنى النظام والاستقلال السياسى (المرجع السابق ص ص ١٤-١٥) ، وبالإشتراك مع الدكتور سليمان الطماوى المرجع السابق ص ص ١٤-١٥) والى الدكتور السيد صبرى الذي يتطلب ركنى الاستقلال السياسى والسلطان (المرجع السابق ص ٣) ، والى الدكتور مصطفى كامل الذي يتطلب ركنى التنظيم والسيادة أو السلطان (المرجع السابق ص ص ٢٢-٢٣) .

وليس من المقبول ما يذهب اليه البعض من تطلب الشخصية المعنوية كركن من أركان الدولة (الدكتور عثمان خليل ص ص ١١-١٣ ، والاستاذان عثمان خليل وسليمان الطماوى ص ص ١٢-١٤ ، والدكتور مصطفى كامل ص ص ٢٠-٢٢) ومعنى الشخصية المعنوية للدولة أن يكون لها في نظر القانون شخصية مستقلة عن شخصية الافراد الداخلين في تكوينها بكل ما يترتب على ذلك من نتائج قانونية . وموضوع الشخصية المعنوية عموما يهم كل فروع القانون ولذا يدخل أساسا في مباحث المدخل لدراسة القانون (انظر مثلا الاستاذين السنهورى وحشمت أبو ستيت المرجع السابق ص ٢٣٣ ، والدكتور سليمان مرقص المرجع السابق ص ٣٤٤) ، كما أن موضوع الشخصية المعنوية للدولة يدخل في مباحث القانون الادارى ويشير خلافا فقهييا كبيرا (انظر مثلا الدكتور وحيد رافت المرجع السابق الجزء الاول ص ٣٠ ، والدكتور محمد زهير جرانه المرجع السابق ص ٢٢ ، والدكتور فؤاد مهنا المرجع السابق ص ١٧٠) والذي نود أن نؤكد أنه هو أنه ايا كان اختلاف وجهات النظر في شأن الشخصية المعنوية للدولة - سواء من حيث ثبوتها أو من حيث تكييفها - فإنه لا قصد بها أن تكون ركنًا من أركان الدولة وإنما يقصد بها تفسير الآثار القانونية التي تترتب على قيام الدولة واستمرارها ولا سيما استمرار المعاهدات والالتزامات والقوانين التي تعقدها أو تسنها الدولة وان تغير شكلها أو حكامها .

أولا - الشعب

لا يتصور قيام دولة من غير شعب population • والواقع أن الدولة مانشأت الا نتيجة لوجود جماعة من الناس أحست بحاجات شتى فسعت الى اشباعها بمختلف الوسائل •

على أنه اذا كان الشعب ركنا من أركان الدولة فان تحديد عدد أفراده مرهون بالظروف الخاصة بكل دولة من جغرافية واقتصادية واجتماعية وسياسية وغيرها • وطالما أنه يوجد عدد من الافراد يحس بضرورة قيام دولة ويستطيع أداء نواحي نشاطها المختلفة فان الدولة يمكن أن تنشأ سواء أكان عددهم صغيرا أم كبيرا «١» •

ويتكون الشعب في أية دولة من وطنيين وأجانب • فالوطنيون يتمتعون

(١) قارن مع ذلك ما يذكره الدكتور عثمان خليل في صدد هذا الركن من اشتراط « مجموع كبير من الناس » (المرجع السابق ص ١٠ ، وانظر أيضا في نفس المعنى مؤلفة بالاشتراك مع الدكتور سليمان الطماوى المرجع السابق ص ١٠) •

وظاهر أن كبر عدد الافراد وان كان من العوامل التى تقوى مركز الدولة ونفوذها السياسى الا أنه ليس ضروريا لقيام الدولة طالما أنه يوجد عدد كاف لهذا الغرض •

هذا ولا يتصور أن يخضع تحديد عدد الافراد الذين ينبغى أن يكونوا دولة ما لاية قاعدة حسابية كما اتجه الى ذلك بعض الفقهاء القدامى مثل أرسطو - انظر فى انتقاد هذا الاتجاه على ضوء التطورات الحديثة Gilchrist المرجع السابق ص ١٧ و Sait المرجع السابق ص ص ٩٥ - ٩٨ حيث يذكر :

«In ancient times a large population and a large territory might well be regarded as obstacles to good government... The present situation is very different. Printing-press, telephone, and radio; railroad, automobile, and airplane; and so many other modern agencies have removed the bars to communication, annihilated space and altered our whole conception of size... The difference is not due to mechanical devices alone. It rests also upon improved political devices».

بجنسية الدولة وتربطهم بها رابطة الولاء . أما الاجانب فيوجدون على اقليم الدولة ولا تربطهم بها سوى رابطة الاقامة أو التوطن على حسب الاحوال «١» .

ثانيا - الاقليم

يلزم لقيام الدولة أن يستقر الافراد على اقليم معين *territoire* ، فالقبيلة المتنقلة لا تعتبر دولة وفقا للرأى السائد ولو أقامت من بين أفرادها هيئة تباشر سلطات الحكومة «٢» .

ويتكون اقليم الدولة من اقليم أرضى واقليم مائى واقليم هوائى «٣» . فالاقليم الارضى هو الجزء اليابس الذى تعينه حدود الدولة ويشمل سطح الارض وما دونه من طبقات الى ما لانهاية وما فوقه من مرتفعات كالجبال والهضاب . ويشمل الاقليم المائى المياه الموجودة داخل حدود الدولة كالانهار والبحيرات فضلا عن جزء من البحار العامة الملاصقة لاقليم الدولة

(١) انظر للاستاذين حامد سلطان وعبد الله العريان اصول القانون الدولى سنة ١٩٥٣ ص ٢٩١ .

(٢) يخالف بعض الفقهاء هذا الراى مثل ديجى الذى يذهب الى ان الدولة توجد بمجرد وجود تفاوت سياسى فى الجماعة ولو لم تكن مستقرة على اقليم معين اى بمجرد وجود حكام ومحكومين - المرجع السابق الجزء الثانى ص ٥١ .

وينحو هذا المنحى فى الفقه الانجلوسكسونى Salmond و Woodrow Wilson و John Siley - راجع Salmond المرجع السابق ص ٩٩ و Sait المرجع السابق ص ص ٩٢ - ٩٣ .

(٣) يمكن مراجعة تفصيل موضوع الاقليم فى مؤلفات القانون الدولى العام مثل الدكتور محمود سامى جنيته المرجع السابق ص ٢٠٨ ، والدكتور أبوهيف المرجع السابق ص ٣٠١ ، والاستاذين حامد سلطان وعبد الله العريان المرجع السابق ص ٤٨٠ ، Rousseau المرجع السابق ص ٨٢ .

وتسمى المياه الإقليمية «١» • أما الاقليم الهوائى فيشمل طبقات الهواء فوق الاقليمين الارضى والمائى وفقا لاحكام القانون الدولى العام •

وقد يكون اقليم الدولة وحدة غير منفصلة وهو الغالب ، وقد يكون مجزءاً كما هو الشأن بالنسبة لدولة كالباكستان التى يفصل اقليم الهند بين قسميها الشرقى والغربى والدول الاستعمارية التى يعتبر اقليمها شاملا لاقليم المستعمرات التابعة لها وان وجدت فى قارة أخرى •

ف طالما أن هناك اقليما يستقر عليه الشعب يمكن أن توجد الدولة سواء أكان هذا الاقليم وحدة أم مجزءاً ، وسواء أكان كبيرا أم صغيرا •

ومنذ أن انتهى تطور الجماعة البشرية الى قيام الدولة والقانون الدولى العام يعامل الدولة بوصفها وحدات اقليمية ويعترف لها كقاعدة بالسيادة الاقليمية أى بالسلطان على جميع الاشخاص والاشياء الموجودة داخل حدود اقليمها بعد أن كان سلطانها منقوصا فى ظل نظام الاقطاع ونظام شخصية القوانين •

ولئن اختلف رأى بين الفقهاء حول تكييف سلطان الدولة على اقليمه «٢» الا أن من المحقق أن الارتباط قوى بين ركنى الاقليم والسلطة السياسية • فالاقليم هو المجال الذى تتجلى فيه مظاهر سلطان

(١) جرى العرف الدولى على تحديد المياه الإقليمية بثلاثة أميال بحرية ولكن الدول عمدت الى تحديد مياهها الإقليمية بمقتضى تشريعات داخلية على نحو متفاير . فقد حددها الاتحاد السوفيتى مثلا باثنى عشر ميلا بحريا بينما حددتها أسبانيا وإيطاليا ومصر بستة أميال بحرية . هذا ولم تتمكن الدول بعد من الاتفاق على قاعدة موحدة فى هذا الصدد •

(٢) يمكن مراجعة تفصيل هذا الخلاف فى مؤلفات القانون الدولى العام سالف الإشارة إليها وكذلك فى ديجى المرجع السابق الجزء الثانى ص ٥١-٥٩ ، وكاريه دى مالبرج المرجع السابق الجزء الاول ص ٣-٥ ، ومطول بيردو المرجع السابق الجزء الثانى ص ٨١-٨٥ •

الدولة «أ» •

ثالثا - الحكومة أو السلطة السياسية

ليس يكفي لنشوء الدولة أن يستقر شعب على اقليم معين وانما يلزم أيضا أن تقوم من بين أفرادها حكومة *gouvernement* تباشر السلطان باسم للدولة •

وركن الحكومة يميز الدولة عن الامة ، كما أنه يواجه الفقهاء بأوضاع تفرض نفسها من الناحية العملية أو الواقعية ولكنها تثير خلافا كبيرا بينهم حول تفسيرها أو تكييفها من الناحية النظرية أو القانونية • فهل يلزم لقيام الدولة أن توجد حكومة ذات سيادة ؟ وهل من سند شرعى يبرر السلطان الذى تباشره الحكومة باسم الدولة ؟ وهل من حدود لهذا السلطان ؟

وتفصيل هذه المسائل جميعا هو من صميم مباحث الفلسفة السياسية، فنحن اذ تناولها فيما يلى لانعرض لها الا بالقدر الذى تقتضيه أغراض البحث فى نواحيها التى تهمل القانون الدستورى •

الدولة والامة

إذا استقرت جماعة من الناس على اقليم معين فانها لا تصبح أمة أو دولة الا بشروط معينة •

ويشترط لى تصبح الجماعة أمة *nation* وفقا للرأى الراجح «٢»

(١) برتلمى ودويز المرجع السابق ص ٢٨٤ - ٢٨٥ ، Nézard
المرجع السابق ص ٩٥ ، ومطول بيردو سالف الذكر ص ٧٤ - ٨٠

(٢) ينادى بهذا الرأى أنصار الفكرة الشخصية عن الامة *la conception subjective de la nation* وهم يقيمون الامة على عناصر مثالية وروحية وينظرون اليها على أساس أنها وحدة نفسانية مردها الى ضمير الجماعة .

أن يحس أفرادها بالرغبة المشتركة في العيش معا • وتتولد هذه الرغبة نتيجة لعوامل شتى كوحدة الجنس واللغة والدين والعادات والاشتراك في الذكريات والآلام والاماني القومية • ولئن كانت العوامل الاخيرة تساعد على تكوين الامة الا أنه لا يلزم لتحقيق هذا الغرض من توافرها جميعا أو توافر بعضها بالذات • فليس أى العوامل المذكورة ضروريا لتكوين الامة • ويشهد بذلك على الاخص تكون أمم بالرغم من اختلاف أفرادها في الجنس واللغة والدين كما هو الشأن بالنسبة للامة السويسرية والامة البلجيكية والامة الامريكية «١» •

وانتشرت هذه الفكرة على الاخص في ايطاليا وفرنسا • فهي تنسب في ايطاليا الى الاستاذ Mancini الذى كان من أول القائلين بها في المحاضرات التى ألقاها في مادة القانون الدولي العام بجامعة Turin (٢٢ يناير سنة ١٨٥١) اذ عرف الامة بأنها :

«Une société naturelle d'hommes que l'unité de territoire, d'origine, de moeurs et de langage mène à la communauté de vie et de conscience sociales».

ومن انصار الفكرة الشخصية في فرنسا الاساتذة Michelet و Bergson و Fustel de Coulange و Renan الذى عبر عن الامة بقوله :

«une nation est une âme, un principe spirituel».

أما انصار الفكرة الموضوعية عن الامة la conception objective de la nation فانهم يقيمون الامة على عناصر واقعية ومادية فحسب كالقليم واللغة والدين والثقافة والجنس • وانتشرت هذه الفكرة على الاخص في المانيا حيث قامت فلسفة الاشتراكية القومية على أساس الجنس race أى الاصل وهو مجموع الصفات المتوارثة التى تميز جماعة عن أخرى - انظر Rousseau المرجع السابق ص ٧٨ - ٨٠ ، و Political theory-Kranenburg ترجمة انجليزية بقلم Borregaard سنة ١٩٣٩ ص ٢٠٠ - ٢٢٥ •

(١) تصدر بعض التعاريف التى أوردها الفقهاء في مصر للامة عن الاخذ بالفكرة الموضوعية • فالامة في نظر الاستاذين مصطفى الصادق ووايت ابراهيم « جماعة من الناس متحدة الجنس واللغة والمدنية ... ووحدة جنسية » -

وليس يكفي لقيام الدولة Etat أن توجد أمة بالمعنى المتقدم وإنما يلزم أيضا أن يقوم بين أفرادها حكومة أو سلطة سياسية تخضع لسلطانها .

ولئن كان هدف كل أمة أن تصبح دولة إلا أن تحقيق هذا الهدف مرهون بالظروف والقوى السياسية التي تسيطر على العلاقات الدولية . ولقد دافع بعض الفقهاء بشدة عن حق كل أمة في أن تصبح دولة استنادا الى المبدأ المعروف باسم مبدأ القوميات le principe des nationalités الذي عبر عنه العلامة الايطالى Mancini بقوله « ان لكل أمة سيادة على رعاياها وعلى اقليمها » وهذا يهيء لها قدرة تكوين نفسها وتنظيمها لاختيار حكومة موافقة لحاجاتها ، ويحولها الحق في أن تتحول من أمة الى دولة « ١ » .

وأدى نجاح الثورة الفرنسية والحركات التحريرية التي أعقبتها خلال القرن التاسع عشر الى اقتصار مبدأ القوميات واستقلال كثير من الشعوب

المرجع السابق ص ٢٤ ، وفي نظر الدكتور عثمان خليل « وحدة جنسية » - المرجع السابق ص ١٥ ، وفي نظر الدكتور السيد صبرى « جماعة متحدة الجنس واللغة والمدنية ... ووحدة جنسية » - المرجع السابق ص ٤ .

ويعيب هذه التعاريف ما يعيب الفكرة الموضوعية التي صدرت عنها من انها تشعر بضرورة توافر العناصر المادية الخاصة بوحدة الجنس واللغة والدين والعادات وغيرها مع أن هذه العناصر ليست الا عوامل تساعد على تكوين الامة بينما العنصر الاساسى في تكوينها هو العنصر النفسانى الخاص بوجود رغبة مشتركة بين افراد الجماعة في العيش معا .

انظر فى مناقشة العناصر المادية المتقدمة Kranenburg المرجع السابق ص ص ٢٠١ - ٢٠٦ ، والدكتور عبد الحميد متولى المرجع السابق ص ص ٢١٠ - ٢١٨ .

(١) انظر الاستاذين حامد سلطان وعبد الله العريان المرجع السابق ص ص ٢٨٩ - ٢٩٠ .

عن الامبراطوريات التي كانت تحكمها «١» . وهكذا استقلت دول أمريكا الجنوبية عن اسبانيا والبرتغال ، وتحولت الشعوب التي كانت خاضعة للامبراطوريتين الالمانية والنمساوية الى دول مستقلة عقب الحرب العالمية الاولى ، كما تحولت بعض الشعوب الى دول مستقلة عقب الحرب العالمية الاخيرة مثل شعوب أندونيسيا والفلبين وليبيا .

✍ **يخلص مما تقدم** أن الامة تتفق مع الدولة في ركني الشعب والأقليم «٢» ولكنها تختلف عنها من حيث أنها تقتصر الى الركن الخاص بالحكومة أو السلطة السياسية . وإذا ما تيسر للامة أن تقيم حكومة تخضع لسلطانها فإنها تصبح دولة كما هو الشأن بالنسبة للامثلة المتقدمة .

الدولة والسيادة

هل يلزم لقيام الدولة أن تكون الحكومة فيها ذات سيادة ؟ اختلف الرأي في الاجابة عن هذا السؤال الى نظريتين رئيسيتين : النظرية الفرنسية، والنظرية الالمانية «٣» .

النظرية الفرنسية وتشترط أن تكون الحكومة ذات سيادة . ومقتضى

(١) يبدو أثر القوميات في تسمية القانون الدولي العام بالفتين الانجليزية والفرنسية نسبة الى الامم لا الى الدول international (أى بين الامم) ، وكذلك في تسمية عصابة الامم وهيئة الامم المتحدة نسبة الى الامم .

(٢) يلاحظ أن ركني الشعب والأقليم يختلفان نوعا ما بين الدولة والامة . فطالما أنه توجد حكومة في الدولة تفرض سلطانها على أفراد الشعب لا تظهر الحاجة الى وجود رغبة مشتركة بينهم في العيش معا كما هو الشأن بالنسبة للامة . وطالما أنه توجد حكومة في الدولة تفرض سلطانها على جميع الافراد والاشياء الموجودة داخل حدود اقليمها فإن الاقليم يباشر بالنسبة للدولة دورا أكثر أهمية وأوسع نطاقا من الدور الذي يباشره بالنسبة للامة .

(٣) يراجع في تفصيل هذا الموضوع كاريه دى مالبرج المرجع السابق الجزء الاول صص ٦٩-١٧٦ ، وديجي المرجع السابق الجزء الثاني الطبعة الثالثة سنة ١٩٢٨ صص ١٢٦-١٥٠ .

هذه النظرية أن الجماعة لا تستحق وصف الدولة إلا إذا كانت تتمتع بالسيادة *souveraineté* أى بسلطة غير مقيدة في الخارج وفي الداخل . ويتمثل المظهر الخارجى للسيادة في استقلال الدولة وعدم ارتباطها برباط التبعية أو الخضوع لدولة أخرى . ويتمثل المظهر الداخلى في تمتع الدولة داخل حدود اقليمها بسلطان ينسب على جميع الافراد والهيئات وعدم وجود أية هيئة يمكن أن تعلو عليها أو تتساوى معها « ١ » .

والنظرية الفرنسية وليدة الظروف التاريخية الخاصة بفرنسا « ٢ » . فلقد ناضل الملوك في سبيل تخليص سلطانهم من تدخل البابا في الخارج ومن منازعة أمراء الاقطاع في الداخل حتى أضحت لهم سلطة ذات سيادة . واستتبع هذا التطور تحويرا في استعمال اصطلاح السيادة . فبعد أن كان يوجد تمايز بين سلطة الدولة *la puissance étatique* والسيادة *la souveraineté* التى تعتبر وصفا لها ، أضحى اصطلاح السيادة يطلق على سلطة الدولة ذاتها . ولعل من أقوى العوامل التى ساعدت على استقرار هذا النظر أن فرنسا عاشت دولة بسيطة أموحده *Etat simple ou unitaire* تركز فيها السلطان بيد هيئة حاكمة واحدة .

(١) ليس يتناقى مع السيادة طبقا للنظرية الفرنسية أن ترتبط الدولة في الخارج بمعاهدات مع دول أخرى أو في الداخل بعقود مع الافراد لانها انما ترتبط في الحالى بمحض ارادتها ووفقا لما تراه في صالحها . بل ان هذا هو ما يؤكد معنى السيادة التى عرفها الاستاذ *Le Fur* بأنها :

«la qualité de l'Etat de n'être obligé que par sa propre volonté»

انظر كاريه دى مالبرج المرجع السابق الجزء الاول ص ٧١ (هامش) .
(٢) يذكر الاستاذ كاريه دى مالبرج في هذا الصدد (المرجع السابق ص ٧٣) :

«Le mot souveraineté est un terme purement français, qui n'a point son équivalent dans les autres langues et qui suffit à attester l'origine française de la notion de souveraineté. C'est en effet en France que cette notion a fait son apparition».

النظرية الألمانية : ولا تشترط لقيام الدولة أن توجد حكومة ذات سيادة «١» • ومقتضى هذه النظرية أن العبرة في قيام الدولة هي بوجود حكومة تملك سلطة اصدار أوامر ملزمة *Herrschaft* «٢» في قدر معين من الشؤون المتصلة بنظام الحكم ولو لم تكن لها السيادة بالمعنى المطلق في تلك الشؤون كافة «٣» •

ولعل من أقوى العوامل التي ساعدت على تشييد هذه النظرية أن المانيا عاشت دولة مركبة *Etat composé* توزعت فيها سلطات الحكم بين دولة الاتحاد والدول الاعضاء في الاتحاد •

ويظهر الخلاف بين النظريتين الفرنسية والالمانية في تكييف الدول التي تخضع من حيث شئونها الخارجية أو الداخلية لسلطان دول أخرى ولا سيما الدول الاعضاء في اتحاد مركزي كما هو الشأن بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية • فبينما تنكر النظرية الفرنسية صفة الدولة على هذه الدول لافتقارها الى السيادة ، تعتبرها النظرية الالمانية دولا بالمعنى الصحيح وان كانت تصفها بأنها دول ناقصة السيادة تميزا لها عن الدول تامة السيادة «٤» •

(١) أخذ بهذه النظرية بعض الفقهاء الحديثين في فرنسا مثل كاريه دي مالبرج Michoud,

(٢) هذا الاصطلاح المانى ويقابله بالفرنسية *la domination* أو *le pouvoir de former des ordres*

(٣) يذكر العلامة الالمانى *Jellinek* تأييدا لهذه النظرية أن « السيادة *la souveraineté* والسلطة السياسية *la puissance politique* هما من المسائل التاريخية *historiques* لا الموضوعية أو المطلقة *absolues* • ويثبت التاريخ أنه كانت ولا تزال هناك دول ناقصة السيادة *Etats non-souverains* » انظر ديجى المرجع السابق الجزء الثانى ص ١٢٩ •

(٤) واجه انصار النظرية الالمانية صعوبة كبرى في محاولة التمييز بين الدول ناقصة السيادة والوحدات الاقليمية الاخرى مثل الاقسام الادارية في

الدولة ومشروعية سلطانتها

تباشر الدولة سلطانا لاشك فيه من الناحية الواقعية . فهل لهذا السلطان سند يبرر مشروعيته «^١» ؟ وبعبارة أخرى يتمثل سلطان الدولة في وجود حكام يأمرون ومحكومين يجب عليهم الطاعة . فما الذى يمكن أن يبرر مشروعية هذا السلطان في مظهره : أى فى حق إصدار أوامر ملزمة من جانب الحكام وواجب اطاعة تلك الاوامر من جانب المحكومين ؟

لقد كان طبيعيا أن يثير هذا التساؤل اهتمام الفلاسفة والفقهاء فى مختلف العصور وأن يحملهم على تقصى أصل نشأة السلطة توصلا الى تبرير مشروعيته . ويمكن أن ترد المذاهب التى قيل بها فى هذا الصدد الى طائفتين رئيسيتين : المذاهب التى ترجع السلطة الى ارادة الهية وتسمى المذاهب التيوقراطية doctrines théocratiques «^٢» ،

دولة تجعل لها نصيبا وافيا من السلطات والامركزية . وقد اقترحوا معايير شتى أثارت مناقشات واسعة يمكن الرجوع اليها فى كاريه دى مالبرج المرجع السابق الجزء الاول ص ص ١٤٧-١٧٦ ، وديجى المرجع السابق الجزء الثانى ص ص ١٣١-١٣٨ ، و — La théorie juridique de l'Etat fédéral — Mouskhéli سنة ١٩٣١ ص ص ٧٣ - ٩٦ .

(١) يذهب بعض الفقهاء الى أن السلطة أمر واقعى لا سبيل الى تبريره من الناحية القانونية . وفى مقدمة هؤلاء الاستاذ ديغى الذى يذكر فى ص ٦٥٥ من المرجع السابق الجزء الاول :

«la puissance politique est un fait qui n'a en soi aucun caractère de légitimité ou d'illégitimité. Il est le produit d'une évolution sociale dont le sociologue doit déterminer la forme et marquer les éléments».

(٢) ينتقد للدكتور عبد الحميد متولى بحق اصطلاح « المذاهب الدينية » الذى يستعمله الكتاب فى مصر لسببين : أولهما أن هذا الاصطلاح ترجمة doctrines religieuses بينما الترجمة الحرفية لاصطلاح

doctrines théocratiques

هى المذاهب التى تنسب مصدر السلطة الى الله ، والثانى أن بعض المذاهب التيوقراطية كانت مخالفة للدين أو على الاقل لم يقررها الدين — راجع بحثا له بعنوان « أصل نشأة الدولة » نشر بمجلة القانون والاقتصاد السنة الثامنة عشرة سنة ١٩٤٨ ص ص ٦٦٩-٦٧١ .

والمذاهب التي ترجعها الى ارادة الامة وتسمى المذاهب الديموقراطية
doctrines démocratiques

المذاهب التيقراطية : تتفق المذاهب التيقراطية في أنها ترجع السلطة الى أصل الهى ولكنها تختلف حول تحديد الكيفية التى يتم بها اختيار الحكام الى اتجاهين : الاختيار الالهى المباشر ، والاختيار الالهى غير المباشر •

ومقتضى نظرية الاختيار الالهى المباشر «^١» أن الله يختار الحكام بطريق مباشر «^٢» • وقد جاء فى مذكرات لويس الرابع عشر Mémoires أن « السلطة المخولة للملوك هى بتفويض من العناية الالهية • فالله — لا الشعب — هو مصدر السلطة ، ولا يسأل الملوك عن مباشرة سلطتهم الا أمام الله الذى خولهم اياها » «^٣» •

وأعلن لويس الخامس عشر فى ديسمبر سنة ١٧٧٠ « اننا لانتلقى تاجنا الا من الله » «^٤» • وأصدر لويس الثامن عشر دستور سنة ١٨١٤ بديباجة مؤداها « ان العناية الالهية اذ أعادتنا الى بلادنا ... » «^٥» •

(١) آثرنا ان نترجم اصطلاح droit divin surnaturel الى « الاختيار الالهى المباشر » لان هذه الترجمة أبرز فى معنى النظرية من الترجمة الحرفية وهى « الحق الالهى الذى يجاوز حدود الطبيعة » ومن الترجمة التى سار عليها معظم المؤلفين فى مصر وهى « التفويض الالهى الخارج عن ارادة البشر » . أما الترجمة التى اقترحها الدكتور عبد الحميد متولى وهى « الحق الالهى المباشر » فانها وان كانت ترجمة موفقة الا أنها تنظر الى السلطة من حيث مباشرتها بينما الترجمة التى اقترحناها تنظر الى السلطة من حيث مصدرها ومن ثم تكون اكثر تمشيا مع منطق بحث مشروعية السلطة .

(٢) «Le souverain est l'élu du Seigneur».

(٣) لافاريير المرجع السابق ص ٣٦٥ .

(٤) «Nous ne tenons notre couronne que de Dieu».

(٥)

«La Divine Providence, en nous rappelant dans nos Etats...»

وتمسك بهذه النظرية في بداية القرن الحالى غليوم الثانى امبراطور المانيا . فقد أعلن في خطبة له سنة ١٩١٠ « اننى اذ أعتبر نفسى أداة الله وأتابع طريقى الذى لا يهدف الا للارتقاء بالوطن » ، وأعلن سنة ١٩٢٦ « ان الملك يحكم بمقتضى حق الهى فلا يسأل الا أمام الله » (١) .

ومقتضى نظرية الاختيار الالهى غير المباشر (٢) « أن السلطة وان كانت ترجع الى أصل الهى الا أن اختيار الحكام يتم عن طريق البشر فى ظل التوجيه الالهى لتصرفاتهم والاحداث التى تسيطر على حياتهم » .

ومن أنصار هذه النظرية de Bonald الذى كان يرى أن « السلطة شرعية لا بمعنى أن الشخص الذى يباشرها يعين بأمر الهى ظاهر ، ولكن لانها مؤسسة على القوانين الطبيعية والاساسية للنظام الاجتماعى التى هى من عمل الله » (٣) .

(١)

«Me considérant comme un instrument du Seigneur, je poursuis ma voie uniquement consacrée au développement de la Patrie».

«Le roi étant de droit divin ne doit de comptes qu'à Dieu seul».

ويلاحظ ان نظرية الاختيار الالهى المباشر لقيت تطبيقا واسعا فى الصين واليابان على الاخص - لا فارير المرجع السابق ص ٣٦٦ .

(٢) أثرتنا هنا أيضا ترجمة اصطلاح «droit divin providentiel» الى « الاختيار الالهى غير المباشر » لان هذه الترجمة أبرزت فى معنى النظرية وأكثر تمشيا مع منطق بحث مشروعية السلطة من الترجمة التى سار عليها المؤلفون فى مصر وهى « التفويض الالهى الناشئ عن العناية الالهية » ومن الترجمة التى اقترحها الدكتور عبد الحميد متولى وهى « الحق الالهى غير المباشر » .

(٣)

«Le pouvoir est légitime, non dans ce sens que l'homme qui l'exerce y soit nommé par un ordre visiblement émané de la divinité, mais parce qu'il est constitué sur les lois naturelles et fondamentales de l'ordre social, dont Dieu est l'auteur».

وقد أيد هذه النظرية أيضا رجال الدين الكاثوليكى فى القرنين السادس والسابع عشر • فالقديس توما Saint Thomas كان يميز بين السلطة من حيث جوهرها *l'essence du pouvoir* ويردها الى الله ، وبين السلطة من حيث مباشرتها بالفعل فى ظل جماعة سياسية معينة *le pouvoir de fait* ويردها الى البشر • ونحنا آخرون من رجال الدين الكاثوليكى منحى القديس توما ولا سيما Bellarmin و Suarès «١» •

هذا وقد أخذ على المذاهب التيقراطية أنها اذ ترد السلطة الى ارادة الهية تقوم على أساس يخرج عن دائرة البحث العلمى ، أو على حد وصف الاستاذ ديجى *extra-scientifique* «٢» •

المذاهب الديموقراطية : تتفق المذاهب الديموقراطية فى أنها ترد السلطة الى ارادة الامة ولا تقر بمشروعيتها الا اذا كانت مستمدة من تلك الارادة • ونظرا لان هذه المذاهب ترتبط ارتباطا شديدا بالنظام الديموقراطى فاننا نؤجل دراستها لحين دراسة النظام المذكور فى القسم الثانى من هذا الكتاب •

الدولة وحدود سلطانها

هل تتمتع الدولة بسلطان مطلق من كل قيد أم أن ثمة حدودا تقيد هذا

(١) ديجى المرجع السابق الجزء الاول ص ص ٥٥٨-٥٦٤ •

ويلاحظ ان ثمة فارقا بين نظريتى الاختيار الالهى المباشر والاختيار الالهى غير المباشر من حيث النتيجة • فبينما تنتهى النظرية الاولى الى التسليم للحكام بسلطان لا قيد عليه ولا مسئولية وراءه ، تنتهى النظرية الثانية الى اخضاع الحكام للقيود التى توجبها القوانين الطبيعية رعاية لمصلحة البشر - المرجع السابق ص ٥٦٩ •

(٢) المرجع السابق ص ٥٥٧ •

السلطان ؟ « ١ » •

ذهب فلاسفة اليونان والرومان الى أن التقييد يتنافى مع مقتضى سيادة الدولة • على أن الرأي المستقر في الفقه الدستوري الحديث هو أن هناك حدودا تقيّد سلطان الدولة •

ولئن اتفق الفقهاء على أن سلطان الدولة مقيد الا أنهم اختلفوا في تكييف الحدود التي تقيده من الناحية القانونية • ويمكن أن ترد آراؤهم الى نظريات رئيسية ثلاث : الحقوق الفردية ، والقانون الطبيعي ، والتحديد الذاتي • أما الاستاذ ديجي فانه أنشأ نظرية جديدة هي نظرية التضامن الاجتماعي التي تتناولها بعد الانتهاء من النظريات الثلاث سالفه الذكر •

نظرية حقوق الافراد : ليست نظرية حقوق الافراد أو الحقوق الفردية *théorie des droits individuels* التطبيقا للمذهب الفردي *doctrine individualiste*

والفكرة الرئيسية التي يقوم عليها هذا المذهب هي أن للفرد حقوقا ولدت معه وأنه كان يتمتع بها كاملة في الحالة الطبيعية أو الفطرية *état de nature* التي عاش فيها معيشة العزلة والافراد قبل أن توجد الجماعة • والافراد اذ قبلوا الانتقال من المرحلة الطبيعية الى مرحلة الجماعة فانهم لم يقصدوا من تكوينها الا ازالة ما يمكن أن يشور من تعارض بين حقوقهم الطبيعية كما يتسنى لهم مباشرة تلك الحقوق على أوسع نطاق •

وعلى هذا النحو تكون الدولة لاحقة في نشأتها لحقوق الافراد بل وما نشأت الا لصيانتها ومن ثم ملزمة باحترامها ومقيدة بها في مباشرتها

(١) انظر في هذا الموضوع ديجي المرجع السابق صص ٦٣١-٦٤٨ ، وكاريه دي مالبرج المرجع السابق الجزء الاول صص ٢٢٨-٢٤٣ ، و Esmein المرجع السابق الجزء الاول صص ٣٩-٤١ و ٥٥٧ وما بعدها ، وبحثا للدكتور السيد صبرى بعنوان « مدى سلطان الدولة على الافراد » نشر بمجلة القانون والاقتصاد السنة العشرون سنة ١٩٥٠ صص ١٤٩-١٨١ •

• سلطانها «١» •

ولقد رحب رجال الثورة الفرنسية بالمذهب الفردي وسجلوا نتائجهم في دساتيرهم وتشريعاتهم «٢» • فنص اعلان حقوق الانسان لسنة ١٧٨٩ على أنه « يولد الافراد ويظلون أحرارا ومتساوين في الحقوق • والغاية من كل جماعة سياسية هي المحافظة على حقوق الانسان الطبيعية التي لا تزول • وليس هناك من حدود تقيد مباشرة الفرد لحقوقه الطبيعية سوى ما يلزم لضمان تمتع سائر أعضاء الجماعة بنفس هذه الحقوق » «٣» •

وأعلن دستور سنة ١٧٩١ أنه « لا تملك السلطة التشريعية سن أى قانون يتضمن مساسا أو عرقلة لممارسة الحقوق الطبيعية والمدنية المدرجة بهذا الباب والمكفولة بالدستور » «٤» •

ولقد وجهت الى نظرية حقوق الافراد انتقادات شتى كان أهمها ما وجهه اليها الاستاذ ديجي ونلخصها فيما يلي :

(١) ديجي المرجع السابق الجزء الاول ص ص ٢٠٠-٢١٣ •

(٢) نظرا لان حقوق الافراد تبدو في اكمل صورها في ظل النظام الديمقراطي وتتأثر بالاسس التي يقوم عليها فاننا نؤجل دراستها لحين دراسة النظام المذكور في القسم الثاني من هذا الكتاب •

(٣)

«Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme... L'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits» — art. 1.

«Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois, (٤) qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre et garantis par la constitution» — titre I.

أولاً - الأساس الذى تقوم عليه هذه النظرية هو أن الفرد كان يتمتع بحقوقه كاملة فى حالة العزلة والافراد قبل نشوء المجتمع • ويتنافى هذا الأساس مع الحقائق العلمية الثابتة • فلم يحدث أن الفرد عاش فى عزلة أو افرد وانما بحكم أنه كائن اجتماعى ولد فى جماعة وعاش دائماً فيها •

ثانياً - على فرض التسليم بأن الفرد عاش فى حالة فطرية من العزلة والافراد فانه لم يكن متصوراً أن تكون له حقوق • وآية ذلك أن الحق علاقة بين طرفين على الأقل ولم يكن هناك طرف آخر يمكن أن تنشأ للفرد حقوق فى مواجهته • والاولى أن يقال تمشياً مع الحقائق العلمية أن الفرد عاش دائماً فى جماعة وقامت بينه وبين الافراد الآخرين علاقات تولدت عنها حقوق متبادلة •

ثالثاً - لا تقدم هذه النظرية حلاً ايجابياً لمشكلة الحد من سلطان الدولة • فهى وان ذهبت الى أن للافراد حقوقاً طبيعية يجب على الدولة أن تتقيد بها الا أنها تترك أمر تعيين تلك الحقوق الى الدولة ذاتها « ١ » •

رابعاً - توصل هذه النظرية الى نتائج لا تتفق مع ما تهدف اليه • فأنصارها اذ يوجبون على الدولة احترام الحقوق الفردية يتجهون بتفكيرهم الى أن للفرد سلطاناً يقف موقف الصراع من سلطان الدولة • وهم اما أن يغلبوا سلطان الفرد فيقوضون النظام ويناصرون الفوضى ، واما أن يغلبوا سلطان الدولة فيقوضون الحرية ويناصرون الاستبداد •

ولقد استشهد ديجى بكتابات زعماء المذهب الفردى ليدل بها على

(١) وفى هذا يقول الاستاذ كاريه دى مالبرج ان نظرية الحقوق الفردية « تصدر عن خطأ محقق لان الحقوق محل البحث لا تكون لها أية قيمة قانونية الا اذا أعلنت أى الا اذا اعترف بها التشريع وأوجب احترامها • فالتشريع هو الذى يحدد فى جميع الاحوال الشروط التى تلزم لممارستها ، وينظم الكيفية التى توضع بها موضع التنفيذ ، ويقرر الجزاء الوضعى الذى يكفل مباشرتها » المرجع السابق الجزء الاول ص ٢٣٦ •

أنهم انتهوا اما الى الاخذ باتجاه فوضوى مثل Stirner و Backounine
واما الى الاخذ باتجاه استبدادى مثل Jean-Jacques Rousseau و Kant
و Hegel « ١ » .

نظرية القانون الطبيعى : ذهب الاستاذان Michoud و Le Fur فى
فرنسا الى القول بتقييد سلطان الدولة استنادا الى نظرية القانون الطبيعى
والعدالة *théorie du droit naturel* « ٢ »

ومقتضى هذه النظرية أن التمييز بين مايعتبر عدلا وما لايعتبر كذلك
ليس مرده الى محض تقدير المشرع وانما مرده الى فكرة العدالة *la notion*
de justice . ولا تجد الدولة مناصا من التقييد بهذه الفكرة فى سبيل
تحقيق التوازن الاجتماعى الذى هو شرط ضرورى لايجاد الاستقرار فيها
وتمكينها من أداء وظائفها .

ويأخذ الاستاذ كاريه دى مالبرج على هذه النظرية أن القيود التى
تقررها على سلطان الدولة أدبية أو سياسية وليست قانونية . فالقاعدة
لايمكن أن تكون قانونية فى نظره الا اذا كان لها جزء مادى يكفل تنفيذها
لانها بذلك « تكتسب الصفة الشكلية أو الرسمية التى تميزها عن أية
قاعدة أخرى ... » والدولة هى التى تملك وحدها فى الوقت الحاضر أن
تخلع هذه القوة التنفيذية على القواعد المنظمة للسلوك والعلاقات بين
الافراد « ٣ » .

(١) ديجى المرجع السابق الجزء الاول ص ص ٢٠٨ - ٢١٣ ، و ٦٣٣ - ٦٤١ .

(٢) يقرر الاستاذ Le Fur ان الدولة لاتعمل بمحض ارادتها وانما تخضع
الى حد معين ككل شخص آخر لقوة اجنبية اسبق منها فى الوجود واقوى منها
سلطانا - وهى قوة القانون الذى يطلق عليه البعض مجرد القانون *le droit*
ويطلق عليه آخرون القانون الطبيعى *le droit naturel* او قانون العقل
le droit rationnel - انظر كاريه دى مالبرج المرجع السابق الجزء
الاول ص ٢٣٥ .

(٣) المرجع السابق ص ٢٣٩ . ويذكر ايضا فى ص ٢٤١ : =

نظرية التحديد الذاتي للسيادة : كان الفقهاء الالمان يتهجون نهج فقهاء اليونان والرومان من حيث القول بأن للدولة سيادة لا تقبل التقييد . على أنهم عدلوا عن هذا النهج منذ أواخر القرن التاسع عشر وانضموا الى رأى القائل بأن لسلطان الدولة حدودا تقيده .

وسعيا وراء التوفيق بين سيادة الدولة والقول بتقييد سلطانها نادى الفقهاء الالمان وفي مقدمتهم Ihering و Jellinek بنظرية التحديد الذاتي للسيادة *théorie de l'auto-limitation* « ١ » .

ومقتضى هذه النظرية أن القانون من صنع الدولة وأنها تتقيد به . فلو كانت الدولة تملك الغاء أى قانون الا أنها ملزمة باحترام القانون القائم — عاديا كان أو دستوريا — الى أن يتم الغاؤه . وهى اذ تلغى قانونا قائما لا تستطيع الا أن تحل محله قانونا آخر وتتقيد به .

فتقيد الدولة بالقانون ضرورة يقتضيها صالحها كدولة لانها تتجنب بذلك الفوضى وتحقق الاستقرار وتضمن اطاعة الافراد . ويعرض اهرنج هذه الاعتبارات بقوله « يجب أن تتقيد الدولة بالقانون . فبهذا وحده يتسنى تطبيق القاعدة تطبيقا لا يدع مجالا للمصادفات ويترك التحكم مكانه للمساواة والامن والمشروعية التى يحققها التشريع . وهذا ماينتجه اليه تفكيرنا عندما نتكلم عن سيادة القانون . وهذا ما تتطلبه فى القانون عندما نريده أن يكون موافقا لفكرتنا عنه وعن دوره فى دولة تخضع للقانون

«La doctrine qui prétend limiter l'Etat par un principe de droit naturel, est dénuée de valeur juridique: car les auteurs qui soutiennent cette doctrine, n'essayent même pas d'indiquer qu'elle est l'organisation juridique qui pourrait assurer la réalisation positive du droit naturel».

(١) انظر ديجى المرجع السابق الجزء الاول صص ٦٤٣-٦٤٨ ، ومقالا نشر له بمجلة القانون العام الفرنسية سنة ١٩١٩ صص ١٦١-١٩٠ بعنوان : «La doctrine allemande de l'auto-limitation».

وتقيد الدولة بالقانون على هذا النحو لا يكون طبقا لنظرية التحديد الذاتي منافيا لسيادتها لانها انما تخضع لقانون من صنعها وتقيد بارادتها لا بارادة أجنبية عنها •

ولقد ناصر الاستاذ كاريه دى مالبرج نظرية التحديد الذاتي فى فرنسا «٢» ولكن كثيرا من الفقهاء وجهوا اليها انتقادات شتى على ضوء النظريات التى أخذوا بها فى صدد تحديد سلطان الدولة • فالاستاذان Le Fur و Michoud مثلا رفضا التسليم بأن الدولة لا تتقيد الا بمحض ارادتها وذهبوا الى أنها مقيدة أيضا بالقانون الطبيعى • ووجه الاستاذ ديجى الى النظرية المذكورة انتقادا جوهريا مؤداه أن الخضوع الاختيارى لا يعد خضوعا وأن الدولة لا يمكن أن تعتبر مقيدة بالقانون طالما أنها هى وحدها التى تملك سنه والغاءه فى أى وقت تشاء «٣» •

نظرية التضامن الاجتماعى : خالف الاستاذ ديجى الفقه السائد فى الكثير مما يتصل بالدولة • والذي يهمننا من آرائه فى هذا الصدد ما ذهب اليه من أن الحكام والمحكومين يخضعون على السواء لقاعدة التضامن الاجتماعى التى هى أساس القانون •

(١) ديجى المرجع السابق ص ٦٤٣ •

(٢) يتمشى الاستاذ كاريه دى مالبرج مع نظريته الى القانون على أنه من صنع الدولة • فهو يقرر أنه « طالما أن الاوضاع القانونية والتنظيمية فى الدولة ذات السيادة تركز على محض ارادتها فان القيود التى ترد على سلطانها نتيجة لتلك الاوضاع لا بد وأن يكون مردها أيضا الى نفس هذه الارادة • فالقيود المقررة فى القانون الوضعى المعمول به هى وحدها التى يكون لها صفة قانونية بالمعنى الصحيح ... وهكذا تكون نظرية التحديد الذاتى للسيادة مستندة الى أسس تبررها فضلا عن مطابقتها للحقائق الواقعية » - المرجع السابق الجزء الاول ص ص ٢٣٣-٢٣٤ •

(٣) المرجع السابق الجزء الاول ص ٦٤٥ •

ويخرج عن نطاق موضوع سلطان الدولة أن تفصل نظرية التضامن الاجتماعي *théorie de la solidarité sociale* ، وحسبنا لأغراض البحث في هذا المقام أن نشير الى خلاصتها الجوهرية «^١» فيما يلي :

القانون حقيقة اجتماعية فليس ينبغي أن يبحث عن أساسه في عالم المجهول الذي لا يقع تحت الحس أو الذي يجب أن يوجد كما تذهب الى ذلك نظرية حقوق الافراد أو نظرية القانون الطبيعي ، وانما ينبغي أن يبحث عنه في عالم الواقع الملموس .

والواقع يثبت أن الانسان كائن اجتماعي عاش دائما في جماعة ولا يستطيع أن يعيش الا في جماعه . وهو يحتاج في اشباع حاجاته الى أن يتضامن مع الافراد الآخرين اما تضامنا مبناه الاشتراك معا لاشباع حاجات متماثلة (ويسميه دييجي التضامن بالتشابه *solidarité par similitude*) واما تضامنا مبناه تبادل المنافع بين الافراد لاختلافهم في الحاجات وفي قدرتهم على اشباعها (ويسميه دييجي التضامن بتقسيم العمل *solidarité par division du travail*) .

فالتضامن الاجتماعي حقيقة ملموسة يستمد منها القانون كيانه وصفته الالزامية . وهكذا يكون مصدر القاعدة القانونية ضمير الجماعة وجزاؤها منبعثا من شعور الافراد بوجوب مراعاة التضامن بينهم . وتقرض قاعدة التضامن الاجتماعي نفسها على الحكام والمحكومين بصورة توجب عليهم

(١) يفصل دييجي نظريته في الفصل المخصص لموضوع القاعدة القانونية *la règle de droit* وهو الفصل الاول من المرجع السابق .

ويمكن الاطلاع على خلاصة النظرية في بحث الدكتور السيد صبرى سالف الاشارة اليه ص ص ١٧١-١٨١ ، وفي مؤلفات المدخل لدراسة القانون بصدد موضوع طبيعة القاعدة القانونية وعلى الاخص الاستاذين السنهوري وحشمت أبو ستيت المرجع السابق ص ص ٤٩-٥٤ والدكتور سليمان مرقص المرجع السابق ص ص ٣٠١-٣٠٤ .

القيام بكل ما من شأنه تحقيق التضامن الاجتماعى والامتناع عن كل ما من شأنه أن يخل به .

ولقد وجهت الى نظرية التضامن الاجتماعى انتقادات كثيرة أهمها أن ديجى أقام النظام الاجتماعى على حقيقة واحدة هى التضامن الاجتماعى بينما الواقع يثبت أنه يقوم على حقائق أخرى فى مقدمتها حقيقة التنافس وتنازع البقاء بين الافراد .

وينتقد الاستاذ كاريه دى مالبرج هذه النظرية على ضوء نظريته الشكلية الى القانون . فهو يأخذ عليها أنها تفضى الى أن « يكون الحكم على صحة تصرفات الحكام ليس مرده الى نظام قانونى مبين سلفا ومحدد بقانون من جانب الدولة وانما الى شعور يتولد عبرا فى ضمير المجموع والى نواحي رد الفعل التى تنتج عن هذا الشعور . وهذا النوع من القيود لا يخضع لاي تكييف قانونى ويخرج البحث فيه عن نطاق القانون » (١) .

المبحث الثانى

انواع الدول

المطلب الاول - الدول البسيطة (او الموحدة) والدول المركبة

يقسم الفقهاء الدول أنواعا «١» تختلف تبعا للوجهة التى يتخذونها أساسا للتقسيم . والذى يهم الباحث الدستورى من أنواع الدول تلك التى تنفرع عن تقسيمها الى دول بسيطة أو موحدة ودول مركبة .

(١) المرجع السابق الجزء الاول ص ص ٢٣٦ و ٢٣٧ .

(٢) تتناول المؤلفات الدستورية فى مصر الدولة من نواح أربع : تعريفها (ويشمل التعريف بيان الاركان) ، وأصل نشأتها ، وأنواعها (أو أشكالها) ، ووظائفها . على أننا اقتصرنا فى صدد الدولة على معالجة تعريفها وأنواعها

فالدول البسيطة أو الموحدة *Etats simples ou unitaires* هي التي
تباشر فيها سلطات الحكم هيئة موحدة أى حكومة واحدة كما هو الشأن
بالنسبة لفرنسا وبلجيكا واليونان وإيران ومصر .

وليس يتنافى مع وحدة الدولة من الناحية السياسية أن تكون لها
مستعمرات أو أن تكون مقسمة الى وحدات ادارية تتولى شئونها هيئات
تتمتع بسلطات خاصة طالما أن سلطات الحكم مركزة في يد هيئة واحدة أى
حكومة واحدة .

أما الدول المركبة *Etats composés* فهي التي تتكون من عدة دول
تتوزع بينها سلطات الحكم على نحو يختلف تبعا لاختلاف نوع الاتحاد
الذي يربط بينها .

ويميز الفقهاء بين أربعة أنواع رئيسية من الاتحادات التي تتكون بها
الدول: الاتحاد الشخصي ، والاتحاد الحقيقي أو الفعلى ، والاتحاد التعاهدى

كموضوعين أصليين . أما موضوع أصل نشأة الدولة فانه يدخل أساسا في
مباحث علم الاجتماع . ولا يهتم الباحث الدستوري الا بقدر نظرا لان القانون
الدستوري يفترض دولة قد وجدت بالفعل وينظم علاقتها بالافراد من الناحية
السياسية . فالذى يهتم الباحث الدستوري من موضوع أصل نشأة الدولة
لا يكاد يتجاوز النظريات التي قيل بها لتبرير مشروعية سلطان الدولة . ولما
كانت هذه النظريات تتصل أوثق الاتصال بالسلطة السياسية فاننا آثرنا تناولها
بوصفها موضوعا متفرعا عن موضوع أركان الدولة (راجع صص ٢٣٦ - ٢٣٩ من
هذا الكتاب) .

أما موضوع وظائف الدولة فانه يدخل أساسا في مباحث علم الاقتصاد
السياسى . على أنه نظرا للدور الملموس الذي تؤثر به الدولة في المجال القانونى
فانه يهتم الباحث القانونى أن يحدد هذا الدور بقدر ما يهتم الباحث الدستوري
أن يتقصى أثره في مجال النظم السياسية . وهكذا يبدو أن الاهمية الدستورية
لموضوع وظائف الدولة تقتصر على بيان أثر نشأة الدولة في النظم السياسية
وهو ماسيتضح خلال دراستنا التفصيلية للنظم السياسية في القسم الثانى
من هذا الكتاب .

أو الاستقلالي ، والاتحاد المركزي «أ» .

الاتحاد الشخصي «ب» : هو اتحاد دولتين في شخص رئيس الدولة
فحسب . فليس يترتب عليه المساس بسلطان أى الدولتين في الخارج أو في
الداخل . والامثلة التقليدية التي تذكر للاتحاد الشخصي أمثلة تاريخية
تفترض نشأته نتيجة لوجود شخص واحد يؤول اليه العرش في دولتين
بحكم قوانين الوراثة ، كما أنها تفترض انقضاءه نتيجة لزوال صفة الملك
عن ذلك الشخص في إحدى الدولتين بحكم قوانين الوراثة فيها . وهذا هو
الشأن بالنسبة لاتحاد بريطانيا العظمى وهانوفر الذي نشأ سنة ١٧١٤
وانقضى سنة ١٨٣٨ عندما تولت الملكة فيكتوريا عرش بريطانيا لان دستور
هانوفر لم يكن يسمح للنساء بتولى العرش ، واتحاد هولندا ولكسمبرج
الذي نشأ سنة ١٨١٥ وانقضى سنة ١٨٩٠ عندما تولت الملكة وللمينا عرش
هولندا لان دستور لكسمبرج أيضا لم يكن يسمح للنساء بتولى العرش .
وينظر أغلب الفقهاء الى الاتحاد الشخصي على أنه أثر تاريخي ورابطة
مؤقتة تنشأ نتيجة لصدفة عارضة وتزول بزوالها . على أن البعض يرون
أنه لا يزال من المتصور قيام اتحاد شخصي في العصر الحديث عن طريق
الاتفاق بين دولتين كما هو الشأن بالنسبة لاتحاد البانيا وايطاليا الذي نشأ
سنة ١٩٣٩ نتيجة لعرض التاج من جانب الجمعية التشريعية في ألبانيا على

(١) فضلا عن المراجع الدستورية التي سنشير اليها في موضعها نحيل في
تفصيل أنواع الدول الى مؤلفات القانون الدولي العام الآتية : الدكتور محمود
سامي جنيته المرجع السابق ص ص ١١٤-١٢٣ ، والدكتور أبو هيف المرجع
السابق ص ص ٩١-١٠٦ ، والاستاذين حامد سلطان وعبد الله العريان المرجع
السابق ص ص ١٠٤-١١٠ ، و Rousseau المرجع السابق ص ٩٣ وما بعدها ،
و Georges Scelle — Cours de droit international public سنة ١٩٤٨
ص ٢٦١ وما بعدها .

Union Personnelle, Personal Union (٢)

فيكتور امانويل ملك ايطاليا واقضى سنة ١٩٤٣ نتيجة لهزيمة ايطاليا في الحرب العالمية الاخيرة .

وأيا كان اختلاف الفقهاء حول الكيفية التي ينشأ بها الاتحاد الشخصي فانهم متفقون على أن أثره ينحصر في اجتماع رئاسة الدولتين لشخص واحد وأنه لا يحول دون استبقاء كل دولة لسلطانها الخارجى والداخلى بكل ما يترتب عى ذلك من آثار قانونية «١» .

الاتحاد الحقيقى أو الفعلى «٢» : هو اتحاد دولتين فى شخص رئيس الدولة وفى الهيئة التى تشرف على الشؤون الخارجية .

فالالاتحاد الحقيقى أقوى من الاتحاد الشخصى «٣» لأنه لا يقتصر على مجرد خضوع الدولتين لرئيس واحد وانما يفيد أيضا اندماج الدولتين من الناحية الخارجية بمعنى أن هيئة مشتركة تباشر الشؤون الخارجية نيابة عنهما «٤» . على أن كلا من الدولتين تستبقى فى

(١) نذكر من هذه الآثار خارجيا استقلال كل من الدولتين عن الاخرى فى تحمل المسؤولية عن أعمالها ، وفى المعاهدات التى تبرمها والحرب التى تعلنها حتى أن الاتفاقات التى تبرم بين الدولتين تعتبر معاهدات بالمعنى الصحيح والحرب التى تعلن بينهما تعتبر حربا دولية لا حربا أهلية .

ومن أهم الآثار التى تترتب داخليا استقلال كل من الدولتين عن الاخرى من حيث الجنسية ومن حيث نظام الحكم . فرعايا احدهما لا يعتبرون رعايا للآخرى ، ونظام الحكم فى أيهما قد يكون مغايرا لنظام الحكم فى الاخرى كما كان الشأن بالنسبة لاتحاد بلجيكا والكونغو بين سنة ١٨٨٥ وسنة ١٩٠٨ اذ أن النظام كان ملكية دستورية فى بلجيكا وملكىة مطلقة فى الكونغو .

(٢) Union réelle, Real Union

(٣) يتفق الاتحادان الشخصى والحقيقى فى أن كلا منهما لم ينشأ الا بالنسبة لدولتين (لا أكثر) تأخذان بالنظام الملكى .

هذا والمشاهد فى الاتحاد الحقيقى أنه لم ينشأ الا بالنسبة لدولتين متجاورتين .

(٤) يترتب على اتحاد الدولتين فى الشؤون الخارجية نقيض الآثار التى تترتب على الاتحاد الشخصى ، فلا تملك أى الدولتين إبرام معاهدة أو اعلان حرب استقلالا عن الدولة الاخرى ، واذا قامت بينهما حرب اعتبرت حربا أهلية لا دولية .

الاتحاد الحقيقي - كما هو الشأن في الاتحاد الشخصي - سلطانها الداخلي .

وقد ينشأ الاتحاد الحقيقي عن طريق ابرام معاهدة بين الدولتين كما كان الشأن بالنسبة لاتحاد السويد والنرويج بين سنة ١٨٨٥ وسنة ١٩٠٥ ، أو عن طريق تشريع متماثل تصدره كل من الدولتين لهذا الغرض كما كان الشأن بالنسبة لاتحاد النمسا والمجر بين سنة ١٨٦٧ وسنة ١٩١٨ واتحاد الدانيمرك وايسلندا بين سنة ١٩١٨ وسنة ١٩٤٤ «١» .

الاتحاد التعاهدي أو الاستقلالي «٢» : هو اتحاد يضم دولا متعددة «٣» على نحو تستبقى معه كل منها سلطانها في الخارج وفي الداخل وان وافقت على قيام هيئة مشتركة بتصرف بعض شئونها الخارجية نيابة عنها .

وينشأ الاتحاد التعاهدي عن طريق معاهدة «٤» بين الدول تقضى بانشاء هيئة تسمى المؤتمر «٥» . وليس المؤتمر دولة فوق الدول الاعضاء وانما هو مجرد هيئة استشارية أو على حد تسميته مؤتمر سياسى تقتصر مهمته عند حد رسم سياسة مشتركة لعرضها على الدول الاعضاء في الاتحاد كيما تقرر ما تراه في شأنها . ولا يثبت للمؤتمر من اختصاصات الا ما توافق عليه الدول بالاجماع كما أن الموافقة الاجماعية لازمة في تعديل تلك الاختصاصات .

(١) هذه هي الامثلة التقليدية للاتحاد الحقيقي . وينظر اغلب الفقهاء الى الاتحاد الحقيقي على أنه اثر تاريخى كالاتحاد الشخصى . على أن البعض يرون امكان قيام اتحاد حقيقى في العصر الحديث كما هو الشأن بالنسبة لاتحاد هولندا واندونيسيا الذى تم باتفاق الدولتين في لاهاي سنة ١٩٤٩ .

(٢) Confédération d'Etats, Confederation

(٣) يختلف الاتحاد التعاهدي من هذه الناحية عن كل من الاتحادين الشخصى والحقيقى اللذين لم تعرف نشأتهما الا بين دولتين فحسب .

(٤) Pacte fédéral - وينسب الاتحاد التعاهدي الى المعاهدة التى هي سند نشأته .

(٥) ويطلق عليها تسميات مختلفة مثل congrès, assemblée, diète

وهكذا يبدو أن الدول الاعضاء في الاتحاد هي صاحبة السلطان وأن المؤتمر ليس سوى أداة يقصد بها اظهار رغبات الدول المذكورة والعمل على التوفيق بينها .

وأيا كانت الاختصاصات التي تتقرر للمؤتمر فانه لا يملك مباشرة أى سلطان على رعايا الدول الاعضاء في الاتحاد ، ولا سبيل أمامه للاتصال بهم الا عن طريق الدول ذاتها .

ويلزم في القرارات التي تصدر من المؤتمر أن توافق عليها الدول الاعضاء في الاتحاد بالاجماع أو على الاقل ان كان يجوز صدورها بالاغلبية يلزم من الاقرار بحق أية دولة معارضة في أن تنفصل عن الاتحاد .

وظاهر أن الاتحاد التعاهدى رابطة صناعية وضعيفة ولذا فانه لا يعمر طويلا وينتهى عادة اما بانفصال الدول الاعضاء كما كان الشأن بالنسبة لاتحاد جمهوريات أمريكا الوسطى سنة ١٨٩٨ الذي انقضى نتيجة لانفصال هندوراس ونيكاراجوا وسان سلغادور ، واما باشتداد الصلة بين الدول الاعضاء فيتحول بذلك الى اتحاد مركزى كما حدث بالنسبة للاتحاد الأمريكى سنة ١٧٨٧ والاتحاد السويسرى سنة ١٨٤٨ والاتحاد الالمانى سنة ١٨٦٦ .

الاتحاد المركزى «١» : هو اتحاد يضم دولا متعددة في شكل دولة واحدة هي دولة الاتحاد تتولى تصريف بعض الشؤون الداخلية لكل دولة وكل أو بعض الشؤون الخارجية الخاصة بالدول جميعا «٢» .

(١) Etat fédéral, Federal State

(٢) يطلق بعض المؤلفين على الاتحاد التعاهدى **الدول المتعاهدة** وعلى الاتحاد المركزى **الدول التعاهدية** . ونحن لانرى في هاتين التسميتين تمييزا كافيا لدولهما . فوصف **متعاهد** كوصف **تعاهدى** كلاهما مستمد من **المعاهدة** أو **التعاهد** ولا يتصور أن يحمل أيهما في مجال الاتحادات الدولية الا على مدلول الاتحاد التعاهدى أو الاستقلالى .

وليس السند الذى ينظم الاتحاد المركزى معاهدة تبرمها الدول الاعضاء فيه كما هو الشأن بالنسبة للاتحاد التعاهدى وانما هو دستور تلتزم بأحكامه فيما بينها وبين دولة الاتحاد . ويخول الدستور دولة الاتحاد سلطانا مباشرا على رعايا الدول الاعضاء واختصاصات تكفل تنفيذ القرارات التى تتخذها عن طريق سلطاتها مباشرة أى دون حاجة الى الالتجاء لتلك الدول «١» .

أما وصف **مركزى** فانه ينبىء بمدلول مميز عن وصف تعاهدى اذ يفيد تركيز السلطان فى يد حكومة معينة هى حكومة دولة الاتحاد .

(١) ظاهر أن الاتحاد المركزى يتفق مع الاتحاد التعاهدى فى أن كلا منهما ينشأ بين دول متعددة ، ولكنهما يختلفان اختلافا جوهريا مرده الى أن الاتحاد المركزى يفضى الى قيام دولة تتكون من مجموع الدول الاعضاء فيه بينما لا يفضى الاتحاد التعاهدى الا الى نشوء المؤتمر الذى لا يعتبر أكثر من هيئة للتشاور بين دول تحتفظ بكامل سلطاتها .

وهذا الفارق الجوهرى بين الاتحادين المركزى والتعاهدى هو الذى يفسر مظاهر الاختلاف الأخرى بينهما . فبحكم أن الاتحاد المركزى يؤدى الى قيام دولة الاتحاد التى تتكون من مجموع الدول الاعضاء يكون السند فى تنظيمه الدستور الاتحادى ، ويكون له سلطان مباشر على رعايا الدول الاعضاء الذين يعتبرون رعاياه . أما الاتحاد التعاهدى فلا يؤدى الى قيام دولة مماثلة فتبقى الدول الاعضاء فيه كاملة السلطان ، ويكون السند فى تنظيمه المعاهدة التى تقبل الدول الارتباط بها ، ولا يكون للمؤتمر أى سلطان مباشر على رعايا الدول الاعضاء .

وبوضح الاستاذ كاريه دى مالبرج (المرجع السابق الجزء الاول ص ٩٢) الفارق الجوهرى بين الاتحادين المركزى والتعاهدى فيذكر :

«Il y a entre ces deux sortes de formations fédératives, une différence fondamentale, qui est mise en lumière par leurs dénominations mêmes. L'une n'est qualifiée que de *Confédération* d'Etats, l'autre porte le nom d'*Etat* fédéral... Cette seule différence de langage suffit à révéler que l'opposition entre confédération et l'Etat fédéral consiste essentiellement en ceci que l'une n'est qu'une société entre Etats qui se sont unis pour gérer en commun certaines affaires auxquelles ils sont intéressés d'une façon commune, tandis que l'autre formation réalise au-dessus des Etats confédérés une unité étatique distincte, d'où naît un Etat nouveau, l'Etat fédéral».

وعلى هذا النحو يختلف الاتحاد المركزى عن الاتحادات الشخصية والحقيقية والتعاهدية فالإتحاد الشخصى ينحصر فى شخص رئيس الدولة بين دولتين تستبقى كل منهما سلطانها الخارجى وسلطانها الداخلى كاملين • والاتحاد الحقيقى يقوم بين دولتين يمتزج سلطانهما الخارجى ولكن تستبقى كل منهما سلطانها الداخلى كاملا • والاتحاد التعاهدى يقوم بين دول متعددة تتنازل كل منها بمقتضى معاهدة عن بعض سلطانها الخارجى الى المؤتمر ولكنها تستبقى سلطانها الداخلى كاملا فضلا عن حقها الثابت فى رفض تنفيذ القرارات التى تصدر من المؤتمر فى حدود اختصاصه • أما الاتحاد المركزى فإنه يقوم بين دول متعددة تتنازل كل منها بمقتضى دستور عن بعض سلطانها الداخلى وكل أو بعض سلطانها الخارجى الى دولة تتكون منها جميعا هى دولة الاتحاد •

يتضح مما تقدم أن مبنى الاتحادات الشخصية والحقيقية والتعاهدية هو تنظيم السلطان الخارجى للدول الاعضاء فيها لانها انما تقوم بين دول تحتفظ بسلطانها الداخلى كاملا • أما الاتحاد المركزى فمبناه تنظيم السلطان الداخلى للدولة لانه يقوم بين دول تتنازل عن جزء من سلطانها الداخلى الى دولة الاتحاد •

واذا كان القانون الدولى العام هو الذى ينظم السلطان الخارجى للدولة ومن ثم يعنى بالاتحادات الشخصية والحقيقية والتعاهدية ، فإن القانون العام الداخلى هو الذى ينظم السلطان الداخلى ومن ثم يكون الاتحاد المركزى حقيقيا بعناية الباحث الدستورى • وهذا ما يحدو بنا الى أن نتناول الاتحاد المركزى بشئ من التفصيل فيما يلى •

المطلب الثانى - الدولة الاتحادية (الاتحاد المركزى)

الدولة الاتحادية والولايات

يتكون الاتحاد المركزى من الدول الاعضاء فيه بوصفها وحدات سياسية متميزة ، ومنها مجتمعة فى شكل دولة الاتحاد • فقوام الاتحاد

المركزي اذن هو تنظيم العلاقة بين دولة الاتحاد والدول الاعضاء • وسنبين عند تفصيل هذه العلاقة فيما بعد أن دولة الاتحاد أبرز طابعا وأقوى مركزا من الدول الاعضاء «١» •

وهذا هو ما يجعلنا نطلق على الاتحاد المركزي اصطلاح **الدولة الاتحادية** ، وعلى الدول الاعضاء اصطلاح **الولايات** • فاصطلاح الدولة الاتحادية يبرز قيام دولة مستندة الى اتحاد عدة دول «٢» • واصطلاح الولايات يفيد وجود وحدات سياسية متميزة تتوافر في كل منها أركان الدولة وان كانت تقصر عن أن تضاهي دولة الاتحاد في مركزها القانوني «٣» •

ونقسم الكلام في الدولة الاتحادية الى موضوعين رئيسيين :
أولا - نشأة الدولة الاتحادية ونهايتها •
ثانيا - مظاهر الدولة الاتحادية •

أولا - نشأة الدولة الاتحادية ونهايتها

نشأة الدولة الاتحادية

منذ أن تحول الاتحاد التعاهدي الأمريكي الى اتحاد مركزي سنة ١٧٨٧ نشأت دول اتحادية كثيرة نذكر منها المانيا في ظل دستوري سنة ١٨٧١

(١) أنظر ص ٢٧٩ وما بعدها من هذا الكتاب •

(٢) ايجاز اصطلاح الدولة الاتحادية يجعله في نظرنا افضل من الاصطلاح الذي يستعمله البعض وهو « الدولة المتحدة اتحادا مركزيا » ، كما أن نسبته الى الاتحاد تجعله أكثر دقة من اصطلاح « الدولة المتحدة » الذي ينصرف الى إبراز طابع دولة الاتحاد انصرافا يكاد أن ينقطع معه عن اظهار طابع الدول الاعضاء في الاتحاد •

(٣) لاصطلاح « الولايات » ميزة أخرى محققة وهي أنه يغنينا عن تسمية الدول الاعضاء في الاتحاد تسميات تختلف من اتحاد لآخر كالولايات States في الاتحاد الأمريكي والمقاطعات cantons في الاتحاد السويسري •

وسنة ١٩١٩ والنمسا في ظل دستور سنة ١٩٢٠ ، وسويسرا والاتحاد
السوفييتي ، وكندا وأستراليا واتحاد جنوب أفريقيا ، والمكسيك والارجنتين
والبرازيل وقنزويلا «١» .

وتدل الشواهد على أن ثمة زيادة مطردة في تكوين الدول الاتحادية .
فقد نشأت بعد الحرب العالمية الأخيرة دول اتحادية أخرى مثل يوغوسلافيا
بمقتضى دستور سنة ١٩٤٦ وأندونيسيا بمقتضى دستور سنة ١٩٤٩ وليبيا
بمقتضى دستور سنة ١٩٥٢ .

والعوامل التي تحدد بالدول الى تكوين دولة اتحادية متعددة
ومتنوعة «٢» . فقد توجد الرغبة في الاتحاد نتيجة لاتحاد شعوب تلك
الدول في الجنس أو اللغة أو الدين أو العادات ، أو نتيجة لاتحاد مصالحها
الاقتصادية . ومن الطبيعي أن تختلف هذه العوامل بين دولة اتحادية
وأخرى تبعا لاختلاف ظروف الدول الداخلة في تكوينها من سياسية
واقتصادية واجتماعية وغيرها .

على أنه أيا كان اختلاف تلك العوامل فإن أثرها يتمثل في ايجاد رغبة
بين الدول في أن تتحد اتحادا لاينال من سلطانها الا بالقدر الضروري
لاغراض الاتحاد . والحق ان الدولة الاتحادية انما نشأت استجابة لحاجة

(١) يختلف الفقهاء حول ما يجب اعتباره معيارا قانونيا مميزا للدولة
الاتحادية ، ويختلفون تبعا لذلك فيما يجب اعتباره دولا اتحادية بالمعنى الصحيح
من الأمثلة التي ذكرناها . ولما كنا أميل الى النظر للفكرة الاتحادية باعتبارها
فكرة مرنة ومتطورة على ما سنبينه فيما بعد فاننا اعتبرنا بعض الدول اتحادية
بالرغم من انكار فريق من الفقه هذه الصفة عليها بحكم نظرهم الضيقة للفكرة
الاتحادية .

(٢) انظر في تفصيل هذه العوامل :

Elements of democratic government — Corry

الطبعة الثانية سنة ١٩٥١ صص ٤٨٢ — ٤٨٤ و ٥١٠ — ٥١٢ ،
و Finer المرجع السابق صص ١٦٦ — ١٨١ حيث يفصل الظروف التاريخية
والعوامل التي أدت الى نشأة الاتحاد المركزى في أستراليا وكندا والولايات
المتحدة الأمريكية وألمانيا ، و Sait المرجع السابق صص ٣٩٢ وما بعدها حيث
يفصل أثر العوامل الاقتصادية في نشأة الاتحادات المركزية ، ومطول بيردو المرجع
السابق الجزء الثانى صص ٣٩٢ — ٣٩٣ .

الدول الى التوفيق بين رغبتين: رغبتها في أن تكون كتلة واحدة ، ورغبتها في أن تحافظ كل منها على أوفى قدر من الاستقلال الذاتى «١» .

وتنشأ الدولة الاتحادية بأحد أسلوبين : اما نتيجة لاتفاق دول مستقلة «٢» وهذا هو الغالب كما حدث بالنسبة لنشأة الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا ، واما نتيجة لانفصال الدول الاعضاء عن دولة موحدة مع رغبتها في الاستمرار متحدة اتحادا مركزيا «٣» كما حدث بالنسبة للمكسيك سنة ١٨٥٧ والبرازيل سنة ١٨٩١ والاتحاد السوفييتى سنة ١٩١٨ .

نهاية الدولة الاتحادية

ينقضى الشكل الاتحادى للدولة بانقضاء الدولة ذاتها وذلك بأحد الاسباب التى تنقضى بها الدول عموما وفقا لاحكام القانون الدولى العام «٤» . على أنه يمكن أن ينقضى الشكل الاتحادى ذاته بأحد أسلوبين يقابلان الأسلوبين اللذين ينشأ بهما وهما : اما انفصال الولايات الى دول مستقلة نتيجة لحركة ثورية ، واما تحول الدولة الاتحادية الى دولة موحدة تصبح فيها الولايات مجرد وحدات ادارية بعد أن كانت وحدات سياسية متميزة «٥» .

(١) يذكر الاستاذ Dicey فى هذا المعنى (المرجع السابق ص ١٤٣) :
«A fédéral state is a political contrivance intended to reconcile national unity and power with the maintenance of (state rights)».

(٢) fédéralisme par agrégation ou association

(٣) fédéralisme par ségrégation ou dissociation

(٤) يراجع فى اسباب انقضاء الدول عموما الدكتور محمود سامى جينيه المرجع السابق ص ص ٩٩-١٠٠ والدكتور أبو هيف ص ص ١٤٨-١٤٩ .

(٥) ليس هناك ما يمنع من انقضاء الشكل الاتحادى عن طريق تحول الاتحاد المركزى الى اتحاد تعاهدى . على أن هذا الفرض وان أمكن تصوره من الناحية =

ثانيا - مظاهر الدولة الاتحادية

تقدم أن الفكرة الاتحادية نشأت استجابة لحاجة الدول الى التوفيق بين رغبتين : رغبتها في أن تكون كتلة واحدة ، ورغبتها في أن تحافظ كل منها على أوفى قدر من الاستقلال الذاتى . وبحكم تطور الظروف التى تمر بها الدول تتطور الحاجة الى التوفيق بين الرغبتين المتقدمتين وتتطور تبعا لذلك الفكرة الاتحادية ومظاهرها المختلفة .

على أنه أيا كان تطور الفكرة الاتحادية فان مظاهرها لا بد وأن تصدر عن الاعتبارين الرئيسيين اللذين يسيطران على نشأة الدولة الاتحادية وهما : اعتبار الوحدة ، واعتبار الاستقلال . فاعتبار الوحدة يتمثل فى تنظيم دولة الاتحاد ، واعتبار الاستقلال يتمثل فى تنظيم الولايات . ويتنازع هذان الاعتباران تنظيم العلاقة بين دولة الاتحاد والولايات ، الامر الذى يؤدى حتما الى ايجاد تنظيم تتوزع بمقتضاه سلطات الحكم بين دولة الاتحاد والولايات «^١» .

==
النظرية بعيد الحصول من الناحية العملية لما هو مشاهد فى الدول الاتحادية من اتجاه نحو زيادة التركيز (أى نحو الدولة الموحدة) لا الانفصال - انظر موسكىلى المرجع السابق ص ص ٢٩٠-٢٩٧ .

(١) يفسر معظم الفقهاء مظاهر الدولة الاتحادية على أساس النظر الى الدول الاتحادية بوصفها دولا موحدة من بعض نواحيها ودولا مركبة من النواحي الاخرى . وهذا ما يعبر عنه الاستاذ كاريه دى مالبرج (المرجع السابق الجزء الاول ص ١١٩) بقوله :

«...les particularités juridiques que l'on relève dans la structure et le fonctionnement de l'Etat fédéral, impliquent que cet Etat possède un double caractère: à certains égards il se caractérise comme un Etat unitaire, à d'autres égards il se caractérise comme une fédération d'Etats».

على أننا آثرنا رد مظاهر الدولة الاتحادية الى ثلاثة مجالات : دولة الاتحاد

وعلى هذا النحو يمكن أن ترد مظاهر الدولة الاتحادية الى ثلاثة رئيسية «١» :

- ١ - مظاهر الوحدة في دولة الاتحاد .
- ٢ - مظاهر الاستقلال في الولايات .
- ٣ - مظاهر الاشتراك في سلطات الحكم بين دولة الاتحاد والولايات .

١ - مظاهر الوحدة في دولة الاتحاد

تتوافر دولة الاتحاد كالدولة الموحدة على ثلاثة أركان : شعب ، واقليم ، وحكومة أو سلطة سياسية .

أما الشعب فهو مجموع رعايا الولايات «٢» .

حيث يسيطر اعتبار الوحدة ، والولايات حيث يسيطر اعتبار الاستقلال ، وتنظيم العلاقة بين دولة الاتحاد والولايات حيث يتنازع هذان الاعتباران السيطرة فيؤديان الى اشتراك الولايات مع دولة الاتحاد في سلطات الحكم . ولقد حدا بنا الى هذا التقسيم الرغبة في تيسير ابراز الحقائق الاساسية التي تقوم عليها الدولة الاتحادية .

(١) تتنوع الدول الاتحادية تنوعا كبيرا ومن ثم تختلف في مظاهرها اختلافا جعل الفقهاء يترددون حول ما يجب أن يعتبر المعيار القانوني المميز للدولة الاتحادية عن الدولة الموحدة - انظر مثلا موسكيلي المرجع السابق ص ١٥٤ - ١٩٠ ، و Les Etats fédéraux - Durand سنة ١٩٣٠ ص ٣١٣ - ٣٥٨

ونحن انما نسجل هنا المظاهر الرئيسية للدولة الاتحادية اي المظاهر المشتركة بين معظم الدول الاتحادية مع بيان أوجه الاختلاف الجوهرية بين تلك الدول .

(٢) لا توجد في الدولة الاتحادية كقاعدة سوى جنسية واحدة هي جنسية دولة الاتحاد يتمتع بها رعايا جميع الولايات . وتحصر الدساتير الاتحادية عادة على أن تجعل سلطة تنظيم المسائل المتصلة بالجنسية والتجنس من اختصاص دولة الاتحاد لا الولايات - موسكيلي المرجع السابق ص ١٤٤ - ١٤٥ .

وأما الاقليم فهو اقليم الولايات منظورا اليه في مجموعه «١» .
 وأما الحكومة أو السلطة السياسية فهي حكومة الاتحاد التي تتمثل
 أساسا في السلطتين التشريعية والتنفيذية .
 وتتكون السلطة التشريعية الاتحادية من مجلسين يتشكل أحدهما
 بالاقتخاب من مجموع رعايا الولايات ، ويتشكل الآخر بالاستناد الى
 الولايات باعتبارها وحدات سياسية متميزة . وتختلف تسمية المجلسين تبعا
 للدساتير الاتحادية «٢» . على أنه يحسن أن نطلق على المجلس الممثل
 للشعب الاتحادى **المجلس الشعبى** ، وأن نطلق على المجلس الممثل للولايات
مجلس الولايات «٣» .

(١) تنص الدساتير الاتحادية على الاقليم عادة بوصفه الاقليم القومى
 territoire national وتجعل لحكومة الاتحاد سلطة تعديل حدوده - المرجع
 السابق ص ص ١٤٥-١٤٧ .

(٢) يسمى المجلس الممثل لمجموع رعايا الولايات le Conseil national
 (كما هو الشأن في ظل دستور النمسا لسنة ١٩٢٠) أو Reichstag (كما
 هو الشأن في ظل دستورى المانيا لسنة ١٨٧١ ولسنة ١٩١٩) أو Chambre des
 députés أو Chambre des représentants . ويسمى المجلس الممثل للولايات
 ذاتها le Conseil fédéral (كما هو الشأن في ظل دستور النمسا لسنة ١٩٢٠
 أو Bundesrath أو Reichsrath) كما هو الشأن في ظل دستورى المانيا
 سالفى الذكر) أو Chambre des États أو Sénat fédéral

(٣) لم نشأ أن نسمى المجلس الممثل لمجموع الرعايا **المجلس الأدنى** والمجلس
 الممثل للولايات **المجلس الأعلى** كما يفعل بعض المؤلفين . فوصف أدنى يفيد أن
 المجلس أضعف في اختصاصاته كما أن وصف أعلى يفيد أن المجلس أقوى في
 اختصاصاته . وعلى هذا النحو يودى هذان الوصفان الى اعتبار المجلس الممثل
 لمجموع الرعايا أضعف من المجلس الممثل للولايات في جميع الدساتير الاتحادية،
 وهذا ما يخالف الوضع المقرر في بعض تلك الدساتير على الاقل - انظر
 ص ص ٢٧٤ - ٢٧٦ من هذا الكتاب .

وتتلافى التسمية التي اقترحناها للمجلسين عدم الدقة في هذا الصدد
 لانها تنسب كلا منهما الى الهيئة التي يمثلها دون أن تتعرض لاختصاصاته
 او مركزه القانونى .

وازدواج السلطة التشريعية في الدول الاتحادية ليس مرده الى الاسباب التي حدثت بالدول الموحدة الى ايجاد مجلسين وانما الى اعتبارات تتصل بالشكل الاتحادي ذاته من حيث ضرورة اشراك الولايات في سلطات الحكم . وتسيطر هذه الاعتبارات أيضا على تشكيل مجلس الولايات وتحديد اختصاصه ولكن لا أثر لها بالنسبة للمجلس الشعبي .

فالمجلس الشعبي ينتخب من الافراد بوصفهم رعايا دولة الاتحاد ووفقا للاوضاع الانتخابية التي تقررها الاخيرة «١» شأنه في هذا شأن البرلمان في دولة موحدة . بل انه حتى بالنسبة لمجلس الولايات يلاحظ أنه أيا كان الدور الذي تباشره الولايات في تشكيله فانه يعتبر من الناحية القانونية على الأقل هيئة تتبع دولة الاتحاد وتعمل باسمها «٢» .

وتتكون السلطة التنفيذية الاتحادية من رئيس الدولة وحكومة الاتحاد . والمشاهد أن نظام الحكم السائد في معظم الدول الاتحادية هو النظام الجمهوري «٣» وأن رئيس الدولة ينتخب من مجموع رعايا الدولة الاتحادية

(١) يذكر الاستاذ Durand أنه باستثناء دساتير الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا وأستراليا تنظم جميع الدساتير الاتحادية المعاصرة حقوق الانتخاب أو تجعل أمر تنظيمها من اختصاص دولة الاتحاد عن طريق قوانين تسنها لهذا الغرض - المرجع السابق ص ص ١٨٧-١٨٨ .

(٢) يقوى من تبعية مجلس الولايات لدولة الاتحاد أن ممثلي الولايات في معظم الدول الاتحادية يختارون بطريق الانتخاب وأنهم غير مقيدين بأية تعليمات تصدر اليهم عند التصويت في المجلس (انظر ص ص ٢٧١-٢٧٢ من هذا الكتاب) . هذا من الناحية القانونية ولكن من الناحية الواقعية أو السياسية يبرز في مجلس الولايات دور الولايات بوصفها وحدات سياسية متميزة ويحرص ممثلوها على ارضاء السلطة التي تنتخبهم خشية ألا تجدد انتخابهم .

(٣) تعتبر ألمانيا سنة ١٨٧١ مثلا تقليديا لدولة اتحادية ذات نظام ملكي . وكان ملك ولاية بروسيا هو الذي يعتبر رئيسا للدولة الاتحادية ويلقب بامبراطور الألمان بحكم اعتلائه عرش بروسيا . وهكذا كان دور بروسيا واضحا في رئاسة دولة ألمانيا الاتحادية . وعزى هذا الوضع الشاذ الى الظروف التي نشأ فيها اتحاد ألمانيا المركزي اذ أن تعداد سكان بروسيا وحدها كان يصل الى نسبة

اما بطريق مباشر كما هو الشأن بالنسبة للمكسيك (المادة ٧٦) والبرازيل (المادة ٤٧) والمانيا (دستور فيمر لسنة ١٩١٩ المادة ٤١) والنمسا (دستور سنة ١٩٢٠ المادة ٦٠) ، واما بطريق غير مباشر من الشعب كما هو الشأن بالنسبة للولايات المتحدة الامريكية (المادة الثانية) والارجنتين (المادة ٨١) .

ففى حالة انتخاب رئيس الدولة من الشعب بطريق مباشر لا يكون للولايات أثر فيه ، وفى حالة انتخابه بطريق غير مباشر يمكن للولايات أن تؤثر فيه ولكن الاثر الذى تباشره لا يصل الى الحد الذى ينفى الطابع الموحد فى اختياره «١» .

أما عن حكومة الاتحاد فان لها ذاتية خاصة بها ، ويدخل فى حدود مهمتها تنفيذ القوانين والقرارات الاتحادية فى مختلف أنحاء الدولة ولو كان التنفيذ واقعا فى الحدود الاقليمية لاية ولاية .

على أن الدول الاتحادية قد اتبعت أحد أساليب ثلاثة فى صدد تنفيذ القوانين والقرارات الاتحادية داخل حدود الولايات وهى : الادارة المباشرة ، والادارة غير المباشرة ، والادارة المختلطة «٢» .

أربعة اسباع مجموع سكان الاتحاد - Durand المرجع السابق ص ٢٣٣ .
هذا وقد أنكر بعض الفقهاء الالمان صفة الملك على رئيس دولة المانيا الاتحادية على أساس أن السلطان كان مركزا فى يد الهيئات الاتحادية ، وذهب بعضهم الى أن الاتحاد المركزى لا يمكن أن ينشأ الا فى ظل نظام الحكم الجمهورى - كاريه دى مالبرج المرجع السابق الجزء الاول ص ١٠٧ (هامش ١٠) .

(١) تعهد بعض الدساتير الاتحادية الى مجلسى البرلمان الاتحادى مجتمعين على شكل مؤتمر بانتخاب رئيس الدولة والهيئة التنفيذية الاتحادية كما هو الشأن بالنسبة لدستورى سويسرا وفنزويلا . وقد تستطيع الولايات فى هذه الحالة أن تحول دون جعل الانتخاب متمشيا مع الاتجاهات الشعبية الممثلة فى المجلس الشعبى ، ولكن أثرها هنا أيضا لا يصل الى الحد الذى ينفى الطابع الموحد فى الاختيار - المرجع السابق ص ص ٢٣٣-٢٣٤ .

(٢) انظر موسكيل المرجع السابق ص ص ١٥٠-١٥١ ، ومطول بيردو المرجع السابق الجزء الثانى ص ص ٤٣٢-٤٣٣ .

فمقتضى أسلوب الإدارة المباشرة système de l'administration directe
أن تنشئ حكومة الاتحاد إدارات لها في الولايات تكون تابعة لها وخاضعة
لتعليماتها ومستقلة عن إدارة الولايات كما هو الشأن بالنسبة للولايات
المتحدة الأمريكية •

ومزية هذا الأسلوب هي أنه يجعل تنفيذ القوانين في يد موظفين خاضعين
لحكومة الاتحاد خضوعاً مباشراً فيتسنى للأخيرة عن طريق سلطتها الرئاسية
ضمان تنفيذ القوانين على الوجه الذي تراه كاملاً •

على أنه يعيب هذا الأسلوب ما يفضى إليه من أعباء مالية تبهظ الميزانية
العامة ومن تعقيد في الجهاز الإداري لا يؤمن معه التعطيل والتنافر بين الإدارة
الاتحادية وإدارة الولايات • ولقد هاجم كثير من الفقهاء في الولايات
المتحدة الأمريكية أسلوب الإدارة المباشرة وأبرزوا عيوبه المتقدمة •

ومقتضى أسلوب الإدارة غير المباشرة système de l'administration
indirecte اعتماد حكومة الاتحاد على إدارة الولايات في تنفيذ القوانين
الاتحادية واكتفاؤها بمباشرة نوع من الرقابة الإدارية عليها كما كان الشأن
بالنسبة لألمانيا في ظل دستوري سنة ١٨٧١ وسنة ١٩١٩ •

ومزية هذا الأسلوب هي عيب أسلوب الإدارة المباشرة ، وعيبه هو مزية
الأسلوب المذكور • فميزته أنه يوفر في النفقات العامة ويحقق الانسجام بين
الإدارة الاتحادية وإدارات الولايات ، وعيبه أنه يعرض تنفيذ القوانين
الاتحادية لتراخي إدارة الولايات •

أما أسلوب الإدارة المختلطة système mixte فإنه يجمع بين الأسلوبين
المتقدمين بمعنى أن حكومة الاتحاد تنشئ لها إدارات فرعية في الولايات
وتجعل من اختصاصها تنفيذ بعض القوانين ، وتكتفى بالاعتماد على إدارات
الولايات في تنفيذ البعض الآخر كما هو الشأن بالنسبة لسويسرا وكما كان
الشأن بالنسبة للنمسا قديماً (دستور سنة ١٩٢٠) •

٢ - مظاهر الاستقلال في الولايات

تقدم أن اعتبار الاستقلال هو الذى يسيطر على تنظيم الولاية • ويتمثل استقلال الولاية في مظاهر شتى أهمها ما يتصل بأمرين : الاقليم ، والتنظيم الذاتى •

فبالنسبة للاقليم تسلم معظم الدساتير الاتحادية بسلطان الولاية على اقليمها ولا تجيز فصل أى جزء منه أو ضمه الى غيره الا بموافقة سلطات الولاية ذاتها فضلا عن موافقة سلطات دولة الاتحاد «١» •

وبالنسبة للتنظيم الذاتى «٢» نجد أن من المقرر أن لكل ولاية الحق فى أن تسن لنفسها الدستور الذى تراه ملائما «٣» وأن تعدل نظمها السياسية والقانونية على النحو الذى يقتضيه صالحها •

ومقتضى أن لكل ولاية دستورا أن يكون لها سلطة تأسيسية تملك تعديل الدستور وتحديد اختصاص السلطات المؤسسة فى ظلها من تشريعية وتنفيذية وقضائية • على أن من المقرر أيضا أن سلطة التنظيم الذاتى خاضعة لما يورده الدستور الاتحادى من قيود • وتتنوع هذه القيود تنوعا كبيرا وتفاوت سعة وضيقا كما يتضح من الامثلة الآتية «٤» :

(١) شذ عن هذه القاعدة دستورا المكسيك والمانيا (سنة ١٩١٩) إذ أجازا تقسيم اقليم الولاية بشروط خاصة بالرغم من معارضة سلطاتها - انظر Durand المرجع السابق صص ١٢٩-١٤١ •

(٢) ويطلق عليه la faculté d'auto-organisation

(٣) سنت جميع الولايات دساتيرها فى الامبراطورية الالمانية لسنة ١٨٧١ عدا الازراس واللورين فان دستورهما كان من صنع دولة الاتحاد - موسكىلى المرجع السابق ص ٢٢٤ •

(٤) انظر Durand المرجع السابق صص ١٣٩-١٤٧ ، وموسكىلى المرجع السابق صص ٢٢٤-٢٢٩ ، ومطول بيردو المرجع السابق الجزء الثانى صص ٤٣٦-٤٣٧ •

يفرض الدستور الأمريكى نظام الحكم الجمهورى على الولايات (المادة الثانية) « ١ » ، ويحظر عليها انكار صفة المواطن على أى فرد بسبب الجنس أو اللون أو حالة رق سابقة (التعديل العاشر سنة ١٨٦٩) كما يحظر عليها انكار حق الانتخاب على النساء (التعديل التاسع عشر سنة ١٩٢٠) .

وتفرض دساتير دول أمريكا اللاتينية النظام الجمهورى النيابى وأحكاما خاصة بتنظيم الحقوق السياسية للأفراد . على أنه بالإضافة الى هذه القيود يحظر دستور الارچنتين على برلمانات الولايات تخويل الحكام سلطات دكتاتورية (المادة ٢٩) .

وفرض دستور سويسرا النظام الجمهورى ويتطلب فى دساتير الولايات أن تكون صادرة بموافقة الشعب وأن تكون قابلة للتعديل من جانبه (المادة السادسة) .

وفرض الدستور السوفييتى النظام الجمهورى على الولايات ويوجب عليها مراعاة الاحكام الواردة فيه واتباع نظام موحد فى انتخاب النواب (المادة ١٦ والفصل الحادى عشر) .

(١) تتفق الدساتير الاتحادية فى أنها تفرض نظاما للحكم على الولايات . ولم يشذ عن هذه القاعدة سوى دستور المانيا لسنة ١٨٧١ الذى لم يورد أى قيد فى هذا الصدد فوجدت فى ظله أنظمة جمهورية بجانب الانظمة الملكية المطلقة والدستورية . أما دستور المانيا لسنة ١٩١٩ (فيمر) فقد فرض النظام الجمهورى البرلمانى على الولايات .

هذا وتورد الدساتير الاتحادية أحيانا قيودا تتصل مباشرة بالسلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية فى الولايات كما هو الشأن بالنسبة لدستور كندا الذى يفرض على ولاية Ontario نظام المجلس التشريعى الواحد وعلى ولاية Québec نظام المجلسين (المادتان ٦٩ و ٧١) كما يضع أسس التنظيم الإدارى فى الولايات (المادة ٥٨) ، ودستور النمسا (لسنة ١٩٢٠ المادة ٨٢) الذى يحرم الولايات من السلطة القضائية - موسكىلى المرجع السابق ص ١٤٠ .

ولما كانت الولايات مقيدة بمراعاة أحكام الدستور الاتحادي فانها تكون ملزمة في حالة تعديل الاخير أن تعدل دساتيرها على النحو الذي يجعلها متمشية معه .

٣ - مظاهر الاشتراك في سلطات الحكم

بين دولة الاتحاد والولايات

تشارك الولايات مع دولة الاتحاد في سلطات الحكم ، ويؤكد هذه المشاركة مظاهر متعددة تتجلى على الاخص في أمور ثلاثة : تعديل الدستور الاتحادي ، ومجلس الولايات ، وكيفية توزيع السلطات بين دولة الاتحاد والولايات .

§ تعديل الدستور الاتحادي

للدستور الاتحادي أهمية كبرى في حياة الدولة الاتحادية . فهو السند الذي ينظم توزيع السلطات بين دولة الاتحاد والولايات . ولئن تنوعت الاساليب التي أخذت بها الدساتير الاتحادية في توزيع السلطات بين دولة الاتحاد والولايات على ما سنبينه فيما بعد «١» ، الا أن الدستور الاتحادي يعتبر بالنسبة للولايات في جميع الاحوال الضمان الذي يصون مظاهر استقلالها في وجه دولة الاتحاد ويكفل لها مباشرة السلطات المقررة لصالحها «٢» .

(١) انظر ص ص ٢٧٦ - ٢٧٩ من هذا الكتاب .

(٢) يبرز الاستاذ بيردو حيوية الدستور الاتحادي بالنسبة للولايات في ص ٤١٣ من مطوله في الفقه السياسي (المرجع السابق الجزء الثاني) فيذكر :
«Tout ce que la constitution signifie aux yeux des citoyens d'un Etat unitaire quant à la protection de leurs droits et libertés, elle le représente également pour les collectivités participantes à l'Etat fédéral».

وهذه الاعتبارات هي التي تفسر كيف أن جميع الدساتير الاتحادية دساتير جامدة أى تحتاج فى تعديلها الى تنظيم أشد من التنظيم المقرر بالنسبة للقوانين الاتحادية العادية . ولقد سبق أن فصلنا المبادئ التى تحكم الدساتير الجامدة وبيننا أنواعها وشرحنا الآثار التى تفضى إليها من الناحية القانونية ولا سيما فى مجال رقابة دستورية القوانين « ١ » . على أن الذى يهمنا أن نضيفه الى ماتقدم فى شأن جمود الدساتير هو دور الولايات فى تعديل الدستور الاتحادى .

وتختلف الدساتير الاتحادية فيما تقرره من تنظيمات بشأن تعديل أحكامها ، وتختلف تبعا لذلك فى تحديد الدور الذى تساهم به الولايات فى تعديل تلك الاحكام .

ولئن كان دور الولايات فى هذا الشأن يتفاوت تفاوتاً كبيراً بين دستور وآخر ، الا أن الدساتير الاتحادية قد صدرت فى مجموعها عن تنظيمات

(١) راجع ص ١١٢ وما بعدها و ص ص ١٩٠-٢٠٥ من هذا الكتاب مع ملاحظة امرين :

أولاً - أنه وان كان من المتصور أن يوجد دستور غير مدون وجامد فى نفس الوقت ومثلنا لذلك ببعض القوانين فى المدن اليونانية القديمة والقوانين الأساسية للمملكة فى فرنسا قبل الثورة (ص ص ١٩٢-١٩٣) الا أن جميع الدساتير الاتحادية مدونة وجامدة . ولا نعرف دستوراً اتحادياً تخلفت فيه صفة التدوين أو صفة الجمود .

ثانياً - تحرص بعض الدساتير الاتحادية على ايراد نصوص تحظر تعديل الاحكام الخاصة بالشكل الاتحادى وبحقوق الولايات حظراً موضوعياً كما هو الشأن بالنسبة لدستور فنزويلا الذى يحظر تعديل شكل الحكومة الاتحادى الديموقراطى (المادة ١٣) ، والدستور البرازيلى الذى يحظر تعديل شكل الحكومة الاتحادى الجمهورى أو المساس بحق الولايات فى أن تمثل تمثيلاً متساوياً بمجلس الشيوخ (المادة ٩٠) ، والدستور الأمريكى الذى يحظر حرمان أية ولاية بغير موافقتها من حقها فى التمثيل المتساوى مع الولايات الأخرى فى مجلس الشيوخ (المادة الخامسة) . ولقد سبق أن بينا أن النصوص التى تحظر التعديل تتنافى مع مقتضيات التطور وتجافى المبادئ القانونية المسلمة (ص ٢٠٥ من هذا الكتاب) .

رئيسية ثلاثة يتدرج فيها دور الولايات من القوة الى الضعف على النحو الذى يلى «١» :

أولا - قد تشارك الولايات فى تعديل الدستور الاتحادى من حيث اقتراح التعديل ومن حيث اقراره كما هو الشأن بالنسبة للدستور الأمريكى «٢» . فمن حيث الاقتراح يشترط هذا الدستور أن يكون بناء على قرار يصدر بموافقة ثلثى أعضاء الكونجرس أو بناء على طلب يقدم الى الكونجرس من ثلاثة أرباع برلمانات الولايات (أى ست وثلاثون ولاية) بدعوة مؤتمر خاص لهذا الغرض . ومن حيث الاقرار يلزم أن يتم اما بموافقة ثلاثة أرباع برلمانات الولايات واما بموافقة ثلاثة أرباع مؤتمرات تدعى فى الولايات خصيصا لهذا الغرض حسبما يقرره الكونجرس (المادة الخامسة) .

وقد يقتصر اشتراك الولايات على اقرار التعديل الدستورى كما هو الشأن بالنسبة لدستور المكسيك الذى يتطلب فضلا عن موافقة أغلبية ثلثى الاصوات فى مجلس الكونجرس على التعديل الدستورى اقراره من أغلبية برلمانات الولايات ، والدستور السويسرى الذى يتطلب اقرار التعديل الدستورى من أغلبية المواطنين وأغلبية الولايات (المادة ١٢٣) .

وقد يقتصر اشتراك الولايات على اقتراح التعديل الدستورى كما هو الشأن بالنسبة لدستور البرازيل الذى يجعل للولايات - فضلا عن الكونجرس - حق اقتراح تعديل الدستور بشرط أن تؤيد الاقتراح أغلبية

(١) راجع موسكىلى المرجع السابق ص ص ٢٤٥-٢٥٣ ، و Durand المرجع السابق ص ص ٢٨٢-٣١٢ ، ومطول بيردو المرجع السابق الجزء الثانى ص ص ٤١٧ - ٤٢٢ .

(٢) وهذا هو الشأن أيضا بالنسبة لدستور فنزويلا الذى يجعل اقتراح التعديل الدستورى للكونجرس والولايات على السواء ويتطلب فى اقراره اقرار الولايات فضلا عن موافقة الكونجرس . على أن الدستور المذكور يتطلب اقرار ثلاثة أرباع برلمانات الولايات اذا كان الاقتراح من جانب الكونجرس ولا يتطلب أغلبية خاصة اذا كان الاقتراح من جانب الولايات (المواد ١٢٣-١٢٧) .

ثلثى برلمانات الولايات في خلال عام من تقديمه (المادة ٩٠) .

ثانياً - قد لا يكون للولايات حق اقتراح تعديل الدستور الاتحادي أو حق اقراره ولكنها تبشر بالرغم من ذلك دوراً ايجابياً عن طريق مجلس الولايات الممثلة فيه «١» . وهذا هو الشأن بالنسبة لدستور المانيا لسنة ١٨٧١ ودستوري جنوب أفريقيا والارجنتين .

ثالثاً - قد تشترك الولايات في تعديل الدستور الاتحادي عن طريق مجلس الولايات الممثلة فيه ولكن اشتراكها يكون ضعيفاً بحكم الدور المتواضع الذي يباشره المجلس المذكور . وهذا هو الشأن بالنسبة لدستوري ألمانيا لسنة ١٩١٩ والنمسا لسنة ١٩٢٠ والدستور السوفييتي «٢» .

فدستور المانيا لسنة ١٩١٩ ينص على أنه اذا أقر المجلس الشعبي Reichstag تعديلاً دستورياً سبق لمجلس الولايات Reichsrath رفضه ، يجوز للاخير أن يطلب من رئيس الدولة طرحه للاستفتاء الشعبي . ويكون لرئيس الدولة الخيار بين أن يوافق على طلب مجلس الولايات أو أن يرفضه الا اذا كان المجلس قد تقدم بالطلب في خلال أسبوعين من رفض المجلس الشعبي فيتعين على رئيس الدولة حينئذ الموافقة عليه .

وينهج دستور النمسا لسنة ١٩٢٠ نهج دستور المانيا لسنة ١٩١٩ من حيث تحديد دور مجلس الولايات تحديداً يكاد يقتصر على طلب طرح التعديل الدستوري للاستفتاء الشعبي .

أما الدستور السوفييتي فانه يركز سلطة تعديل الدستور في يد الهيئات التي تمثل مجموع الشعب ولا يجعل للولايات الا مشاركة زهيدة في هذا الصدد حدث ببعض الفقهاء الى انكار صفة الاتحاد المركزي على

(١) انظر ماسنذكره عن مجلس الولايات فيما بعد - ص ٢٧٠ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٢) انظر في تفصيل هذه الدساتير موسكيلي المرجع السابق ص ٢٤٩-٢٥١ .

§ مجلس الولايات

ما من دولة اتحادية الا وتتكون سلطتها التشريعية من مجلسين يمثل أحدهما مجموع رعايا الولايات ويمثل الآخر الولايات بوصفها وحدات سياسية متميزة • فنظام المجلسين لاغنى عنه في نشوء الدولة الاتحادية لانه النظام الوحيد الذى يمكن أن يتلاقى في ظله اعتبارا الوحدة والاستقلال اللذان يسيطران على تنظيم الدولة الاتحادية «٢» •

ويعتبر مجلس الولايات «٢» من أبرز مظاهر مشاركة الولايات لدولة الاتحاد في سلطات الحكم وبالذات في سن القوانين الاتحادية • ويمكن أن نلمس أثر هذه المشاركة في تشكيل المجلس المذكور وفي تحديد اختصاصه على السواء •

(١) من هؤلاء الفقهاء موسكيلي ص ٢٥١ من المرجع السابق ، و Rousseau المرجع السابق ص ص ١٣٦-١٣٧ •

(٢) يذكر الاستاذ بيردو في ص ص ٤٢٦-٤٢٧ من مطوله في الفقه السياسى (المرجع السابق الجزء الثانى) :

«En réalité, la seconde chambre des Etats fédéraux est directement commandée par les nécessités du fédéralisme. Son existence est commune à toutes les unions fédérales si diverses, que soient ,par ailleurs ,leurs organisations, car elle répond à l'objectif du fédéralisme d'assurer une participation des Etats-membres aux décisions étatiques et particulièrement aux plus importantes d'entre elles: aux lois fédérales».

(٣) انظر في تفصيل موضوع مجلس الولايات : Durand المرجع السابق ص ص ١٩٤ - ٢٣٠ ، وموسكيلي المرجع السابق ص ص ١٤٧-١٤٩ و ٢٢٩-٢٤٥ ، ومطول بيردو المرجع السابق ٤٢٦-٤٣٢ ، وكاريه دى مالبرج المرجع السابق الجزء الثانى سنة ١٩٢٢ ص ص ٥٥٧-٥٦٠ ، وديجى المرجع السابق الجزء الثانى ص ص ٧٠٠-٧٠٤ •

تشكيل مجلس الولايات

كيفية اختيار ممثلى الولايات : تختلف الدساتير الاتحادية من حيث الاساليب التى تأخذ بها فى اختيار ممثلى الولايات . على أن ثمة أسلوبين رئيسيين فى هذا الصدد وهما : التعيين والانتخاب .

فمن الدساتير التى أخذت بأسلوب التعيين دستور المانيا لسنة ١٨٧١ (المادة السادسة) الذى جعل سلطة تعيين ممثلى كل ولاية فى يد حكومتها «١»، ودستور كندا الذى نص على أن يكون للحاكم العام سلطة تعيين ممثلين عن الولايات يشغلون مناصبهم لمدى الحياة (المادة ٢٤) «٢» .

أما أسلوب الانتخاب فقد أخذت به معظم الدساتير الاتحادية . وقد يكون الانتخاب موكولا الى سلطات الولاية وبالذات برلمانها كما هو الشأن بالنسبة لدستور النمسا لسنة ١٩٢٠ (المادة ٣٥) ودستورى الارچنتين (المادة ٤٦) وفرنزويلا (المادة ٦٠) ، وقد يكون الانتخاب موكولا الى الشعب مباشرة فى كل ولاية كما هو الشأن بالنسبة لدساتير المكسيك (المادة ٥٨) واستراليا (المادة السابعة) والاتحاد السوفيتى (المادة ٣٥) «٣» .

وأيا كان الاسلوب الذى يتبع فى اختيار ممثلى الولايات فانه باستثناء دستورى المانيا لسنة ١٨٧١ وللسنة ١٩١٩ «٤» تحصن الدساتير الاتحادية استقلال

(١) استبقى دستور المانيا لسنة ١٩١٩ أسلوب التعيين فى اختيار ممثلى جميع الولايات الا بالنسبة لممثلى بروسيا (المادة ٦٣) .

(٢) يجعل دستور اتحاد جنوب افريقيا للحاكم العام سلطة تعيين بعض الممثلين عن الولايات (المادة ٢٤) .

(٣) خول دستور سويسرا الولايات سلطة تحديد الكيفية التى تختار بها ممثليها (المادة ٨٠) . ولقد أخذت أغلب الولايات بأسلوب الانتخاب المباشر من جانب الشعب .

(٤) قضى دستور المانيا لسنة ١٨٧١ فى المادة السادسة منه بأن ممثلى الولايات مقيدون بالتعليمات الصادرة اليهم من الحكومة التى تولت تعيينهم .

ممثلى الولايات عن السلطة التى تولت اختيارهم • فهذه السلطة لاتملك عزلهم قبل انقضاء المدة التى يختارون لها فضلا عن أن هؤلاء غير مقيدين فى مباشرة مهمتهم بأية تعليمات تصدرها اليهم السلطة المذكورة •

تحديد عدد ممثلى الولايات : المبدأ السائد فى الاغلبية العظمى من الدساتير الاتحادية هو تمثيل الولايات تمثيلا متساويا بصرف النظر عن مساحتها أو تعداد سكانها «١» • وهذا هو الشأن بالنسبة لدساتير الولايات المتحدة الامريكية (المادة الاولى فقرة ثالثة) والمكسيك (المادة ٥٨) والارجنتين (المادة ٤٦) والبرازيل (المادة ٣٠) واستراليا (المادة السابعة) وسويسرا (المادة ٨٠) والاتحاد السوفييتى (المادة ٣٥) ويوغوسلافيا (المادة ٥٤) •

ولقد تقرر مبدأ التمثيل المتساوى للولايات تحت تأثير الظروف التى صاحبت نشأة كثير من الدول الاتحادية وعلى الاخص الولايات المتحدة الامريكية ودول أمريكا اللاتينية • وكان ضمان هذا المبدأ هو السبيل الوحيد لاقتناع الولايات الصغيرة بقبول الانضمام الى الاتحادات المركزية الناشئة وازالة الشكوك التى كانت تساورها بسبب الخشية على استقلالها

ويفسر هذا الوضع الشاذ بأن الاتحاد الالماني سنة ١٨٧١ كان متأثرا بالفكرة التعاهدية لدستور سنة ١٨١٥ •

وقد حذا دستور المانيا لسنة ١٩١٩ حذو دستور سنة ١٨٧١ الى حد ما فى هذا الصدد — Durand المرجع السابق ص ١٩٤ — ١٩٥ •

(١) لعل من أبرز الامثلة التى توضح التمثيل المتساوى للولايات بصرف النظر عن تعداد سكانها أن نشير الى أن تعداد ولاية Uri فى سويسرا لايجاوز نسبة ١/٣ من تعداد ولاية Berne ، وأن تعداد ولاية Nevada فى الاتحاد الامريكى لايجاوز نسبة ١/١٠٠ من تعداد ولاية نيويورك — مطول يردو المرجع السابق الجزء الثانى ص ٤٢٩ (هامش ٤) •

من الولايات الكبيرة «١» •

وشذت بعض الدساتير الاتحادية عن مبدأ التمثيل المتساوي للولايات وهي دستور ألمانيا لسنة ١٨٧١ وللسنة ١٩١٩ «٢» ودستور النمسا لسنة ١٩٢٠ ودستور كندا • على أنه يلاحظ أن هذه الدساتير وإن شذت عن مبدأ التمثيل المتساوي إلا أنها لم تقرر تمثيل الولايات على أساس تعداد سكانها • وهذا ما يثبت أنها قد راعت ولو إلى حد معين ضرورة النظر إلى الولايات باعتبارها وحدات سياسية متميزة في صدد تحديد نسبة تمثيلها في مجلس الولايات •

ويذهب فريق من الفقهاء إلى أن التمثيل المتساوي للولايات ركن من أركان الدولة الاتحادية «٣» • على أن فريقاً آخر يرون أن مبدأ التمثيل المتساوي

(١) بلغ حرص بعض الدساتير الاتحادية على تأكيد مبدأ التمثيل المتساوي بين الولايات إلى الحد الذي جعلها تحظر تعديله - انظر ص ٢٦٧ (هامش ١) من هذا الكتاب •

(٢) نص دستور ألمانيا لسنة ١٩١٩ على أن يكون لكل ولاية صوت واحد على الأقل في مجلس الولايات ، وصوت إضافي عن كل سبعمائة ألف نسمة بشرط ألا يتجاوز عدد ممثلي أية ولاية خمسي مجموع أعضاء المجلس • وكان المقصود من هذا الشرط الحد من عدد ممثلي بروسيا التي كان من حقها أن تمثل لولا هذا الشرط بثلاثي مجموع أعضاء المجلس - انظر الاستاذين وحيد رافت ووايت ابراهيم المرجع السابق ص ٦٣ •

(٣) من هؤلاء Le Fur و Borel وموسكيلى الذى يذكر دفاعاً عن هذا النظر (ص ص ٢٣٥-٢٣٦ من المرجع السابق) :

«Il est incontestable que l'égalité de représentation est plus conforme à la nature spéciale de cette forme d'Etat (Etat fédéral) ...pour que la coopération des Etats particuliers soit réellement effective, il faut qu'ils soient représentés comme tels, c'est-à-dire comme des collectivités individualisées, sans tenir compte ni de leur importance ni du nombre de leur population».

يرجع الى الاعتبار التاريخية وليس مما يقتضيه التحديد القانوني للفكرة الاتحادية «١». ويؤيد هؤلاء وجهة نظرهم بالإشارة الى المراحل المتطورة التي مرت بها الفكرة الاتحادية •

والحق ان الفكرة الاتحادية قد تطورت تطورا ملموسا وتنوعت صورها تنوعا لا يكاد يدخل تحت حصر استجابة لتطور الظروف المختلفة التي مرت بها الدول من سياسية واجتماعية واقتصادية وغيرها • ولا تزال هذه الفكرة في تطور يمكن أن يفضى الى استبعاد مبدأ التمثيل المتساوي بين الولايات • فلتن كانت الدول الصغيرة تخشى على استقلالها من الانضمام الى اتحاد لا يكفل لها تمثيلا متساويا مع الدول الكبيرة ، فان الدول الكبيرة ترفض الانضمام الى اتحاد يسوى بينها وبين دول صغيرة ويفرض عليها سياسة قد ترعى مصالح تلك الدول أكثر من مصالحها •

هذا ومن المتصور أن تجد الدول الصغيرة أن اتحادها مع دولة كبيرة أصون لاستقلالها من بقائها في عزلة دولية •

اختصاص مجلس الولايات

سوت معظم الدساتير الاتحادية بين مجلس الولايات والمجلس الشعبي من حيث الاختصاص التشريعي • ومقتضى مبدأ المساواة بين المجلسين أنه يلزم في سن أى قانون من موافقة المجلسين على المشروع المعروض عليهما بحيث

(١) من هؤلاء Scelle المرجع السابق ص ٢٨٣ ، و Durand المرجع السابق ص ٢١٨ ، ويردو الذى يذكر تأييدا لهذا النظر (المرجع السابق الجزء الثانى ص ٤٣٠) :

«Il semble que la solution la plus exacte procède d'une vue relativiste de la nature de l'Etat fédéral. La règle de l'égalité est un produit de l'histoire... Mais ce que certaines circonstances historiques ont imposé, d'autres circonstances peuvent tendre à l'écartier».

يترتب على رفضه من أيهما اعتباره كأن لم يكن من الناحية القانونية «١» .
وهذا هو المبدأ الذي أخذت به دساتير الولايات المتحدة الأمريكية
(المادة الأولى فقرة أولى) والمكسيك (المادة ٥١) والارجنتين (المادة ٣٦)
والبرازيل (المادة ١٦) وفرنزويلا (المادة ٨١) وكندا (المادة ١٧) واتحاد
جنوب أفريقيا (المادة ١٩) وسويسرا (المادة ٨٩) والاتحاد السوفيتي
(المواد ٣٧-٣٩) ويوغوسلافيا (المادة ٥٧) .

على أن بعض الدساتير الاتحادية شذت عن مبدأ المساواة بين مجلس
الولايات والمجلس الشعبي من حيث الاختصاص التشريعي كما هو الشأن
بالنسبة لدستور أستراليا ودستوري ألمانيا لسنة ١٩١٩ والنمسا لسنة ١٩٢٠
فدستور أستراليا يتطلب في سن أى قانون موافقة المجلسين ولكنه
ينظم حالة الخلاف بينهما بصورة تجعل مجلس الولايات في مركز تشريعي
أدنى من المجلس الشعبي . فحيث يرفض مجلس الولايات مشروعاً أقره
المجلس الشعبي ويتمسك كل منهما بموقفه مرة أخرى في خلال ثلاثة أشهر
يتولى الحاكم العام حل المجلسين . فان تجدد الخلاف بين المجلسين
الجديدين حول المشروع يجمعهما الحاكم العام في شكل مؤتمر يكون من
اختصاصه اتخاذ قرار في شأن المشروع بالأغلبية المطلقة لأعضائه . واجتماع
المجلسين في شكل مؤتمر على هذا النحو يضعف مركز مجلس الولايات ازاء
المجلس الشعبي الذي يزيد عليه في عدد أعضائه .

وينظم دستور ألمانيا لسنة ١٩١٩ والنمسا لسنة ١٩٢٠ حالة الخلاف

(١) قد تميز الدساتير الاتحادية بين المجلسين من حيث الامتيازات المقررة
لهما كالنص على أسبقية المجلس الشعبي بنظر المشروعات المالية ، وتخويل
مجلس الولايات سلطة الاجتماع على هيئة محكمة عليا . وليس مرد التمييز
بين المجلسين في مثل هذه الامتيازات الى الشكل الاتحادي للدولة وانما الى
اعتبارات تتصل بنظام المجلسين ذاته . ويؤكد هذه الحقيقة أن دساتير الدول
الموحدة تسجل أوجه التمييز المتقدمة بين المجلسين .

بين المجلسين على نحو يسمح باخضاع مجلس الولايات لما يقرره الشعب عن طريق الاستفتاء أو ما يقرره المجلس الشعبى بأغلبية خاصة .

وإذا تركنا الاختصاص التشريعى جانبا نجد أن الدساتير الاتحادية تخرج على مبدأ المساواة لصالح مجلس الولايات أحيانا كما هو الشأن بالنسبة للدستور الأمريكى ، ولصالح المجلس الشعبى أحيانا أخرى كما هو الشأن بالنسبة للدستور السويسرى .

فالدستور الأمريكى يشرك مجلس الشيوخ (مجلس الولايات) دون مجلس النواب (المجلس الشعبى) فى بعض الاختصاصات ذات الصبغة التنفيذية وهى عقد المعاهدات وتعيين كبار الموظفين (المادة الثانية فقرة ثانية) . أما الدستور السويسرى فيكفل للمجلس الشعبى مركزا أقوى من مجلس الولايات اذ يتطلب اجتماعهما فى شكل مؤتمر تكون للاول فيه الاغلبية العددية . ويباشر هذا المؤتمر بعض الاختصاصات ذات الصبغة التنفيذية والقضائية وهى تشكيل المجلس الاتحادى والمحكمة الاتحادية ، ومباشرة حق العفو ، والفصل فى تنازع الاختصاص بين الهيئات الاتحادية (المادتان ٨٥ و ٩٦) .

§ كيفية توزيع السلطات بين دولة الاتحاد والولايات

تختلف الدساتير الاتحادية فى كيفية التوزيع بها السلطات بين دولة الاتحاد والولايات اختلافا لا يرجع الى اعتبارات القانونية بقدر ما يرجع الى اعتبارات العملية والسياسية . وطالما أن لكل دولة اتحادية ظروفها السياسية الخاصة بها فان الاساليب التى يمكن أن تتبع فى صدد توزيع السلطات بين دولة الاتحاد والولايات قابلة لان تتنوع تنوعا كبيرا « ١ » .

(١) راجع فى تفصيل هذا الموضوع : Durand المرجع السابق ص ١٢٠ - ١٣٢ ، وموسكىلى المرجع السابق ص ٢٧٠-٢٧٨ ، ومطول بيردو المرجع

وبيانا لتأثير الظروف لسياسية في توزيع السلطات بين دولة الاتحاد والولايات تشير الى أن الكيفية التي تنشأ بها الدولة الاتحادية يمكن أن تكون ذات أثر ملموس في هذا التوزيع . فنشأة الدولة الاتحادية نتيجة لاتفاق دول مستقلة تكون أدعى الى تضيق اختصاصات دولة الاتحاد بحكم حرص الدول المكونة لها على عدم تضحية استقلالها الا بالقدر الضروري . وعلى العكس من ذلك تكون نشأة الدولة الاتحادية نتيجة لتفكك دولة موحدة أدعى الى توسيع اختصاصات دولة الاتحاد بحكم أنها كانت تجمع في يدها كل السلطات «١» .

وليس يكفي للوقوف على الكيفية التي تتوزع بها السلطات بين دولة الاتحاد والولايات أن تستطلع نصوص الدستور الاتحادي ، وانما يلزم تلمس مختلف العبارات التي تحدد مجال تطبيق هذه النصوص ولا سيما مايتصل منها بعرف مستقر أو بتفسيرات دستورية معمول بها .

على أنه وان تنوعت الاساليب التي أخذت بها الدساتير الاتحادية في توزيع السلطات بين دولة الاتحاد والولايات الا أنه يمكن القول بأن كثيرا من الدساتير قد صدرت عن أساليب ثلاثة : حصر اختصاصات كل من دولة الاتحاد والولايات ، وحصر اختصاصات الولايات وحدها ، وحصر اختصاصات دولة الاتحاد وحدها «٢» .

السابق الجزء الثاني ص ص ٤٣٤-٤٣٥ و Scelle المرجع السابق ص ص ٢٧٨-٢٧٩ ، و Dicey المرجع السابق ص ص ١٥١-١٥٧ .

(١) نقول ان نشأة الدولة الاتحادية نتيجة لتفكك دولة موحدة تكون أدعى الى توسيع اختصاصات دولة الاتحاد ولا نقول انها تؤدي حتما الى ذلك . فالاتحاد السوفييتي وان كان ناشئا نتيجة لتفكك دولة موحدة الا ان اختصاصات دولة الاتحاد واردة في الدستور على سبيل الحصر .

(٢) تنص الدساتير الاتحادية أحيانا بجانب المسائل المخصصة لدولة الاتحاد أو للولايات على مسائل مشتركة بين هذه وتلك . ويكون المقصود عادة من تطلب اشتراك دولة الاتحاد والولايات في بعض المسائل أحد أغراض ثلاثة :

وأسلوب حصر اختصاص كل من دولة الاتحاد والولايات معيب . فهو من جهة لا يمكن أن يكون شاملا نظرا لانه بتطور الظروف تنشأ مسائل جديدة لم ينظمها الدستور ويشور التساؤل حينئذ عن السلطة التي يجب أن تختص بتنظيمها . ومن جهة أخرى فان هذا الحصر قد يغدو منافيا للصالح العام اذا ما تطورت الظروف على نحو يزيد في أهمية المسائل التي يجعلها الدستور الاتحادي من اختصاص الولايات بحيث تصبح مسائل قومية حقيقة بأن تكون من اختصاص دولة الاتحاد .

أما أسلوب حصر اختصاصات الولايات وحدها فانه يفضى الى اعتبار دولة الاتحاد هي المختصة بكل ما لم يرد به الحصر . ولا يلقي هذا الأسلوب قبولا من معظم الدول الاتحادية حتى أننا لانجد له تطبيقا الا في دستورى كندا (المادة ٩١) واتحاد جنوب أفريقيا (المادة ٨٥) .

وأما أسلوب حصر اختصاصات دولة الاتحاد وحدها فانه يفضى الى اعتبار الولايات هي المختصة بكل ما لم يرد به الحصر . وأخذت بهذا الأسلوب كثير من الدول الاتحادية كسويسرا (المادة الثالثة) والولايات المتحدة الأمريكية (التعديل العاشر سنة ١٧٩١) « ٢ » والمكسيك (المادة ١١٧)

= أولا - تمكين الولايات من التصرف مع اخضاعها لنوع من الرقابة الاتحادية تتمثل في ضرورة الحصول على موافقة دولة الاتحاد كما هو الشأن بالنسبة للدستور الأمريكى الذى يوجب على الولايات اخذ اذن من الكونجرس قبل فرض بعض الضرائب غير المباشرة أو ابرام اتفاقات خارجية (المادة الاولى فقرة عشرة) .

ثانيا - تخويل دولة الاتحاد سلطة وضع الاسس أو المبادئ الرئيسية وترك التفاصيل واجراءات التنفيذ للولايات .

ثالثا - تخويل دولة الاتحاد سلطة تخيرية *compétence facultative* فى بعض المسائل بحيث يترتب على عدم استعمالها من جانبها اختصاص الولايات بتنظيمها - انظر Durand المرجع السابق ص ص ١٢٥-١٢٨ ، ومطول بيردو المرجع السابق الجزء الثانى ص ٤٣٥ .

(١) يراجع فى تفصيل كيفية توزيع السلطات فى الاتحاد الأمريكى وازدياد سلطات دولة الاتحاد على حساب الولايات بفضل قضاء المحاكم الاتحادية والعوامل الاقتصادية المختلفة Corry المرجع السابق ص ص ٤٨٥-٤٩٦ .

والارچنتين (المادة ١٠٤) والاتحاد السوفييتى (المادة الثالثة) واستراليا
(المادة ٥١) •

دولة الاتحاد أقوى من الولايات

أيا كان الاسلوب الذى تتوزع به سلطات الحكم فى الدولة الاتحادية
فان من المحقق أن دولة الاتحاد تشغل مركزا أقوى من الولايات • ويؤكد
هذه الحقيقة مظاهر متعددة نذكر أهمها فيما يلى «١» :

أولا - تتمتع الولاية بسلطان استقلالى يتمثل فى سلطة التنظيم الذاتى •
وهذه السلطة كما تقدم ليست مطلقة وانما هى خاضعة لقيود متنوعة لا يخلو
دستور اتحادى من ايراد بعضها على الاقل ويكون من أثرها أن تسلب سلطة
الولاية فى نواح تتصل بنظامها الدستورى والقانونى «٢» •

أما دولة الاتحاد فانها تتمتع بسلطان كامل أى بسلطة ذات سيادة «٣» •
وهى تباشر هذه السلطة عن طريق سلطات الاتحاد من تشريعية وتنفيذية
وقضائية • ويمكن أن تصل من الناحية القانونية على الاقل «٤» الى حد

(١) يراجع فى تفصيل هذا الموضوع كاريه دى مالبرج المرجع السابق
الجزء الاول ص ص ١٢٣-١٢٧ ، وموسكىلى ص ص ١٢٦-١٤٣ ، ومطول بيردو
المرجع السابق الجزء الثانى ص ص ٤٣٣-٤٤٦ و٤٤٧ •

(٢) راجع ص ص ٢٦٤ - ٢٦٦ من هذا الكتاب

(٣) وهذا مايفسر كيف أن الفقهاء اتفقوا على اعتبار دولة الاتحاد دولة
بالمعنى الصحيح بينما اختلفوا حول تكييف الولايات تبعا للنظريتين الفرنسية
والالمانية فى تحديد المقصود بسلطان الدولة - راجع ص ص ٢٣٣-٢٣٥ من هذا
الكتاب •

(٤) تقدم أن الاتحاد المركزى يختلف عن الاتحاد التعاهدى من حيث أنه
يؤدى الى قيام دولة الاتحاد التى تتمتع بسلطان ينظمه الدستور الاتحادى •
وتملك دولة الاتحاد عن طريق سلطاتها تعديل الدستور من الناحية القانونية
بخلاف الحال بالنسبة للاتحاد التعاهدى الذى يستند الى اجماع الدول
الاعضاء فيه ويحتاج الى هذا الاجماع لتعديل اختصاصات هيئة المؤتمر -

الغاء الشكل الاتحادي للدولة وتحويلها الى دولة موحدة تصبح فيها الولايات مجرد وحدات ادارية بعد أن كانت وحدات سياسية «١» .

ثانيا - لئن كان لكل من دولة الاتحاد والولاية سلطة تشريعية تختص بسن القوانين في حدود اختصاصها الا أنه من المقرر أنه حيث يثور تعارض بين قوانين الاتحاد وقوانين الولاية فان الاولى هي التي تطبق داخل حدود الولاية «٢» .

ولقد حرصت بعض الدساتير الاتحادية على تأكيد هذا الحكم بنصوص صريحة كدستور المانيا لسنة ١٨٧١ (المادة الثانية) «٣» ودستور الولايات المتحدة الامريكية (المادة السادسة فقرة ثانية) وسويسرا (المادة ١١٣) .

ثالثا - اعتبار الوحدة الذي يحدو بالدول الى تكوين دولة اتحادية

راجع ص ص ٢٥١ - ٢٥٣ من هذا الكتاب .

على انه وان كانت تملك دولة الاتحاد من الناحية القانونية تعديل الدستور الاتحادي دون حاجة الى اجماع الولايات (أى بموافقة أغليتها على الاكثر وبالرغم من معارضة بعضها) الا انها لا تستطيع اجراء هذا التعديل من الناحية السياسية عادة بدون موافقة أغلبية الولايات (أى ولو لم يشترط الدستور الاتحادي موافقة أغلبية الولايات في تعديله) .

(١) أنظر في تأكيد ازدياد سلطات دولة الاتحاد على حساب سلطات الولايات Sait الذي يورد اقتباسا في هذا المعنى (المرجع السابق ص ص ٣٧٦-٣٧٧) عن الاستاذ Burgess:

«...it looks now as if the whole political world, that part of it in which the centralized (unitary) form of government obtains as well as that part still subject to the federal form, were tending towards this system of centralized government in legislation and federal government in administration».

(٢) أنظر في تفصيل هذا الموضوع موسكيلي المرجع السابق ص ص ١٢٦ - ١٣٦ .

(٣) تنص هذه المادة على المبدأ بصياغة غدت شائعة وهي «droit d'Empire» «prime droit d'Etat» - موسكيلي المرجع السابق ص ص ٢٧٥-٢٧٨ .

يفضى حتما الى تخويل دولة الاتحاد السلطات الكفيلة بتحقيق الهدف الذى قصدت اليه من اجتماعها فى شكل اتحاد مركزى • وليس يغير من هذه الحقيقة أن يأخذ الدستور الاتحادى بأسلوب أو آخر من الأساليب التى تتوزع بها سلطات الحكم بين دولة الاتحاد والولايات •

ولقد خلص الاستاذ موسكىلى «١» من دراسة الدساتير الاتحادية الى أنها تتفق فى تخويل دولة الاتحاد جميع السلطات التى تهتم مجموع الولايات وعلى الاخص السلطات اللازمة لتنظيم المسائل الآتية : الموازين والمقاييس ، النقد ، مرافق البريد والبرق ، الجمارك والتجارة الخارجية ، قوات النظام (الميليشيا) ، الاوراق والعلامات التجارية والافلاس ، الجنسية والتجنس والهجرة ، قبول أعضاء جدد فى الاتحاد ، حدود الدولة الخارجية ، اعلان حالة الطوارئ ، التشريع المالى ، المسائل الحرية «٢» •

رابعا - دولة الاتحاد هى التى تختص بالفصل فى المنازعات التى تثور بينها وبين احدى الولايات أو بين ولاية وأخرى • وتباشر معظم الدول الاتحادية هذا الاختصاص عن طريق هيئة قضائية اتحادية كالمحكمة العليا Supreme Court فى الولايات المتحدة الامريكية والمحكمة الاتحادية Tribunal fédéral فى سويسرا «٣» • على أن بعض الدساتير الاتحادية

(١) المرجع السابق ص ص ٢٧٥ - ٢٧٨ •

(٢) ويعتبر من قبيل السلطات اللازمة لتحقيق الهدف من الاتحاد المركزى السلطات التى تباشرها دولة الاتحاد فى سبيل المحافظة على النظام العام والقضاء على أى تهديد أو اعتداء يوجه ضده فى داخل اية ولاية • وتحرص الدساتير الاتحادية عادة على تنظيم هذه السلطات بالقدر الذى يوفق بين المصلحة العليا للاتحاد واستقلال الولايات كما هو الشأن بالنسبة لدستور الولايات المتحدة الامريكية الذى يجعل تدخل الاتحاد مشروطا بأن يكون من أثر الاضطرابات تهديد المرافق العامة الاتحادية أو المرافق العامة المشتركة بين أكثر من ولاية - مطول بريدو المرجع السابق الجزء الثانى ص ٤٣٣ •

(٣) لا يقتصر اختصاص الهيئة القضائية الاتحادية فى كثير من الاحيان على المنازعات التى تثور بين دولة الاتحاد والولايات أو بين الولايات بعضها وبعض ، وانما يشمل أيضا المنازعات التى تثور بين ولاية وأحد رعايا ولاية أخرى أو بين

جعلت هذا الاختصاص في يد هيئة غير قضائية كما كان الشأن بالنسبة
لدستور ألمانيا لسنة ١٨٧١ الذي جعله من اختصاص المجلس الاتحادي
Conseil fédéral.

وأيا كانت الهيئة التي تمارس هذا الاختصاص باسم دولة الاتحاد فان
اختصاصها بنظر النزاع ثابت بحكم الدستور وليس اختصاصا تحكيميا
يحتاج في ثبوته الى موافقة الولايات صاحبة الشأن «١»، والحكم أو القرار
الذي يصدر من السلطة الاتحادية المختصة يعتبر نهائيا ولا يقبل الطعن أمام
أية سلطة أخرى •

رعايا ولاية ورعايا ولاية أخرى كما هو الشأن بالنسبة للدستور الأمريكي (المادة
الثالثة فقرة ثانية) ودستور الأرجنتين (المادة ١٠٠)، أو بين المحاكم الاتحادية
ومحاكم الولايات أو بين محاكم ولاية ومحاكم ولاية أخرى كما هو الشأن
بالنسبة لدستورى البرازيل (المادة ٥٩) والمكسيك (المادة ٩٩) - موسكيلي
المرجع السابق ص ١٣٨ •

(١) تجمع الدساتير الاتحادية على هذا الحكم - المرجع السابق ص ١٣٧
(هامش ٢) •

فهرس

الفصل الأول

القانون الدستورى

صفحة

(١)	أهم المراجع والبحوث
٣	تمهيد
٤	المبحث الأول - طبيعة قواعد القانون الدستورى
٤	تعريف القانون
٧	طبيعة قواعد القانون الدستورى
١٠	المبحث الثانى - مركز القانون الدستورى من التقسيم الرئيسى للقانون
١٠	التقسيم الرئيسى للقانون
١٣	الخلاف الفقهى حول التقسيم الرئيسى للقانون
١٧	المبحث الثالث - علاقة القانون الدستورى بفروع القانون العام
١٧	فروع القانون العام
١٨	القانون الدستورى والقانون الدولى العام
٢٢	القانون الدستورى وفروع القانون الداخلى
٢٤	القانون الدستورى والقانون الادارى
٢٧	القانون الدستورى والقانون الادارى فى انجلترا
٤٠	المبحث الرابع - تعريف القانون الدستورى
٤٠	الاعتبارات التى تؤثر فى تعريف القانون الدستورى
٤٥	جهود الفقه فى تعريف القانون الدستورى
٥٥	التعريف الذى نفضله للقانون الدستورى

الفصل الثانى

مصادر القانون الدستورى

٥٧	تمهيد
----	-------

صفحة	
٦٠	المبحث الاول - الفقه والقضاء
٦٠	الفقه
٦٢	القضاء
٦٦	المبحث الثانى - العرف
٦٧	هل العرف مصدر رسمى للقانون الدستورى ؟
٦٧	فى فقه القانون الخاص
٧١	فى فقه القانون الدستورى
٧٩	تعريف العرف الدستورى وشروطه
٨٠	العرف وشروطه فى فقه القانون الخاص
٨٣	العرف وشروطه فى فقه القانون الدستورى
٩٧	تعريف العرف الدستورى
٩٩	العرف الدستورى فى انجلترا
١٠٧	المبحث الثالث - التشريع
١٠٧	تعريف التشريع
١١١	تدرج التشريع ونتائجه
١١٢	رقابة دستورية القوانين
١١٣	المطلب الاول - الرقابة السياسية
١١٤	§ فى فرنسا
١١٤	الرقابة السياسية قديما
١١٧	الرقابة السياسية حاليا
١٢٣	§ فى الدول الاخرى
١٢٤	المطلب الثانى - الرقابة القضائية
١٢٦	اولا - رقابة الامتناع
١٢٦	§ فى الولايات المتحدة الامريكية
١٢٦	نشأة رقابة الدستورية
١٣٩	تطور رقابة الدستورية
١٤٥	الاساليب القضائية فى رقابة الدستورية

صفحة

نتائج رقابة الدستورية	١٥٢
§ في الدول الاخرى	١٥٨
في فرنسا	١٦٠
ثانيا - رقابة الالغاء	١٦٨
١ - الرقابة السابقة	١٦٩
ب - الرقابة اللاحقة	١٧٠
المطلب الثالث - تقدير رقابة الدستورية	١٧٦

الفصل الثالث

الدساتير

تعريف الدستور وعلاقته بالقانون الدستوري	١٨٤
المبحث الاول - أنواع الدساتير	١٨٦
اولا - من حيث المصدر: الدساتير المدونة وغير المدونة	١٨٦
ثانيا - من حيث كيفية التعديل: الدساتير المرنة والجامدة	١٩٠
علاقة هذا التقسيم بتقسيم الدساتير الى مدونة وغير مدونة	١٩١
أنواع الدساتير الجامدة	١٩٤
تقدير هذا التقسيم	٢٠٢
المبحث الثاني - نشأة الدساتير ونهايتها	٢٠٦
اولا - نشأة الدساتير	٢٠٦
ثانيا - نهاية الدساتير	٢١٥
الاسلوب العادي	٢١٥
الاسلوب الثوري	٢١٦

الفصل الرابع

الدولة

٢٢١	الدولة والقانون الدستوري
→ ٢٢٢	المبحث الاول - تعريف الدولة
٢٢٢	§ جهود الفقه في تعريف الدولة
٢٢٦	§ أركان الدولة
٢٢٧	اولا - الشعب
٢٢٨	ثانيا - الاقليم
٢٣٠	ثالثا - الحكومة أو السلطة السياسية
٢٣٠	الدولة والامة
٢٣٣	الدولة والسيادة
٢٣٦	الدولة ومشروعية سلطانها
٢٣٩	الدولة وحدود سلطانها
٢٤٧	المبحث الثاني - أنواع الدول
٢٤٧	المطلب الاول - الدول البسيطة (أو الموحدة) والدول المركبة
٢٤٨	الدول البسيطة
٢٤٩	الاتحاد الشخصي
٢٥٠	الاتحاد الحقيقي أو الفعلى
٢٥١	الاتحاد التعاهدى أو الاستقلالى
٢٥٢	الاتحاد المركزى
٢٥٤	المطلب الثاني - الدولة الاتحادية (الاتحاد المركزى)
٢٥٥	اولا - نشأة الدولة الاتحادية ونهايتها
٢٥٨	ثانيا - مظاهر الدولة الاتحادية
٢٥٩	١ - مظاهر الوحدة في دولة الاتحاد
٢٦٤	٢ - مظاهر الاستقلال في الولايات
٢٦٦	٣ - مظاهر الاشتراك في سلطات الحكم بين دولة الاتحاد والولايات

صفحة

٢٦٦	 § تعديل الدستور الاتحادي
٢٧٠	 § مجلس الولايات
٢٧١	 تشكيل مجلس الولايات
٢٧٤	 اختصاص مجلس الولايات
٢٧٦	 § كيفية توزيع السلطات بين دولة الاتحاد والولايات
٢٧٩	 دولة الاتحاد أقوى من الولايات
٢٨٣	 فهرس

تصويب اهم الأخطاء المطبعية

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٩	هامش ٢	Mac Iver ... سنة ١٩٢٦	MacIver ... سنة ١٩٤٦
١٩	٩	مفادها	مفادها
٢٠	٩	جزء	جزء
٢٧	١٢	Ducrocq	Ducrocq
٤٣	هامش ٢	La Ferrière	Laferrière
٥٠	١٢	Petition of Rights	Petition of Right
	١٣	١٦٨٨	١٦٨٩
٥٧	الاول	معنيين	معنيان
٧٠	٦	اقوى من	من اقوى
٧٤	١٠	اجراءات تختلف	اجراءات خاصة تختلف
٨٣	الاول	في الفقه الدستوري	في فقه القانون الدستوري
٨٦	١٥	مختلفة	خاصة
٩٢	٨	المؤسسة	مؤسسة
١٠٧	٢	معنيين	معنيان
١١٤	١٠	في القديم	قديم
	١١	السنة الثالثة للثورة	السنة الثالثة (عصر الثورة)
١١٥	٣	السنة الثامنة للثورة	السنة الثامنة (عصر الثورة)
١٣٢	الآخر	سنة ١٩٢٧	سنة ١٩٤٧
١٤٦	١٦	التي درجتها	التي في درجتها
١٥٢	١٩	على موالها	على منوالها
١٧٦	٦	بوضع الدستور وتعديله	بوضع الاحكام الدستورية وتعديلها
١٨٩	١١	غير مرن	غير مدون

للمؤلف :

باللغة الانجليزية

«Departmental Legislation and the Problem of Safeguards in
England and Egypt»

Manchester University, April 1949.

باللغة العربية

رئيس الجمهورية الامريكية :

بحث في كيفية اختياره واختصاصاته المتنوعة ، نشر بمجلة الحقوق ،
السنة الرابعة يوليو - ديسمبر سنة ١٩٥٠ صص ٢٢٣ - ٢٩٦ .

حرية الاجتماع في انجلترا وفرنسا ومصر :

بحث مقارنة ، نشر بمجلة مجلس الدولة ، السنة الثالثة يناير سنة ١٩٥٢
صص ٢٢٧ - ٢٩٩ .

حرية تكوين الجمعيات في انجلترا وفرنسا ومصر :

بحث مقارنة ، نشر بمجلة الحقوق ، السنة الخامسة يناير ومارس
سنة ١٩٥١ صص ٩٩ - ١٦٠ .

i 14328355

B128005/X

AUC - LIBRARY



DATE DUE

MAR 5 1987	
MAY 21 1987	
JUL 9 - JUL 1991	
A.U.C.	
1 - JUN 1994	

NOV 1973

NOV

K
3161
U6
v.1

2 MAR 1987

LIBRARY OF THE UNIVERSITY OF CALIFORNIA

