

دروس في القانون الدستوري

دراسة القانون الدستوري في العادة تتم من خلال ثلاثة مواضيع :

- النظرية العامة في القانون الدستوري¹.
- التطور الدستوري في بلد محدد وعادة يكون محل الدراسة هو تاريخ الدستور في البلد الذي قانونه محل الدرس .
- احكام القانون الدستوري الوضعي في البلد محل الدراسة .

لماذا يتم اتباع هذا النسق في الدراسة ؟

القانون الدستوري ينظم ظاهرة السلطة داخل الدولة وهي ظاهرة إنسانية² قائمة في كل الدول وهذا يعني ان مواضيع القانون الدستوري مطروحة في كل الدول . ولذلك لا يخرج القانون الدستوري في دولة من الدول عن مواضيع القانون الدستوري في بقية الدول وتكون الحلول المأخوذ بها في العادة مقاربة في طبيعتها ومضمونها لما تأخذ به دول أخرى مع اختلاف التفاصيل .

وإذا كانت الدولة في تنظيمها لقواعد واحكام القانون الدستوري تتأثر الى حد ما بالحلول المأخوذ بها في دول أخرى سواء بالاقتراب من هذه الحلول او بالابتعاد عنها , فإنها تتأثر أيضا بتجاربها السابقة فتحفظ بالحلول التي ثبتت بالتجربة نجاحها وتبتعد عن تلك التي كشف الواقع المعاش عدم جدواها .

ودستور أي دولة يتأثر بتجارب الدول الأخرى في هذا المجال كما يتأثر بالتجارب الدستورية التي عاشتها الدولة ولذلك يكون دراسة هذين الموضوعين سابق على دراسة احكام القانون الدستوري الوضعي في الدولة محل الدراسة .

وعليه فان دراستنا للقانون الدستوري ستكون من خلال النظرية العامة في القانون الدستوري ومن بعد ذلك ندرس التطور الدستوري في الكويت كي نصل لدراسة احكام القانون الدستوري الكويتي .

¹ بعض الكتاب يستخدم تعبير مقدمة في القانون الدستوري او المدخل للقانون الدستوري وهي عناوين من الناحية الواقعية مترادفة .

² ظاهرة السلطة لصيقة بالجماعة الإنسانية ففي كل جماعة إنسانية منظمة (جمعية او شركة) او غير منظمة (أطفال يلعبون) هناك من يوجه وهناك من ينصاع ولكن السلطة محل الدراسة في القانون الدستوري هي السلطة في اطار الجماعة السياسية التي توجد على مستوى الدولة .

الباب الأول : النظرية العامة في القانون الدستوري

في اطار هذا العنوان يتم البحث في تعريف الدستور والقانون الدستوري لتحديد المفاهيم . وهذا يقود لبحث مصادر الدساتير وأنواعها وطبيعتها وأسلوب وضعها وتطبيقها وتعديلها ومفهوم سموها واثار هذا سمو وينتهي البحث بنهايتها .

الفصل الأول : تعريف الدستور والقانون الدستوري.

الدستور : كلمة دستور شاع استخدامها في البلاد العربية واصلها فارسي³ وقد تم استعمالها في اللغة التركية , لأول مرة في الدولة العثمانية عام 1876⁴ لوصف القانون الذي حدد اختصاصات السلطان ونظم المؤسسات السياسية في العاصمة وفي أقاليم الدولة العثمانية مع تحديد حقوق المواطنين العثمانيين . عند ترجمة هذا النص لنشره في الأقاليم العربية تم استخدام تعبير قانون أساسي باعتبار انه القانون الذي يضع أساس عمل السلطات وينظم وجودها واختصاصاتها . وتم اختيار عبارة قانون أساسي باعتبار ان تعبير الدستور ليس من اللغة العربية . وأول "دستور" صدر في البلاد العربية كان في تونس وهو سابق على الدستور العثماني اذ صدر عام 1861 وكان عنوانه "قانون الدولة التونسية"⁵ وهو ينظم موضوع أسلوب تولي رئاسة الدولة واختصاصات رئيسها كما ينظم المؤسسات السياسية فيها اما حقوق المواطنين والأجانب فهو يحيل الى وثيقة اقدم وهي عهد الأمان الصادر عام 1856 و يعتبر هذه الوثيقة مكملة "للدستور" المسمى قانون الدولة التونسية . ولم ينتشر تعبير "الدستور" في البلاد العربية الا بعد صدور الوثيقة التي تنظم شؤون الحكم في مصر عام 1923 تحت اسم دستور⁶ . ومن بعد صدور هذا القانون شاع استخدام تعبير دستور في مصر . اما في البلاد العربية فقد بقي تعبير قانون أساسي مستخدما في العراق

³ العبارة بالفارسية تعني الاجازة وتعني القانون والقانون الأساسي او القاعدة الواجب

اتباعها . <https://www.almaany.com/ar/dict/ar->

[/fa/%D8%A7%D9%84%D8%AF%D8%B3%D8%AA%D9%88%D8%B1](https://www.almaany.com/ar/dict/ar-)

<https://www.alfililaw.com/news-details.php?nid=158>⁴

<https://www.alfililaw.com/news-details.php?nid=162>⁵

⁶ وقد صدر قبل هذا الدستور اللائحة الأساسية عام 1882 وقد تم تصديقها من الحاكم كقانون ينظم المواضيع الدستورية . وتعبير اللائحة الأساسية ليس بعيد عن تعبير القانون الأساسي وهو التعبير الذي استخدم لترجمة دستور 1876 العثماني , فلائحة تعبير يتضمن فكرة وجود الاحكام والمواد في وثيقة واحدة تجمعها , والعبارة منحوتة من اللوح وقد كانت تدون عليه النصوص قبل انتشار استعمال الكتابة على الورق , وهذه الاحكام (المجموعة في اللائحة) أساسية بمعنى تضع القواعد التي وفقها يتم تنظيم السلطة .

(القانون الأساسي عام 1925) وفي الأردن (القانون الأساسي 1928) وفي الكويت تم تسمية الدستور المؤقت "النظام الأساسي للحكم في فترة الانتقال" وقد صدر بتاريخ 1962\1\6 , ثم شاع فيها من بعد ذلك استخدام تعبير دستور . واليوم تعبير دستور أصبح مستخدماً في كل البلاد العربية⁷ و غدى معرباً فهو يستخدم بحسبانه عربياً , ومع ذلك فان التعبير العربي لا يزال مستخدماً في بعض البلاد العربية مثل سلطنة عمان التي تستخدم تعبير النظام الأساسي للدولة⁸ .

عبارة دستور يقابلها في اللغات ذات الأصل اللاتيني وكذلك في الإنجليزية عبارة Constitution وفي الألمانية Grundgesetz وتقابلها في العربية القانون الأساسي . المسميات السابقة يجتمع فيها معنى الأساس والتأسيس والانشاء .

إذا اردنا وضع تعريف للدستور فان ابسط تعريف له انه القانون الذي ينظم السلطة في الدولة . و ابسط مفهوم لتنظيم السلطة هو تحديد من يحكم ومن بعد ذلك كيف يحكم . وفي هذا الاطار تكون وظيفة الدستور هي تنظيم عملية تولي الحكم وأيضا تحديد أسلوب وقواعد ممارسته .

وظيفة الدستور او موضوعه الذي تمت الإشارة له أعلاه كانت مرتبطة بمحدودية وظائف الدولة , وهو يعكس فكرة الدولة الحارسة ويشكل ما يسمى بدستور الحد الأدنى⁹ . تطور الجماعات السياسية , وتطور مفهوم الدولة وظهور مستجدات في تنظيم السلطة في الدولة وزيادة دورها جعل الجماعات الإنسانية امام استحقاقات جديدة يلزم التعامل معها وهي لم تعد تقتصر بشكل مباشر على موضوع السلطة والدولة فقد قادت التطورات لظهور مواضيع أخرى مثل الحقوق والحريات العامة والفلسفة الاقتصادية والاجتماعية وقضية الهوية .

1- السلطة والدولة :

⁷ يفترض الكاتب ان انتشار استخدام عبارة دستور وتراجع عبارة قانون أساسي مرتبط بالوزن الثقافي والسياسي لمصر آنذاك فقد كانت هي محط انظار البلاد العربية , ولكن لا يملك تفسيراً جازماً لاتجاه واضعي دستور 1923 لاستخدام هذا التعبير بدلاً من تعبير قانون أساسي , وهكذا كانت الترجمة العثمانية الرسمية لكلمة دستور , او لائحة أساسية وهي العبارة المرادفة لكلمة قانون أساسي والتي تم استخدامها في مصر سابقاً . لعل استخدام تعبير دستور هو شكل من اشكال تأثر الملك المصري بالدولة العثمانية , فأسرة محمد علي تم تعيينها في الأصل لحكم مصر بقرار من الدولة العثمانية بعد سقوط دولة المماليك , ودستور 1923 المصري وضع بأسلوب المنحة كما دستور 1876 العثماني .

⁸ [/https://qanoon.om/p/2021/rd2021006](https://qanoon.om/p/2021/rd2021006)

⁹ تعبير "دستور الحد الأدنى" تم اقتراحه أيضاً لوصف الدساتير التي توضع في الفترات الانتقالية باعتبار انه دستور ينظم الحد الأدنى من المواضيع التي لا يستقيم امر الجماعة بدونها .

- هل الدولة التي نحن بصددتها بسيطة ام مركبة (اتحادية) ؟ واذا كانت مركبة كيف سيتم توزيع الاختصاصات بين الدول المتحدة ودولة الاتحاد¹⁰ ؟
- مع انتشار مبدأ الفصل بين السلطات¹¹ اصبح التعامل مع موضوع العلاقة بينها مستحقا . هل نأخذ بالفصل المرن فنأخذ بالنمط البرلماني ام الجامد وفق النموذج الرئاسي ام نفكر بنمط مختلف من العلاقة¹² ؟

¹⁰ الدولة البسيطة او الموحدة تمارس السيادة فيها من قبل هيئات مركزية ففيها حكومة واحدة وبرلمان واحد ودستور واحد ولكن ذلك لا يمنع من وجود تقسيم اداري إقليمي فيها ينظمه القانون وليس لهذه الوحدات الإدارية الإقليمية اختصاص بممارسة مظاهر السيادة فالسيادة منسوبة للدولة فقط والكويت مثال للدولة البسيطة وليس للمحافظات او البلديات (حال وجودها متعددة) دور في ممارسة السيادة . والدولة المركبة تنطلق من فكرة وجود دول متعددة قررت الانضمام لكيان دولي جديد دون ان تتنازل عن كل مظاهر السيادة لهذا الكيان ونشأتها تبدأ منطقيا من اتفاق بين دول يتحول لدستور يعلن نشأة دولة جديدة مع توزيع مظاهر السيادة بين الكيان الجديد المتمثل في دولة الاتحاد والكيانات المكونة له . واذا كان التصور التقليدي للدولة الاتحادية هو الانطلاق من دول متعددة تتحد فان الواقع قد يقدم نماذج لدول بسيطة تحولت لدولة اتحادية مثل العراق كما ان الواقع يفرز نماذج جديدة لفكرة الإقليمية الدستورية كما هو الحال في اسبانيا .

¹¹ مبدأ الفصل بين السلطات كما هو متداول اليوم يرتبط بتحليلات مونتسكيو في كتابه روح القوانين وهو ينطلق من فرضية ان السلطة بطبيعتها تحت الفرد على الاستبداد وتزينه له . والحل الذي وجده هو عدم تركيز السلطة في هيئة واحدة . وقد انطلق في فكرته من وظيفة السلطة في الدولة , فوجد ان السلطة تضع القانون وتنفذ القانون , ولذلك يلزم توزيع هذه الوظائف على هيئات مختلفة كل منها تأخذ اسمها من الوظيفة المنوطة بها , وتكون مستقلة عن الأخرى فتردها ان تجاوزت حدود الاختصاصات المكلفة بها . ويلاحظ ان الوظيفة القضائية كانت عند مونتسكيو من اختصاص السلطة التنفيذي ولكن في وقت لاحق تم التوجه لعزلها عن السلطة التنفيذية وجعلها مستقلة عنها . وبالرغم من انتشار تعبير السلطات الثلاث الا انه يلزم ان نتذكر انها في الأصل وظائف وان مفهوم السلطة يجب ان يرتبط بفكرة الاختصاص الذي يجد مشروعيتها من تحقيق الوظيفة وان السلطة هنا ليست امتيازاً شخصياً .

¹² وجود السلطات الثلاث داخل الدولة يعني وجوب تنظيم العلاقة بينها وهناك ثلاثة أنماط رئيسية للعلاقة بين السلطات :

1- البرلماني : وهو قائم على الفصل المرن بين السلطات وثنائية السلطة التنفيذية فهناك رئيس للدولة غير مسؤول سياسياً وحكومة الى جواره يعينها هو وهي مسؤولة امام البرلمان الذي يملك في حال سحب الثقة منها اجبارها على الاستقالة . ويترتب على هذه المقدمة عدد من النتائج :

- كي يتم ضمان قبول البرلمان بالحكومة فان الحل المنطقي تعيين الحكومة من الأغلبية البرلمانية او ان تكون الحكومة مقبولة من الأغلبية البرلمانية .

- السيادة المنسوبة للدولة تقتضي انفرادها بوضع القواعد الواجبة الاتباع على اقليمها وانفرادها بتطبيق هذه القواعد على اقليمها ولكن تطور مفهوم القانون الدولي يقتضي التعامل مع سيادة الدولة من حيث علاقتها بالالتزامات الدولية . هل يكون ذلك في

- عند عدم وجود اغلبية تفرزها الانتخابات يكون الحل البديل هو تشكيل حكومة مقبولة من ائتلاف للأقليات في البرلمان . والحل الأول كما الثاني يفترض وجود أحزاب منظمة على أساس وجودها يتم حساب وجود او عدم وجود اغلبية في البرلمان .

- الحكومة في النظام البرلماني تنشأ ويتم التعامل معها كفريق ولذلك يلزم ان تتقدم ببرنامج عمل للبرلمان يكون هو أساس القبول بها عند تكوينها و اساس محاسبتها بعد قيامها بمهامها . وبرنامج عمل الحكومة هو مؤشر اولي على وجود الحكومة كفريق تنفيذي حتى اذا تركنا جانبا فكرة تحريك المسؤولية السياسية للحكومة .

- نشأ النظام البرلماني في اطار تطور النظام الملكي في بريطانيا من الملكية المطلقة الى الملكية المقيدة او الدستورية وقد كانت الفكرة هي ان يمارس الملك اختصاصاته مع وجود برلمان منتخب ينوب عن الشعب في مراقبة الاختصاصات التي يمارسها الملك . كي لا تتم المواجهة بين الملك والبرلمان تم ابتداء فكرة عدم مسؤولية الملك امام البرلمان واستبدالها بمسؤولية الوزارة امام البرلمان فالملك يمارس اختصاصاته بواسطة حكومته . ولذلك فان الاسم الاقدم للنظام البرلماني هو حكومة الوزارة باعتبارها الهيئة التي تشكل الصلة بين الملك والبرلمان فالملك يعينها ويمارس اختصاصاته بواسطتها وهي مسؤولة امام البرلمان الذي لا يستطيع مساءلة الملك .

- المرونة في النظام البرلماني تتمثل بوجود اختصاصات مشتركة بين الحكومة والبرلمان تسمح بوجود تعاون بينهما مثل اقتراح القوانين .

- يقوم النظام البرلماني أيضا على فكرة التوازن بين البرلمان والحكومة فالاول يراقب الحكومة ويملك تحريك مسؤوليتها السياسية وهي بدورها تملك حل البرلمان والعودة بأعضائه لجمهور الناخبين اذا قدرت انه لا يمثل حقيقة إرادة الناخبين القائمة .

2- النظام الرئاسي : وهو نظريا اقل تعقيدا من النظام البرلماني فرئيس الدولة منتخب لممارسة الاختصاص التنفيذي والبرلمان منتخب لممارسة الاختصاص التشريعي ولذلك لا تحتاج الحكومة لموافقة البرلمان عليها . لكن واقعا توجد مناطق عمل مشتركة مثل الميزانية وهو ما يقود لوجود الية فعلية للرقابة المتبادلة بالرغم من ظاهر الفصل الجامد .

3- نظام حكومة الجمعية : وهو نظام قائم على هيمنة البرلمان على اعمال السلطة التنفيذية . هذا النظام ظهر لفترات محدودة بعد الثورة الفرنسية واليوم هو مطبق فقط في سويسرا .

وإذا كانت الأنماط السابقة هي الأنماط الرئيسية في العلاقة بين السلطات فان الواقع العملي خلق أنماط متعددة قائمة على المزج بينها وتوليد أنماط جديدة من هذا المزج .

حدود الاتفاقات التي تعقدها الدولة ام ان الدولة تفر بوزن لمبادئ القانون الدولي غير الاتفاقية ؟

- السيادة داخل الدولة لمن ؟ اذا كانت السيادة بالمعنى الاصطلاحي تعني الاختصاص بوضع القانون وتنفيذ القانون¹³ , فلن ينعد الاختصاص بوضع القوانين وتنفيذها داخل الدولة ؟ للحاكم ام لأقلية ام للشعب او الامة وفق المفهوم الديمقراطي¹⁴ ؟ وهل الديمقراطية في هذه الحالة مباشرة ام نيابية ام شبه مباشرة¹⁵ ؟

من المنطقي ان الإجابة عن التساؤلات السابقة محلها في القانون الذي ينظم السلطة . فاصبح الدستور هو القانون الذي يحدد شكل الدولة وأسلوب تعيين رئيسها ومصدر السيادة والعلاقة بين السلطات فيها مع رسم وظائف هذه السلطات وتنظيمها .

زيادة دور الدولة في تنظيم حياة الناس دفع الى التساؤل عن مدى وجود حدود لسلطتها في مواجهتهم . هي تنظم كل امورهم كما ترى ام ان هناك قيود على سلطتها مقررّة لمصلحة الناس ؟

¹³ الاخذ بمبدأ الفصل بين السلطات يقود الى التأثير على نتائج تعريف السيادة فتكون الرقابة على تنفيذ القانون بديل عن تنفيذ القانون وهذا يظهر في النظام البرلماني كنموذج للعلاقة بين السلطات لان السلطة التنفيذية ليست منتخبة وتعوض مشروعيتها الديمقراطية بقبول البرلمان المنتخب بها اما بحصولها على ثقته عند انشائها او بعدم سحب الثقة منها بعد ذلك . اما في النظام الرئاسي فالسلطة التنفيذية ممثلة برئيس الدولة فهي منتخبة كما البرلمان ولذلك فان مبدأ الفصل بين السلطات لا يثير ذات النتائج التي وجدناها في النظام البرلماني .

¹⁴ اذا كان السؤال من يمتلك السيادة داخل الدولة ؟ فان الإجابات المحتملة ثلاث : اما الحاكم منفردا فهو الذي يضع القانون وينفذ القانون او يكون هذا الاختصاص لأقلية متميزة او ما نسميهم في التراث العربي الخواص ووفق الاحتمال الثالث لكل الشعب وهو النظام الديمقراطي . علما بان الدول الملكية التي تأخذ بالديمقراطية تفضل استخدام تعبير الامة كي لا يكون تعيين الملك رهنا بالإرادة الفردية للناخبين ولكنها مرتبطة بإرادة جمعية مستقلة عن احاد الناخبين , يعبر عنها بالامة .

¹⁵ اذا كان السؤال كيف يمارس الشعب او الامة السيادة في النظام الديمقراطي ؟ فان الإجابات ثلاث ؛ اما ان يجتمع الشعب فيقرر القواعد ويعين من ينفذها وهي فكرة تمت ممارستها بشكل جزئي في بعض مدن اليونان القديمة مع تقليص وصف المواطنين واسباغها على الذكور من سن معين فقط وهذا النمط ليس واقعا اليوم . والنموذج الثاني هو الديمقراطية النيابية ووفقها الشعب يمتلك السيادة لكن لا يمارسها ويترك ممارستها لنوابه المنتخبين . والديمقراطية شبه المباشرة وفيها ينتخب الشعب من ينوب عنه في ممارسة بعض صور السيادة ويمارس هو عن طريق الاستفتاء بعض صور السيادة التي يحددها الدستور .

2 - الحقوق والحريات العامة : اتساع سلطان الدولة في تنظيم سلوك الناس واحوالهم احيا سؤالا قديما ... هل هناك حدود لسلطان الدولة بتنظيم أحوال الناس ؟ هل لها ان تقرر لهم عقيدتهم وأسلوب ممارستها مثلا ؟ هل هناك هامش من الحرية الفردية يستعصي على التنظيم من قبل الدولة ؟ هل للدولة ان تنظم سلوك الناس كيفما تشاء ام يجب ان يكون للتنظيم اهداف وغايات ليس للدولة تجاوزها ؟ اذا كانت الإجابة بالإيجاب فهل توضع تلك القيود والمعايير في القانون ام يلزم وضعها في تشريع يحكم القانون ؟ الأكثر منطقية هو وضعها في الدستور باعتبار ان الدستور هو القانون الذي يرسم للسلطات العامة حدود اختصاصها فهو يحدد لمشرع القانون وللسلطة التنفيذية حدود اختصاصها كما انه بوصفه قانون هو واجب التطبيق من قبل السلطة القضائية . وقد استقرت اغلب الدساتير على هذا المنهج منذ صدور دستور 1791 الفرنسي وقد نقل هذا الدستور مضمون الإعلان الفرنسي لحقوق الانسان الصادر عام 1789 كي يصبح جزءاً من الدستور وتبدأ سنة "دسترة الحقوق والحريات" أي تضمينها في الدساتير بما يجعل لأحكامها قيمة الدستور ودرجته في الالتزام . بعد ظهور الجيل الثاني من الحقوق والحريات , وفكرته انه لا يكفي ان تقرر الحقوق والحريات للفرد ولا يكفي ان تقرر المساواة بين الافراد امام القانون , بل يجب على الدولة ان تتدخل لتوفير الحد الأساسي من هذه الحقوق لتفعيل فكرة الإقرار بها ولتحقيق المساواة بالقانون وليس فقط امام القانون . تم تضمين هذا التوجه في الدستور باعتبار اننا امام خطاب توجيهي للدولة بالسعي لتوفير مقومات مادية , وبما ان الدستور هو الذي يحدد للدولة مهامها فمن المنطقي ان يصار لتوجيه الدولة للتدخل لتوفير المقومات المادية للحقوق مثل توفير التعليم والرعاية الصحية في الدستور . اختلاف طبيعة الجيل الأول من الحقوق والحريات وهو موجه للإنسان الفرد وقائم على منع الدولة من انتهاك الحق المقرر , عن الجيل الثاني وهو موجه للإنسان بحسبانه جزء من نسيج اجتماعي ولذلك توصف بانها حقوق اجتماعية ينظر فيها للفرد باعتباره جزءاً من المجتمع والمطلوب من الدولة هنا التدخل الإيجابي لتوفير الوسائل المادية لإشباع الحاجات التي تم تقرير أهميتها اشباعها , هذا التباين أدى الى اختلاف أسلوب الصياغة في الدساتير . فالحريات ذات الطابع الفردي وردت بصيغة تقريرية ملزمة مثل منع انتهاك حرمة المسكن الا وفق ضوابط ترد في القانون او تقرير حرية التعبير مع اناطة تنظيمها بالقانون وهي مقررة للإنسان أساسا وبهذا المعنى هي تشمل المواطن . اما الحريات ذات الطابع الاجتماعي فقد وردت بصيغة توجيهية لان اشباعها مرتبط بالمكانات المادية للدولة وهي متغيرة ربطا بالظروف الاقتصادية كما ان الأولوية في توفيرها للمواطن . والاختلاف بين النوعين والظروف التاريخية لكل منهما انعكس على أسلوب التدوين في بعض الدساتير ففي الدستور الفرنسي القائم تم تبني اعلان حقوق الانسان والمواطن الصادر في فرنسا عام 1789 كتشريع يتعامل مع الحقوق والحريات الفردية اما الحقوق والحريات ذات الطابع الاجتماعي فقد تم إقرارها من خلال ضم مقدمة دستور 1946 الى الدستور القائم باعتبار ان الحقوق الاجتماعية قد وردت فيه . وفي نماذج دستورية أخرى مثل الدستور الكويتي الصادر في 11\11\1962 تم تخصيص

باب للحقوق والحريات ذات الطابع الفردي (الباب الثالث وعنوانه الحقوق والواجبات العامة) اما الحقوق ذات الطابع الاجتماعي فقد وردت في باب اخر وهو الباب الثاني وعنوانه المقومات الأساسية للمجتمع الكويتي .

3 – الفلسفة الاقتصادية والاجتماعية : التوجه الفردي الذي ساد في أوروبا بعد سقوط النظام الاقطاعي والذي شكل ملامح الجيل الأول لحقوق الانسان والحقوق والحريات العامة كان يتسق مع مفهوم الدولة الحارسة . الثورة الصناعية في أوروبا كشفت عن قصور النظرية الرأسمالية او الليبرالية وهي الوجه الاقتصادي للنظرية الفردية . اطلاق المبادرة الفردية في النشاط الاقتصادي أدى الى تفاوتات حادة وظهور الحاجة لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي للمحافظة على السلام الاجتماعي , وهذا كان أساس انطلاق النظريات الاشتراكية في الاقتصاد¹⁶. تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي لتحقيق اهداف اجتماعية يعني زيادة في مقدار تدخل الدولة وهذا يقود لوضع حدود اجتماعية للمبادرة الفردية في النشاط الاقتصادي . كل هذه الاثار تحتاج لضبط ولذلك اتجهت كثير من الدول لوضع ضوابط للفلسفة الاقتصادية والاجتماعية في الدساتير باعتبار ان هذه الضوابط في نهاية المطاف تمثل توجيهها للسلطات العامة او حدودا لا يجوز لها تجاوزها .

4 – الهوية : الجماعة كما الفرد تحتاج لإحساس بالهوية كي تتماسك . الحد الأدنى من الهوية التي يلزم تحققها عند الجماعة في اطار الدولة هو إحساس مشترك بالانتماء للوطن . وقد يمتد الحد الأدنى كي يشمل عناصر إضافية مثل الإحساس بوجود روابط إضافية وقد تكون هذه الروابط عابرة لحدود الدولة وقد لا تكون مرتبطة بفكرة الدولة بالضرورة ولكن تبقى هذه الروابط مؤثرة على الافراد في اطار الجماعة وتخلق إحساسا بالانتماء مثل القومية العابرة لحدود الدولة , واعتبار الدين , وهو في من عناصر الهوية داخل الدولة :

- القومية العابرة للدولة : القومية العربية نموذج جيد في هذا الصدد . الانتماء للقومية العربية فكرة جمعت عدد من الدول الى درجة تشكيل منظمة باسم جامعة الدول العربية وتوصف هذه الدول بوصف "العربية". انعكاس هذا الإحساس القومي قد يقف عند المظاهر الثقافية البحتة مثل اعتبار لغة هذه القومية لغة رسمية للدولة وقد يقود الإحساس بالانتماء لأخذ مواقف أكثر تقدما مثل ربط الامن الإقليمي بتعرض افراد هذه القومية للخطر , حتى لو كان الخطر المباشر لا تتعرض له كل الدول المرتبطة بهذه القومية . واشكالية القومية ربطا بالدولة قد تأخذ شكلا مختلفا , فيكون

¹⁶ يلاحظ ان الادبيات العربية تستخدم تعبير الاشتراكية عند عرض التوجه الاجتماعي مع انه في اللغات ذات الأصل اللاتيني يوصف socialisme وترجمتها الحرفية الاجتماعية او التوجه الاجتماعي اما الاشتراكية كنمط في التعامل مع الملكية فهي اثر محتمل للأخذ بالتوجه الاجتماعي . ولعل هذه الترجمة تتضمن موقفا يعبر عن حذر او عدم تقبل للتوجه الاجتماعي في تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي .

في الدولة الى جانب القومية الوطنية وتأخذ شكل الإحساس بالانتماء "للقوم" الذين يكونون شعب الدولة , إحساس موازي يتمثل بالانتماء لقومية عرقية من الممكن ان يكون كل افرادها داخل الدولة او موزعين في دول عدة , والنموذج الكردي يمكن ان يكون مثالا يوضح الصورة , فالأكراد موزعين في عدة دول وفي بعضها تعترف الدولة بالقومية الكردية كعنصر من عناصر الهوية لعدد من المواطنين الى درجة اعتبار هذه القومية من أسس النظام الفدرالي في الدولة كما هو الحال في العراق .

- الدين : الدين عقيدة وايمان وبهذا الفهم هو لصيق بالإنسان , وهذه العقيدة تشكل أيضا رابطة تجمع بين الافراد وتخلق عندهم إحساس بالانتماء لجماعة قوامها هذا الاعتقاد والايمان . بعض الدول تتعامل مع الدين في اطار حرية الاعتقاد فقط , و بعضها يعتبر انه من عناصر الهوية المؤثرة في الهوية الضرورية او الواجب دعم تحققها لوجود الشعب في الدولة . وعلاقة الدين بالدولة قد تمتد لجعل الدين مصدرا من مصادر التشريع او المصدر الوحيد .

من المنطقي ان تقوم الدول بدعم الحد الضروري من الهوية عندما يكون ذلك مرتبطا بالهوية الوطنية , ذلك ان هذه الهوية هي الخيط الذي يجمع حبات سبحة المواطنة وينهض بفكرة وجود الشعب , ولا توجد الدولة بدون وجود الشعب . ماذا عن عناصر الهوية الإضافية مثل القومية العابرة للدولة او التي توجد الى جوار الهوية الوطنية او الدين ؟ تأخذ بها الدولة كعنصر تعترف به وترتب اثارا على هذا الاعتراف ام تتعامل معها كحرية فردية ؟ واذا تبنتها او ناهضتها العدا , يكون موقفها معبرا عنه بالتشريع ؟ أي درجة من التشريع ؟ اصبح موضوع الهوية في عدد من النماذج الدستورية موضوعا دستوريا .

نخلص مما سبق الى ان الدستور في حده الأدنى قانون يحدد شكل الدولة وينظم السلطة فيها . كما انه اذا تجاوز الحد الأدنى فانه قانون يحدد شكل الدولة وينظم السلطات العامة والحقوق والحريات الأساسية والفلسفة الاقتصادية والاجتماعية التي تأخذ بها الدولة الى جوار تحديد موقف الدولة من عناصر الهوية المؤثرة على فكرة المواطنة . والقانون الذي يعالج المواضيع السابقة نعتبره في اعلى الهرم التشريعي وهذه نتيجة منطقية . فاذا كان هذا القانون ينظم السلطة ويضع حدودا لها فمن المنطقي ان يعلوا في الدرجة على القوانين التي تضعها السلطات المنشأة وفق احكامه .

التعريف السابق ينطلق من مواضيع الدستور ولذلك يسمونه التعريف الموضوعي والاخذ بهذا المنهج في التعريف يقودنا واقعا الى امكان الخروج عن نطاق الوثيقة التي نسميها دستور في بعض الفرضيات .

اذا اخذنا تنظيم السلطات وهو من عناصر تعريف الدستور كما ورد سابقا فإننا نجد ان قانون الانتخاب يحتوي على احكام تقود لتنظيم البرلمان وهو معدود من ضمن عناصر السلطات العامة , ومع ذلك هذه القواعد موجودة في تشريع نسميه قانون ولا نسميه دستور . ويمكن ذكر امثلة أخرى في موضوع الحقوق والحريات الأساسية او تنظيم

القضاء . امام هذا النقد للمفهوم الموضوعي للدستور يمكن اعتماد المفهوم الشكلي للدستور فيكون الدستور هو التشريع الصادر عن السلطة التأسيسية بغض النظر عن المواضيع التي ينظمها . فيكفي لوصف النص بانه دستور صدوره عن السلطة المخصصة لتشريع الدستور ونسبها السلطة التأسيسية , اما ان كان مصدر القاعدة تشريع لا يحمل هذا الوصف فلا نعطي للقاعدة وصف الدستور حتى لو عالجت موضوعا من مواضيع الدستور , فتكون قانون او لائحة وفق مسمى المشرع الذي صدرت عنه . ونلاحظ انه عند اعتماد المعيار الشكلي للدستور من الممكن ان نجد في بعض الدساتير احكاما لا تعالج مواضيع دستورية من حيث طبيعتها مثل اسلوب التصرف في أملاك الاسرة الحاكمة السابقة وقد ورد هذا الحكم في الدستور المصري لعام 1952 او منع القضاء من نظر المنازعات التي تكون الإدارة الحكومية طرفا فيها وقد ورد هذا الحكم في اول دستور لاحق على الثورة الفرنسية عام 1789 . العلة الظاهرة لهذا المنهج هي منع المشرع العادي من تنظيم هذه المواضيع كما ان هذا المنهج يؤدي الى عدم امكان النظر في دستورية هذه الاحكام لان نصوص الدستور بذات الدرجة والقيمة .

اذا نظرنا للدستور من زاوية القانون الوضعي فالدستور هو التشريع الصادر عن السلطة التأسيسية الاصلية او المنشئة ويكون في اعلى الهرم التشريعي سواء ورد في وثيقة واحدة او وثائق متعددة . واستمرار الفقه في التعامل مع المنهج الموضوعي في تعريف الدستور مرتبط بفائدة هذا المنهج في تقوية ملكة الاستنباط والتأصيل لدى المتعلم والدارس لقواعد القانون الدستوري .

القانون الدستوري : هو فرع من فروع القانون يهتم بدراسة قواعد ومواضيع الدستور .

قبل ان نترك موضوع تعريف الدستور والقانون الدستوري يحسن ان نقف امام تساؤل يتم اثارته في بعض الدول النامية ويعرض له بعض كتاب القانون الدستوري فيها : هل الدستور قانون ؟ قد يكون أساس السؤال فلسفي او مرتبط بالواقع . القانون قواعد عامة مجردة ملزمة محلها تنظيم السلوك الاجتماعي , مخالفة احكام القانون تستتبع جزاء . من يوقع الجزاء على السلطات اذا خالفت احكام الدستور ؟ ولماذا تقع المخالفات لأحكامه في بعض الدول دون وجود جزاء يقع على المخالف ؟

اما عن السؤال الأول فيجب ان نتذكر ان مفهوم السلطة اليوم موزع على هيئات عضوية مكلفة بوظائف مختلفة (التشريع والتنفيذ والقضاء) . وهذا التعدد يفترض انه يفتح الباب لكل سلطة لرد الأخرى عند تجاوزها للحدود التي تتمثل في قواعد وجودها واختصاصها . كما ان عدم التزام السلطات بقواعد الدستور يفتح الباب للتشكيك بمشروعية وجودها وسلامة اختصاصاتها . ويلزم ان نسجل بأن الجزاء ليس فقط العقوبة فقد يكون الجزاء هو

تقرير بطلان التصرف . اما عن واقع ضعف احترام القواعد الدستورية في بعض البلاد فهو من مؤشرات ضعف نموها , واليوم التزام الدولة بالقانون هو احد عناصر مؤشرات تقدمها , كما ان عدم تطبيق الجزاء حال ارتكاب المخالفة متصور في كل فروع القانون ولأسباب متعددة .

بالإضافة لما سبق هناك مخاطر رد الفعل الرفض من قبل الشعب وهو ما يسمى الجزاء المرسل وهذا يقود واقعا ان من يخالف الدستور لا يجاهر برفضه للدستور ولكنه يضع مبررات للمخالفة تدور حول فكرة ضرورة هذه الإجراءات لحماية مصالح الشعب .

في نهاية هذا العرض لنفكر معا في إجابة الأسئلة التالية :

- لماذا يوجد دستور في كل دولة ؟

- ما هي وظيفة او وظائف الدستور ؟

على الأرجح نستطيع الوصول للإجابات باستخدام الأفكار والمعلومات التي سبق عرضها .

ما هي مصادر القواعد الدستورية ؟ هذا هو موضوع المبحث المقبل .

الفصل الثاني : مصادر القواعد الدستورية :

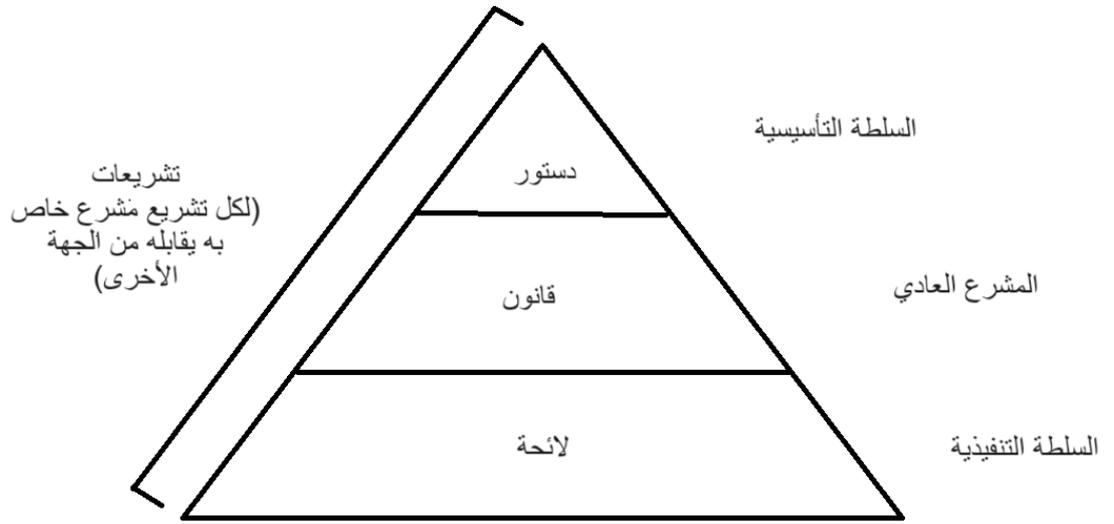
اذا حللنا القانون من حيث مضمونه فهو خطاب تكليفي ينطلق من أفكار ترى الجماعة وجوب الالتزام بها وهذه الأفكار لا تأخذ وصف القانون الا اذا صدرت عن المشرع . و المشرع هو هيئة وظيفتها اصدار التشريعات وهي وظيفة قررتها الجماعة لهذه الهيئة وهي تمارس هذه الوظيفة وفق قواعد إجرائية تضي على هذا الاختصاص الصفة الرسمية . وجود التشريع مؤشر على بلوغ الجماعة الإنسانية درجة متقدمة من التنظيم . في المراحل السابقة على ظهور التشريع كان القانون قواعد سلوكية استقر فراد الجماعة على الالتزام بها حتى أصبحت بالنسبة لهم ملزمة لا يجوز مخالفتها , ترتب على الاعتياد عليها اعتقاد بالزاميتها وهو ما نسميه في الدراسات القانونية العرف .

القواعد الدستورية هي قواعد قانونية ولذلك هي تصدر عن المشرع او يكون مصدرها العرف . الى جوار العرف والتشريع و هي المصادر الرسمية ونعني بوصفها بالرسمية انها تنتج القواعد الدستورية هناك المصادر التكميلية او التوضيحية التي تؤثر في انتاج فكرة القواعد الدستورية او تؤثر في تفسيرها وتوضيحها .

أولا : المصادر الرسمية :

1- التشريع : تتعدد التشريعات بتعدد مصادرهما وموضوعاتها فقد يصدر التشريع عن مشرع يطلق عليه وصف السلطة التأسيسية وقد يوصف بالمشرع العادي وقد يوصف بالسلطة التنفيذية . والمشرع الذي يناط به اصدار الدستور يطلق عليه السلطة التأسيسية او السلطة المنشئة اما بقية أنواع التشريع فهي تصدر عن سلطات مؤسسة او منشأة . ووصف التأسيسية مرتبط بفكرة ان القواعد التي يضعها هذا

المشرع هي أساس عمل السلطات المؤسسة في الدولة (التشريعية وهي مختصة بتشريع القانون والتنفيذية وهي التي تشرع اللوائح) فقواعد الدستور تحدد أساس وجود السلطات العامة و أساس ممارستها لوظائفها واختصاصاتها . وقد توصف السلطة التأسيسية بانها اصلية وذلك عند وضع الدستور لأول مرة , وتوصف بالفرعية اذا كان اختصاصها بتعديل الدستور القائم .
والمثلث ادناه يسمى مثلث كلسن للتشريعات او هرم التشريعات وهو منسوب لهانز كلسن Hans Kelsen وهو فقيه نمساوي درس مبدأ تدرج التشريعات في القيمة ورتب على هذا البحث نتائج ابرزها رقابة الإلغاء في حال مخالفة التشريعات الأدنى من الدستور للدستور وكان مهندس دستور 1920 النمساوي .



2- العرف : العرف قواعد اعتاد الناس الالتزام بها في تنظيم سلوكهم ونشأ عن هذا الاستقرار والاستمرار اعتقاد بوجود الالتزام بها .وعندما تتأمل في العرف نجد انه تطبيق لفكرة الزام الناس بما التزموا به وهو في الواقع استنباط للقاعدة الملزمة من واقع التزام الناس بها وبعد انتشار التشريع كمصدر للقواعد القانونية اضيف للركن

المادي للعرف عنصر جديد ومنطقي وهو عدم جواز ان يكون الاستقرار المولد للقاعدة هو في ذاته مخالفة لتشريع اقرته الجماعة لان العرف قاعدة مستنبطة والتشريع قاعدة صريحة فلا يكون فعل المخالفة للقاعدة الصريحة أساسا لاستنباط نشوء قاعدة تلغيها . ولنشأة العرف يلزم توافر ركنان :

- مادي : وهو السلوك الخارجي المتكرر المستقر والذي لا يشكل بذاته مخالفة للتشريع .
- معنوي : وهو الإحساس بان هذا الاستقرار يدل على إحساس الجماعة بوجوب الالتزام بمضمون هذا السلوك والركن المعنوي يتم استنباط وجوده من توافر عناصر الركن المادي .

والعرف الدستوري هو نوع من أنواع العرف تنطبق عليه احكامه ويتمثل في استقرار السلطات العامة على مسلك في موضوع من مواضع القانون الدستوري دون ان يشكل هذا الاستقرار مخالفة للتشريع المنظم للموضوع او لتشريع اعلى منه في الدرجة , وينتج عن هذا الاستقرار إحساس بوجوب الالتزام بما تم الاستقرار عليه . فلو استقر العمل على ان يتم اختيار الأمير في الدولة من الذكور ولم يكن هناك نص يحدد الجنس في من يتم اختياره وارتبط بهذا الاستقرار إحساس بان الذكورة شرط في رئيس الدولة , نصبح امام قاعدة دستورية (تنظم موضوع دستوري وهو احكام رئيس الدولة) عرفية (لان مصدرها العرف) . وقد كان العرف هو مصدر الدستور فكانت قواعد الدستور اعراف , ولم يعد هذا الامر قائما فالدستور الذي يوصف اليوم بانه عرفي توجد فيه قواعد مصدرها التشريع فلم يعد هو المصدر الوحيد . اما في الدول التي توصف دساتيرها بانها مكتوبة , وهي تعتد بالعرف كمصدر رسمي , فان العرف فيها موجود لتفسير النص او لتكميل النقص الذي قد يعتوره , ولكن لا يسوغ قبول تعديله لأحكام النص .

والعرف الذي كان قبل انتشار التشريع هو المصدر الأساسي لإنتاج القواعد القانونية تراجع كثيرا لمصلحة التشريع لعدد من الأسباب :

- تقرير وجود القاعدة العرفية يحتاج لاستنباط , فوجودها من حيث اكتمال عناصرها يمكن دائما ان يكون محل خلاف . هل الاستقرار كان كافيا لخلق إحساس بالالتزام ؟ هل السلوك يشكل مخالفة للتشريع ام مجرد تفسير ؟ هل الإحساس بالإلزام لا يزال قائما ام انتفى ؟ هذا الواقع يجعل تقرير وجود العرف لا يتحقق الا بصور قرار من سلطة معتبرة تعطيه شهادة ميلاد تثبت وجوده وهذه السلطة غالبا هي القضاء

17

17 اعتبرت المحكمة الدستورية الكويتية في قرارها التفسيري 1\1985 ان استمرار بقاء مراسيم إحالة مشاريع القانون على جدول اعمال مجلس الأمة حتى بعد استقالة الوزارة يستند في وجوده لعرف دستوري مفسر .

اما التشريع فان صدوره وفق الإجراءات المقررة لصدوره يجعل وجوده ليس محلا لخلاف .

- العرف يحتاج لزمان كي يولد ولذلك هو لا يصلح في النوازل والمستجدات بينما التشريع يمكن صناعته عندما ترى الجماعة الحاجة لوجوده . لذلك فان العرف الدستوري لا يصلح في الدول حديثة النشأة .

ولعل الأسباب السابقة جعلت بعض الدول مثل فرنسا لا تعتمد اليوم كمصدر رسمي للقاعدة القانونية .

ثانيا المصادر التاريخية او التفسيرية : الى جوار المصادر الرسمية توجد مصادر لا تنتج بذاتها القاعدة الدستورية بمعناها الرسمي ولكنها مهمة في فهم القاعدة واحيانا هي أداة لاستنباط وجود القاعدة واقعا . هذه المصادر متعددة ومنها :

- الفقه

- القضاء

- الدين

1- الفقه : الفقه هو المعرفة الدقيقة وفي المعنى الاصطلاحي يستخدم التعبير لوصف الدراسات الدقيقة في فرع من فروع المعرفة مثل اللغة والقانون والشرعية الإسلامية . والفقه في فروع القانون ومنها القانون الدستوري لا يصنع القواعد القانونية ومع ذلك له تأثير كبير على مضمونها وأسلوب تطبيقها . فالفقه عند دراسة القواعد القانونية يرد الاحكام لأصلها ويحلل مضمونها ويشرح هذا المضمون , وقد ينتقد هذا المضمون فيكشف عن عدم اتساقه مع الواقع او اصل القاعدة , او ينتقد أسلوب التطبيق اذا كان يخرج عن علة وجود القاعدة او يخالف مقتضيات الملائمة . موقف الفقه من القواعد القانونية يؤثر واقعا على المشرع سواء عند وضع قواعد قانونية جديدة او عند تعديل القواعد القائمة كما انه يؤثر أيضا على موقف القضاء من تطبيق القواعد , وفي بعض البلاد يذكر القاضي في حيثيات حكمه موقف الفقه كسند للتوجه الذي يختاره في تفسير القانون .

2- القضاء : وظيفة القاضي هي انزال حكم القانون على الواقعة محل النزاع لحسم النزاع , اذا هو ليس مصدرا من مصادر القاعدة القانونية¹⁸ . لكن القاضي كي ينزل حكم القانون على الواقعة يفسر القانون , فبدون تفسيره لا يمكنه تطبيقه . والقضاء يتعامل مع القواعد الدستورية عند نظره في المنازعات اما بغرض تفسير القوانين الأدنى من الدستور كي لا يكون تطبيقها مخالفا لأحكامه كما انه يطبق بعض احكامه مباشرة مثل قواعد عدم مسؤولية رئيس الدولة وصرف المسؤولية لرئيس مجلس

¹⁸ يلاحظ انه في النظام الانجلو سكسوني يعتبر القضاء مصدرا للقاعدة القانونية عند اعتماد السوابق القضائية , اما في البلاد التي تعتمد على التشريع والعرف فان السوابق القضائية ليست مصدرا رسميا للقاعدة القانونية بالرغم من الأهمية العملية البالغة لأحكام القضاء .

الوزراء في بعض الأنظمة الدستورية . واذا كان حكم القاضي نسبي الأثر الا ان القضاء يستقر على التفسير الذي يخلص اليه ويطبقه في المنازعات المماثلة , واذا صدر التفسير من المحاكم العليا فان المحاكم الأدنى تلتزم به . الى جوار دور القضاء العادي في تطبيق الدستور وتفسيره وهو مهم من الناحية العملية هناك القضاء الدستوري . عندما يفحص القاضي الدستوري دستورية تشريع فهو بالضرورة يفسر الدستور تمهيدا لانزال مضمونه على التشريع محل الفحص وهذا التفسير منطقيا يحدد مضمون النص او القاعدة الدستورية .

3- الدين : من الناحية الموضوعية يعتبر الدين مؤثرا مهما في تكوين التوجه الثقافي عند الانسان وبعض الدساتير تعتبره من العناصر المكونة للهوية فتحدد دينا للدولة¹⁹ . وبعض الدساتير تعتبر الدينا فضلا عن ذلك مصدرا للتشريع العادي²⁰ . ومن مظاهر التأثير بالدين ان رئيس الدولة يعتبر ذو منصب ديني , فالملك في بريطانيا هو رئيس المذهب الأنغليكاني . وفي مواجه هذا التوجه تقرر بعض الدول حياد الدولة في مواجه الدين وتعتبره حقا ذو طابع فردي يمارس في اطار حرية الاعتقاد وهذا أساس التوجه العلماني .

الفصل الثالث : أنواع الدساتير :

عرض النوع يعني اختيار زاوية من زوايا الموضوع او حالة من حالات الموصوف , فنقول نوع الناس من حيث الجنس ذكور واث ومن حيث الحجم سمان ونحاف . والدساتير تتعدد أنواعها بتعدد المعيار الذي نختاره لوصفها , فمن حيث مصدر قواعدها قد تكون مكتوبة او عرفية ومن حيث امكان تعديلها قد تكون مرنة او جامدة ومن حيث حجمها قد تكون موجزة او مطولة ومن حيث مدة تطبيقها قد تكون مؤقتة او دائمة .

أولا : الدساتير المكتوبة (المشرعة) والدساتير العرفية : درج شراح القانون الدستوري على وصف الدساتير التي يكون التشريع هو مصدرها الأساسي بانها مكتوبة او مدونة باعتبار ان التشريع مرتبط بالكتابة ويصفون الدساتير التي يشكل العرف مصدرها الوحيد او الأساسي بانها دساتير عرفية علما بان القواعد العرفية واقعا مدونة كوقائع .

¹⁹ يشيع في البلاد العربية استخدام تعبير دين الدولة مع ان الدين بطبيعته يرتبط بالإنسان وليس بالدولة فهي كيان اعتباري من غير المتصور ممارسته لطقوس الدين . وفي بعض الدول التي تبنت ذات الفكرة تم استخدام تعابير اكثر انضباطا ومثال ذلك المادة الثانية من الدستور اليوناني التي قررت ان المذهب الأرثوذكسي هو ديانة اغلبية السكان .

²⁰ ومثال ذلك المادة الثانية من دستور دولة الكويت الصادر عام 1962 .

1- الدساتير المكتوبة : وهي الدساتير التي يكون التشريع مصدر قواعدها او المصدر الأساسي لقواعدها . ومشرع الدستور كما اسلفنا هو السلطة التأسيسية . والسلطة التأسيسية قد تكمن في إرادة الحاكم او في إرادة الشعب والشعب او في إرادة الشعب منفردا . واذا كانت السلطة التأسيسية تكمن في إرادة الشعب فقد يمارسها عبر نوابه فينتخب مجلسا ينوب أعضائه عن الشعب في ممارسة السلطة التأسيسية او يمارسها الشعب بشكل مباشر .

ا – المنحة : وهذه التسمية تستخدم لوصف الدستور عندما يوضع بالإرادة المنفردة للحاكم فتكون إرادة الحاكم هي السلطة التأسيسية اذ ان النص يأخذ صفة الدستور عندما يصدر عن الحاكم . وإصدار الدستور قد يكون حصافة من الحاكم لتنظيم الأمور وتثبيت مرجعية في تنظيم الحكم توفر له وللرعية الأمان او لانه يستشعر ان مسار الأمور يتجه لفرض هذه القواعد عليه فيبادر بالمنح قبل ان يصبح الامر فرضا . وتعبير المنحة لا يعني مشروعية الرجوع فيها وإلغاء الدستور , فلسنا بصدد قواعد الملكية المعروفة في القانون المدني بل نحن بصدد واقع سياسي جعل امر السيادة بيد الحاكم لان الجماعة تقبلت انفراد بهذا الامر لردح من الزمن . يلاحظ ان دور الحاكم في ممارسة الاختصاصات وتعديل الدستور يكون في العادة مهما وهذا مرتبط منطقيا بدوره بوضعه , ولكن في كل الأحوال بعد وضع الدستور يفترض انه ملزم لكل السلطات بما فيهم الحاكم .

ب – العقد : في هذا النوع من الدساتير تكمن السلطة التأسيسية في النقاء إرادة الحاكم مع الشعب وعادة تكون إرادة الشعب ممثلة في نواب ينتخبهم . قد يوضع مشروع الدستور من قبل المجلس المنتخب ولكن المشروع لا يتحول لدستور الا بموافقة الحاكم عليه سواء شارك في المناقشات التي أدت لصياغة المشروع ام لم يشارك . كما في نموذج المنحة من المنطقي ان يكون للحاكم دور في ممارسة الاختصاصات المقررة في الدستور وفي تعديله , يتناسب مع دوره في اعداد الدستور وقراره . أسلوب المنحة وأسلوب العقد تسمى اساليب ملكية لان الحاكم في هذه الأنماط يتولى الحكم بالأسلوب الوراثي والبعض في اوربا يسمي هذه الأساليب قديمة لأنها لم تعد مستخدمة عندهم ولكن هذا لا يمنع من امكان استخدامها اليوم في أقاليم أخرى وفق واقع الحال في الدولة المعنية .

ج – الجمعية التأسيسية : وفق هذا الأسلوب ينتخب الشعب من ينوب عنه كي يضع الدستور وهذا الأسلوب من تطبيقات الديمقراطية النيابية . نظريا يفترض ان الجمعية المنتخبة اختصاصها ينحصر بوضع الدستور ولكن واقعا يمكن ان تكلف بممارسة دور البرلمان فتقر القوانين العادية الى جوار وضع الدستور . بإقرار مشروع الدستور من قبل الجمعية المنتخبة يصبح النص دستورا بدون الحاجة لعرضه على

- الشعب ذلك ان الجمعية المنتخبة تنوب عن الشعب في ممارسة السيادة التي يمتلكها وهذا يعني ان السلطة التأسيسية تكمن في الجمعية التأسيسية .
- د - الاستفتاء الدستوري : هذا الأسلوب في وضع الدساتير هو تطبيق من تطبيقات الديمقراطية المباشرة , وفقه يتم اعداد مشروع الدستور ثم يطرح هذا المشروع على الشعب لإقراره في استفتاء فان اقره يصبح المشروع دستوراً وتكون السلطة التأسيسية في موافقة الشعب . لأول وهلة يبدو هذا الأسلوب مثالياً ولكن من الناحية العملية فان هذا الأسلوب من الممكن ان لا يكشف عن إرادة واعية ويستخدم لتوجيه قرار الناس . لذلك لا يصلح هذا الأسلوب ما لم تتوافر له أسباب النجاح :
- يجب ان يكون امام المشاركين في التصويت مجالاً للاطلاع على محتوى المشروع المزمع الاستفتاء عليه مع تلقي توضيحات تمثل كافة وجهات النظر سواء كانت مؤيدة او معارضة .
 - يجب ان يتاح الوقت الكافي لمناقشة كافة الخيارات المعروضة بدون ترغيب او ترهيب .
 - هذا الأسلوب يقتضي احترام التعددية السياسية والثقافية في المجتمع .
- ومن إشكالات هذا الأسلوب تحديد الجهة التي تقوم بإعداد مشروع الدستور والجهة التي تشرف على إدارة عملية التصويت . وفي النماذج الحديثة (الدستور العراقي والمصري والتونسي) تم انتخاب مجلس مكلف بوضع مشروع الدستور وبعد الانتهاء من اعداد المشروع عرض على الشعب للتصويت عليه . وفي هذا النموذج لسنا بصدد مجلس تأسيسي فالنص الذي يعده المجلس المنتخب لا يأخذ وصف الدستور بموافقة المجلس عليه , هو مشروع دستور ولا يأخذ حكم الدستور الا بموافقة الشعب عليه .
- والدستور المكتوب قد يقع في وثيقة واحدة تقرها السلطة التأسيسية كما قد يتكون الدستور من اكثر من وثيقة فدستور فرنسا الحالي الصادر عام 1958 يتضمن الى جوار الوثيقة التي تم إقرارها عام 1958 اعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي الصادر عام 1789 فيعتبر الإعلان المذكور جزءاً من الدستور الفرنسي القائم كما يأخذ نفس الحكم مقدمة دستور 1946 , وميثاق البيئة الذي تم اقراره عام 2004 . ويعتبر المشرع الدستوري الكويتي ان قانون تنظيم ولاية العهد وهو قانون صدر بعد صدور الدستور له قيمة الدستور .
- هل تعتبر ديباجة الدستور والمذكرة التفسيرية الملحقة به جزءاً من الدستور من الناحية القانونية ؟
- كي نجيب عن السؤال يجب ان نتذكر بان التشريع يصدر عن مشرع ويتضمن احكاماً تكليفية . والديباجة صدرت عن المشرع فاذا تضمنت احكاماً يمكن استنباط التكليف منها فإنها تغدو قاعدة دستورية والحكم ذاته ينصرف للمذكرة التفسيرية اذا صدرت عن مشرع الدستور وفق إجراءات التشريع التي صدر الدستور وفقاً .
- ما هي القوانين الأساسية ؟

- المصطلح غير محدد المعاني بنص قانوني ولذلك نجد ان الفقه يستخدمه بمعاني مختلفة وفق اجتهاد كل كاتب :
- فهو عند البعض اسم من أسماء الدستور وقد مر علينا ذلك عند عرض اصل التسمية .
 - وقد يستخدم لوصف القواعد الدستورية التي لم ترد في صلب الدستور ولها قيمة الدستور .
 - ويستخدم بعض الفقه هذا المصطلح كمثال لتعبير القوانين العضوية وهي شريحة موجودة في بعض البلاد وتكون ادنى من الدستور واعلى من القانون العادي في الدرجة وتكون مخصصة لتنظيم السلطات العامة في التفاصيل ولذلك هي عند البعض مسماة قوانين عضوية .
 - كما يستخدم بعض الفقه والقضاء هذه التسمية لوصف القوانين التي تعالج موضوعا دستوريا وهي بدرجة التشريع العادي مثل قانون الانتخاب واللائحة الداخلية للبرلمان في الكويت 21 .
- والقارئ يستنتج المعنى وفق السياق الذي يرد فيه التعبير .

2 – الدساتير العرفية : نظريا يكون الدستور عرفيا اذا كانت كل احكامه اعراف . ولا يوجد اليوم دستور على هذا النحو . النموذج المعرف اليوم للدساتير العرفية هو الدستور البريطاني ويتضمن الى جوار الأعراف الدستورية التي تشكل اهم احكامه نصوص تشريعية مثل العهد الأعظم وقانون تنظيم البرلمان . والدستور البريطاني يمثل حالة استثنائية فهو يكاد اليوم ان يكون المثال الوحيد للدساتير العرفية 22 .

ثانيا : الدساتير المرنة والجامدة : تصنيف الدساتير بالنظر لأسلوب تعديلها يجعلنا امام نوعين ؛ الدساتير المرنة والدساتير الجامدة .

1 – الدستور المرن : وهو دستور يكون تعديله بذات إجراءات تعديل القانون , فيكون البرلمان هو مشرع الدستور ومشروع القانون . واذا كان الدستور من الناحية الموضوعية اسمى من القانون لأنه يحدد إجراءات صدور القانون ويحدد اختصاصات السلطة التشريعية , فانه من الناحية الشكلية يفقد هذا السمو لان القانون المخالف للدستور في واقع الحال لا يخالفه لأنه يكون قد عدله باعتبار ان كلاهما

21 اعتبرت المحكمة الدستورية الكويتية في قرارها التفسيري 1996\26 احكام اللائحة الداخلية لمجلس الامة من ضمن القوانين الأساسية مع انها صادرة بقانون عادي .

22 - دستور الكيان الإسرائيلي يتضمن احكام عرفية في العلاقة بين السلطات على النمط البرلماني وهي مستوردة من بريطانيا .

بنفس الدرجة فيكون اللاحق قد عدل احكام السابق . ولا يوجد اليوم من نموذج لهذا النوع من الدساتير الا الدستور البريطاني , ولهذا النموذج خصوصية تفسر نجاحه وهي ان المشرع العادي وان كان يستطيع ان يعدل احكام الدستور الا ان القواعد الدستورية تتمتع بثبات شديد لان المشرع العادي يلتزم بها . اذا نستطيع ان نقول ان الدستور البريطاني يتمتع بسمو من الناحية الموضوعية حتى لو لم يكن له سمو من الناحية الشكلية .

- 2 - الدستور الجامد : الجمود المطلق يخالف سنة الحياة فحاجات الناس تتغير , وهو لا يتسق مع وظيفة القانون وهي تنظيم السلوك الاجتماعي وهو بطبيعته متغير لتغير احتياجات الناس بتغير الزمان , كما ان الجمود المطلق لا يتسق مع فكرة الديمقراطية فلا يجوز لجيل من الأجيال مصادرة حق الأجيال اللاحقة في ممارسة مظاهر السيادة . ومن ناحية أخرى المرونة تفقد الدستور وظيفته وهي تنظيم السلطات العامة , فاذا كان التشريع العادي يتساوى مع الدستور في إجراءات التعديل فهذا يعني ان قواعد الدستور لن تستطيع ان تمنع المشرع العادي من تجاوز الخطوط التي وجدت فيه لتمنع المشرع العادي من تجاوزها²³ . الجمود النسبي يشكل نقطة تتحقق فيها المصالح المختلفة . فمن جانب يمكن تعديل الدستور لمواجهة المستجدات والمتغيرات وما كشفت التجربة العملية عن الحاجة لتغييره وتعديله ومن جانب اخر صعوبة التعديل تمنع من الاندفاع في اصدار تشريعات تخالفه . الجمود النسبي هو السائد اليوم على مستوى العالم وهو يتحقق بجعل إجراءات تعديل الدستور اصعب من إجراءات التشريع العادي , أي كانت درجة الصعوبة . ولصعوبة تعديل الدستور مقارنة بالتشريع العادي صور احتمالية متعددة²⁴ :
- قد يتم التعديل من اطراف سلطة التشريع العادي ولكن الإجراءات تختلف , فيتطلب اقتراح تعديل الدستور و اقراره اغلبية اعلى من تلك التي يستلزمها اقتراح تعديل القانون مثلا .
 - قد يكون تعديل الدستور من خلال انشاء سلطة تأسيسية جديدة , فالدستور الاسباني الصادر عام 1978 يرتب على موافقة البرلمان على اقتراح تعديل الدستور وجوب حله وانتخاب برلمان جديد يكون مكلفا بالنظر في مشروع تعديل الدستور . وبعد إقرار البرلمان الجديد للتعديل بأغلبية الثلثين يعرض على الشعب في استفتاء .

²³ - يعرف رئيس المحكمة الدستورية الإيطالية الأسبق الدستور , اثناء مداخلة مرحة ولكن عميقة , بأنه احكام نضعها ونحن في حالة الهدوء كي تحمينا من حماقاتنا ونحن في حالة الهياج والاندفاع

²⁴ - <https://alfililaw.com/news-details.php?nid=77> سلسلة مقالات نشرت في القبس و أولها كان بتاريخ 2009\3\8 تحت عنوان "هل هو المدخل لمعالجة سوء أداء المؤسسات السياسية ؟"

تتباين درجة الصعوبة المقررة لتعديل الدستور مقارنة بالقانون العادي ويلاحظ ان ارتفاع درجة الصعوبة من الممكن ان يكون له اثر سلبي فتقود الصعوبة الى الغاء الدستور بدلا من تعديله .

و الى جوار الجمود النسبي فان بعض الدساتير تتضمن نصوصا مانعة من تعديل بعض احكام الدستور لأنها تعتبر هذه الاحكام ذات أهمية خاصة . والنصوص المانعة من التعديل لها اشكال متعددة في الدساتير التي تأخذ بهذه الفكرة :

- منع تعديل كل احكام الدستور في فترة معينة , اما في بداية تطبيق الدستور وقد اخذ الدستور الكويتي الصادر عام 1962 بهذا التوجه فمنع التعديل في السنوات الخمس اللاحقة على اقراره . ويأخذ الدستور الفرنسي بهذه الفكرة فيمنع تعديل الدستور اذا كان جزءا من إقليم الدولة تحت الاحتلال وهذا من اثار ذكريات الاحتلال الألماني لفرنسا في الحرب العالمية الأولى والثانية .
- منع تعديل بعض الاحكام التي ترى الجماعة انها جوهرية , فدستور الجمهورية الثالثة في فرنسا منع اقتراح تعديل النظام الجمهوري , ودستور دولة الكويت الصادر عام 1962 يمنع تعديل احكام النظام الوراثي بالمطلق ويمنع تعديل ضمانات الحرية والمساواة الا بالزيادة فيها .
- منع التعديل في مواضيع معينة اثناء فترة معينة مثل تعديل اختصاصات رئيس الدولة في فترة النيابة عنه .

وإذا كانت النصوص المانعة من التعديل تبدو لأول وهلة متعارضة مع فكرة الديمقراطية الا ان وجودها في الدستور وقيام الدستور يجعل احكامها واجبة الاتباع ما دام الدستور قائما . واقترح بعض الفقه حلا للتعامل مع النصوص المانعة من التعديل وهذا الحل يدعو لتعديل ذات النص المانع من التعديل وفق إجراءات التعديل الموجودة في الدستور ثم من بعد ذلك وقد زال المنع يصار لتعديل المواضيع الممنوع تعديلها . وهذا الحل يعني استخدام إجراءات التعديل مرتين .

ثالثا : الدساتير المطولة والموجزة : قد يضع المشرع الدستوري كل الاحكام التفصيلية في الدستور فتتضخم الوثيقة الدستورية ونكون امام دستور مطول وقد يكتفي بوضع الاحكام الأساسية ويترك التفاصيل للمشرع العادي يضعها في الاطار المرسوم في الدستور فيكون الدستور موجزا . ولكل مسلك أسباب ومزايا وعيوب :

1 – الدستور المطول : وضع كل التفاصيل في الوثيقة الدستورية سيغل يد المشرع العادي في مواجهة المواضيع الدستورية , العبارة تبدو سليمة هكذا لكنها واقعا غير ممكنة التحقق الا بئس مرتفع . فتطورات الاحداث يقود لوجوب التعامل السريع مع مستجدات لم يتم تنظيم أسلوب التعامل معها في الدستور . كثرة العودة للدستور بالتعديل

تضعف فكرة وجوده كنص يحدد للسلطات العامة اختصاصاتها وتجعله اقرب للقانون .
ولذلك فان الدساتير المتضمنة لكثير من التفاصيل لا يمكنها الاستغناء عن الإحالة
للمشرع العادي وان كانت هذه الإحالة محدودة النطاق . ومن الأمثلة على الدساتير
المطولة الدستور الهندي القائم²⁵ خاصة ان مذكرته التفسيرية تأخذ حكم مواده . ودستور
الاتحاد السوفيتي السابق كان يعد من الدساتير المطولة لانه يتضمن الى جوار الاحكام
أسلوب تحقيقها ونفيعيل الحقوق الواردة في الدستور .

2 – الدستور الموجز : السلطة التأسيسية تضع في الدستور الأساسي من الاحكام تاركة
للمشرع العادي استكمال التفاصيل مع الالتزام بأصل الفكرة المقررة في الدستور .

لا يوجد معيار رقمي يسمح بتحديد معيار الايجاز وقد يكون الدستور الموجز معالجا
لكل مواضيع الدستور مع الإحالة في التفاصيل للتشريع العادي كما ان الدستور الموجز
قد يقتصر على الحد الأدنى من مواضيع الدستور وهو تحديد من يحكم وكيف يحكم دون
معالجة بقية مواضيع الدستور . والدستور الموجز لا يحتاج لتعديلات سريعة متعاقبة
كما الدستور المطول , فالأحكام العامة بطبيعتها اقل حاجة للتعديل المتعاقب من الاحكام
التفصيلية .

رابعا : الدستور الدائم و الدستور المؤقت : اذا اعتمدنا معيار مدة نفاذ الدستور , نكون
امام دستور مؤقت او امام دستور دائم .

1 – الدستور المؤقت : وهو دستور يوضع للعمل به في الفترات الانتقالية , اما يحدد
فيه مدة للعمل به او يتم ربط العمل به بوضع الدستور الدائم . وقد يتحول الدستور
المؤقت الى دستور دائم كما حدث في دستور الامارات القائم الصادر عام 1971 , فقد
تقرر عند وضعه ان يكون مؤقتا يعمل به لخمس سنوات . بعد ان تم تمديد العمل به
لخمس سنوات تم الاستقرار على اعتباره دستورا دائما .

2 – الدستور الدائم : يعتبر الدستور دائما اذا لم يتم تحديد مدة للعمل به .

الفصل الرابع : سمو الدستور :

[https://www.idea.int/sites/default/files/publications/constitution-](https://www.idea.int/sites/default/files/publications/constitution-25) 25

of-india-AR.pdf وانظر أيضا

<https://www.aljarida.com/articles/1574694768195619500>

السمو يعني العلوية وهو نتيجة منطقية للقول بتدرج التشريعات من حيث القيمة وهو التدرج الذي وفقه يرسم هرم التشريعات المنسوبة فكرته لهائيز كلسن . والسمو قد يكون بالمعنى الموضوعي وقد يكون بالمعنى الشكل واهم اثاره هو وجود الرقابة على دستورية التشريعات وعلى مشروعية القرارات .

أولا : سمو الموضوعي والسمو الشكلي : مواضع الدستور تفترض انها تتضمن قيودا على السلطات العامة فهي تحدد أسلوب تكوين السلطات العامة وتتضمن تحديدا لوظائفها و هذا يقود منطقيا لافتراض سمو الدستور على اعمال السلطات العامة . فلا يجوز للمشرع العادي ان يخالف احكام الدستور , لا من حيث أسلوب اصدار القانون ولا من حيث مضمون القانون فالمصنوع لا يخالف الصانع .

والسمو الموضوعي لا يكفي من الناحية الواقعية اذا كان تعديل الدستور يتم بنفس إجراءات تعديل القانون . فاذا صدر قانون يخالف محتواه ومضمونه احكام الدستور فلن نكون بصدده مخالفة , فوفق قاعدة ان التشريع اللاحق يعدل التشريع السابق , اذا كان كلاهما بنفس الدرجة , سنكون بصدده تعديل للدستور وليس مخالفة له . واعتبار الدستور بنفس درجة القانون نستنبطه من تماثل إجراءات التعديل . نخلص مما سبق الى ان سمو , واقعا , يرتبط بجمود الدستور .

تقرير سمو الدستور يخلوا , واقعا , من أي اثر ان لم تكن هناك الية لرصد المخالفة وترتيب جزاء على وقوعها .

ثانيا الرقابة على الدستورية : تقرير سمو الموضوعي والشكلي للدستور يقتضي ان تلتزم السلطات العامة بأحكامه . وان توجد الية للرقابة على فعلية التزام السلطات العامة بأحكامه . وقد كانت إشكالية الرقابة على دستورية القوانين هي الأبرز , على الأقل في البدايات . فافتراض ان القانون , في النظام الديمقراطي , هو المترجم لإرادة الامة لأنه صدر عن نواب الامة , يجعل الرقابة على مدى التزام احكامه بأحكام الدستور تنطوي على رقابة على إرادة الامة .

يمكن ان نتصور ان رقابة الرأي العام أداة للرقابة على دستورية القوانين لأن ردة الفعل الراضة عند مخالفة المشرع لأحكام الدستور قد تردعه عن المخالفة . لكن عند التأمل في الفكرة نتراجع عنها . نعم ردة فعل الرأي العام قد تكون جزءا مرسلا فعلا , وهو امر يسند احترام الدستور ويجعل السلطات العامة تمتنع عن مخالفة احكامه , او على الأقل تتجنب المجاهرة بعدم احترامه وتقدم تبريرات في حال ظهور المخالفة . لكن هذه الألية لا تحقق متطلبات الرقابة على دستورية القانون , فالرقابة محل البحث هي عملية فنية قوامها فحص مضمون تشريعيين للخلوص لتقرير ان احدهما يخالف الاخر او للقول بعدم وجود تنافر بين احدهما والاخر , وكل ذلك لا يتحقق في رقابة الرأي العام .

الحاجة لوجود الرقابة على دستورية القوانين مع وجود هاجس تنافر هذه الرقابة مع اثار الديمقراطية جعل الرقابة السياسية حلا منطقيًا وعدم نجاح التجربة فرض ظهور الرقابة القضائية .

– الرقابة السياسية : والفكرة هنا ان البرلمان هو من يقوم بترتيب الية الرقابة او يساهم فيها وابرز نموذج للرقابة السياسية ظهر في فرنسا في اطار دستور الجمهورية الأولى وفق دستور 1799 واستنادا لأفكار Sieyès التي دعى لها عام 1795 . تكوين مجلس الرقابة كان قائما على اعتبارات سياسية يؤثر بها البرلمان , وتحريك الرقابة كان مقصورا على بعض السلطات العامة . ارتباط هذا النمط من الرقابة بالبرلمان جعله غير فعال لسيطرة المشرع العادي على الية الرقابة التي يفترض انه يخضع لها , ففيه الخصام وهو الخصم والحكم . وعلى كل حال تملك البرلمانات دائما , بطلب من الأعضاء , إحالة مشاريع القانون للجنة فنية تدرس مدى دستورية مضمون التشريع المزمع اقراره . ولكن ذلك لا يمكن التعويل عليه كآلية مستقلة للرقابة على الدستورية لأنه اجراء داخلي متروك لمحض تقدير أعضاء البرلمان .

عدم نجاح هذا النوع من الرقابة لأسباب واقعية , وهفوت وهج فكرة ان القانون لا يجوز التشكيك في سلامته لأنه تعبير عن إرادة الامة لان أعضاء البرلمان في نهاية المطاف يعبرون عن مصالح لا تعكس بالضرورة إرادة الناخبين , والطبيعة الفنية للرقابة على دستورية القانون , كل ذلك قاد لبروز فكرة الرقابة القضائية ففيها تتحقق اعتبارات جمة :

- استقلال القضاء عن سلطة التشريع .
- ان الطبيعة الفنية للرقابة وهي تنصب على دراسة العلاقة بين تشريعات اقرب الى طبيعة تأهيل القضاء ووظيفته .
- ان الرقابة على دستورية التشريع هي في نهاية المطاف اعلاء للإرادة الاسمي للامة والتي يفترض انها تحكم قرارات السلطات المنشأة .
- الرقابة القضائية في حقيقة الامر لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات بل هي , بأنواعها , ترجمة له فالمشرع يشرع والقاضي يقض في المنازعات المعروضة عليه حتى لو كان محلها دستورية التشريع .

وللرقابة القضائية على دستورية التشريعات أنواع وتحكمها مبادئ تضبطها .

ثالثا : الرقابة القضائية على دستورية التشريعات : اول ظهور مشهور لممارسة الرقابة القضائية على دستورية القوانين كان ينطلق من تطبيق واقعي لطبيعة عمل القاضي وفي مرحلة متقدمة تم تنظيم الرقابة انطلاقا من تنظيم الدستور لمبدأ التحديد الدستوري لاختصاصات السلطات العامة . وكما للرقابة القضائية أنواع واشكال فإنها محكومة بمبادئ تضبطها .

1 - أنواع الرقابة القضائية على دستورية التشريعات : لا تستقيم الرقابة على دستورية التشريعات بدون وجود دستور جامد , ولا تستقيم الرقابة القضائية على الدستورية بدون وجود قاض يقضي في النزاع , سواء كان محل النزاع هو دستورية التشريع (رقابة الغاء) او كان امرا اخر (رقابة امتناع) .

أ - رقابة الامتناع : اول تطبيق مشهور لرقابة الامتناع مارسه القاضي الأمريكي مارشال في الحكم الصادر عام 1803 في قضية ماربوري ضد ماديسون . المحكمة العليا في هذا الحكم رفضت تطبيق القانون الذي يعطيها اختصاصات لم يقرها لها الدستور بشكل مباشر . المنطق الذي انطلقت منه فكرة الحكم ينبع من طبيعة عمل القاضي , فالقاضي يفحص واقعة النزاع ويختار القانون واجب التطبيق على المنازعة . اذا اكتشف القاضي ان هناك قانونين يمكن انزالهما على واقعة النزاع واحدهما اعلى من الاخر يطبق القانون الأعلى ويمتنع عن تطبيق القانون الأدنى . ويترتب على تطبيق هذا الأسلوب عدد من النتائج :

- بما ان اختيار القانون واجب التطبيق هو احد مهام القاضي عند ممارسته للوظيفة القضائية , فان امتناعه عن تطبيق القانون المخالف للدستور اختصاص لا يحتاج لنص خاص يقرره للقاضي . هو جزء من وظيفته اثناء نظر المنازعة المعروضة عليه ولا يمكنه ان يصدر الحكم دون ممارسته .
- بمان ان اختيار القانون واجب التطبيق واستبعاد القانون الأدنى باعتباره غير واجب التطبيق هو عمل تقوم به كل المحاكم , فهذا يعني ان هذه الرقابة لا يمكن حصرها في محكمة واحدة وبذلك تكون رقابة لا مركزية .
- الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور لا يعني الغائه . نظريا هو موجود ما دام المشرع لم يقرر الغائه . ولكن اذا استقر القضاء على عدم العمل به فسيكون في حكم الملغى .
- هذا الأسلوب لا يخلق رسميا مواجهة بين المشرع والقاضي , فالمشرع يشرع والقاضي يختار القانون الواجب التطبيق وفق المنازعة التي تدخل في اختصاصه .
- في هذا النوع من الرقابة نحن بصدد منازعة في الأصل ليس محلها دستورية تشريع , هي منازعة محلها قد يكون ادعاء حقوق شخصية او اتهام بمخالفة احكام قانون من القوانين , ويكون النظر في موضوع الدستورية لاحقا على بداية الخصومة , اما بمبادرة من القاضي عند شكه بسلامة القانون لمخالفته للقانون الأعلى او بناء على طلب احد الخصوم ويكون الطلب عن طريق الدفع بعدم الدستورية . مسألة الدستورية في رقابة الامتناع عارضة وليست اصلية ولذلك فان رقابة الامتناع تكون لاحقة على وجود المنازعة الموضوعية وبطبيعة الحال لاحقة على صدور القانون .

الى جوار رقابة الامتناع هناك رقابة الإلغاء واساسها مختلف عن رقابة الامتناع والنتائج المترتبة عليها مختلفة .

ب - رقابة الإلغاء : انطلقت رقابة الإلغاء من تحليل كلسن لمبدأ الفصل بين السلطات مع تحديد اختصاصاتها وظهر او تطبيق للفكرة في الدستور النمساوي الصادر عام 1920 , لذلك يسمى هذا النمط الأسلوب الأوربي او مدرسة كلسن مقابل الأسلوب الأمريكي او مدرسة مارشال . انطلقت الفكرة من تحليل كلسن للعملية التشريعية , فالتشريع اما يأخذ صورة وضع قواعد جديدة او تعديل في قواعد قائمة او الغاء قواعد موجودة والصورة الأخيرة يسميها كلسن بالتشريع السلبي . اذا الغاء التشريع شكل من اشكال التشريع وهو اختصاص مناط بالمشرع لا يسوغ للقاضي ممارسته لأنه سيخل بمبدأ الفصل بين السلطات . كي يلغي القاضي التشريع المخالف للدستور دون ان يخل بمبدأ الفصل بين السلطات المقرر في الدستور يلزم ان يقرر له هذا الاختصاص في الدستور , فمن اعطى للمشرع الاختصاص بالتشريع يعطي للقاضي الاختصاص بالإلغاء . وفي هذه الحالة يكون اختصاص القاضي محصورا بشكل واحد من اشكال التشريع وهو الإلغاء والذي سماه كلسن بالتشريع السلبي , كما انه يمارس هذا الاختصاص في حالة واحدة وهي ثبوت مخالفة التشريع للدستور , فليس له بحسب الأصل الغاء التشريع لأنه غير ملائم او سيئ . ويترتب على الاخذ برقابة الإلغاء عدد من النتائج المنطقية :

- من غير المنطقي اسناد هذا النوع من الرقابة لكل المحاكم ولذلك هي رقابة مركزية تمارسها محكمة واحدة . وهذه المحكمة يمكن ان تنشأ خصيصا لممارسة هذه الوظيفة ويمكن في هذه الحالة اختيار أعضائها ربطا بمواصفات خاصة باعتبار ان لهذه الوظيفة طبيعة خاصة كما يمكن اناطة هذا الاختصاص بأعلى محكمة موجودة في البلاد باعتبار اننا بصدد وظيفة قضائية عادية .
- المنازعة التي تنظرها المحكمة تنصب أساسا على موضوع دستورية التشريع . ويمكن تمكين الافراد من الطعن امامها مباشرة كما يمكن تصور قصر حق الطعن امامها على السلطات العامة وفي هذه الحالة يمكن الافراد من الدفع امام قاضي الموضوع ان كان لهم مصلحة فيحيلهم قاضي المنازعة الى هذه المحكمة .
- رقابة الإلغاء قد تكون سابقة على نفاذ القانون او قد تكون لاحقة على دخول القانون حيز النفاذ . والرقابة السابقة يكون تحريكها من قبل السلطات العامة فلا يتصور جعل اثارها للافراد فلم تنشأ لهم بعد مصلحة حالة للطعن في دستورية القانون .
- عندما تقرر المحكمة عدم دستورية التشريع فإنها تلغيه , اما باثر رجعي او تقرر الغائه وفق تاريخ تحده وذلك بحسب الدستور المنظم للرقابة .
- الرقابة التي تمارسها المحكمة قد تنحصر في القانون او تمتد لكل التشريعات كما انه يمكن للدستور ان يبسط رقابة المحكمة على قرارات السلطات العامة غير التشريع ويمكن للمشرع الدستوري ان ينيط بالمحكمة اختصاصات أخرى مثل النظر في الطعون الانتخابية .

الرقابة القضائية على دستورية التشريعات لها ضوابط تحكمها فنقل من الاثار السلبية المتوقعة لهذه الرقابة .

2- ضوابط الرقابة القضائية على دستورية التشريعات : الرقابة القضائية وبالذات رقابة الإلغاء لها اثار عملية قد تؤدي الى هز الاستقرار القانوني في الدولة ولذلك كانت مبعث قلق لدى البعض . ولكن الضوابط التي تحكمها تقود لتقليل مبررات القلق . فهي لا تشكل في النظام الديمقراطي تجاوزا لدور البرلمان في اختيار التشريع الملائم لأنها بحسب الأصل تقتصر على فحص المشروعية , كما انها محكومة بقاعدة ربط الطعن بالمصلحة , ومجرد الطعن لا يعني اسقاط التشريع :

أ – رقابة مشروعية : اختصاص المشرع بالتشريع يعني وضعه لقواعد تنظيم السلوك وفق تقديره للمصلحة التي تتحقق بوجودها . اما رقابة قاضي المشروعية فليس محلها حسن او عدم حسن تحقيق التشريع للمصالح المراد تحقيقها , محل رقابته يقتصر على فحص التشريع من حيث مخالفته للتشريع الأعلى وليس مدى ملائمة لتحقيق المصالح المبتغاة منه²⁶ .

ب – ربط قبول الدعوى بتوافر شروط القبول : الحماية القضائية مكلفة لا توفرها الدولة الا في اطار شروط تجعل توفيرها مقصورا على حالات محددة . ومن ابرز شروط قبول الدعوى هو ثبوت وجود مصلحة شخصية للطاعن . فلا تنظر المحكمة في طعن بدستورية التشريع , كأصل عام دون ثبوت وجود مصلحة شخصية للطاعن .

ج – قرينة الدستورية : الأصل ان كل ظاهر مفترض السلامة حتى يثبت العكس , وهذه قاعدة منطقية بدونها تتعطل التعاملات بين الناس . وصدور التشريع وفق الإجراءات المقررة لصدوره يعني سلامته الدستورية , والطعن في دستوريته هو ادعاء والادعاء لا ينفي سلامة الظاهر , فتظل السلامة مفترضة وتبقى الى ان يصدر الحكم بعدم الدستورية . اذا صدر التشريع وفق إجراءات صدوره المقررة في الدستور قرينة على دستوريته .

إذا تأملنا في الدستور وقاربناه بالكائن الحي نستطيع ان نلاحظ ان لحياة كل منهما بداية ونهاية , ميلاد وموت . الدستور يولد بإقراره من السلطة التأسيسية الاصلية ويعيش من خلال تطبيق احكامه , فكيف يموت ؟

²⁶ - هناك توجه قضائي لفحص الملائمة في حالات استثنائية ذلك عندما يقرر القاضي ان هناك انحرافا تشريعيًا نتج عنه خطأ فاحش في التقدير . وهذا الباب من أبواب الرقابة استثنائي ويجد أساسه الفكري في نظرية الانحراف التشريعي .

الفصل الخامس : نهاية الدساتير :

تنتهي التشريعات بإلغائها والدستور تشريع , ولكن نلاحظ ان السلطة التأسيسية التي شرعت الدستور تنظم إجراءات تعديله ولكن لا تنظم أسلوب الغائه بشكل كامل . كما قد يقرر المشرع الدستوري عدم جواز تعديل بعض احكام الدستور وهذا يعني عدم امكان تعديل كامل احكام الدستور باستخدام إجراءات التعديل المقررة فيه . ونهاية الدساتير امر واقع كما نهاية حياة الكائن الحي , وكما ان نهاية الكائن الحي تكون هادئة او عنيفة فكذلك الامر في الدساتير . ونهاية الدستور لا تعني بالضرورة زوال كيان الدولة وسقوط القوانين او الجهاز الإداري للدولة .

أولا : النهاية الهادئة للدستور : قد تتقبل الجماعة فكرة وضع دستور جديد لان الدستور القائم لم يعد ملائما . عندما دعي شارل ديغول في عام 1958 لقيادة فرنسا ومواجه الاضطراب السياسي الناتج عن رغبة المستعمرات بالانفصال عن فرنسا وضعف قدرة الحكومة على اتخاذ القرارات في مواجهة برلمان بلا اغلبية واضحة , ربط ديغول موافقته بوضع دستور جديد يعطي للسلطة التنفيذية استقرارا اكبر من خلال ربطها برئيس يمتلك صلاحيات اكبر من تلك التي يمتلكها رئيس الدولة في النظام البرلماني التقليدي . واذا كان البرلمان قد خول ديغول بوضع النظام الدستوري الجديد وعرضه على الشعب في استفتاء , الا ان هذه الخطوة كانت واقعا مفروضة على البرلمان من قبل الرأي العام . و أفكار الدستور المزمع اعداده كان ديغول قد اعلنها في وقت سابق من خلال خطاب القاها في مدينة Bayeux بتاريخ 16 يونيو 1946 , اثناء النقاشات التي انتهت بإقرار دستور 1946 , على نحو يخالف الأفكار التي اقترحها في خطابه . وقد اعد ديغول مشروع الدستور وعرضه على الرأي العام الفرنسي كي يتم اقراره في استفتاء بتاريخ 28 سبتمبر 1958 ودخل الدستور حيز النفاذ في 4 أكتوبر 1958 .

وقد تكون النهاية الهادئة ذات طبيعة مؤقتة مع وقف جزئي لأحكام الدستور القائم , فوق الامر الاميري الصادر في الكويت بتاريخ 29 أغسطس 1976 تقرر وقف العمل ببعض مواد الدستور لمدة لا تزيد عن اربع سنوات , على ان يتم بحث احكام الدستور لاقتراح تنقيحها , ووفق هذا الامر الاميري فان المقترحات تعرض بعد ذلك اما من خلال استفتاء او تعرض على مجلس الامة الذي يتم انتخابه بعد نهاية فترة التعطيل . وبعد نهاية فترة التعطيل سحبت الحكومة اقتراحاتها لتعديل الدستور التي كانت قدمتها امام مجلس الامة عام 1981²⁷ . وفي 10\5\2024 صدر امر اميري يشابه الامر الاميري الصادر عام 1976 لكن ورد فيه إشارة لوجوب دراسة

²⁷ انظر عثمان عبد الملك الصالح . مقترحات الحكومة وتصوراتها حول تعديل الدستور الكويتي وموقف لجنة النظر في تعديل الدستور منها . مجلة الحقوق . مجلة الحقوق . العدد الثالث . 1981 .

الممارسة الديمقراطية في البلاد مع عرض نتائج الدراسة على رئيس الدولة دون تحديد الية أسلوب الدراسة او أسلوب تنفيذ نتائجها . مع ذلك يلاحظ ان الامر الاميري بوقف العمل ببعض احكام الدستور لم ينصرف لحكم المادة السادسة منه وهي تقرر بان السيادة للامة وهذا يوحي بان أسلوب إقرار نتائج الدراسة يتم وفق حكم المادة السادسة من دستور دولة الكويت الصادر عام 1962 . وقد تنتهي حياة الدستور بطريقة عنيفة يرتبط بها سقوط نظام الحكم .

ثانيا : سقوط النظام السياسي: يرتبط الدستور بنظام الحكم في الدولة فهو الذي يرسم أسلوب وجوده وحدود اختصاصاته , سقوط نظام الحكم يؤدي واقعا لفقدان محل التنظيم الذي يرسمه الدستور , وهذا يقود للقول بسقوط الدستور . وقد يسقط النظام السياسي ومعه الدستور نتيجة ثورة او انقلاب او نتيجة الحرب . المنتصر في الحرب يستطيع ان يفرض نموذج الدستور الجديد وهو قد يكتفي بادرة الفترة الانتقالية تاركا مهمة وضع الدستور الجديد للشعب بعد سقوط نظام الحكم وقد يفرض الخطوط العريضة للدستور الجديد على الأقل , والنموذجان الياباني والعراقي يقدمان امثلة جيدة في هذا الصدد . الثورة والانقلاب مفاهيم سياسية وهما يؤديان لسقوط الدستور , وقد يكون من الملائم محاولة التفريق بينهما لفهم اثر كل منهما على الدستور .

1 – الثورة : يستخدم التعبير لوصف حالة من الرفض الشعبي للنظام السياسي القائم نتيجة عدم قدرته على الاستجابة للاحتياجات القائمة وعدم تعبيره عن واقع التوجهات الاجتماعية . تبدأ الثورة باحتجاجات تنتشر وقد تكون المطالب في البداية تنحصر في إصلاحات جزئية لا يستطيع نظام الحكم القائم الاستجابة لها , فاذا انتهت بسقوط نظام الحكم فان الدستور الجديد يكون , منطقيا , مختلفا تماما عن الدستور القديم لأنه يقوم على فكر جديد يعكس مطالب التوجه الذي قاد الثورة .

2 – الانقلاب : يستخدم التعبير لوصف حالة تولي الحكم بالمخالفة للقواعد الدستورية التي تنظم هذا الامر . والانقلاب قد يكون عسكريا او مدنيا . عنيفا دمويا او هادئا سلميا وقد يكون من داخل منظومة الحكم السابق ويسمونه انقلاب قصر . الهدف من الانقلاب هو تولي الحكم ولذلك لا يختلف الدستور الجديد عن القديم بشكل واضح .

هل سقوط نظام الحكم يعني سقوط كل احكام الدستور ؟
الراجح ان سقوط احكام الدستور لا يصحبه سقوط الاحكام التي محلها الحقوق والحريات الأساسية لان هذه الاحكام هي أصلا مستمدة من الاتفاقيات الدولية , والتزامات الدولة لا تسقط بسقوط الدستور . كما ان سقوط الدستور ينصرف منطقيا لأحكامه الموضوعية اما الاحكام الموجودة في الوثيقة دون ان تعالج مواضيع

دستورية فهي في الغالب تبقى مع رجوعها لموضعها الأصلي كتشريع عادي ادنى من الدستور .

- ثالثا : اثر سقوط الدستور على الكيان القانوني للدولة وعلى نظامها القانوني وجهازها الإداري : سقوط الدستور او تغير النظام السياسي لا يؤثر على الوجود القانوني للدولة كما لا يؤثر على القوانين القائمة فيها او جهازها الإداري مباشرة .
- 1- الكيان القانوني للدولة : يستمر الكيان القانوني للدولة حتى لو تعاقبت في الدولة نظم سياسية وديساتير متعددة وهذا يعني استمرار الالتزامات القانونية المترتبة على الاتفاقيات والعقود التي التزمت بها الدولة . بغير هذا الحكم يصبح التعامل بين الدول غير ممكن .
 - 2- القوانين القائمة : لا يؤثر سقوط الدستور على حقيقة استمرار الحياة في الدولة وهذا يعني حاجة الناس لقواعد قانونية تنظم تعاملاتهم . لكن يلاحظ انه بعد الثورة تتغير القوانين القائمة ربطا بالفلسفة الجديدة التي تبنتها الثورة وهذا يحصل بطبيعة الحال بشكل لاحق .
 - 3- الجهاز الإداري : تحتاج الدولة لحكومة وتحتاج الحكومة لموظفين ينفذون توجيهاتها . سقوط نظام الحكم لا يعني ان الحكومة الجديدة لا تحتاج لجهاز اداري ينفذ توجيهاتها . ومن المنطقي انها تستعين بالجهاز الإداري القائم , ولذلك فان التغير الإداري ابطأ من التغير السياسي وتعاقب الحكومات لا يواكبه بنفس الطريقة تغير في الجهاز الإداري . ومع ذلك فان تغير نظام الحكم يصاحبه عادة تغير في قيادة الجهاز الإداري وكبار الموظفين باعتبار التصاقهم بنظام الحكم .

د. محمد الفيلي