



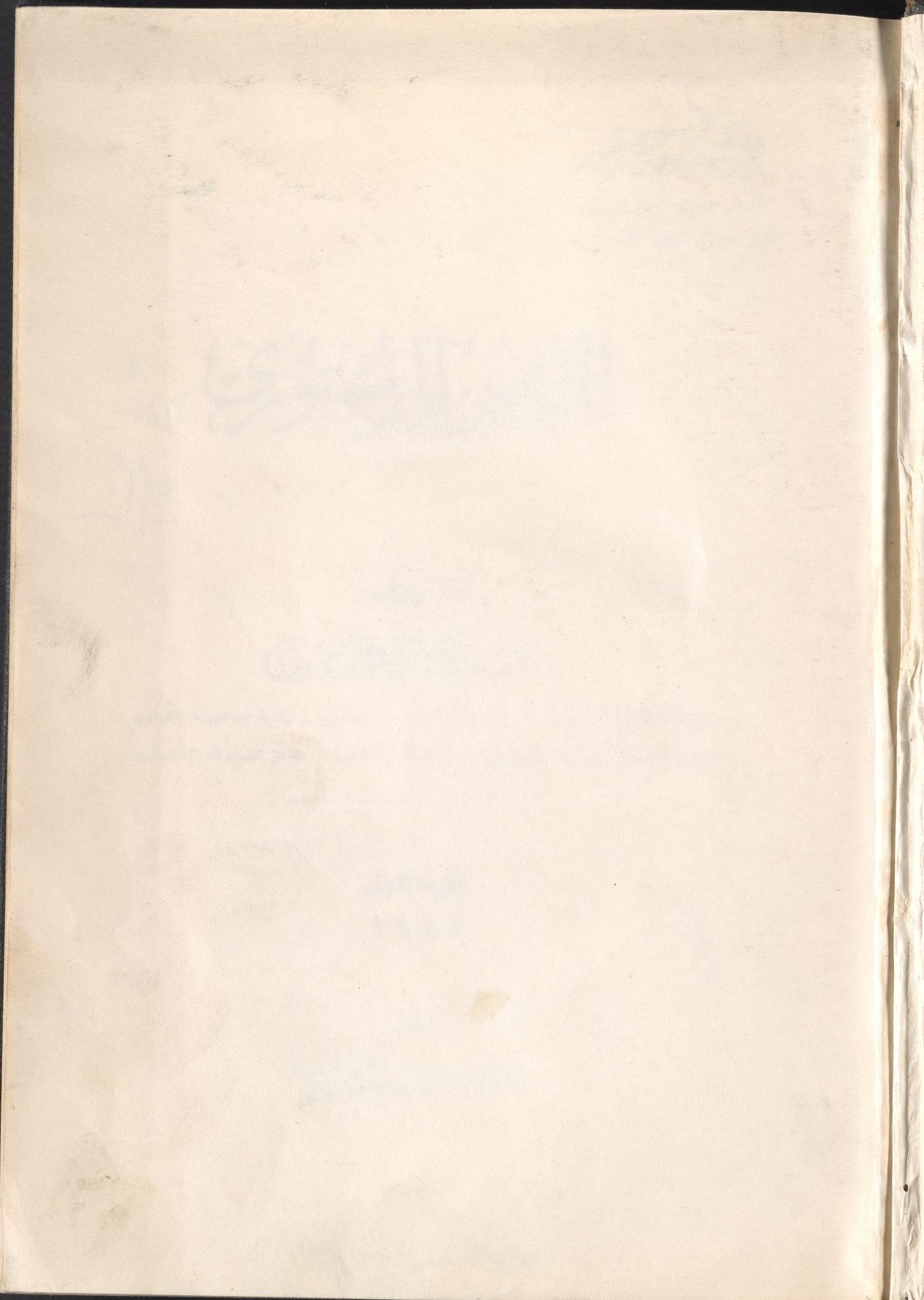
AMERICAN UNIV. IN CAIRO LIBRARY

3 8534 01048 0675



FROM THE  
LIBRARY OF  
THE  
AMERICAN UNIVERSITY  
IN  
CAIRO

من مكتبة  
الجامعة الأمريكية بالقاهرة



03-B 2846

PWT 2-7-03

الدكتور سعد صبور

أستاذ القانون العام المساعد

بكلية الحقوق جامعة الاسكندرية

القانون الدستوري

K

3165

١٩٥٤  
ج.١

الفصل الأول

مقدمة القانون الدستوري

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

الطبعة الأولى

١٩٥٤

الناشر

دار المعارف بالاسكندرية

OCLC  
60498792

B1280051X  
14328355

OCALC  
B1280051X  
14328355

1966

1966

1966  
1966

1966

3091

420

N. S. E.

37213

(١)

## اهم المراجع والبحوث

### أولاً - 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.*

( - )

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.*

( د )

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 .

( ٥ )

- 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 .

### ثانياً - 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 Gény, 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.

( ۹ )

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 coutume 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.*

( ذ )

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 révolutionnaire 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 — *Introduction 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 الأفراد ، مجلة القانون والاقتصاد السنة العشرون سنة ١٩٥٠ صص ١٤٩ - ١٨١ .

(6)

Procedure P:

1. The student generates a list of adjectives

to describe the

adjective "A".

2. The student

generates a list

of adjectives

to describe the

adjective "B".

3. The student

generates a list

of adjectives

to describe the

adjective "C".

4. The student

generates a list

of adjectives

to describe the

adjective "D".

5. The student

generates a list

of adjectives

to describe the

adjective "E".

6. The student

generates a list

of adjectives

to describe the

adjective "F".

7. The student

generates a list

of adjectives

to describe the

adjective "G".

8. The student

generates a list

of adjectives

to describe the

adjective "H".

9. The student

generates a list

of adjectives

to describe the

adjective "I".

القسم الأول

مقدمة القانون الدستوري

Re KJ  
after the following

## الفصل الأول

### القانون الدستوري

قلَّ أَنْ نجد مرجعاً دستورياً يُعنى بتناول تعريف القانون الدستوري تناولاً يفصِّل شتى الاعتبارات التي تحكمه وتوثُّر فيه . ويلمس الباحث من جانب معظم الكتاب اعتراضاً عن الخوض في موضوع التعريف أو اغفالاً له<sup>(١)</sup> . ويمكن أن يفسر هذا المسلك على ضوء الصعوبات التي تواجه كل من يحاول تعريف القانون الدستوري تعريفاً يحيط بنواحيه المختلفة ويجعل له ذاتية متميزة عن غيره من القوانين .

ولعل أول ما يواجه الباحث من صعوبة ، التثبت مما إذا كان القانون الدستوري قانوناً بالمعنى الصحيح . فان ثبت من ذلك أضيق من اليسير عليه أن يحدد مركز القانون الدستوري من تقسيم القانون الرئيسي إلى قانون عام وقانون خاص . ولكن الباحث لا يلبث أن يواجه صعوبات أشد إذا ما أراد الوقوف على صلة القانون المذكور بفروع القانون العام أو شرع في تعريفه .

(١) من الكتاب الفرنسيين القلائل الذين أولوا عنايتهم لهذا الموضوع الاستاذ مارسيل بريلو Précis de droit constitutionnel ١٩٥٠ . وقد أشار في ص ٩ إلى أهم ما نشر في شأن تعريف القانون الدستوري وعلى الاخص مجموعة البحوث المهدأة لذكرى كارييه مالبرج Mélanges — Carré de Malberg Sirey Paris ١٩٣٣

ولا نعرف من بين الكتاب المصريين سوى الدكتور عبد الحميد متولي الذي عالج هذا الموضوع بافاضة — راجع مؤلفه المفصل في القانون الدستوري الجزء الأول سنة ١٩٥٢ ص ١٢ وما بعدها .

فيكون من الملائم في مقدمة تعريف القانون الدستوري اذن أن نبحث في أربع مسائل : الأولى طبيعة قواعد القانون الدستوري ، والثانية مركز القانون الدستوري من التقسيم الرئيسي للقانون ، والثالثة علاقة القانون الدستوري بفروع القانون العام ، والأخيرة تعريف القانون الدستوري .

## المبحث الأول

### طبيعة قواعد القانون الدستوري

#### تعريف القانون

يكاد ينعقد الاجماع الفقهي على أن القانون بصورة عامة droit هو مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية وتوافر على جزء يكفل اطاعتها واحترامها «<sup>١</sup>» .

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

وعلى هذا النحو يكون موضوع القانون الملاعنة بين المصالح الناتجة عن علاقة الفرد بغيره من أفراد الجماعة التي ينتمي إليها أو عن علاقته بالجماعة ذاتها . و اذا نظرنا الى القانون نظرة تسخير الحقيقة الواقعه من أن هناك عدة مجتمعات ، فان موضوعه يتسع ليشمل المصالح الناتجة عن

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

قام 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 يتحقق المقصود منه الا إذا كان وفقا لقواعد تسمى على الأشخاص وتحقق في ظلها معانى الحيدة والمساواة والعدالة . ومن ثم فإن أي أمر أو تكليف لا يرقى إلى مستوى القاعدة القانونية الا إذا كان عاما ومجردا <sup>(١)</sup> . بل ان لفظ القاعدة يفيد بذاته معنى التجريد ويفترض استخلاصا لحكم عام من فردية شتى .

وليس يكفى لثبت الصفة القانونية في نظر معظم الفقهاء وجود قاعدة اجتماعية وعامة ، وإنما يجب أن يكون لتلك القاعدة جزاء *sanction* يفرض احترامها ويتحقق لها الطاعة <sup>(٢)</sup> . والجزاء عبارة عن الاثر المترتب على مخالفة القاعدة القانونية ، وهو يختلف تبعا للقاعدة ذاتها وتبعا للمجتمع الذي يطبق فيه . على أنه يتمثل على الأقل في رد الفعل الذي تحس به الجماعة كنتيجة لمخالفة القاعدة القانونية <sup>(٣)</sup> .

وأيا كان نوع الجزاء فإن المجتمع الحديث يحرص في العادة على أن ينظم ب بصورة تجعله معينا وموكولا إلى الدولة لتوقيعه بما لها من سلطة

(١) *Impératif général et abstrait*

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

أ - الخشية من أن تستبدل الدولة فتسبيغ الصفة القانونية على أية قاعدة بمجرد وضع جزاء لها ولو كانت جائرة .  
ب - استناد اتباع القانون إلى احساس الأفراد بضرورة احترامه لا إلى الخوف من جزاءاته .

ح - الحرص على تأكيد الصفة القانونية لقواعد القانون الدولي العام .  
على أن هذه الاعتبارات لم تفلح في اقناع معظم الفقهاء بالتنازل عن شرط الجزاء لأن الميزة الرئيسية للقاعدة القانونية - انظر الدكتور سليمان مرقص المراجع السابق صص ١٢ - ١٤ .  
réaction sociale (٣)

عامة . وقيام الدولة بتوقيع الجزاء يميز القاعدة القانونية عن سائر قواعد السلوك الاجتماعي اذ يتحقق لها صفة القهر والاجبار contrainte التي لا تتوافق في تعاليم الدين أو في قواعد الاخلاق .

وحيث لا يكون الجزاء منظما 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 إلى أن القانون سابق على قيام السلطة العامة وأن صفتة تثبت بمجرد توافقه على عنصر الازام 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 سندأ 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 سلطنة سياسية عليها .. إلى شخص أو أشخاص يديرون له بالخصوص »<sup>(١)</sup> .

ولقد وجهت انتقادات جوهيرية إلى نظرية أوستن والنظريات التي نحت منحاها<sup>(٢)</sup> كان أهمها أنها تخلط بين القانون (droit) law والتشريع

— الجزء الاول سنة ١٨٦٩ Lectures on Jurisprudence(١) 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 عرف القانون بأنه « ليس مجرد نصيحة بل هو أمر ، وهو ليس أمراً من أي شخص إلى أي شخص آخر ، بل هو أمر من شخص مسلم له بالطاعة إلى آخر عليه واجب الطاعة » .

ومن المؤيدین لهذا المذهب الفقيه الالماني أهرنج راجع الاستاذين السنھوری وحشمت أبو ستيت المرجع السابق ص ٢٣ .

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

وأحس أوستن بأن نظريته تقصر عن مما شاء الواقع ولاسيما فيما يختص بالقانون العام أو العادى في إنجلترا common law الذي يستند في جله إلى العرف والسوابق القضائية judicial precedents . فعمد إلى الاعتراف بالصفة القانونية للقواعد التي تلقى تطبيقاً من جانب القضاء وأطلق عليها القانون القضائي judiciary law ، ولو كان مصدرها الأصلي هو العرف . وكانت حجته في ذلك أن تطبيق القضاء لتلك القواعد يسبغ عليها الصفة القانونية ، وأن المحاكم لم تكن لتطبقها لو أن الحكم نهاها عن تطبيقها . فكأن الأساس القانوني لتلك القواعد هو أنها تمثل الإرادة المفروضة للحاكم أو على حد تعبيره « كل ما يحيزه الحاكم فهو يأمر به » «٢» .

على أن هذا التبرير من جانب أوستن فضلاً عن أنه لا يفسر قوة الزام القاعدة العرفية التي لا تصادف تطبيقاً من المحاكم – ينطوى على نوع من المغالطة . فالمحاكم تطبق العرف لأن قانون وليس العرف قانوناً لأن المحاكم تطبقه ، وأساسه القانوني هو في قوة الرأي العام التي تستند وتفوكد صفتة الازامية .

### طبيعة قواعد القانون الدستوري

ظاهر مما تقدم أن القاعدة القانونية تتميز بخصائص رئيسية ثلاث :

(١) انظر الدكتور محمد على عرفه المرجع السابق صص ٨٧-٨٠ ، والاستاذين السنهورى وحشمت أبو ستيت المرجع السابق صص ٢٥-٢٧ .

(٢) « Whatsoever the sovereign permits he commands » . المرجع السابق الجزء الثاني صص ٥٢٥ - ٥٤٩ .

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

هذا هو السؤال الذي أثار مناقشة فقهية حول طبيعة تلك القواعد .  
ولقد سبق البيان أن الرأي الغالب بين الفقهاء يتطلب في القاعدة القانونية  
أن تكون ملزمة أي أن تتوافق على جزاء يكفل احترامها واطاعتها .

على أن وجه الالتزام مختلف فيه بين هؤلاء الفقهاء . فمنهم من لايراه  
متتحققًا إلا إذا كان هناك جزاء معين تأخذ الدولة على عاتقها توقيعه على  
المخالفين للقاعدة القانونية وبعبارة أخرى أنهم يشترطون في الجزاء أن  
يكون اكراهاً مادياً *contrainte matérielle* تتکفل بتوقيعه السلطة العامة  
بما لديها من وسائل . ومنهم من يكتفى في الجزاء أن يتمثل في رد فعل  
اجتماعي *réaction sociale* يترتب على مخالفة القاعدة القانونية دون أن  
يصل إلى حد اشتراط أن يكون منوطاً بالسلطة العامة توقيعه .

وعلى رأس الفريق الأول الفقيه الإنجليزي Austin الذي يقصر  
القاعدة القانونية كما تقدم على الأمر أو التكليف الذي يصدره  
الحاكم أو يقره ضمناً ، ويكون له جزاء يكفل اطاعته . وهذا الجزاء – كما  
يعرفه أوستن – هو « الأذى الذي يمكن أن يوقعه صاحب الأمر أو يلحق  
بمن يعصى ذلك الأمر » <sup>(١)</sup> . ومن زعماء الفريق الثاني الفقيه الفرنسي  
Duguit الذي يذكر « إن للقانون بوصفه قاعدة اجتماعية جزاءً  
يتربّ حتماً عند مخالفته ويتمثل في رد الفعل الاجتماعي *contre-coup social*.  
فالقانون يحمل بين طياته جزاءً بل أنه لا يتصور قانون من غير أن

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

يُكون له جزاء »<sup>(١)</sup>

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 تختار هذه السلطة حق توقيع الجزاء أو فرض الطاعة droit de sanction - right of compulsion وهكذا يقول الوضع الى أن السلطة الحاكمة تكون مطالبة بتوقيع الجزاء على نفسها اذا مارختت على القيود التي يفرضها القانون »<sup>(٢)</sup> .

أما الذين اشترطوا في الجزاء أن يكون مادياً منوطاً بالسلطة العامة توقيعه فقد أنكروا على القانون الدستوري صفتة القانونية . وفي هذا يقرر أوستن أنه « بالنسبة الى الحاكم لا يعود القانون الدستوري أن يكون مجرد قواعد آداب مرعية positive morality ... فقيام الحاكم بعمل أديبة بحثة enforced merely by moral sanctions مخالف للقانون الدستوري يجيز نعت هذا العمل بأنه غير دستوري unconstitutional ولكنه لا يكون مخالفاً للقانون بالمعنى الصحيح و من ثم لا يجوز نعته بأنه غير قانوني illegal »<sup>(٣)</sup> .

وأما الذين قنعوا بالجزاء المعنوي أي برد الفعل الاجتماعي فلم يترددوا في اعتبار القانون الدستوري قانوناً بالمعنى الصحيح . وهذا هو الرأى

الجزء الثاني الطبعة الثالثة (١) Traité de droit constitutionnel

سنة ١٩٢٨ ص ٢٠٢ .

(٢) راجع في عرض هذه المشكلة عرضاً موفقاً Mac Iver في مؤلفه The modern state الطبعة الاولى سنة ١٩٢٦ ص ص ٢٧٢ - ٢٨١ . ويلاحظ أن المشكلة باقية ولو وجدت محاكم عليها يكون من اختصاصها ابطال تصرفات أية سلطة عامة تخرج بها على الحدود المقررة دستورياً . فالحاكم التي يمكن أن تصدرها هذه المحاكم تحتاج الى أن توفر موضع التنفيذ ولا يملك ذلك سوى السلطة العامة أي أن السلطة العامة عادت من جديد لتكون حكماً 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 يشيشه في  
نفوس الأفراد من تعلق به وحرص عليه ، حتى أنهم ليظهروا عند مخالفة  
قواعد استياء يمكن أن يصل إلى حد الثورة .

ولئن بدا بالنسبة إلى القوانين الأخرى أنها تتمتع برعاية السلطة العامة  
وتتحصّن بما توقعه عند مخالفتها من جزاء ، فإن بقاءها رهن بعدم اعتراض  
الرأي العام عليها . وإذا ما حازمت الجماعة أمرها على تعديل تلك القوانين  
أو الغائتها فإن السلطة العامة وإن جاهدت عاجزة عن أن تؤمنها ضد  
هذا المصير .

وتجدر بالذكر أن العلامة الألماني اهرنج Ihering وهو من الذين  
يؤيدون فكرة أوستن من حيث قصر القانون على ماتسنه الدولة من  
قواعد — لم يقبل أن يساير أوستن فيما ذهب إليه من اشتراط جزاء مادي  
توقعه السلطة العامة ، وإنما قبّع بأن يكون ثمة اكراه نفساني ( معنوي )  
يُكفل احترام القاعدة القانونية «<sup>١</sup> » . 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 ، فإذا كان هذا الشعور  
ضعيفا فالقانون غير ثابت . أما إذا كان قويا ففى ذلك استقرار القانون » «<sup>٢</sup> » .

## المبحث الثاني

### مركز القانون الدستوري من التقسيم الرئيسي للقانون

#### التقسيم الرئيسي للقانون

يمكن أن يقسم القانون تقسيمات عديدة تبعاً للناحية التي ينظر إليه

(١) ديجي المرجع السابق الجزء الأول الطبعة الثالثة سنة ١٩٢٧ ص ٧١١ ،  
والجزء الثاني ص ص ٢٠٣-٢٠٢ .

(٢) انظر الاستاذين السنهوري وحسّمت أبو ستّيت المرجع السابق ص ٢٦  
( هامش ) .

منها . على أن ثمة تقسيماً درج عليه الفقهاء منذ عهد الرومان ألا وهو تقسيم القانون إلى عام وخاص .

فالقانون العام *droit public* هو ذلك «<sup>١</sup>» الذي ينظم علاقة تدخل فيها طرفاً الدولة بوصفها صاحبة السيادة أو السلطان العام سواء أكان الطرف الآخر دولة تظهر بمظاهر السيادة أم فرداً .

أما القانون الخاص *droit privé* فهو ذلك الذي ينظم علاقة بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصاً عادياً «<sup>٢</sup>» .

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

واذا كان القانون ينقسم إلى قسمين رئيسيين هما القانون العام

(١) تقدم في تعريف القانون أنه مجموعة قواعد ، فلا نجد داعياً لإعادة ذكر ذلك في صدد تعريف فروعه .

(٢) يرى البعض أن تقسيم القانون إلى عام وخاص ليس إلا تقسيماً تابعاً وأن التقسيم الرئيسي للقانون هو إلى موضوعي وشكلي . فالقانون الموضوعي *droit théorique*, *droit de fonds*, *droit substantif* هو الذي يبين الحقوق والواجبات وهو الذي يمكن أن يقسم إلى عام وخاص . أما القانون الشكلي *droit de procédure*, *droit de forme* فهو الذي يبين الاجراءات الواجبة الاتباع لوضع احكام القانون الموضوعي موضع التنفيذ كقانون الاجراءات المدنية والتجارية وقانون الاجراءات الجنائية . وهذه الاجراءات لا يمكن أن تندرج في ذاتها تحت القانون العام أو القانون الخاص - راجع بحثاً للدكتور أحمد مسلم «المنطق والواقع في التنظيم الوضعي للروابط الدولية» مجلة القانون والاقتصاد ٢١ مارس سنة ١٩٥١ ص ٧٩ (هامش ) ، والاستاذ أحمد صفوتو المرجع السابق ص ص ٩٢-٩١ .

والقانون الخاص ، فان كلا من هذين القانونين ينقسم بدوره الى أقسام فرعية متعددة . وليس هناك اجماع في الرأى الفقهي حول هذه الاقسام الفرعية ولكن الرأى الغالب هو أن القانون الخاص ينقسم الى القانون المدني *droit civil*، والقانون التجارى *droit commercial* (بنوعيه البرى والبحري ) ، وقانون الاجراءات المدنية والتجارية ويسمى أيضا قانون التنظيم القضائى *droit de procédure civile et commerciale* droit interne-*droit d'organisation judiciaire* • (١) «

وينقسم القانون العام الى القانون الدستورى *droit constitutionnel*

(١) القانون المدني هو أصل القانون الخاص وينظم الروابط بين الافراد في المجتمع سواء كانت هذه الروابط شخصية او مالية . فهو ينقسم الى قسمين رئيسيين : قسم ينظم مركز الفرد في أسرته ويسمى قانون الاحوال الشخصية ، وآخر ينظم نشاط الفرد المالي ويسمى قانون المعاملات .

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

ويبيّن قانون الاجراءات المدنية والتجارية او قانون التنظيم القضائى الاجراءات الواجب اتباعها لتطبيق أحكام القانونين المدني والتجارى . وينظم القانون الدولى الخاص العلاقات بين الافراد والتى يكون فيها عنصر أجنبى فيبيّن المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق . وهو يعتبر جزءاً من القانون الوطنى ومن ثم فرعاً من فروع القانون الخاص بالرغم مما قد توحى تسميته بغير ذلك .

انظر الاستاذين السنهورى وحشمت أبو ستيت المرجع السابق ص ص ٢١٠ - ١٨٩ ، والدكتور سليمان مرقص المرجع السابق ص ص ٥١ - ٦٢ . والدكتور محمد على عرفه المرجع السابق ص ص ٢٥٤ - ٢٧٠ .

والقانون الادارى droit administratif ، والقانون المالى droit financier ، والقانون الجنائى droit criminel ، والقانون الدولى العام droit international public .

### الخلاف الفقهي حول التقسيم المئسى للقانون

اجتهد فريق من الفقهاء في ايجاد أوجه للتمييز بين القانونين العام والخاص وسعوا الى تأكيد تلك الاوجه على نحو أثار اعتقد فريق آخر .

ويمكن أن ترد أوجه التمييز بين القانونين في نظر الفريق الأول إلى ثلاثة : من حيث الاشخاص ، ومن حيث الموضوع ، ومن حيث الاساليب «<sup>1</sup>» .

فمن حيث الاشخاص يفترض القانون العام علاقة يدخل فيها طرفا على الأقل الدولة بوصفها صاحبة السيادة أي أنه يفترض اما دولة تعامل مع دولة فتخضع لما يسمى القانون العام الخارجي أو القانون الدولي العام واما دولة تعامل مع فرد فتخضع للقانون العام الداخلي . و اذا 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 يعدها أن يكون عضوا في المجموع الذي تمثله الدولة . أما القانون الخاص فإنه يفترض علاقة بين أفراد يتساون في المركز القانوني ، أو بين الأفراد والدولة — لا بوصفها ممثلة للمجموع أي صاحبة سيادة وإنما بوصفها شخصا عاديًا كالأفراد تماما فلا يكون لها عليهم أي امتياز .

: (1) انظر :

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 تُعَلَّب على المصلحة الخاصة ، بينما يعامل القانون الخاص الأفراد معاملة متماثلة دون تغليب مصلحة على أخرى .

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

اما الاساليب التي يوفرها القانون الخاص للأفراد فتتسم بطابع الرضا والاختيار وتقوم أساسا على التعاقد .

على أن فريقا من الفقه لا يسلم بأوجه التمييز المتقدمة بين القانونين . فالفقيه الفرنسي ديجي «٢» ينكر أن الدولة شخصية معنوية أو أن لها سيادة بالمعنى الصحيح ويرى أن المجتمع إنما يتكون من محاكمين وحاكمين وأن هؤلاء وأولئك ملزمون باتباع القانون وخاضعون لاحكامه المؤسسة على التضامن الذي لا قيام للمجتمع بدونه . والفقيه النمساوي كلسن Kelsen «٣» يرى أن التقسيم الرئيسي لا يمكن أن يوجد في دولة تخضع للقانون أو كما يسميه Rechtsstaat (Etat de droit)

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

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

(٣) انظر ديجي المرجع السابق صص ٧٠٢ - ٧٠٠ .

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

ويشير فقهاء آخرون بحق إلى التداخل الحتمي بين القانونين العام والخاص واستحالة رسم خط فاصل بين مجاليهما . فليس معنى أن الدولة طرف في العلاقة التي ينظمها القانون العام أنها لاشأن لها بالعلاقات بين الأفراد إذ أنها لا تزال تمارس دورا فيها ويتمثل ذلك على الأخص في ايجاد قاعدة قانونية تنظم تلك العلاقات «<sup>١</sup>» . وإذا كان من المفروض أن الدولة تسعى إلى تحقيق مصلحة عامة وأن الفرد يسعى إلى تحقيق مصلحة خاصة ، لأنه يحدث أن ترتبط المصالح العامة والخاصة ارتباطا يصعب معه الفصل بينها فضلا عما هو مشاهد من قيام الأفراد أحيانا بمشروعات تحقق المصلحة العامة ولا يتسعى للمجتمع أن يستغنى عن خدماتها «<sup>٢</sup>» . ولئن رخص القانون للدولة في أن تتحقق ما تشده من أهداف عن طريق استخدام أساليب وسلطات استثنائية فإنه لا يفرض عليها استخدام تلك الأساليب والسلطات في جميع الاحوال بل يحيز لها أحيانا الاتجاه إلى الأساليب العادية أو أساليب القانون الخاص ، كما أنه من جهة أخرى قد يرخص للمشروعات الخاصة التي تؤدي خدمات عامة في أن تستخدم الأساليب والسلطات الاستثنائية التي يرخص بها للدولة «<sup>٣</sup>» .

(١) Rivero المقال السابق الاشارة إليه .

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

(٣) ديفريجيه المرجع السابق ص ٢٤ .

وليس ينبغي أن تعرفنا هذه المناقشة الفقهية عن حقيقة أجمع عليها الرأى الا وهي أن التقسيم الرئيسي للقانون تقسيم لاغنى عنه لتفهم الدراسات القانونية ويسير الوقوف على مظاهرها البارزة . ويكتفى أن نورد هنا ما ذكره الفقيه دييجي نفسه «<sup>١</sup>» من ضرورة «الابقاء على التفرقة التقليدية بين القانون العام والقانون الخاص . . . . فقد اتسع نطاق القانون في المجتمعات الحديثة على نحو جمل من اللازم ايجاد تقسيمات له اذ ان هذا هو السبيل الذي لا محيد عنه لدراسة القواعد القانونية المتعددة دراسة تقوم على التنظيم والفهم السليم » .

والحق ان التقسيم الرئيسي للقانون قد تناقلته الاجيال المختلفة منذ عهد الرومان ولم يعرف أن أحدا طالب بالغائه أو استبعاده . واذا 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 «<sup>٢</sup>» من أن قيمة التقسيم الرئيسي هي في أنه شكلٍ وبسيطٍ فالافتراق في ترتيب تائج موضوعية عليه من شأنه أن يؤدي بالتقسيم ويهب بقيمةه .

(١) المرجع السابق ص ٧٠٢ .

(٢) انظر 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 artificiellement 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 تجري بعض الجامعات - كما في فرنسا - على تدريسيهما باعتبارهما من فروع القانون الخاص ، ولكن فريقا من الكتاب «<sup>١</sup>» يعتقدون هذا المسلك ويرون وجوب اعتبارهما من فروع القانون العام بحكم أنهما ينظمان مرفقا عاما هو القضاء جنائيا كان أو مدنيا «<sup>٢</sup>» .

وبالنسبة الى قانون العمل أى القانون المنظم لعلاقة رب العمل بعماليه

---

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

ص ١٢ .

(٢) يذهب بعض الفقهاء الى اعتبار القانون الجنائي فرعا من القانون الخاص على أساس أن الجريمة تصيب مصالح الأفراد في معظم الأحوال . على أن هذا النظر منتقد استنادا إلى ثلاثة أوجه : الأول أن الجريمة قد تكون موجهة ضد المجموع مباشرة فضلا عن أن الصالح العام هو في استقرار الأمن والطمأنينة ومن شأن هذا الصالح أن يتاثر ولو وجهت الجريمة ضد فرد أو بعض أفراد ، والثاني أن الأصل في العقاب هو أنه من حق الجموع ولو كانت الجريمة ضد فرد وليس يملك المجنى عليه - الا في أحوال استثنائية بحثة - اعفاء الجنائي من العقاب ، والثالث أن الدولة تقوم في المجال الجنائي بدور ايجابي لا يتصور الاستغناء عنه سواء في كشف الجرائم او في تحقيقها أو في محاكمة المتهمين أو في تنفيذ العقوبة المحكوم بها - انظر الاستاذين السنهورى وحشمت أبو ستيت المرجع السابق ص ص ١٨٧ - ١٨٨ .

يذكره بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> على أنه من فروع القانون العام استناداً إلى اتساع نشاط الدولة وسيطرتها على الميدانين الاقتصادي والاجتماعي تبعاً لانتشار المذاهب الاشتراكية وحلول نظريات الاقتصاد الموجّه محل نظرية الاقتصاد الحر<sup>٠</sup>

ويصح أن يقال بأنه وفقاً للرأي الغالب فقهاً ينقسم القانون العام إلى قسمين رئيسيين ، القانون العام الخارجي والقانون العام الداخلي . فالقانون العام الخارجي<sup>(٢)</sup> – أو كما يسمى القانون الدولي العام – هو ذلك الذي ينظم العلاقات بين الدول وما يتفرع عنها من حقوق وواجبات متبادلة في أوقات السلم وال الحرب والجحاد . والقانون العام الداخلي<sup>(٣)</sup> هو ذلك الذي ينظم علاقة الدولة بالأفراد الخاضعين لسلطانها ، وأهم فروعه القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي والقانون الجنائي<sup>٠</sup>

وإذا كان من المسلم أن تقسيم القانون إلى عام وخاص هو تقسيم نسبي ولا يفترض بأى حال إقامة حدود فاصلة وقاطعة بين مجالى القانون العام والقانون الخاص ، فليس مما يحتاج إلى بيان أن تقسيم القانون العام إلى فروعه المختلفة لا يفترض انقطاع الصلة بين هذه الفروع . بل إن هناك من الصلة بينها ما يكاد يذهب أحياناً بالحدود التقريرية بين مجالاتها ، على ما سيبين في صدد تحديد علاقة القانون الدستوري بسائر فروع القانون العام<sup>٠</sup>

### **القانون الدستوري والقانون الدولي العام**

القانون الدستوري فرع من القانون العام الداخلي ، فمجاله تنظيم علاقة الدولة بالأفراد الخاضعين لسلطانها . أما مجال القانون الدولي العام فهو

---

(١) droit ouvrier ، ويسمى أيضاً القانون الاجتماعي droit social . والقانون الصناعي 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 انقسام بين القانون الدولي والقانون الداخلي وإنما يكوّن هذان القانونان كتلة واحدة أساس الالتزام فيها واحد والأشخاص الخاضعون لاحكمامها هم الأفراد • ويعرف أصحاب هذا النظر بأنهم أنصار فكرة الوحدة *le monisme* لأنهم يعتبرون القانون الدولي والقانون الداخلي قانوناً واحداً ، بل وهم يذهبون إلى اعتبار القانون الدولي الجزء الأساسي من ذلك القانون لأنه يمثل ارادة عدة دول •

ويناقش هذا النظر فقهاء آخرون بحجج مفادها أن القانون الدولي والقانون الداخلي منفصلان كل الانقسام سواء من حيث المصدر أو من حيث الموضوع أو من حيث الجزاء • بينما مصدر القانون الدولي العرف والمعاهدات بين الدول ، وموضوعه علاقة بين دولتين أو أكثر ، وجزاؤه يكاد أن يكون منعدماً — يتكون القانون الداخلي أساساً من التشريع الذي تسلمه الدولة وينظم علاقة بين الدولة والأفراد الخاضعين لسلطانها ، ويケفل اطاعته جزاء تأخذ الدولة على عاتقها في معظم الأحوال توقيعه • ويعرف أصحاب هذا النظر بأنهم أنصار فكرة الازدواج أو الانقسام *le dualisme* لأنهم يعتبرون القانون الدولي والقانون الداخلي قانونين متغيرين مثلهما في ذلك مثل أى قانونين لا تربط بينهما أية صلة كالقانونين الفرنسي والإنجليزي •

على أن أغلبية الفقهاء وان اعتبروا أن القانونين الدولي والداخلي منفصلان الا أنهم لا يذهبون في تصوير الانقسام بينهما إلى هذا الحد • فلئن كان الأصل هو انقسام هذين القانونين الا أنه انقسام لا يحول دون قيام نوع من الاتصال بينهما • وقد يبلغ هذا الاتصال مبلغاً ينتهي إلى 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 الاجنبي (القواعد الخاصة بالجنسية) ، والقانون الداخلي اذ يحدد مركز الممثلين السياسيين في الدولة وينظم حقوقهم وواجباتهم قد يحيل على قواعد القانون الدولي لتعيين طوائف الممثلين السياسيين ٥

وإذا ما اشتد الاتصال بين القانونين اندمجت قواعد القانون الدولي في القانون الداخلي وأضحت جزءاً منه فتأخذ حكمه وتعامل معاملته . وقد يتم هذا الاندماج عن طريق اصدار تشريع في 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 قيمر لسنة ١٩١٩ التي قضت بأن « قواعد القانون الدولي المتعارف عليها عموماً تعتبر جزءاً أساسياً من قانون الريخ الألماني » «٣» .

ولتكيف العلاقة بين القانونين الدولي والداخلي أهمية تتجلى على الاخص في ناحيتين : الاولى واجب القضاء ازاء تعارض القانونين ، والثانية آثر المعاهدات في داخل الدولة .

(١) راجع الدكتور محمود سامي جنينه القانون الدولي العام الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ ص ٣٣-٢٦ ، والدكتور على صادق أبو هيف القانون الدولي العام الطبعة الثالثة سنة ١٩٥١ ص ٢٥-٣٢ .

(٢) من مظاهر الاتصال بين القانونين كذلك ما يحدث احياناً من أن اطراد القانونين الداخلية على تسجيل قاعدة ما قد ينشأ عرفاً دولياً في صدورها فت تكون على هذا النحو قاعدة من قواعد القانون الدولي مردها الحقيقي الى القانون الداخلي - انظر الدكتور محمود سامي جنينه المرجع السابق ص ٢٧ . (هامش) .

(٣) وسار على نهج هذا الدستور دسائير أخرى كدستور النمسا الصادر في أول أكتوبر سنة ١٩٢٠ ، ودستور استونيا الصادر في ١٥ يونيو سنة ١٩٢٠ .

ففيما يختص بالقضاء يختلف واجبه تبعاً لوجهة النظر التي يقال بها في  
شدد تكيف العلاقة بين القانونين . فمقتضى التسلیم بفكرة الوحدة واعتبار  
القانون الدولي الجزء الاسمي من القانون الداخلي يكون على القاضي  
تطبيق الأول واهمال الثاني . ومقتضى الاخذ بفكرة الازدواج أو الانقسام  
على اطلاقها أو كأصل - يكون على القاضي تطبيق القانون الداخلي  
واهمال القانون الدولي ولو كان من شأن ذلك تعريض دولته للمسؤولية  
 أمام الدول الأخرى .

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

يبين مما تقدم أن القانون الدولي يستبirk مع القانون الداخلي بحكم  
أن الدولة عنصر مشترك بين القانونين . وأظهر ما يبدو فيه هذا الاشتراك  
تحديد سلطان القانون الدولي بالنسبة إلى الدولة وسلطاتها العليا والأفراد  
الخاضعين لسلطانها .

وإذا كان القانون الداخلي قد انتهى في تطوره إلى أن يكون له سلطان  
محقق على الأفراد الخاضعين له ، فإن القانون الدولي لا يزال في مرحلة  
التطور الأولى حتى أن عدداً غير قليل من الفقهاء يرفضون 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 ،  
الامر الذي يجعل للمعاهدات المبرمة أثراً نافذاً بالنسبة للقضاء والأفراد على  
السواء . ونظراً للعدم وجود نص مماثل في إنجلترا جرت المحاكم على عدم اعتبار  
المعاهدات التي تؤثر في حقوق الأفراد 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 وتطبيقاتها إلا إذا تعارضت معه - راجع  
الدكتور جينيه المرجع السابق ص ص ٢٩ - ٣٣ .

بالمعنى الصحيح «١» . ومن ثم فإن المرجع في حل أي اشكال يثور بين القانونين هو القانون الداخلي ، وعلى الاخص القانون الدستوري . فما من دولة الا وتحرص عادة على أن تضمن دستورها – وهو المصدر الرئيسي للقانون الدستوري – النصوص التي تؤكد سيادة قوانينها على أي قوانين أخرى .

### القانون الدستوري وفروع القانون العام الداخلي

تقدم أن الفروع الرئيسية للقانون العام الداخلي – اذا تركنا جانبا القانون الدستوري – هي القانون الاداري والقانون المالي والقانون الجنائي . وبحكم أن هذه القوانين جميعاً ترجع الى أصل واحد فانها تتلقى في الموضوع المشترك بينها وهو الدولة . غاية ماهنالك أن كلاً منها ينظر الى

(١) سبق أن ناقشنا هذا الموضوع بالنسبة الى القانون الدستوري وبينا كيف أن الاعتراض الرئيسي على صفتة القانونية مرده الى عنصر الجزاء . فالذين يشترطون في الجزاء أن يكون مادياً ومنوطاً بالسلطة العامة توقيعه أنكروا على القانون الدستوري صفتة القانونية ، فضلاً عن أن أوستن ومن نحى منحاه قد وصلوا الى نفس النتيجة تأسيساً على نظرتهم للقانون واشتراطهم أن يكون أمراً صادراً من الحاكم السياسي الاعلى .

وجوه المناقشة بالنسبة الى القانون الدولي واحد وان كان الاعتراض على صفتة القانونية يجد مستندأقوى . وتتلخص أوجه الاعتراض في ثلاثة : عدم صدوره من سلطة سياسية عليا ، وعدم وجود محاكم تطبقه ، وعدم توافر جزاء يفرض اطاعته . وتتلخص الردود على تلك الاوجه فيما يلى : بالنسبة للوجه الاول – الخلط بين القانون والتشريع وقد سبق بيانه ، بالنسبة للوجه الثاني – القانون سابق على القضاء والقاضي لا يخلق القانون بل تقتصر مهمته على التطبيق ، كما أنه توجد محاكم داخلية ( كمحاكم الفنائيم في الدول المحاربة ) ومحاكم دولية ( كمحكمة العدل الدولي ) تتولى تطبيق القانون الدولي فعلاً ، وبالنسبة للوجه الثالث – الجزاء متوافر وان كان ضعيفاً ويتمثل في استنكار الرأي ا لعام العالمي عند مخالفة قواعد القانون الدولي كما يتمثل في الجراءات التي تجيز الميئات الدولية توقيعها على الدولة المخالفة ( مثلاً الجراءات المنصوص عليها في المواد ٥١-٣٣ من ميثاق هيئة الامم المتحدة ) – يرجى في تفصيل هذا الموضوع الدكتور جينيه المرجع السابق ص ص ١١-١٦ ، والدكتور أبو هيف المرجع السابق ص ص ٨-١٣ ، الدكتور على ماهر القانون الدولي العام سنة ١٩٢٣ ص ص ١٧-٢١ .

الدولة من زاوية معينة ويتحدد مجاله تبعاً لذلك بنوع من نشاطها  
 فالقانون الدستوري ينظم نشاط الدولة من الناحية السياسية، والقانون  
 الاداري ينظم نشاطها من الناحية الادارية ، والقانون المالي ينظم نشاطها  
 من الناحية المالية ، والقانون الجنائي ينظم نشاطها من الناحية الجنائية .  
 على أن الوقوف عند هذا الحد لا يعني في التمييز بين هذه القوانين .  
 ولكن تقدمنا خطوة الى الامام في هذا الاتجاه لامكنتنا بغير عناء ان نحدد  
 مجال القانون الجنائي تحديداً لايدع محلاً للتدخل أو الاختلاط .  
 وآية ذلك أن القانون الجنائي ينظم العلاقة بين الدولة والفرد لمناسبة جريمة  
 يرتكبها . فمجاله ظاهر متميز اذ يشمل بيان الجرائم والعقوبات  
 والإجراءات 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  
 اجراءات التحقيق والمحاكمة والتنفيذ ويسمى قانون الاجراءات الجنائية  
 (١) droit de procédure criminelle

أما القانون المالي فلم تصبح له ذاتية متizza الا مؤخراً وكان من قبل  
 جزءاً من القانون الاداري . و المجال تنظيم ميزانية الدولة أي تنظيم ايرادات

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

أنظر الاستاذ على زكي العرابي المبادئ الاساسية للإجراءات الجنائية  
 الجزء الاول سنة ١٩٥١ ص ٢٩١ ، والدكتور محمود مصطفى شرح قانون  
 الاجراءات الجنائية الطبعة الاولى سنة ١٩٥١ ص ٢٩١ وشرح قانون  
 العقوبات الطبعة الاولى سنة ١٩٥٠ ص ٣٤٠ ، والدكتور السعيد مصطفى  
 السعيد الاحكام العامة في قانون العقوبات سنة ١٩٥٢ ص ٣٧١ ، والدكتور  
 على راشد مبادئ القانون الجنائي سنة ١٩٤٨ ص ٣٥٥ ، والاستاذ على  
 بدوى الاحكام العامة في القانون الجنائي سنة ١٩٣٨ ص ١ - ٢ .

## الدولة ومصروفاتها <sup>(١)</sup> .

**القانون الدستوري والقانون الاداري :** ان الصعوبة الحقة هي في التمييز بين القانون الدستوري والقانون الاداري . والصعوبة ناتجة على الاخص من أن هذين القانونين يشتراطان في الكثير من الموضوعات ويتداخلان الى الحد الذي أضحم معه اصطلاح « القانون العام » *droit public* ينصرف في معناه الضيق اليهما دون سائر القوانين <sup>(٢)</sup> .

وبالرغم من هذا الاتصال الوثيق بين القانونين فإنه لا يزال من الممكن التمييز بين مجاليهما . فمجال القانون الدستوري التنظيم السياسي في الدولة أي أنه يتناول تكوين السلطة التشريعية و اختصاصها و علاقتها بالسلطتين التنفيذية والقضائية . أما مجال القانون الاداري فينحصر في التنظيم الاداري في الدولة أي أنه يقتصر على تناول السلطة التنفيذية وحدها ، بل انه لا يتناول من نشاط هذه السلطة الا ما يعرف بالأعمال التنفيذية دون الاعمال الحكومية أو أعمال السيادة *actes administratifs* <sup>(٣)</sup> . *actes de gouvernement, actes de souveraineté* <sup>(٤)</sup> .

---

(١) يسميه البعض أحيانا التشريع المالي *legislation financière* وهذه التسمية قاصرة عن شمول كل قواعد هذا القانون فضلا عن أنها لا تتفق مع ما انتهى إليه من تطور .

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

(٣) قد يكون من المفيد أن نورد هنا بعض التعريفات التي سجلها الكتاب المصريون متاثرين بزمائهم في فرنسا :

« فرع من فروع القانون العام يشمل مجموعة القواعد المتعلقة بنشاط الدولة الاداري في قيامها بوظيفتها الادارية » — الدكتور محمد فؤاد منها القانون الاداري المصري والمقارن الجزء الاول سنة ١٩٥٢ ص ١٥ .

« فرع من فروع القانون العام يختص بتنظيم الادارة العامة و يحكم علاقاتها القانونية » — الاستاذان عثمان خليل و سليمان الطماوى موجز القانون الاداري الطبيعة الاولى سنة ١٩٥١ ص ٥ .

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

وليس من اليسير التمييز بين هذين الامرین لأن أعضاء السلطة التنفيذية يعملون أحيانا استنادا الى اختصاصهم التنفيذي ، وأحيانا أخرى استنادا الى اختصاصهم الحكومي . وللتمييز بين الاعمال التنفيذية والاعمال الحكومية أهمية من ناحيتين : الاولى أن الاعمال الحكومية تندرج تحت موضوعات القانون الدستوري بينما تعتبر الاعمال التنفيذية من صميم مباحث القانون الاداري ، والثانية أن الاعمال الحكومية لا تخضع لرقابة القضاء اداريا كان أو عاديا اذ يكتفى في شأنها بما يمارسه عليها البرلمان من رقابة سياسية بينما تخضع الاعمال التنفيذية لاشراف القضاء وان تفاوت مدى هذا الاشراف ببعضها اذا كان القضاء اداريا أو عاديا .

ولا يتسع المقام للخوض في مشكلة التمييز بين الاعمال التنفيذية والاعمال 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 الادارية للدولة ونشاط الدولة في قيامها بوظيفتها الادارية » — الدكتور توفيق شحاته مبادئ القانون الاداري الجزء الاول الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ ص ١٧ .

وانظر أيضا الدكتور وحيد رافت القانون الاداري الجزء الاول سنة ١٩٣٨ ص ص ٣٠-٣٤ ، والدكتور عبد الحميد متولي القانون الاداري المصري الجزء الاول سنة ١٩٣٨ ص ٨ ، والدكتور محمد زهير جرانه مبادئ القانون الاداري المصري سنة ١٩٤٤ ص ٢١ ، والدكتور محمد عبد الله العربي مبادئ القانون الاداري ص ص ١ و ٢ .

النقد التي أثيرت حول مدى سلامة هذه المعايير<sup>(١)</sup> . وحسبنا أن تقرر أن ثمة اتجاهًا مستقرًا على أن الاعمال الحكومية ترمز إلى الخطوط السياسية العليا كما هو شأن بالنسبة إلى الاعمال المنظمة لعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية مثل دعوة البرلمان إلى الانعقاد وتأجيله وحله ، واستعمال السلطة التنفيذية لاختصاصها التشريعي مثل اقتراح القوانين ، والاعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية بوصفها ممثلة للدولة في العلاقات الخارجية كإعلان الحرب وإبرام المعاهدات ، والاعمال المتصلة بسلامة الدولة وأمنها الداخلي مثل إعلان الأحكام العرفية . أما الاعمال التنفيذية فترمز إلى التصريف العادي للشئون العامة والتنفيذ اليومي للقوانين كما هو شأن بالنسبة إلى اصدار اللوائح وتنظيم المرافق العامة وتنظيم شئون الموظفين .

وليس يحصر التمييز بين القانون الدستوري والقانون الإداري في المجال الذي ينظم كل منهما ، وإنما يمكن أن يتلمس أيضًا في الكيفية التي يعالج بها كل منهما ذلك المجال . ولقد أورد الكتاب عبارات توضح هذا الوجه توضيحاً كاملاً نذكر منها قول Ducrocq<sup>(٢)</sup> إن « القانون الدستوري يقرر المبادئ الأساسية للقانون العام في الدولة أي المبادئ التي تكفل للأفراد حقوقهم السياسية والمالية والدينية والدينية . أما القانون

(١) راجع على الأخص 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 هريدي أعمال السيادة في القانون المصري والمقارن الطبعة الأولى سنة ١٩٥٢ والمراجع العديدة التي أشار إليها في ص ٢٣٦ وما بعدها .

(٢) Droit administratif الجزء الأول الطبعة السابعة سنة ١٨٩٧

ص ٥

الإدارى فهو الذى يضع هذه المبادىء – الى حد كبير – موضع التنفيذ  
ويحدد شروط تطبيقها » .

ويؤكد Berthélémy<sup>(١)</sup> هذا المعنى بعبارته المشهورة ان « القانون  
الدستورى يبين لنا كيف شيدت الآلة الحكومية أما القانون الإدارى فيبين  
كيف تسير هذه الآلة وكيف تقوم كل قطعة منها بوظيفتها » .

فالقانون الدستورى اذن هو المقدمة الضرورية للقانون الإدارى وفيه  
يجد الآخرين عناوين موضوعاته . ونظرة واحدة الى النصوص الدستورية<sup>(٢)</sup>  
تشتب هذه الحقيقة اذ أنها تسجل عادة الاسس التى يقوم عليها التنظيم  
السياسي للدولة ، تاركة للنصوص الإدارية وضع التفصيلات والإجراءات  
العملية التى يتقتضيها اعمال تلك الاسس وانفاذها . وهكذا يكمل القانون  
الإدارى القانون الدستورى ويجعل منه حقيقة حية . وليس أدل على  
ذلك من المثل الذى ساقه Dugrocq خاصا بحقوق الأفراد الأساسية ، فان  
واضعى أى دستور وان بالغوا في الحرمان على النص عليها وتعزيزها  
لا يجدون مناصا من أن يفوضوا للقانون الإدارى نصيا كبيرا من السلطة  
كما ينظم هذه الحقوق من الناحية العملية ويجعلها قابلة للاستقاضة ومصونة  
من العبث والاعتداء .

**القانون الدستورى والقانون الإدارى في إنجلترا:** من المسائل التي  
أثارت كثيرا من الجدل الفقهي مسألة ما اذا كان يوجد في إنجلترا  
قانون إدارى ، وعلى فرض وجوده ما اذا كان يتسمى 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 سيبيين 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 إلى قسمين رئيسيين : الأول ما إذا كان في إنجلترا قانوناً إدارياً ، والثاني ما إذا كان يتسع التمييز بين القانون الدستوري والقانون الإداري فيها .

### هل في إنجلترا قانون إداري ؟

أحاط بهذا السؤال غير قليل من الخلط حتى في إنجلترا ذاتها . واتنا وان كنا ندرك الصعوبة الماثلة في شرح موضوع اخلاق الامر فيه حتى شوهدت نواحيه الأساسية ، الا أننا سنحاول معالجته بصورة تبرز أسباب الخلط فيه وتوضح الطريق السليم إلى مناقشته وفهمه .

آراء الفقيه ديسى Dicey : يعتبر ديسى المسؤول الأول عن الخلط الذى اكتفى موضوع القانون الإدارى في إنجلترا . ولقد عنى ديسى عنابة شديدة بتحليل النظام القانونى الانجليزى واظهار تفوقه على غيره من النظم فيما أسماه « القاعدة القانونية » Rule of Law . وحدد ديسى مقصود هذه القاعدة بقوله « ٠٠٠ ان لهذه القاعدة ثلاثة معانٍ أو تائج رئيسية :

أولاً - سيادة القانون على نحو يحول دون تحويل الحكومة <sup>أية سلطة</sup> تحكمية arbitrary power أو امتياز <sup>wide discretionary authority</sup>

ثانياً - المساواة أمام القانون أي خضوع الأفراد جميعاً - أي كانت طوائفهم - للقانون العادى الذى تطبقه المحاكم العادية .

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

وأنساق ديسى وراء تحمسه للقاعدة القانونية متلمسا الاوجه التي يمكن أن يوجد فيها لتحمسه سندًا . وهكذا تناول ديسى موضوع القانون الادارى بصورة لا تخلو من التسرع والرغبة الجامحة لخدمة فكرة القاعدة القانونية التي سيطرت على عقله واستحوذت على مشاعره .

ولم يكن هذا العامل وحده هو المسئول عن الآراء الخاطئة التي اعتقدها ديسى في شأن القانون الادارى ، وإنما كان هناك عامل آخر لا يقل أهمية عن الاول وإن لم يكن لدى ديسى يد فيه . فقد أقر ديسى في طبعات كتابه التي ظهرت بعد سنة ١٩٠١ أنه استقى معلوماته عن القانون الادارى الفرنسي من « كتابات Alexis de Tocqueville الذي كان له من المكانة في إنجلترا في القرن ١٩ ما كان لمنتسكيو Montesquieu فيما في القرن ١٨ . ولم يكن Tocqueville يعرف شيئاً أو يعرف إلا القليل – باعترافه هو نفسه – عن الوضع الحقيقي للقانون الادارى » (١) .

وليس غريباً بعد الوقوف على العوامل التي حادت بديسى عن الطريق السليم في البحث ، أن نجد في كتاباته عن القانون الادارى عملاً ظاهراً أو مجافاة للواقع . ويمكن أن نزد هذه الكتابات إلى مسائلين رئيسيتين : الاولى ماهية القانون الادارى في فرنسا ، والثانية مركز القانون الادارى في إنجلترا .

فبالنسبة إلى ماهية القانون الادارى في فرنسا : يذكر ديسى أن « كل من يعنى بدراسة طبيعة القانون الادارى في فرنسا أو بتحديد مجاله لا يلبث أن يتكتشف أنه كان ولا يزال يستند إلى مبدأين رئيسيين يجافيان الفكر الانجليزى الحديث .

---

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

فالمبدأ الأول يقضي بأن الحكومة وجميع موظفيها يتمتعون — بوصفهم  
ممثلين لlama — بحقوق وامتيازات منوعة ازاء الافراد بينما لا يتمتع الافراد  
بهذه الحقوق والامتيازات ازاء بعضهم البعض ٠٠٠

أما المبدأ الثاني فيتمثل في ضرورة الابقاء على ما يسمى ( الفصل بين  
السلطات ) أو بعبارة أخرى العمل على منع اعتداء أية سلطة على اختصاص  
السلطة الأخرى سواء أكانت الحكومة أم البرلمان أم المحاكم ٠ على أن  
تعبر الفصل بين السلطات مدعاه الى التضليل فيما يتصل بالعلاقة بين  
السلطة التنفيذية والمحاكم وهي ما تهمنا بالذات ٠٠٠ ويقصد بهذا  
التعبير وفقا لما جرى به تاريخ فرنسا واستقر عليه التشريع والقضاء فيها —  
تأمين استقلال القضاة العاديين في مواجهة السلطة التنفيذية بحيث لا يمكنها  
عزلهم ، وتأمين استقلال السلطة التنفيذية أى الحكومة وموظفيها في مواجهة  
المحاكم العاديه بحيث لا يخضعون لاختصاصها وهم بصدده ممارستهم لعملهم  
ال رسمي » «١)

وبالنسبة الى مركز القانون الاداري في انجلترا : يذكر ديسي أنه « ليس  
في اللغة الانجليزية اصطلاح مقابل لاصطلاح القانون الاداري droit  
وأن اصطلاح administrative law administratif الذي يمكن أن  
يكون خير مقابل لاصطلاح الفرنسي — غير معروف للقضاة والمحامين  
الانجليز ٠٠٠ وعدم وجود اصطلاح مقابل لاصطلاح الفرنسي في اللغة  
الانجليزية له دلالته من حيث أن مدلول الاصطلاح غير معترف به ٠ فليس  
في انجلترا — أو في الدول التي استقى مدنتها من انجلترا كالولايات  
المتحدة — نظام القانون الاداري ولا عهد لاحد بالاسس التي يقوم  
عليها » «٢)

(١) المرجع السابق ص ص ٣٣٦ - ٣٣٧ ٠

(٢) المرجع السابق ص ص ٣٣٠ - ٣٣١ ٠

**مناقشة آراء ديسى :** أخطأ ديسى في تفهم ماهية القانون الإدارى الفرنسي وفي تحديد مجاله ، فكان ولا بد أن يخطئ أيضاً في الحكم على ما إذا كان لذلك القانون مقابل في إنجلترا «<sup>١</sup>» .

**بالنسبة إلى القانون الإداري الفرنسي :** نجد أن ديسى قد حصر مجاله في موضوعين : امتيازات السلطة الإدارية ، والقضاء الإداري . وهذا التضييق غير المبرر كان مرده كما تقدم البيان إلى ضعف المصادر الفرنسية التي استقى منها ديسى معلوماته عن القانون الإداري من جهة ، والى مبالغة ديسى في التحمس لخدمة فكرة القاعدة القانونية من جهة أخرى . فهو إذ كان يقابل بين النظامين الانجليزى والفرنسي عمد إلى المقارنة بينهما من حيث تائج القاعدة القانونية . ومن اليسير أن نلمس تشيع ديسى للنظام الانجليزى والسعى إلى تفضيله على النظام الفرنسي من حيث الترتيبتين الرئيسيتين للقاعدة القانونية وهما : سيادة القانون — ويعتبر ذلك ماذكره بشأن القانون الإداري الفرنسي من تتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات استثنائية ، والمساواة أمام القانون العادى وخضوع الجميع للمحاكم العادية — ويقابل ذلك ماذكره بشأن القانون الإداري الفرنسي من استقلال الإدارة عن القضاء العادى وتميزها عن الأفراد بوجود محاكم إدارية تختص بالنظر في مسائلها .

ولقد أخطأ ديسى فيما ذهب إليه من قصر القانون الإداري على موضوع امتيازات الإدارة والقضاء الإداري . فمجال هذا القانون هو

(١) يراجع في تحليل رائع لآراء ديسى وفي نقدتها مؤلف Robson Justice and administrative law الطبعة الثانية سنة ١٩٤٧ صص ٣١—٥٢ ، وممؤلف ديسى سالف الذكر في المقدمة والتعليق للأستاذ Wade صص IX — 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 تؤدى خدمات عامة وتتعرض لشراف تلك الهيئات أى المرافق العامة . ويدخل في نطاق المرافق العامة تنظيم علاقتها بعمالها (أى بموظفيها) وبالافراد ، وبيان الوسائل أو السلطات التى تتمتع بها الادارة في تسييرها والجهة التى تختص بالمنازعات المترتبة عن نشاطها .

وهكذا يتضح أن ديسى قد فرض على القانون الادارى الفرنسي مجالاً أضيق بكثير من مجاله ، بل وأظهر هذا المجال بصورة لا تتفق مع الواقع . فليس صحيحاً أن القانون الادارى الفرنسي يجيز للادارة أن تتحكم في الافراد أو أن تتعالى على القضاء العادى ، وإنما كل ما هنالك أنه يسمح لها بسلطة تقديرية تمكناها من القيام بأعبائها على الوجه الاكمل ، ويحصل قراراتها الادارية ضد الالغاء أمام المحاكم العادية نزولاً على مقتضيات الفصل بين السلطات دون اعفاء تلك القرارات من رقابة المحاكم الادارية التي يمكن أن تصل الى حد الغائبة .

وليس صحيحاً أن الادارة لا تتمتع في انجلترا بامتيازات وسلطات استثنائية في مواجهة الافراد ، أو أنه لا توجد محاكم ادارية بجانب المحاكم العاديه . وأكبر دليل على خطل ما قرره ديسى في هذا الصدد ، أنه رجم فيما قرره وسلم بأن القانون الادارى — بحسب تحديده — قد وجد في انجلترا وأخذ يتطور باطراد مستمر «<sup>١</sup>» .

---

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

راجع تقديم الاستاذ Wade مؤلف ديسى السابق الذكر ص LXXXVI .

وبالنسبة الى مركز القانون الادارى في انجلترا : كان ولا بد أن يذكر  
ديسى في ظل فهمه الخاطئ لماهية القانون الادارى الفرنسي وجود  
قانون ادارى في انجلترا . ولقد بينما كيف أنه قصر القانون المذكور على  
موضوعى امتيازات الادارة والقضاء الادارى ، وكيف أنه أنكر وجود  
قانون مماثل في انجلترا ثم عاد وسلّم بوجوده .

على أن تسلیم ديسى بوجود قانون ادارى في انجلترا لا يصح الا سلوب  
الخاطئ الذى اتبعه في تحديد مجال ذلك القانون ، وبعبارة أخرى أن  
المسئلة لم تزل تبحث على غير الوضع السليم . والمنطق يقضى بأن يكون  
البحث فيما اذا كان بانجلترا قانون ادارى على أساس المجال الحقيقى ل لهذا  
القانون أى تنظيم للمؤسسات الادارية والمرافق العامة .

وعلى ضوء هذا التحليل يمكن أن يقال بأن القانون الادارى قد وجد  
في انجلترا من قديم ، وأنه كان موجودا سنة 1885 حين أخرج ديسى  
مؤلفه لأول مرة . ويشهد بذلك عدة قوانين كان عموما بها آنذاك  
كتقانون البلديات سنة 1882 وقانون الجيش سنة 1881 وقانون الصحة  
العامة سنة 1875 وقانون الجمارك سنة 1867 «<sup>(١)</sup>» .

ولقد ازدادت القوانين المنظمة للمجال الادارى زيادة ملموسة بتأثير  
التطورات الاقتصادية والسياسية على الاخص . وهذه التطورات كانت  
سببا في اتساع نشاط الدولة وتدخلها في كثير من الميادين التي كانت  
متروكة من قبل المشروعات الخاصة . وساعد على تقوية هذا الاتجاه  
الاشتراكى تولى حزب الاحرار ومن بعده حزب العمال شئون الحكم  
فترات غير قصيرة . ويکفى أن نضرب مثلا لقوانين 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 الصحي سنة ١٩٣٦<sup>(١)</sup> والقوانين الخاصة بتأمين السكك الحديدية والكهرباء ومناجم الفحم وبنك إنجلترا.

وليس يقبح في وجود قانون اداري في إنجلترا أن يكون في دور التكوين اذ أن أحکامه لا تزال موزعة بين قوانين شتى<sup>(٢)</sup> . واذا كان اصطلاح administrative law قد تعرض لحملة ديسى العاتية فلم يكتب له الاتشار الا مؤخرا ، الا أن القانون الاداري من الناحية الموضوعية كان ولاشك قائما ومسلما به منذ زمن بعيد وان لم يكن مجاله محدودا على الوجه الصحيح<sup>(٣)</sup> .

ولئن أريد الوقوف على أحکام القانون الاداري في إنجلترا فلن يوجد الباحث مؤلفا عاما في الموضوع على النحو المفهوم في دولة كفرنسا ، وانما يكون عليه أن يرجع على الاخص الى المؤلفات المتصلة بالادارة العامة<sup>(٤)</sup> .

---

Unemployment Insurance Act, 1935 — Housing Act, 1936<sup>(١)</sup>  
Health Insurance Act, 1936.

(٢) اختلف الكتاب في مصر وفي فرنسا حول ما اذا كان يوجد في إنجلترا قانون اداري — قارن في تفصيل هذا الاختلاف الدكتور محمد فؤاد منها المرجع السابق ص ٣٧ — ٤٧ ، والدكتور وحيد رافت المرجع السابق ص ١٥ ، والدكتور عثمان خليل الامركي ونظام مجالس المديريات في مصر الطبعة الثانية سنة ١٩٤٥ ص ٣ ، والدكتور محمد عبد الله العربي المرجع السابق ص ٢ و ٣ .

(٣) قارن مثلا تعريف الاستاذ Holland للقانون الاداري في مؤلفه The elements of jurisprudence الطبعة العاشرة سنة ١٩٠٦ ص ٣٦٣ وما سذكره فيما بعد بصدق التمييز بين القانون الدستوري والقانون الاداري في إنجلترا .

(٤) انظر مثلا

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

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

والحكومة المركزية «<sup>١</sup>» والحكومة المحلية «<sup>٢</sup>» والموظفين «<sup>٣</sup>» . أما المؤلفات التي تحمل اسم القانون الادارى أو ما يتصل به «<sup>٤</sup>» فان معظمها قاصر على معالجة موضوع امتيازات الادارة والمحاكم الادارية . ويمكن أن تفسر هذه الظاهرة بما خلفه تحديد ديسى الخطأ للقانون الادارى من أثر المحيط الفقهي «<sup>٥</sup>» . على أن من المتظر وقد أخذ الكتاب ينتبهون إلى الخطأ الذى وقع فيه ديسى أن توجه الجهد نحو خدمة القانون الادارى ولاسيما أن التطورات الاقتصادية والاجتماعية التى تمت مؤخرا تستلزم تنظيما دقيقا للادارة ولعلاقتها بالفرد .

### هل يمكن التمييز بين القانون الدستورى والقانون الادارى في إنجلترا؟

يبنا فيما سبق كيف أن ديسى قد أخطأ في فهم المدلول الحقيقي للقانون الادارى 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) انظر تعليق الاستاذ Wade مؤلف ديسى سالف الذكر ص ٤٨١ .

يتبين الكثيرون طريق البحث السليم وأن ينكروا وجود قانون اداري في إنجلترا . وظاهر أن التساؤل الذي نحن بصدده لا يمكن أن يثور بالنسبة إلى هذا الفريق من الفقهاء . فليس من المتصور أن يعرض في تفكيرهم أمر التمييز بين القانون الدستوري وبين قانون أنكروا وجوده .

على أن أمر التمييز بين القانونين الدستوري والاداري قد ثار بالنسبة إلى الفقهاء الذين سبقوه ديسى أو أولئك الذين عاصروه أو جاءوا بعده ولكن لم تحولهم كتاباته عن الاقتناع بوجود قانون اداري في إنجلترا . ويمكن أن يقال بأن محاولات هؤلاء الفقهاء قد تتبع حتى أمكن لها أن تفلح في تحديد المجال الحقيقي للقانون الاداري . ولعل من طلائع هذه المحاولات التعريف الذي أورده الفقيه أوستن في محاضراته التي نشرت للمرة الأولى سنة ١٨٣٢ «<sup>١</sup>» . فهو يعرف القانون الاداري بأنه ذلك الذي يحدد أهداف السلطة العليا وكيفية ممارستها ، ويشمل بذلك ليس فقط السلطات التي يمارسها الحاكم – فرداً كان أو أكثر – بنفسه وإنما أيضاً السلطات التي تمارسها هيئات سياسية تابعة بتفويض من الحاكم » . وانتقد الاستاذ Wade هذا التعريف ورأى فيه توسيعاً غير مقبول لمجال القانون الاداري الذي ينحصر أساساً في السلطة التنفيذية ولا يتناول السلطة التشريعية أو السلطة القضائية الا تبعاً «<sup>٢</sup>» .

أما الاستاذ Holland فيذكر في سنة ١٨٨٠ أنه « اذا كان القانون الدستوري يعني بيان الهيئات التي تمارس السلطة العليا وهي في دور السكون at rest ، فإن القانون الاداري يعني بيان تلك الهيئات وهي في دور الحركة in motion وفيصفّل الكيفية التي تمارس بها نشاطها » «<sup>٣</sup>» .

(١) المرجع السابق الجزء الاول ص ١٠ وص ٧٣ – ويلاحظ أن أوستن قد ميز بين القانون الدستوري والقانون الاداري من حيث مدى ثبوت الصفة القانونية لكل منهما ، الامر الذي لانجد مايوجب 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 .

وأعتقد الاستاذ Maitland محاولة Holland سنة ١٩٠٨ استناداً الى أن التفرقة التي أوردها بشأن القانونين الدستوري والاداري تفرقه غير واضحة ، وأنها تقوم على عنصرتين لا سبيل الى الفصل بينهما وهما التكوين structure والوظيفة function . وفي هذا يقول Maitland «<sup>(١)</sup> » « ٠٠٠ ان من الحال بيان تكوين بعض الهيئات دون أن يتضمن ذلك بيان وظائف بعض الهيئات الأخرى » ، ويوضح وجهة نظره بالاشارة الى أن الكلام عن تكوين الوزارة لابد 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 خاصاً ببيان تكوين الهيئات التي تمارس السلطة العليا وكذلك بالقواعد الرئيسية التي تنظم وظائفها ، ويجعل الثاني خاصاً بالقواعد الثانوية أو التفصيلية المنظمة لوظائف تلك الهيئات .

ولم تسلم التفرقة التي اقترحها Maitland بدورها من الاتقاد اذ أخذ عليها الاستاذ Jennings «<sup>(٢)</sup> » استنادها الى « فكرة شخصية بحثة هي تحديد ما يجب أن يعتبر رئيسياً أو ثانوياً » ، ووصفها بأنها « تفرقة تحكمية بحثة purely arbitrary لقيامتها على مدى الاهمية التي يوليها كل كاتب لمختلف نواحي نظام الحكم » .

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

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

vii سنة ١٩٣١ The constitutional history of England (١)  
وص ٥٣٤ .

١٩٤٦ الطبعة الثالثة سنة The law and the constitution (٢)  
وص ٧٥ .

فقيها بالذات قد توصل منذ سنة ١٨٩٣ الى تفهم حقيقة القانون الادارى وتحديد مجاله تحديدا سليما . وهذا الفقيه هو الاستاذ الامريكي Goodnow<sup>(١)</sup> الذى يذكر أن « الخطأ الشائع في انجلترا والولايات المتحدة من حيث عدم الاعتراف بالقانون الادارى ليس مرده الى عدم وجود هذا القانون فيما وانما الى عدم وضوح فكرة تقسيم القانون في أذهان رجال القانون الانجليز ٠٠٠ على أنه باتباع التقسيم القانوني الذى أضحى مسلما بفائدة من الجميع نجد أن القانون الادارى هو ذلك الفرع من القانون العام المنظم لنشاط الادارة . ولما كان هذا النشاط يفترض وجود هيئات ادارية تسمى في مجموعها الادارة ، فان القانون الادارى لا يعني بتنظيم العلاقات بين الهيئات الادارية فحسب وانما يعني أيضا بتكوين تلك الهيئات ٠٠٠

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

على أن أهمية كتابات Goodnow لا تقف عند حد تصوير القانون الادارى تصويرا كان يخطيء فيه معظم رجال القانون في انجلترا والولايات المتحدة ، وانما تتعدى ذلك الى توضيح علاقة هذا القانون بالقانون الدستورى على نحو يجعل له ذاتية منفصلة متميزة<sup>(٢)</sup> . وهو في هذا

(١) وقد اتخد مؤلفه عنوانا يفصح عن آرائه في القانون الادارى وهو Comparative administrative law — نيويورك سنة ١٨٩٣ — راجع ص ٦ وما بعدها .

(٢) يقول Goodnow في صدد التمييز بين القانون الادارى والقانون الدستورى « يعتبر القانون الادارى التكميلة الضرورية للقانون الدستورى من حيث أنه يحدد تكوين السلطات الادارية . بينما يضع القانون الدستورى الاسس العامة لنظام الحكم ، يعني القانون الادارى بوضع كل التفصيلات الازمة لوضع هذه الاسس موضع التنفيذ . وليس يقتصر اكمال القانون الادارى للقانون الدستورى على ناحية تكوين الهيئات الادارية بل يشمل كذلك الكيفية التي ينظم بها نشاط تلك الهيئات . ففى علاقه الحكومة بالفرد يعني القانون الدستورى بيان حقوق الفرد بينما يعني القانون الادارى بيان سلطات الحكومة . ومن ثم قيل بأن القانون الدستورى يؤكّد الحقوق أما القانون الادارى فيؤكّد الواجبات » — المراجع السابق ص ٨ .

يصل الى ما انتهى اليه التطور القانونى في فرنسا ، ويسجل سبقا في التفكير وادراكا لحقائق لا يزال المحدثون من رجال القانون في الدول ذات الانظمة الانجليوسكسونية يعملون على تسييدها ٠

أما وقد تكشف المحدثون من رجال القانون خطأ ديسى في تصوير القانون الادارى الفرنسي وانحرافه تبعا لذلك عن فهم الوضع القائم في انجلترا ، فانهم لم يدخلوا وسعا في تصحيح هذا الخطأ وتأكيد وجود القانون الادارى والتدليل على أنه لم ينقطع عن أن يوجد حتى في الوقت الذى أفلح فيه ديسى في أن يحمل معظم الفقهاء على انكاره ٠

ويمكن أن يقال بأن الرأى الفقهي الحديث لا يسلم بوجود قانون ادارى فحسب وإنما يحدد أيضا مجاله تحديدا سليما ويقر له بذاتية متميزة عن القانون الدستورى «١» . و اذا كان الكتاب لا يعنون ببحث مشكلة التمييز بين القانون الادارى والقانون الدستورى فان ذلك لا يتناقض مع اعترافهم بالقانون الادارى قانونا متميزا بدليل أنهم يحددون له مجالا ملزا ٠

(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 ديسى 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 ».

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

## المبحث الرابع

### تعريف القانون الدستوري

#### الاعتبارات التي تؤثر في تعريف القانون الدستوري

ان تعريف اي فرع من فروع القانون يتوقف أساسا على النطاق الذي ينظمه . وهذا النطاق يتأثر بدوره باعتبارات شتى من سياسية

(١) قارن الدكتور عبد الحميد متولى المرجع السابق ص ٦٥ حيث يذهب الى أن رجال الفقه الانجليزى الحديثين أصبحوا اليوم يعترفون بوجود القانون الادارى الا انهم لا يسمون بأمكان فصله عن الدستورى » - ويستشهد الدكتور متولى في هامش (٢) بملحوظة أوردها الاستاذ Keith وآخرى أوردها الاستاذ Jennings

على أنه يلاحظ بالنسبة إلى الاستاذ Keith أنه الوحيد - فيما نعلم - من بين رجال الفقه الحديثين الذي أعلن صراحة استحالة الفصل بين القانونين الدستوري والادارى . أما بالنسبة إلى الاستاذ Jennings فإنه كان في معرض بيان الصعوبات التي تواجه كل من يحاول تحديد مجال القانون الدستوري في إنجلترا . ولئن كان قد أظهر صعوبة رسم حد فاصل قاطع بين القانونين الدستوري والادارى إلا أنه لم يذهب إلى حد افتراض استحالة التمييز بينهما . ويؤكد ذلك أنه عرف القانون الادارى تعريفا صحيحا وحدد له مجالا متميزا في عبارته : « Administrative law is the law relating to the administration . It determines the organisation, powers and duties of administrative authorities ».

راجع مؤلفه السابق الاشارة إليه ص ٧٥ وص ١٩٤ .

(٢) انظر ما سندكره فيما بعد في صدد المبحث الرابع الخاص بتعريف القانون الدستوري .

و الاقتصادية و اجتماعية و تاريخية وغيرها . ومن الحتمي أن تختلف هذه الاعتبارات من دولة لآخر ، الامر الذي يستتبع تفاوت نطاق القانون فيها ومن ثم يغدو متعدرا ايجاد تعريف جامع يصدق على القانون في جميع الدول . بل انه في دولة بعينها يمكن أن تختلف الاعتبارات المذكورة بين وقت و آخر ، فيختلف تبعا لها نطاق القانون و تعريفه . وأيا كان الاختلاف في تعريف القانون ، فان من المحقق أن الاستقرار على تعريف معين يرمز الى أنه نتيجة تفاعل الاعتبارات المتقدمة والتوفيق بين ما قد يكون متعارضا منها .

ويظهر الاستاذ Prélot هذه الحقيقة بأوضح صورة في منافسته لتعريف القانون الدستوري في فرنسا على ضوء الاعتبارات التقليدية أو انتاريخية من جهة «<sup>١</sup>» والاعتبارات العقلية واللغوية من جهة أخرى «<sup>٢</sup>» .

فمن الناحية التاريخية تحدد نطاق القانون الدستوري باعتبارين رئيسيين : أولهما اعتبار شكلى والثانى اعتبار سياسى . أما الاعتبار الشكلى فقد تمثل في قصر القانون الدستوري عنى ما ورد في وثيقة الدستور من نصوص «<sup>٣</sup>» . وأما الاعتبار السياسي فقد تمثل في استخدام القانون الدستوري لتعزيز نظام معين من أنظمة الحكم . وم رد هذين الاعتبارين هو الى أن جيزو Guizot وكان وزيرا للمعارف في عهد لويس فيليب ومن العاملين على تأكيد حكمه - أنشأ أول كرسى للقانون الدستوري في كلية الحقوق بباريس بمقتضى

.la tradition historique — la conception traditionnelle(١)

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

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

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

ولما كان النظام السياسي القائم حينذاك نظاماً نيابياً حرّاً ، فقد ذهب الفقهاء إلى أن القانون الدستوري لا يوجد إلا في الدول ذات الأنظمة الحرة كما اكتسب هذا القانون نوعاً من القدسية في نظر الشعوب التي اتخذته هدفاً ساماً يقصد لذاته . فليس غريباً إذن أن تفضي الاعتبارات التاريخية إلى تعريف القانون الدستوري بأنه « مجموعة القواعد القانونية التي تحدد في - نظام حر - السلطات العامة وحقوق الأفراد » .

أما من الناحية العقلية فإن نطاق القانون الدستوري يختلف اختلافاً كبيراً كما يوضح ذلك الاستاذ پريلو إذ يبحث في أصل اشتراق constitution ويصل من وراء بحثه وعن طريق المنطق إلى تعريف واسع للقانون الدستوري . فالمعنى اللغوي للفظ constitution هو الأساس أو التنظيم أو التكوين . وبنقل هذا المعنى إلى مجال القانون يصبح المقصود هو التكوين القانوني لالية جماعة منظمة ، وبالنسبة إلى الدولة بالذات يكون المقصود بالقانون المنظم لتكوينها « جميع القواعد التي تنظم أسس الدولة وتحدد تكوينها » . وهكذا تقتضي 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

ح — تنظيم السلطات المختصة بجسم المنازعات وتطبيق القانون — أي droit constitutionnel des juridictions القانون الدستوري القضائي

د — تنظيم الكيفية التي تتكون بها الجماعة عصب الدولة — أي droit constitutionnel de la nation القانون الدستوري الخاص بالامة ١)

ويقابل برييلو بين تعريف القانون الدستوري من الناحية التاريخية وبين تعريفه من الناحية العقلية ، وينتقد كلاً منها 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 ربطاً يخرج به عن مقتضى التحديد السليم . فليس كل ما تنص عليه الوثيقة دستورياً في حقيقته ، كما أنه ليس كل ما هو دستوري مشمولاً في الوثيقة اذ قد يكون متضمناً في قانون عادي أو مرده الى عرف مستقر ٢)

والتعريف المستند الى التاريخ يجعل القانون الدستوري وفقاً على

(١) يشير برييلو الى أن هذا التحديد الواسع للقانون الدستوري ليس بدعة أو فرضاً بعيداً عن الواقع ، وإنما يصدر عنه معظم واضعي الدساتير وإن لم يصرحوا به . فدستور سنة ١٧٩١ مثلًا نظم السلطةين الإدارية والقضائية كما نظم حالة المواطنين ، وكذلك فعل دستور سنة ١٧٩٣ . والدستور الحالي – الصادر في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٦ – يحوى نصوصاً منظمة للسلطتين القضائية والإدارية في البابين التاسع والعشر – المرجع السابق ص ص ١٢ و ١٣ .

(٢) انظر في الأمثلة على ذلك

La Ferrière: «Manuel de droit constitutionnel»

الطبعة الثانية سنة ١٩٤٧ ص ص ٢٨٥ - ٢٨٦ . فوفقاً للتعديل الدستوري سنة ١٩٢٦ أضيف لنصوص دستور سنة ١٨٧٥ نص يقضي بایجاد صندوق لإدارة أذونات الدفاع الوطني واستهلاك الدين العام مع أن مثل هذا النص المالي يكتفى عادة في شأنه بأن يتضمنه قانون عادي – وبالعكس وفقاً 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 إلى العقل واللغة فإنه يجعل للقانون الدستوري  
مجالا يطغى على مجالات استقر العرف والمناهج الجامعية «٢» على اعتبارها  
خاصة بفروع القانون الأخرى . وبالنظر إلى النواحي التي يثبتها ذلك  
التعريف للقانون الدستوري يبين أنها تخص القانون الإداري فيما يتعلق  
بالتنظيم الإداري ، وقانون الاجراءات المدنية والتجارية فيما يتعلق بالتنظيم  
القضائي ، والقانون الدولي الخاص فيما يتعلق بتنظيم الجنسية . ولا يبقى  
للقانون الدستوري اذن سوى التنظيم السياسي للدولة – وهذا هو ماذهب  
إليه التعريف المستند إلى التاريخ وإن ضيق مجاله بأن قصره على ماتضمنته  
الوثيقة الدستورية من جهة وعلى الدول ذات الانظمة الحرة من جهة  
أخرى .

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

(١) ينتقد پريلو التعريف الذي أورده الاستاذ مركين جيتز فتش للقانون  
الدستوري بأنه صناعة الحرية او la technique de la liberté تعريفه  
بأنه صناعة السلطة la technique de l'autorité تمثيلا مع فكرته  
عن القانون الدستوري على ما سيجيء .

(٢) يؤكّد الاستاذ Vedel أثر التقاليد والعادات والمناهج الجامعية في  
تحديد نطاق القانون الدستوري ، ويبرر هذا الأثر بأن القانون الدستوري  
من العلوم الاجتماعية التي تستند إلى حد كبير على العقائد بخلاف  
العلوم الطبيعية التي تستند إلى أساس ثابتة لا تتأثر بتغير العقائد والآفكار –  
Droit constitutionnel سنة ١٩٤٩ ص ٦ .

أو « مجموعة القواعد القانونية التي تحدد السلطة السياسية وتنظم اتفاقها ومزاولتها »<sup>(١)</sup> .

### جهود الفقه في تعريف القانون الدستوري

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

والحق إننا إذا تركنا جانب الاعتبارات التاريخية نظراً لقيامها على أحداث بالذات قد ينفرد بها تاريخ فرنسا ، فإن الاعتبارات الأخرى يمكن أن توجد في غير فرنسا . وهذه الاعتبارات على ما تقدم شرحه متعددة فقد يكون مردتها إلى التقيد بنصوص وثيقة دستورية معينة أو اعتبارات شكلية ، وقد يكون مردتها إلى البحث في اشتتقاق لغوى أو اعتبارات لغوية ، وقد يكون مردتها إلى تقاليد جامعية وأساليب قانونية مستقرة أو اعتبارات أكاديمية .

وإذا محضنا التعريف التي اقترحها الكتاب في مختلف الدول للقانون الدستوري نجد أنها تصدر عن تغلب اعتبارات معينة على غيرها سواء وكانت هذه الاعتبارات شكلية أم لغوية أم أكاديمية أم غيرها . وظاهر من معنى التغلب أن ثمة صراعاً بين هذه الاعتبارات ينتهي بالكاتب إلى الانتصار لبعضها على البعض الآخر . ولقد رأينا كيف أن الاستاذ برييلو 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 ».

الدستوري ، كما أنه لم يقبل أن يساير الاعتبارات العقلية واللغوية إلى الحد الذي يصبح معه للقانون الدستوري مجال يطغى على مجالات القوانين الأخرى ويقضى على التقسيمات المستقرة للقانون في الدراسات الفقهية والمناهج الجامعية على السواء . واتمئن الفكر بالفقيره أنى أن يختلط طريقا وسطا ويزير في التعريف القاسم المشترك بين القديم والحديث والطابع الملحوظ للقانون الدستوري ألا وهو الطابع السياسي ، ومن ثم كان تعريفه للقانون الدستوري بأنه القانون المنظم لنشأة السلطة السياسية وانتقالها ومراحلتها .

وينحو منحى برييلو في التعريف كتاب آخر عن في فرنسا مثل لافاريير وديفرچيه . فالقانون الدستوري في نظر لافاريير <sup>(١)</sup> هو الذي يكون موضوعه تكوين الدولة وتنظيمها من الناحية السياسية ، وفي نظر ديفرچيه <sup>(٢)</sup> هو فرع القانون العام الذي يحدد تكوين الهيئات السياسية وينظم نشاطها في الدولة .

وأيا كان وجه الاختلاف بين هذه التعريفات فأنها تشترك جميا في ابراز الناحية الرئيسية في القانون الدستوري ألا وهي الناحية السياسية .

أما في إنجلترا فإن الكتاب يصدرون في تعريفهم للقانون الدستوري عن تأثير ملحوظ بالاعتبارات اللغوية التي تمثل 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  
est cette branche du droit public qui réglemente l'organisation et le fonctionnement des institutions politiques d'un Etat.

في فرنسا . ولعل الذي ساعد على تأثير هذه الاعتبارات ضعف الاعتبارات الشكلية والاكاديمية . فالدستور الانجليزي يستند في معظمها إلى العرف ولا توجد وثيقة دستورية شاملة كما هو الشأن بالنسبة إلى الدول الأخرى، وفضلاً عن ذلك فإنه لو كان من المقرر تقسيم القانون إلى عام وخاصة إلا أن الجهد التي بذلت في محظوظ الفقه والجامعات لتحديد مجالات فروع القانون العام ولا سيما القانون الإداري لم يقدر لها النجاح إلا مؤخراً على مasicic شرحه .

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

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

(١) انظر مؤلفه Jurisprudence الطبعة الثانية سنة ١٩٠٧ ص ١٠٦ ، ولا همية الألفاظ المستعملة نورد نص تعريفه

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

Constitutional law (٢) 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  
إذ يتآثر بالاعتبارات اللغوية تأثرا ظاهرا يجذب إلى التوسيع ويشمل كل  
ما يتصل بتكون الدولة ونظام الحكم فيها . فالدولة تحتل مكانا بارزا في  
تعريفات الفقهاء ، كما أن نظام الحكم يذكر بأوسع مقصود له . ويكتفى أن  
نسرد مثلا لذلك قول الاستاذ Dicey «يشمل القانون الدستوري ٠٠٠  
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 ، وتبيّن  
الكيفية التي تمارس بها سلطتها » «٢» .

وإذا انتقلنا إلى مصر نجد أن الكتاب قد تأثروا أيضا بالاعتبارات  
اللغوية فيما أوردوه من تعريف للقانون الدستوري . ولقد صرّح البعض  
منهم في صدد التعريف أن لفظ الدستور فارسي الأصل ومعناه الأساس أو  
القاعدة وأنه قد خلف منذ سنة ١٩٢٣ لفظ القانون الأساسي أو  
النظامي الذي يرمي هو الآخر إلى معنى الأساس أو التنظيم أو التكوين في  
الدولة «٣» .

على أن الكتاب في مصر وإن تأثروا كزملائهم في إنجلترا بالاعتبارات

(١) Constitutional laws الطبعة السادسة سنة ١٩٤٦ ص ٨ .  
ويراجع في هذا المعنى أيضا مؤلف Jennings المرجع السابق ص ص ٦١-٦٣ .

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

(٣) انظر على الأخص القانون الدستوري للاستاذين وحيد رافت ووايت  
ابراهيم نوفمبر سنة ١٩٣٧ الصفحة الأولى ، وللدكتور عثمان خليل النظام  
الدستوري المصري سنة ١٩٤٢ ص ٥٣ - ٥٥ والمادىء الدستورية العامة  
سنة ١٩٤٣ ص ٦ .

اللغوية الا أنهم تأثروا أيضاً بالاعتبارات الأكاديمية . وهذه الاعتبارات أقوى في مصر منها في انجلترا ومن شأنها أن تحمل الفقهاء على تضييق مجال القانون الدستوري بحكم أنها تسلم لفروع القانون العام الأخرى بمجالها الحقيقي . ويعkin أن نلمس أثر هذه الاعتبارات حتى في طلائع التأليف الدستوري ، فقد ورد في «مبادئ القانون الدستوري المصري والمقارن» الصادر سنة ١٩٢٥ لللاستاذين مصطفى الصادق ووايت ابراهيم أن «القانون العام الداخلي ينقسم إلى قانون دستوري أو نظامي وقانون اداري . فالقانون النظامي أي الدستوري هو القانون الاساسي العام الذي يبحث في قواعد النظام وفي تشكيل السلطات و اختصاصها والذى يبين الضمانات الاساسية للأفراد والجماعات . والقانون الادارى هو القانون العام المفصل ، فهو يبحث في تفصيلات تشكيل السلطات والمصالح العامة و اختصاصاتها و يبين حقوق الأفراد والجماعات وواجباتهم ازاء هذه السلطات والمصالح » .

على أن معظم تعريفات القانون الدستوري في مصر <sup>(١)</sup> – 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 التعريف المذكورة أما ترددنا غير مبرر أو توسيع لا موجب له .

اما التردد فيبدو على الأخص في شأن موضوع حقوق الأفراد وحياتهم . وآية ذلك أن التعريف تذكر من جهة «الحدود التي يجب على الدولة أن لا تتعدها في علاقاتها مع الجماعات والأفراد» «ومدى سلطان الدولة على

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

الافراد »<sup>(١)</sup> ، وتدكر من جهة أخرى « حقوق الافراد وحرياتهم » ، و«الضمانات الاساسية لحقوق الافراد »<sup>(٢)</sup> . وظاهر أن هناك تلازمًا بين الامرین . فحقوق الافراد قيد على سلطان الدولة كما أن الحدود الواردة على ذلك السلطان يتمثل فيها معنى الضمانات الاساسية لحريات الافراد . وهكذا يكون من المنطقى في التعريف الاكتفاء بذكر سلطان الدولة باعتباره العنصر الايجابى والنظر الى حقوق الافراد باعتبارهاقيودا ترد على ذلك السلطان وموضوعا متفرعا عنه .

ولكن هل يعتبر موضوع حقوق الافراد من مباحث القانون الدستورى ؟

لاجدال في أنه يعتبر كذلك في انجلترا ومصر . فالكافح الطويل في تاريخ انجلترا قد ربط بشدة بين القانون الدستورى والوثائق الدستورية المسجلة لحقوق الافراد كالعهد الاعظم Magna Charta سنة ١٢١٥ وملتمس الحقوق سنة ١٦٢٨ Petition of Rights ومشروع الحقوق لسنة ١٦٨٨ Bill of Rights . وبالاضافة الى هذه الاعتبارات التاريخية والشكلية تؤكد الاعتبارات اللغوية والاکاديمية شمول القانون الدستورى لموضوع الحقوق الفردية . فلفظ constitution ينسحب في معناه على كل ما يتصل بتكون الدولة ووظائفها بما في ذلك علاقتها بالافراد وما يترتب على هذه العلاقة من آثار . ويلقى موضوع الحقوق الفردية عنایة الكتاب الدستوريين كما أنه يندرج تحت المناهج الجامعية الخاصة بالقانون الدستورى . 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 مبادىء القانون الدستورى الطبعة الرابعة لسنة ١٩٤٩ الصفحة الاولى ، والدكتور عثمان خليل المبادىء الدستورية العامة ص ٦ .

## الحقوق الفردية في مصر «١» \*

أما في فرنسا فقد حدت الاعتبارات التاريخية والاكاديمية بمعظم الكتاب إلى استبعاد الموضوع المقدم من مباحث القانون الدستوري \* وللوقوف على الاعتبارات التاريخية يجدر بنا أن نذكر أن الفضل في تسجيل حقوق الأفراد «٢» يرجع إلى فقه الثورة الفرنسية ودستيرها \* ويشهد بذلك دستور ٣ - ١٤ سبتمبر سنة ١٧٩١ الذي تضمن في صدره اعلان حقوق الإنسان «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 الأفراد قد ألقى بالشك في تفكير الكتاب حول جواز اعتباره موضوعاً من موضوعات القانون الدستوري \*

ولم يكن هناك ما يبرر هذا المسلك في تفسير سكتوت دستور سنة ١٨٧٥ خاصة وأنه من المؤكد أن هذا السكتوت لم يكن مرده إلى الرغبة في مخالفة ما استقر بشأن اعتبار حقوق الأفراد موضوعاً دستورياً ، وإنما كان مرده إلى حرص الجمعية الوطنية عند وضع الدستور على تجنب النص على أمور

(١) من الملحوظ أن المؤلفات الدستورية في مصر كانت تكتفى في شأن حقوق الأفراد بدراسة تهافت ظل الدستور المعمول به ، ولكنها اتجهت مؤخراً إلى دراستها من الناحيتين العامة والتطبيقية . قارن الاستاذين مصطفى الصادق وواليت ابراهيم المرجع السابق صص ٢٢٧ - ٢٣٥ ، والاستاذين وحيد رافت وواليت ابراهيم المرجع السابق ص ص ٦٣٣ - ٦٤١ ، بالدكتور السيد صبرى المرجع السابق صص ٢٣٦ - ٢٤٦ والاستاذين عثمان خليل وسلامان الطماوى المرجع السابق صص ٣٩٥ - ٤١٧ .

(٢) وتسمى أيضاً الحقوق الأساسية *droits fondamentaux* والحريات *libertés individuelles* الفردية

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

(٤) نصت المادة الأولى من هذا الدستور على « الاعتراف بالمبادئ السامية المقررة سنة ١٧٨٩ وتأكيدها وضمانتها ، و التي تعتبر أساس القانون العام بالنسبة إلى الفرنسيين »

مسلمة خشية أن تشير مناقشتها مسائل لاداعي لاثارتها «١» .

وفيما يختص بالاعتبارات الاكاديمية تقدم أنه عندما أنشأ الوزير جيزو أول كرسى لتدريس القانون الدستورى 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 الدستورى الى القانون الادارى تحت اسم القانون العام . وبالرغم من أن منهج القانون الدستورى قد تقرر من جديد منذ سنة ١٨٧٨ الا أنه ازاء ضيق الوقت المخصص له كان يضطر القائمون على تدريسه إلى 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 التي أدت إلى استبعاده موضوع حقوق الافراد من مباحث القانون الدستورى 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 عدولًا عن وضع سبق أن استقر على الرابط بينها وبين الدساتير . ومن جهة أخرى تخصص الجامعات المصرية والإنجليزية للقانون الدستورى منهجاً كاملاً وليس فيها مادة تدرس في قسم الليسانس أو في قسم الدكتوراه يمكن أن تتسع لشمول موضوع حقوق الافراد .

(١) انظر Foignet موجز القانون الدستورى الطبعة ١٩٤٥ - ١٩٤٥ ص ٤٢٣ - ٤٢٥ .

(٢) لافارير المرجع السابق ص ٢ - ٣ .

وانظر بريلو المرجع السابق ص ٣ و ١٧ - ١٨ . ولا يقنع بريلو في استبعاده لموضوع حقوق الافراد بالاعتبارات التقديمة ، وإنما يضيف إليها أن حقوق الافراد أما أن ينظر إليها بوصفها مميزة لنظام دستورى حر فلا يكون لها ذاتية مستقلة بل تعتبر مندرجة تحت دراسة نظم الحكم ، وأما أن ينظر إليها في ذاتها بوصفها متفرعة عن علاقة الفرد بالمجموع فلا تعتبر من مباحث القانون الدستورى بل من مباحث القانون العام والقانون الادارى .

وليس يؤخذ على تعاريف القانون الدستوري في مصر أنها تتضمن تردیداً غير سبر فحسب وإنما تشتمل أيضاً على توسيع لاموجب له . ويبدو هذا التوسيع في اطراد التعاريف على ذكر السلطات العامة في الدولة دون تخصيص أو تمييز ، واعتبار مجال القانون الدستوري شاملًا لتنظيم تلك السلطات تكوينًا و اختصاصاً «<sup>١</sup>» .

ويستفاد من عدم تخصيص السلطات العامة أن المقصود بها السلطات الثلاث من تشريعية وتنفيذية وقضائية . وهذا التعميم محل للنظر . فلئن عنى القانون الدستوري بالسلطة التشريعية عناية تسحب على تكوينها و اختصاصها ، فإنه لا يولي نفس العناية إلى أي من السلطاتتين الآخريتين .

ويبرز هذه الحقيقة أن كلاً من هاتين السلطاتتين تدخل أساساً في مباحث فرع آخر أو أكثر من فروع القانون . بينما السلطة التنفيذية هي محور بحث القانون الإداري ، تعتبر السلطة القضائية محور بحث قانون الاجراءات المدنية والتجارية من جهة وقانون الاجراءات الجنائية من جهة أخرى .

وإذا كان القانون الدستوري يبحث في السلطة التنفيذية أو في السلطة القضائية فانما يبحث فيما بصفة تابعة لبحثه في السلطة التشريعية . غاية ماهنا ذلك أنه يتناول السلطة التنفيذية بقدر أوف من السلطة القضائية . ويمكن أن يفسر ذلك بأن السلطة التنفيذية وثيقة الصلة بالسلطة التشريعية حتى أنه يصعب تفهم الدور الذي تؤديه الأخيرة دون الاطلاط بعض الخطوط

(١) راجع الاستاذين مصطفى الصادق ووايت ابراهيم المرجع السابق ص ٥ «القانون الذي يبحث في قواعد النظام وفي تشكيل السلطات و اختصاصها» 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 إلى السلطة القضائية التي تقف بحكم مركزها بعيدة عن السلطتين الآخريتين ولا تشير اهتمام القانون الدستوري بها إلا في مسائل محددة 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 الاعتبارات اللغوية تسمح بشمول مجال القانون الدستوري للسلطات الثلاث ، وأنهم في هذا ينحون المنحى الموسع في التعريف كزملائهم في إنجلترا . ولكن يرد على ذلك بأنه إن ساغ من الكتاب في إنجلترا أن يسايروا الاعتبارات اللغوية التي هي أقوى من آلية اعتبارات أخرى هناك ، فليس يسوغ ذلك من الكتاب في فرنسا أو في مصر نظراً لقوة الاعتبارات الأكاديمية فيهما . ولقد بينما كيف أن مقتضى هذه الاعتبارات في فرنسا مراجعةً أمرين : أولهما البقاء على تقسيم القانون المستقر إلى عام وخاص وإلى فروعهما المختلفة ، والثاني الاسترشاد في تحديد مجال القانون الدستوري بالطابع السياسي الذي يتميز به عن غيره من القوانين الأخرى .

ومن عجب أن يسلم الكتاب في مصر بهذه الاعتبارات ولا يرعونها في تعريفهم للقانون الدستوري . فلم يعرف أن واحداً منهم قد دعا إلى نبذ تقسيمات القانون المستقرة ، وفضلاً عن ذلك فإنهم يحرصون على ابراز الطابع السياسي في التعريف بالإشارة إلى أن مجال القانون الدستوري هو تحديد نظام الحكم في الدولة <sup>(١)</sup> . فكان حقيقةً لهم أن يخصصوا عموم ما أوردوه من تعاريف نزواً على مقتضيات الاعتبارات الأكاديمية بحيث يجعلون مجال القانون الدستوري شاملًا للسلطة التشريعية بصفة أساسية وللسلطتين الآخريتين بصفة تبعية .

(١) انظر المراجع السابقة في الصفحات المشار إليها .

ويبدو أن الكتاب في مصر لا يقصدون حقيقة إلى اعتبار السلطة القضائية داخلة بصفة أساسية في مباحث القانون الدستوري بدليل أنهم لا يتعرضون لبيان تشكيل المحاكم أو ذكر اختصاصها وإنما يقنعون بالكلام عن مبدأ استقلال القضاء ورقبته على دستورية القوانين . وهم بذلك يخالفون ما جرى عليه معظم الكتاب في إنجلترا من تخصيص قدر أوف لمعالجة السلطة القضائية من حيث التكوين ومن حيث الاختصاص <sup>(١)</sup> .

### التعریف الذي نفضل له للقانون الدستوري

ظاهر مما تقدم أن ثمة اعتبارات عديدة تؤثر في تعريف القانون الدستوري وتجعله مختلفاً من دولة لأخرى – بل ومن كاتب لآخر – تبعاً لنوع الاعتبارات التي يعطى لها الأرجحية . وليس ينبغي تغليب الاعتبارات التاريخية أو الشكلية إذا أردنا أن نصل إلى تعريف يمكن أن يصدق على القانون الدستوري في معظم الدول <sup>(٢)</sup> . ويقى أن نعمل على التوفيق بين غيرها من الاعتبارات وأهمها الاعتبارات اللغوية والاعتبارات الأكاديمية .

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

(١) انظر مثلاً WadeKeith المرجع السابق صص ٢٢٨ – ٣٣٤ ، Hood Phillips المرجع السابق صص ٢٣٩ – ٢٥٨ ، RidgesConstitutional Law – Ridges الطبعة الثامنة صص ٣٣٢ – ٤٠٥ ، سنة ١٩٥١ صص ٣٠٥ – ٣٤٤ .

(٢) تقدم البيان أن الاعتبارات التاريخية مستمدّة من التاريخ ومن ثم تختلف تبعاً للتاريخ كل دولة . أما الاعتبارات الشكلية فمستمدّة من الوثيقة الدستورية وهذه أيضاً تختلف من دولة لآخر خاصة وأنه لا يوجد تلازم بين ما هو دستوري وبين الوثيقة الدستورية . ولقد بينما فيما سبق كيف أن الوثيقة الدستورية لا تضم كل ما هو دستوري من جهة كما أنه ليس كل ما تضمه الوثيقة الدستورية دستورياً في موضوعه من جهة أخرى .

ذلك دور الطابع السياسي الذي يميز القانون الدستوري تميزاً واضحاً  
عن سائر فروع القانون العام ، ويحدد في ذات الوقت مجاله على نحو يحول  
دون طغيانه على مجالات القوانين الأخرى . وفي ظل هذا التحديد تكون قد  
سايرنا الاعتبارات اللغوية بالقدر الذي لا يجافي الواقع أو يخرج على  
تقسيمات القانون المستقرة في محيط الفقه والجامعات .

وعلى هذا النحو يمكن أن نعرف القانون الدستوري بأنه مجموعة القواعد  
التي تنظم علاقة الدولة بالفرد من الناحية السياسية أي التي تحديد التنظيم  
السياسي في دولة ما . ويكون مقتضى هذا التعريف تقسيم مجال القانون  
الدستوري إلى موضوعين رئيسين : الدولة ونظام الحكم .

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

وأما موضوع نظام الحكم فمرده إلى الطابع السياسي الذي يتسم به  
القانون الدستوري ، وهو ما يعرف بالتنظيم السياسي للدولة وينصرف أساساً  
إلى السلطة التشريعية وتبعاً إلى السلطات التنفيذية والقضائية .

## الفصل الثاني

### مصادر القانون الدستوري

لكلمة مصدر source معان عديدة يهمنا منها معندين : أولهما الطريق الذي يكتب القاعدة القانونية صفتها الالزامية ويسمى المصدر الرسمي «<sup>١</sup>» ، والثانى الطريق الذى تكون به القاعدة القانونية أى كل ما تستمد منه القاعدة القانونية مادتها أو موضوعها أو مضمون خطابها ويسمى المصدر المادى أو الموضوعى أو الحقيقى «<sup>٢</sup>» .

ولئن كان المصدر الرسمى والمصدر المادى متميزين الا أن بينهما صلة وثيقة . ففضلا عن أن المصدر المادى يمثل مرحلة حتمية سابقة على المصدر الرسمى لما هو مفهوم من ضرورة أن تكون القاعدة قبل أن تكتسب صفة الالزام ، فإن من المتصور أن يقوى المصدر المادى فيصبح مصدرًا رسمياً أو أن يهبط المصدر الرسمى فيصبح مجرد مصدر مادى . ومرد ذلك كله إلى العوامل المختلفة التي تؤثر في 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 في أن مصادر القانون تختلف بين مجتمع وآخر بل وفي نفس المجتمع بين وقت وآخر .

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

.source formelle; formal source (١)

.source matérielle, réelle; material source (٢)

وأسبغوا عليها صفة الالزام . فإذا ماسار المجتمع في طريق التطور خضعت قوانينه المؤثرات شتى إلى أن يصل إلى مرحلة التنظيم السياسي فتبشر فكرة الدولة ويزير 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 التي تخضع لها قوانين المجتمع خلال مراحل تطوره فإنها متغيرة ومتعددة . ولكن السائد في كتابات الفقهاء أن هذه المؤثرات ترجع بصفة رئيسية إلى أربعة : الدين والعدالة والقضاء والفقه . فالدين يكون مصدراً رسمياً للقانون إذا تضمن قواعد تنظم الروابط الاجتماعية ويكتفى اطاعتها جزءاً وضعيفاً «٢» . وللعدالة دور ملموس في تطور الشرائع إذ كثيراً ما ألهمت القضاة حلولاً تخفف من أحکام قانون وضعيف جائز أو تكفل للافراد حقوقاً تنكر عليهم لجمود في القانون أو عيب فيه «٣» . والقضاء إذا ما اطرد على تطبيق قاعدة يشيد بها يكتب لها النقاد أسوة بأحكام القانون المعهول به . والفقهاء وإن اقتصر دورهم على استنباط أحكام قانونية توزن بقدر ما تتطوى عليه من سلامة واقناع ، إلا أن التاريخ يثبت عهوداً اعترف

(١) راجع في تفصيل موضوع المصادر مؤلفات أصول القانون السابق الاشارة 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 الأخص بأن الدين المسيحي لم يعرض لأمور الدنيا إلا بقدر ضئيل بينما نظمت الديانات اليهودية والإسلامية كثيراً من الروابط الاجتماعية .

(٣) يظهر أثر العدالة واضحاً في القانونين الرومانى والإنجليزى . فباسم القانون الطبيعي والعدالة تكون قانونشعوب 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 اممزج قانون العدالة مع القانون العام .

لهم فيها بسلطة الافتاء الملزم أى الزام القضاة بالحكم وفقاً لما كانوا يفتون  
به «<sup>١</sup>» .

وائرأى الفقهى مجمع على التشريع ولكن المصادر الأخرى محل  
للخلاف سواء من حيث عددها أو من حيث أهميتها . وحسبنا أن تقرر  
هنا ماذهب إليه البعض بحق من أن العدالة لا تعتبر مصدرًا متميزاً «<sup>٢</sup>» . وآية  
ذلك أنها أما أن تحدو إلى سن قاعدة قانونية ما فيكون مصدر  
القاعدة التشريع ، وأما أن تحدو بالقاضى إلى أن يشيد قاعدة يطرد على  
تطبيقاتها فيكون مصدر القاعدة القضاة «<sup>٣</sup>» .

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

(١) كما حدث بالنسبة إلى كبار الفقهاء الرومان في القرن الخامس الميلادي .

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

(٣) يؤكّد هذا النظر أن الأمثلة التي تضرب للقوانين التي أوجدها العدالة  
هي ذاتها التي تضرب للقوانين التي شيدتها القضاء كقانون الشعوب وقانون  
العدالة سالفى الذكر .

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

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

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

وإذا انتقلنا إلى القانون الدستوري ألقينا مصادرها أربعة رئيسية تدرج في الأهمية على النحو الذي يلى :

الفقه ، والقضاء ، والعرف ، والتشريع .

## المبحث الأول

### الفقه والقضاء

#### الفقه

انقضى عهد كان يسمح فيه للفقه *doctrine* بأن يكون مصدر ارسمياً للقانون ، وهبط إلى مستوى المصدر المادي . على أنه وإن ساعد على تكوين القواعد القانونية إلا أن دوره أبرز في تفسير النصوص التي يسنها المشرع<sup>(١)</sup> . فقل أن تخلو هذه النصوص من نقص أو غموض فضلاً عن أنه كثيراً ما يطرأ بعد سنها من التطورات ما يجعلها قاصرة عن مسيرة أحوال الجماعة .

ومهمة الفقيه هي التوافر على دراسة النصوص ، وبحث الكيفية التي تعالج بها الأغراض المقصودة منها ، وتبصير المشرع والقاضي بأوجه النقص ونواحي الغموض فيها ، واقتراح الحلول الكفيلة بكمال 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 وإن لم يكن لها أية صفة الزامية ، فإن لها أثرها التوجيهي المحقق . ويزداد هذا الأثر وضوحاً كلما ارتفعت مكانة الفقيه وقويت الاسانيد التي يعزز بها نظرياته وآرائه .

ويشير الاستاذان Wade و Phillips إلى أن أثر الفقه في مجال القانون الدستوري الانجليزي اظهر منه في مجالات القوانين الأخرى .

(١) ولهذا يسمى بالمصدر التفسيري .

وتبريرهما لذلك أن النصوص الدستورية قليلة نسبياً في إنجلترا ولا سيما  
إذا قورنت بنصوص القانون الخاص ، الأمر الذي يؤدي إلى بقاء كثير من  
الموضوعات خارج نطاق التنظيم القانوني وبالتالي حاجتها إلى أن تدرس من  
جانب الفقهاء <sup>(١)</sup> .

والحق أن التاريخ يسجل جهوداً فقهية كان لها في مختلف الدول والمعاهد  
أثر ملحوظ في عقلية المشرع الدستوري <sup>(٢)</sup> . ويكفي أن نضرب مثالاً لتلك  
الجهود في إنجلترا كتابات هوبز Hobbes وLocke ، وفي فرنسا  
كتابات منتسيكيو Montesquieu وروسو Rousseau ومايل Mably وجيزو

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

(٢) انظر تحليل أثر الفقه في الثورة الفرنسية للاستاذ لافاريير المرجع  
السابق ص ص ٢٨ - ٣٧ . وينوه المؤلف بأهمية كتابات منتسيكيو وروسو في  
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 لاپراديل 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 au-  
jourd'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 souverai-  
neté nationale ».

### القضاء

القضاء jurisprudence هو مجموعة الاحكام التي تصدر من المحاكم في سدد تطبيقها للقانون على المنازعات التي تعرض عليها . وهذه الاحكام على نوعين : احكام عادية arrêts ordinaires لا تعود أن تكون مجرد تطبيق للقانون ، وأحكام متضمنة لمبادىء لم ينص عليها القانون أو على الأقل مبادىء تجسم خلافاً فيه وتسمى arrêts de principe ٢) .

ولا جدال في أن القضاء كان مصدراً رسمياً في القديم كما يشهد بذلك تطور معظم القوانين ولا سيما القانون الروماني والقانون الانجليزي .

ولا جدال أيضاً في أن القضاء مصدر مادي بالنسبة إلى القوانين الحديثة إذ يمدّها بحلوله العملية التي يستلهمها من شتى المصادر . ويبرز دوره على الأخص في تفسير النصوص التشريعية شأنه في ذلك شأن الفقه .

على أن القضاء يختلف عن الفقه حتى في هذا المجال . فالفقهي يفترض الاحتمالات ويقترح لها المناسب من الحلول ويردها إلى الأصول والنظريات . فطابع الفقه العمومية ، ومزيته استباقي الأحداث ومسايرة التطور . أما القضاء فيقنع بأن يعيش في القضايا المعروضة عليه ويسعى إلى الفصل فيها على هدى الاعتبارات العملية التي تحتل المكان الأول في ساحته . فإذا كان الفقه يمثل الناحية العلمية أو النظرية للقانون فإن القضاء يمثل الناحية العملية أو التطبيقية فيه .

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

(٢) وهذه المبادىء هي المدلول الأخص لاصطلاح jurisprudence . jurisprudence constante وإذا ما استقر القضاء على تلك المبادىء يقال

واختلاف الأسلوب الذي يعالج به كل من الفقه والقضاء المشكلات التي يعني بها، يحتم تعاونهما لتشييد صرح قانوني أمثل . فمزية كل منهما هي عيب الآخر . وآية ذلك أن تفكير القاضي منطقى متطور ولكن عيبه احتمال الاغراق في المنطق والنظر إلى حد يبعد به عن ملابسات الحياة العملية . أما تفكير القاضى فواقعى عملى ولكن عيبه احتمال المبالغة في تغليب الاعتبارات العملية إلى حد ينأى بحلوله عن المنطق العلمى السليم ، ونزعة محافظته تأبى أن تسابر التطور إلا بقدر .

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

من المسلم أنه لا يعد كذلك حين اصداره أحكاما عادلة إذ أن مهمته لا تهدو حينئذ تطبيق القانون على حالته أو تفسيره على نحو لا يخرج به عن مقاصد المشرع .

أما بالنسبة إلى الأحكام المتضمنة لمبادىء فان القاضى يعمد بدعوى التفسير إلى تشييد قاعدة قانونية جديدة «<sup>١</sup>» ويحتاج الامر حينئذ إلى تفصيل يوضح اختلاف صفة القضاء تبعاً للنزعـة الرومانية أو النزعـة الانجليوسكسونية .

وإذا اخذنا فرنسا مثلاً للمدول التي سادت فيها النزعـة الرومانية نجد أن بعض الفقهاء يذهبون إلى وجوب اعتبار القضاء مصدرا رسميا للقانون . ولكن الرأى الغالب هناك يرفض اعتباره كذلك استنادا إلى أن الحلول التي يسجلها القضاء تفتقر إلى العمومية والالزام .

(١) ويسمى البعض القضاء حينئذ بالقضاء البريتورى اشارة إلى أن دور القاضى يكون كدور البريتور فى القانون الرومانى jurisprudence prétorienne . ويقال أيضاً أن القضاء يشيد القانون la jurisprudence fait la loi . راجع في الأمثلة على القواعد والنظريات القانونية التى شيدتها القضاء الدكتور سليمان مرقص المرجع السابق صص ٢٧٥ و ٢٧٦ .

فمنذ أن اندثرت المحاكم الفرنسية القديمة ( المعروفة باسم البرلمانات ) والتي كانت تتولى التشريع فعلاً ، وتقرر مبدأ الفصل بين السلطات - أضحى من واجب القاضي بنص القانون «<sup>١</sup>» أن يقتصر في قضائه على النزاع المعروض عليه وألا يجاوزه إلى غيره من المنازعات المماثلة . و حتى على فرض استحداث القضاء لمبدأ لم ينص عليه المشرع واطراده على تطبيقه ، فإن هذا المبدأ وإن أضحى مسلماً به من الناحية العملية يكون مجردًا عن صفة الالزام إذ يملك القاضي الذي استند إليه أو أى قاض آخر أن يرفض تطبيقه من الناحية القانونية .

فالقاعدة المقررة في فرنسا أن المحكمة ( ابتدائية كانت أو استئنافية أو محكمة تقض ) حرية في أن تطبق المبدأ الذي تراه دون أن تقييد بقضاءها السابق أو بقضاء محكمة أخرى في درجتها أو أعلى منها درجة «<sup>٢</sup>» .

وإذا اتخذنا إنجلترا مثلاً للدول التي تسود فيها النزعة الانجلوسكسونية نجد أن القضاء فيها يعد مصدراً رسمياً للقانون بلا منازع «<sup>٣</sup>» . فأهمية السوابق القضائية كما يذكر الاستاذ Salmond « هي أكبر مميز للقانون الانجليزي . والقانون العام common law أو القانون غير المكتوب يستند في معظمها إلى قضايا فصل فيها وجمعت في سلسلة ضخمة من المجموعات التي

(١) تنص المادة الخامسة من القانون المدني الفرنسي على أنه « يحرم على القضاة أن يضعوا للفصل في أحدى القضايا مبدأً عاماً يطبق في القضايا المماثلة » .

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

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

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

ترجم الى عهد الملك ادوارد الاول في نهاية القرن الثالث عشر «١» .

ومقتضى نظام السوابق القضائية أن كل محكمة (ابتدائية كانت أو استئنافية أو مجلس اللوردات) تتقيد بالحكم الذي أصدرته كما تقييد به المحكمة التي في درجتها والمحكمة الادنى منها درجة . ومعنى أن المحكمة تقيد بالحكم أنها تتلزم باتباع المبادىء التي استوجبها الفصل في القضية «٢»، ويسمى الجزء من الحكم المتضمن لهذه المبادىء *ratio decidendi* «٣» .

وللسوابق القضائية أهميتها في مختلف فروع القانون الانجليزي . ولقد حدت بالمستغلين بالقانون الى تجميعها في مجموعات تسمى Law Reports يرجعون اليها بنفس الكيفية التي يرجع بها زملاؤهم الى النصوص التشريعية في فرنسا .

ويبدو اهتمام الكتاب بالسوابق القضائية في حرصهم على الاستشهاد بها وتخصيص قائمة لها في مؤلفاتهم «٤» . بل ان الباحث يلمس آثر هذه السوابق في الطابع التحليلي الذي طبعت به جل التأليف في القانون .

ويدين القانون الدستوري بالكثير للسوابق القضائية . وتتضح هذه الحقيقة على الاخص بمراجعةدور الكبير الذي قام به القضاء للحد من امتيازات التاج في صالح البرلمان ولتأمين الافراد على حقوقهم وحرياتهم الاساسية «٥» .

(١) المرجع السابق ص ١٦٠ .

(٢) تختلف السوابق القضائية من حيث قوّة زامها . ويقسمها Salmond الى نوعين : سوابق لها قوّة زامية مطلقة وأخرى لها قوّة زامية مقيدة او مشروطة — absolute and conditional authority of precedents . راجع مؤلفه سالف الذكر ص ١٦٥ - ١٧١ .

(٣) أما أجزاء الحكم الاخرى فتسمى *dicta obiter* او *dicta* ولها قوّة ادبية او اقناعية فحسب ، وتفاوت حتى في هذه القوّة تبعاً لتقدير القاضي .

(٤) انظر مثلاً الاستاذين Wade و Phillips المرجع السابق ص xxi ، و Keith المرجع السابق ص xli ، و Forrest المرجع السابق 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 خصيصاً لهذا الغرض «<sup>١</sup>» . وحسبنا أن نشير هنا إلى أن مشروع الحقوق لسنة ١٦٨٨ Bill of Rights لم يكن فيما أورده من قيود على امتيازات التاج إلا مسجلاً للمبادئ المقررة في السوابق القضائية الصادرة خلال القرن السابع عشر وأهمها «<sup>٢</sup>» :

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 إلا مؤخراً ، ولا يزال يحتاج إلى المزيد من جهودهم . على أن فقهاء القانون الخاص توافروا على دراسة العرف وبحثوا الكثير مما يتصل به منذ أمد ليس بالقصير ، فمهدوأ بذلك السبيل أمام فقهاء القانون العام ورسموا لهم خطوطاً رئيسية تصلح لأن يسترشدوا بها بالرغم مما قد يستوجبه اختلاف طبيعة القانون العام من معاير في أسلوب البحث .

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

(١) نذكر منها مؤلف الاستاذين

Cases in constitutional law — Lawson, Keir

طبعة الثانية سنة ١٩٣٣ ، ومؤلف الاستاذين

Leading — Hood Phillips, Thomas

طبعة الثامنة سنة ١٩٤٧ cases in constitutional law

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

ولعل أول ما يشيره هذا البحث من تساؤل هو محاولة تعريف العرف الدستوري وتحديد أركانه وشروطه . على أن الإجابة على هذا التساؤل تختلف تبعاً لوجهة النظر التي يستقر عليها الباحث حول مدى صلاحية العرف لاز يكون مصدراً رسمياً للقانون الدستوري . ومن ثم يكون من المنطقي أن نبدأ بالبحث فيما إذا كان العرف مصدراً رسمياً للقانون الدستوري ، فإن كان كذلك أمكن أن ننتقل إلى مناقشة سائر المسائل التي تتصل به .

### هل العرف مصدر رسمي للقانون الدستوري؟

ليس من منازع في أن العرف كان مصدراً رسمياً ، بل المصدر الرسمي الوحيد للقانون في المجتمعات الأولى . وليس من منازع في أنه لا يزال مصدراً مادياً للقانون في المجتمعات الحديثة . ولكن الخلاف يثور بالنسبة إلى هذه المجتمعات حول ما إذا كان العرف مصدراً رسمياً للقانون .

العرف في فقه القانون الخاص : اختلفت الآراء حول مدى صلاحية العرف لاز يكون مصدراً رسمياً للقانون تبعاً لاختلاف وجهة النظر في تكييف طبيعة القاعدة القانونية . ويمكن أن ترد وجهات النظر في هذا الصدد إلى اتجاهين رئيسين : 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 تعود أن تكون قاعدة آداب مرعية positive morality ، وأنها لا تكتسب صفة القاعدة القانونية إلا بأحد طريقين : أما عن طريق السلطة التشريعية فيكون مصدرها التشريع statute law ، وأما عن طريق

القضاء فيكون مصدراً لها قانون السوابق القضائية أو القانون القضائي  
• «<sup>١</sup> case law, judiciary law

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 الذي يسجل فيه .

وقد أخذ على هذا الرأى أن العرف قانون قبل أن يسجله المشرع أو القاضى . وليس يتنافى مع قيمة العرف كمصدر رسمي 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 صفتة القانونية وان لم يطأ ما يستدعي تطبيقه قضاء (٢) .

وأحس المعتدلون من أنصار الاتجاه الشكلي أو الرسمي في تكيف القاعدة القانونية ما يفضي إليه التمسك بهذا الاتجاه على اطلاقه من تائج تجافي الواقع ، فذهبوا إلى الاعتراف بالعرف على أساس أنه يمثل الارادة المفروضة للشرع \*

ولئن كان لهذا الرأى ميزة الاعتراف بالقوة الالزامية للمعرف دون توقيف على اقرار المشرع الصريح له أو تطبيقه من جانب القضاء ، الا أنه

<sup>٤١</sup> 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 صص ٦٣ - ٦٦ . ويلاحظ أن الاستاذ Allen يؤكد أن العرف في مراحله الاولى يرمز إلى معنى الاتفاق أو التوافق أكثر منه إلى معنى الخلاف أو النزاع فلا يكون بحاجة لأن يعرض أمره على القضاء .

لایزال يقيم القانون على ارادة المشرع ويهمل ارادة المجموع التي يدين لها المشرع نفسه بسلطانه . كما أنه يتجاهل حقيقة التنظيم الذي شيد المجموع ومقتضاه أن المشرع لا يملك سن قواعد تشرعية أو تعديلها إلا وفقا لإجراءات معينة ، فالقول بأن العرف يمثل ارادته المفروضة يتضمن التسلیم له بسن قواعد تشرعية أو تعديلها من غير مراعاة لتلك الاجراءات وهو مالا يملکه<sup>(١)</sup> .

**أما الاتجاه الموضوعي أو الاجتماعي في تكييف القاعدة القانونية :** فانه لا يقف عند المظهر الخارجي للقانون وإنما ينفذ إلى حقيقته وكتبه ، ويحلل شتى العوامل التي تضافرت في تكوينه . ومن زعماء هذا الاتجاه أصحاب المدرسة التاريخية الالمانية Ecole historique Savigny<sup>(٢)</sup> وفي مقدمتهم Puchta . وقد ذهب هؤلاء إلى أن القانون ولد الجماعة وثمرة تطورها، وربوا 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 إلى الاعتراف بوجود القانون — وهو وجود معنوى — هو الاستدلال عليه من الأعمال الخارجية أو العادات أو التقاليد أو العرف »<sup>(٣)</sup> .

ويبرر Arndts القوة الالزامية للعرف بأنه « قانون بطبيعته لا لاز

(١) انظر Gény Méthode d'interprétation — الجزء الأول الطبعة الثانية سنة ١٩٣٢ ص 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 ضمناً، وإنما لأنّه يعبر عن حقيقة ضمير الجماعة»<sup>(١)</sup> •

فأصحاب المدرسة التاريخية يردون القانون إلى مصدر وحيد هو ضمير الجماعة ويسعون إلى تلمس هذا الضمير بأى قرينة تدل عليه ولو كانت عملاً خارجياً منفرد<sup>(٢)</sup> • فليس غريباً أذن أن ينظروا إلى العرف والى سائر مصادر القانون على أنها مجرد وسائل لاظهار القانون والتعمير عنه<sup>(٣)</sup> ، وأن يعتبروا العرف أقوى من هذه الوسائل بحكم أنه أقرب إلى ضمير الجماعة •

على أن الواقعين من أنصار الاتجاه الموضوعي أو الاجتماعي في تكيف القاعدة القانونية رفضوا أن يسايروا المدرسة التاريخية إلى حد اقامة القانون الوضعي على فكرة نفسانية بحتة يكتتفها الكثير من الغموض ويصعب التثبت من وجودها ومعالتها — ألا وهي فكرة ضمير الجماعة •

فالاستاذ Allen في إنجلترا يستشهد بكتابات Gierke الألماني للتدليل على أن القانون الوضعي يعني أساساً بأعمال الأفراد الظاهرة ويتأثر بها في تطوره أكثر من تأثيره بالضمير الخفي للجماعة • ومن ثم فهو يقرر أن « استطلاع ضمير الجماعة لا ينبغي أن يقلل من أهمية الاطراد على

(١) انظر Salmond المرجع السابق ص ١٥٥ حيث يذكر أيضاً عبارات الفقيه الألماني Windschied التي تظهر بوضوح نظرة المدرسة التاريخية إلى 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 representation, it creates law by means of legislation. Immediately, it creates law by means of custom ».

(٢) راجع مقال Siotto Pintor عن العرف في القانون الداخلي والذي نشر في مجموعة القانون المقارن المهدأة إلى الاستاذ Lambert سنة ١٩٣٨ ص ٣٧٧

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

اتباع العرف . فهؤلئن العنصراً متداخلان ويكملا كل منهما الآخر » (١) .

والاستاذ جنى Gény في فرنسا ينحو منحى مماثلاً وياخذ على مؤسسى المدرسة التاريخية أنهم توهموا تفسير كل وضع قانوني بالرجوع إلى فكرة ضمير الجماعة بينما « تثبت الحقائق العملية أن هذه الفكرة ذات الصبغة الروحية لاتكفى وحدتها لتبرير القوة الالزامية للعرف » (٢) .

ويمكن أن يقال بصورة عامة إن الواقعيين من أنصار الاتجاه الموضوعى أو الاجتماعى يعتبرون العرف مصدراً رسمياً للقانون ويردون قوته الالزامية إلى اعتبارات عملية بعاجل الاعتبارات النظرية المتقدمة (٣) . فهم يشيرون إلى أن العرف ينشئ قواعد يتلقاها المجتمع جيلاً عن جيل فيكون لها في تفوس الأفراد منزلة سامية بحكم ميلهم الطبيعي نحو اتباع المأثور واقتضاء الخلف أثر السلف ، وأن المجتمع أذ يطرد على اتباع قاعدة ما فإنه يجعل لها ذاتية ظاهرة تنبئ عن اقتناعه بأنها تتحقق في نظره العدالة والتوازن المنشود بين شتى المصالح فيه . وهكذا يكون من حق المجتمع أن يطمئن إلى العرف ومن حق الأفراد أن يفترضوا استمراره وأن ينظموا علاقتهم بالاستناد إليه ، فيكون العرف دعامة من دعائم المجتمع وعامل من عوامل استقرار نظمه كالتشرع تماماً .

**العرف في فقه القانون الدستورى :** يسلم الكثير من الكتاب الدستوريين بالعرف كمصدر رسمي للقانون الدستورى دون أن يعنوا بتمحیص هذا الموضوع ، وإن وجه بعضهم عنایته نحو بيان الشروط الواجب توافرها في

(١) المرجع السابق ص ص ٩٠ - ٩٢ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٣٤ .

(٣) انظر Gény المرجع السابق ص ص ٣٤٧ - ٣٥٠ ، و Allen المرجع السابق ص ص ١٤٢ - ١٤٣ ، و Salmond ص ص ١٤٤ - ١٤٦ .

العرف الدستوري وتحديد مركبه بالنسبة إلى التشريع «١» .

على أن فريقا من الكتاب ناقشوا مدى صلاحية العرف لأن يكون مصدرا رسميا للقانون الدستوري . ويمكن أن نرد كتاباتهم إلى الاتجاهين الرئيسيين سالف الذكر في فقه القانون الخاص أى الاتجاه الشكلي أو الرسمي والاتجاه الموضوعي أو الاجتماعي «٢» .

أما الاتجاه الشكلي أو الرسمي في تكييف القاعدة القانونية : فلا يسلم بغير التشريع مصدرا وينكر كل قيمة للعرف إلا إذا 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 الشكلي أو الرسمي واضحًا في كتابات كاريه دي مالبرج Carré de Malberg «٣» وDelvolvée دلقولقيه في فرنسا ، وكارلو جيرولا Carlo Girola في 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 إلى هذين الاتجاهين عند مناقشة قواعد القانون الدستوري وبيننا اختلاف النظر إلى عنصر الجزاء تبعا لهما . في بينما الاتجاه الشكلي أو الرسمي يتطلب في القاعدة القانونية أن يكون لها جزاء مادي تتکفل الدولة بتوقيعه ، يقنع الاتجاه الموضوعي أو الاجتماعي بأن يكون لها جزاء معنوي يتمثل في رد فعل اجتماعي عند مخالفتها - راجع صص ٨ - ١٠ من هذا المؤلف .

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

الجزء الأول 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 إلى الاعتراضات التي أوردها الاستاذان كارييه دي مالبرج ودلفولفيه في شأن انكار قيمة العرف الدستوري ، فقد تصدى لمناقشتها والرد عليها الاستاذ جويه Gouet <sup>(١)</sup> . وأهم هذه الاعتراضات اثنان : أولهما أن القواعد المنسوبة إلى العرف غير مستقرة لأنها تزول بمجرد ظهور عادات تعارض معها ، والثاني أنه لا توجد سلطة رسمية تختص بالاعتراف بدستورية تلك القواعد نظراً لامتناع المحاكم في فرنسا عن النظر في دستورية القوانين .

ويرد جويه على الاعتراض الأول بأنه اعتراض لا يقتصر على العرف وإنما يمكن أن يوجه إلىسائر مصادر القانون بما فيها التشريع . فالتشريع قد ينسخ بتشريع لاحق ولكن ذلك لا يحول دون الاعتراف بصفته القانونية . ويضيف جويه أن ليس صحيحاً ما يتضمنه الاعتراض المذكور من أن مجرد ظهور عادة مخالفة لقاعدة عرفية يفضي إلى العائمة إذاً العادة لا تصبح لها قوة العرف إلا إذا استوفت شروطها 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 قضاها اختصاص الدستورية . ويذهب جويه إلى أنه حتى في فرنسا يصح أن يقال بأن مجلس الدولة ساهم فعلاً في تشيد غير قليل من قواعد العرف الدستوري .

ويظهر الاعتراض الثاني الاتجاه الأصيل الذي صدر عنه كارييه دي مالبرج في تكييفه للقاعدة القانونية ألا وهو الاتجاه الشكلي أو الرسمي . وهذا الاتجاه هو الذي حدا به إلى أن يقرر أن « العرف قاصر عن أن يخلق قانوناً له صفة دستورية لأن قوة الدستور تمثل في أن المبادئ والنظم والحقوق التي يقررها لا يمكن تعديلها إلا بطريق تأسيسي . ولا يملك

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

اجراء هذا التعديل سوى الهيئة التأسيسية . . . . و اذا كان للعرف أحيانا سلطان فعلى على المشرع فليس مرد هذا السلطان الى اعتبارات قانونية وانما الى اعتبارات سياسية او أدبية . أما من الناحية القانونية فإنه ما من عرف الا ويجوز استبعاده عن طريق التشريع ، ومن ثم لا يسوغ التسليم بما يسميه الفقه (العرف الدستورى ) لانه يفتقر الى ما تقتضيه طبيعة الدستور من قوة الازامية مميزة » (١) .

و ظاهر أن كاريه دى مالبرج قد عقد مقارنة بين الدستور والعرف ولكن لم يكن موفقا في النتائج التي خلص اليها من وراء تلك المقارنة . فنقطة البداية التي صدر عنها هي أن الدستور جامد أى أنه يحتاج في تعديله إلى اجراءات تختلف عن الاجراءات الالزمة لتعديل القوانين العادية . ولئن كان الدستور الذي اتخذه الفقيه المذكور أساسا لبحوثه هو دستور سنة ١٨٧٥ الجامد ، إلا أن من الدساتير ما يمكن تعديله بنفس الكيفية التي يتم بها تعديل القوانين العادية وتسمى الدساتير المرنة . وفي ظل هذه الدساتير لا يكون ثمة سند للمقارنة المشار إليها . بل انه حتى في ظل الدساتير الجامدة لا تؤدي المقارنة التي عقدها الفقيه إلى استحالة نشوء قواعد عرفية وانما أقصى ما يمكن أن توصل إليه هو عدم الاعتراف لتلك القواعد بنفس القوة التي للنصوص الدستورية على ما سيبين فيما بعد .

و غنى الاستاذ Girola بتفسير القوة الالزامية للعرف الدستوري على نحو يكاد يبدو مبتakra ولكنه صادر في حقيقته عن النزعة المعتدلة في

La loi, expression de la volonté générale (١) راجع مؤلفه

سنة ١٩٣١ ص ص ١٠٧ و ١٠٨ ، وفي نفس المعنى أيضا مؤلفه السابق : الاشارة اليه الجزء الثاني 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 «<sup>١</sup>» . ومن ثم فإنه يذهب إلى أن العرف يمثل ارادة الدولة المفروضة في إنشاء قواعد تلزم بها السلطتين المذكورتين .

وهذا ما يعبر عنه Girola بقوله « إن العرف الدستوري لا يتكون إلا في مجال تنظيم العلاقات بين السلطتين التشريعية والتنفيذية إذا لم يكن ثمة تنظيم تشريعي . وبالإضافة إلى 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 . و إذا ما اطردت هيئة عليا على اتباع أساليب بعينها في علاقاتها مع الهيئات الأخرى ، فإن هذه الأساليب تصبح ملزمة على أساس أن الدولة قد فرضت اتباعها . وغنى عن البيان أن الدولة إذ تسعى إلى الزام هيئة عليا بتنظيم معين فإنها لا تحتاج في ذلك إلى أن تصدر أمراً قانونياً صريحاً عن

#### طريق التشريع

un impératif juridique exprimé expressément dans une loi . فالعرف إذن مصدر للقانون الدستوري لأنه يستمد قوته من ارادة الدولة وينطوى على الصفة القانونية الآمرة أى أنه يتوافر على العنصر الشكلي للقانون » «<sup>٢</sup> » .

والاتجاه الذي 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 إليه المعتدلون من أنصار

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

(٢) انظر مقاله Les coutumes constitutionnelles المنشور في المجموعة المهدأة إلى الاستاذ Gény الجزء الثالث ص 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 الзамنة دون توقف على اعتراض صريح به من جانب المشرع أو القاضي ، إلا أنه لا يزال يهم ارادة المجموع التي يدين لها المشرع نفسه بسلطانه . وفضلا عن ذلك فإنه يبالغ في تصوير ارادة المشرع مبالغة تصل إلى حد مجافاة الأوضاع القانونية المسلمة . فالشرع لا يستطيع أن يزاول سلطانه فيما يشاء وإنما هو مقيد بالإجراءات التي يفرضها عليه المجموع عن طريق الدستور . وإذا كان التشريع العادى يحتاج في سنه وتعديلاته إلى إجراءات معينة فإن التشريع الدستورى يحتاج في سنه وتعديلاته إلى إجراءات مماثلة في ظل دستور مرن والى إجراءات أكثر أهمية في ظل دستور جامد .

ويبدو أن Girola كان يدرك ضعف السند الذى تلمسه لتبصير القوة الالزامية للعرف الدستورى فحرص على الا يبرزه الا في المجال الذى يخفي ضعفه وعدم كفايته . ومن ثم كان تحديده لمجال العرف الدستورى تحديدا ضيقا لا يتفق مع الواقع . فالعرف لا يقتصر مجاله على تنظيم العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية بل يسرى أيضا في مجال تنظيم علاقة السلطة التشريعية بالسلطتين التنفيذية والقضائية وما يتربى على هذه العلاقة من أثر في حقوق الأفراد «<sup>١</sup>» .

وإذا انتقلنا إلى الاتجاه الموضوعى أو الاجتماعى في تكييف القاعدة القانونية: نجد أنه يلقى 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 الموضوعى أو الاجتماعى .

فالاستاذ Gouet يرى أن الأساس القانونى بالنسبة للقاعدة العرفية

(١) انظر ما سندكره بشأن تعريف العرف الدستورى وشروطه ص ٧٩ وما بعدها من هذا الكتاب .

وبالنسبة لسائر القواعد القانونية واحد لأن القاعدة تستمد قوتها من أن الجماعة تقر لها بصفتها القانونية في « ضميرها الجماعي » أو « اقتضاءها العام » أو « رأيها السائد »<sup>(١)</sup> وهو يؤكد أن لافارق من حيث الطبيعة بين قاعدة تتقرر عن طريق العرف وأخرى تتقرر عن طريق التشريع بالرغم من اختلاف الأسلوب 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 ، أفلأ يكون العرف الذي تعبّر به عن نفسها أساس كل وضع قانوني ؟ .. لكن كان القانون يصدر أحياناً عن المشرع فان الامة هي التي تكفل له البقاء .. وفي هذا تتجلّى سيادة الامة ويكون العرف تبعاً لذلك أقوى من القانون المكتوب لانه يصدر عنها مباشرة »<sup>(٢)</sup> .

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

— conscience sociale, conviction commune, opinion dominante<sup>(١)</sup>  
المرجع السابق ص ٤٦ .

(٢) انظر مقالاً للأستاذ 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 لاظهاره والتعبير عنه . وهو في هذا يتفق مع المدرسة التاريخية ولكن لا يجعل للعرف أفضلية على غيره من الوسائل . على أن ديجي يسلم بالرغم من ذلك بأن للعرف صفة منشأة ظاهرة في مجال القانون العام «<sup>١</sup>» .

أما الاستاذ Hauriou فإنه يحاول تفسير القوة الالزامية للعرف على أساس التوفيق بين الاتجاهين الشكلي (أو الرسمي) والموضوعي (أو الاجتماعي) في تكيف القاعدة القانونية . فهو يرى أن القاعدة لا تصبح في عداد قواعد القانون الوضعي الا اذا مرت بمرحلتين : مرحلة شخصية وأخرى موضوعية . ففي المرحلة الشخصية l'état subjectif تصدر القاعدة عن سلطة رسمية مختصة فتعبر بذلك عن ارادتها . وتكتفى هذه المرحلة لخلق القاعدة وابساغ صفة الالزام عليها . وفي المرحلة الموضوعية l'état objectif تتنتقل القاعدة الى محيط الجماعة أو البيئة الاجتماعية المراد تطبيقها فيها milieu social . فاما أن تقبلها الجماعة فستكون صفتها القانونية وتصبح من قواعد القانون الوضعي ، واما أن ترفضها فتبقي نافذة استنادا الى ارادة السلطة الرسمية . على أن هذا التفاذ يكون مؤقتا وقد تجد السلطة الرسمية نفسها مضطرة الى سحبها ازاء اصرار الجماعة على مقاومتها . ويطبق هوريو هذه المبادئ على العرف ومن ثم يفسر قوله الالزامية بالاستناد الى ارادة السلطة الرسمية وقبول الجماعة .

وفي رأينا أن محاولة هوريو قد جانت التوفيق ، بل ولم يكن مقدرا لها أن توفق «<sup>٢</sup>» . فين الاتجاهين الشكلي والموضوعي في تكيف 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 التناقض ما لا يسمح بايجاد حل وسط ، وليس من سبيل أمام الباحث الا أن يغلب أحدهما على الآخر . الواقع أن هوريو انحاز فعلاً إلى الاتجاه الشكلي أو الرسمي لأنه أقام القانون على ارادة السلطة الرسمية ولم يجعل لرأى الجماعة الا آثارا سلبية احتمالية . وكان حقيقة به ألا ينصر اتجاهها يرعى الدولة ويعلى ارادتها ولو لم تعبّر عن ارادة المجموع الذي خلقها لصالحه وخلوها سلطاتها لتحقيق رغباته .

ونحن نؤيد الاتجاه الموضوعي أو الاجتماعي في تكييف القاعدة القانونية ونجد فيه البند السليم لتفسير القوة الالزامية للعرف الدستوري . على أنتا تؤثر النزعة الواقعية في هذا الاتجاه ، ومن ثم نرى ضرورة تلمس ضمير الجماعة — الذي هو مصدر القانون — عن طريق أمارات مادية ظاهرة تقطع بأنه استقر على أن تصبح للقاعدة صفة قانونية .

#### تعريف العرف الدستوري وشروطه

يلمس الباحث اختلافاً واضحاً بين الكتاب في الكيفية التي يعرفون بها العرف ويحددون بها الشروط التي يجب أن تتوافر فيه . وم رد هذا الاختلاف بينهم هو إلى اختلافهم في تقدير القيمة القانونية للعرف ومدى صلاحيته لأن يكون مصدراً رسمياً للقانون .

وتقدم أن هناك اتجاهين رئيسيين في تكييف القاعدة القانونية ومن ثم في تقدير قيمة العرف : الاتجاه الشكلي أو الرسمي — وهو في نزعته المنظرفة ينكر كل قيمة للعرف وفي نزعته المعتدلة يعترف له بصفة الالزام على أساس أنه يمثل الارادة المفروضة للمشرع ، والاتجاه الموضوعي أو الاجتماعي — وهو يسلم بالعرف وإن كان ينظر إليه نظرة تختلف بحسب النزعة الفلسفية أو الواقعية . وبينما يستمد العرف قوته طبقاً للنزعة الفلسفية من أنه أقرب وسيلة إلى ضمير الجماعة مصدر القانون ، نجد أنه يستمد قوته طبقاً للنزعة الواقعية من أن الجماعة ترتضيه وتطرد على اتباعه وتعول عليه كمصدر رسمي لقلنونها .

وعلى ضوء هذا الاختلاف في تقدير قيمة العرف يمكن أن نحدد موقف الكتاب من تعريفه وشروطه . فليس يعني المتطرفون في الاتجاه الشكلي أن يعرفوا العرف أو أن يبينوا شروطه . أما الذين يعترفون بالقوة الالزامية للعرف فانهم يختلفون في تحديد شروطه تبعا لما اذا كانوا من المعتدلين في الاتجاه الشكلي أو من أنصار الاتجاه الموضوعي بنزعته الفلسفية والواقعية .

**تعريف العرف وشروطه في فقه القانون الخاص :** لئن اختلف الكتاب في تحديد الشروط التي يجب أن تتوافر في العرف تبعا للاتجاه الذي يأخذون به في تكييف القاعدة القانونية ، الا أنه يمكن أن ترد الشروط في مجموعها إلى ركنين : ركن مادي وآخر معنوي «<sup>١</sup>» .

اما الركن المادي l'usage فيتمثل في العادة l'élément matériel أي في قاعدة «<sup>٢</sup>» مطردة التطبيق من جانب أشخاص — أفرادا كانوا أو هيئات خاصة — لهم صالح في التمسك بها . فالركن المادي 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 الأشخاص صراحة ولكن يحول دون تشييدها أن يقفوا منها موقف الاعتراض .  
ثانيا — اطراد هؤلاء الأشخاص على تطبيق القاعدة . ومقتضى الاطراد

(١) يقابل فقهاء القانون الخاص عادة بين العرف والتقادم من حيث أن كلا منهما يتكون من ركنين أحدهما مادي والآخر معنوي . فالركن المادي للتقادم هو الحيازة corpus ورकنه المعنوي هو نية الحائز animus .  
أنظر في ذلك وفي موقف القضاء الانجليزي من شروط العرف Salmond المرجع السابق صص ١٤٦ - ١٥٣ و ١٥٧ - ١٥٨ .

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

تطبيق القاعدة بصورة ثابتة ولفتره معقوله . ولا سبيل الى وضع معاير مؤكدة لتحديد معنى الثبات أو المدة الازمه ولكن المفهوم أن الثبات يفترض التكرار على نحو ينفي الانقطاع ، وأن المدة قد تطول وقد تقصر ولكنها يجب أن تكون كافية ل لتحقيق معنى الاطراد «١» .

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

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

**الحقيقة الاولى** – بالنسبة إلى الركن المادى : تقدم أن المتأثرين بالنزعة الفلسفية من أنصار الاتجاه الموضوعي ينظرون إلى العرف على أنه مجرد وسيلة إلى اظهار ضمير الجماعة مصدر القانون . وهم لذلك يهملون الشروط التي يفترضها الركن المادى خاصة بضرورة الاطراد على اتباع القاعدة ، ويدلّبون إلى الحد الذى 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 يصدرون في كتاباتهم عن تطلب الركن المادى بجميع شروطه .

**والحقيقة الثانية** – بالنسبة إلى 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 إلى عهد لا سبيل إلى تذكره immemorial antiquity بينما لا يشترط ذلك في العرف العام general custom .

للمشرع . أما أنصار الاتجاه الم موضوعى فانهم يردون القوة الالزامية للعرف الى اراده الجماعة . وتبدو أهمية هذا الخلاف في صدد تحديد مركز العرف بالنسبة الى التشريع . على أنه لم تشر صعوبة تذكر فيما يختص بالاعتراف بالقوة الالزامية بعرف موافق للتشريع *praeter legem* أي اذا كان أثره يقتصر على تفسير أحكام التشريع أو اكمال نواحي النقص فيه . فمثل هذا العرف يجد لقوته الالزامية سندا اما في الارادة المفروضة للمشرع بحسب رأى المعتدلين من أنصار الاتجاه الشكلى ، واما في اراده الجماعة بحسب رأى أنصار الاتجاه الم موضوعى .

ولكن الصعوبة هي فيما يختص بتحديد مركز العرف الذي ينشأ متعارضا مع التشريع *contra legem* أي الذي يؤدي الى انشاء قواعد تجافي أحكام التشريع وتتعارض معه . وبديهي أن المعتدلين من أنصار الاتجاه الشكلى لا يسلمون بمثل هذا العرف لانه يناقض اراده المشرع الصربيحة . ولئن كان منطق الاتجاه الم موضوعى يقضى بضرورة الاعتراف بالعرف المذكور الا أن منهم من تردد في الاعتراف به وأورد تحفظات شتى بشأنه «<sup>١</sup>» .

تعريف العرف : ظاهر مما تقدم أن الاختلاف في تحديد شروط العرف يستتبع حتما الاختلاف في تعريفه ، فأبرز ما يميز بين تعريف وآخر هو الكيفية التي يظهر بها شروط العرف . وحسبنا أن تقرر أن معظم فقهاء القانون الخاص يحرصون في تعريفهم للعرف على اظهار ركتيه المادى والمعنوى كما هو الشأن بالنسبة الى التعريف الذى أورده البعض بأنه « مجموعة القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها يتوارثونها جيلا عن جيل ، والتي لها جزاء قانوني كالقانون المنسنون سواء بسواء » «<sup>٢</sup>» .

(١) انظر Gény 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 ركته المعنوى – انظر مقال Pintor السالف الاشارة اليه المرجع السابق ص ص ٣٧٨ – ٣٧٩ .

تعريف العرف وشروطه في الفقه الدستوري: لم يعن ببحث 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 يتطلبوها يمكن أن ترد الى الركين 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 الأفراد ، وفقا لقاعدة معينة فتصدر في تصرفاتها عن الرغبة في تطبيقها · ويصح أن نسمى هذه السلطات السلطات الحاكمة أو السياسية · وليس يلزم لتشييد القاعدة أن تتمسك بها السلطات الحاكمة صراحة ولكن يحول دون تشريدها أن تقف منها أحدها موقف الاعتراض اذا كان لها شأن في أمر تشريدها · ويشير الاستاذ Gouet الى مثالين لهذا الفرض أحدهما خاص بعزل الرئيس Millerand سنة ١٩٢٤ في فرنسا والثانى خاص بعزل البرلمان النرويجي ملك السويد وذلك بالرغم من احتجاج كل من رئيس الدولة ومخالفة هذا العزل لاحكام الدستور · ففى كلتا الحالتين لا يسوغ القول بأن عرفا قد نشأ خاصا بمسؤولية رئيس الدولة لأن هذا الاخير كان معتراضا على عزله «<sup>١</sup>» ·

على أى نحالت الاستاذ جويه لأنه يجعل قيام القاعدة رهنا بموقف السلطات الحاكمة منها دون نظر الى موقف المحكومين · ولستنا ننكر أن السلطات المذكورة مؤهلة بحكم وظائفها لأن تشريع قواعد جديدة في المجال الدستوري ، ولكننا نرى أن لمجموع الأفراد صالحًا مباشرًا أو غير مباشر فيما يراد تشريده أو تعديله من قواعد دستورية · مما يقال في شأن ضرورة موافقة السلطات الحاكمة ولو في صورة عدم الاعتراض ، ينبغي أن يقال

• (١) المرجع السابق صص ٦٢ - ٦٣

كذلك بالنسبة الى مجموع الافراد أى الجماعة .

ثانياً - اطراد السلطات الحاكمة على تطبيق القاعدة دون اعتراض من جانب الجماعة على نحو يكفي لتحقيق معنى الاطراد ، أى أنه يتشرط الشبات الذي ينفي الانقطاع والمدة المعقوله . وقد تطول هذه المدة أو تقصر على حسب الاحوال . في بينما تقررت المسئولية الوزارية في انجلترا نتيجة عرف يرجع الى أواخر القرن الثامن عشر نجد أن بعض سلطات رئيس الدولة ورئيس الوزراء في فرنسا قد نظمت بمقتضى عرف يرجع الى الحرب العالمية الاولى سنة ١٩١٤ .

أما الركن المعنوي فيتمثل في أن يصبح للعادة صفة الالزام . ويختلف الكتاب في تبرير هذه الصفة اذ بينما يردها المعتدلون من أنصار الاتجاه الشكلي الى الارادة المفروضة للمشرع كالأستاذ Girola ، يردها الآخرون الى ارادة الجماعة لتأثيرهم بالاتجاه الموضوعي سواء في نزعته الفلسفية أو في نزعته الواقعية . على أن هؤلاء يختلفون حول تحديد المقصود بالجماعة . فالاستاذ جويه يقصر الجماعة على السلطات الحاكمة «١» ، أما الاستاذ Duverger فانه يقصد بالجماعة مجموع الافراد بالإضافة الى السلطات الحاكمة «٢» . وهذا التحديد الاخير هو الذي تؤيده وقد أخذنا به في صدد تحديد الركن المادي .

وفيما يختص باختلاف الكتاب الدستوريين حول الشروط الواجب توافرها يلاحظ :

بالنسبة الى الركن المادي : أن بعض الكتاب قد تأثروا بالنزعة الفلسفية للاتجاه الموضوعي فلم يتطلبوها في العرف أن يكون نتيجة الاطراد على اتباع قاعدة ما ، وانما اعترفوا بها ولو تمثل في 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 ضروريًا لقيام العرف ٠٠٠ فالعرف يمكن أن ينشأ فورا استنادا إلى سابقة واحدة ، وعلى العكس من ذلك قد لا ينشأ مهما تكررت الأفعال »<sup>(١)</sup> .

وبالنسبة إلى البركن المعنوي : يهمنا أن نحدد مركز العرف من التشريع الدستوري أي الدستور . وخير ما يوضح ذلك هو أن تنظر إلى الأثر الذي يمكن أن يرتبه العرف بالنسبة إليه ، وأن تتساءل في صدد هذا الأثر عن أمرين : الأول – هل يمكن أن ينشأ العرف في ظل الدستور ؟ والثاني – على فرض إمكان نشوئه فما قوته بالنسبة إلى الدستور ؟

أما الأثر الذي يمكن أن يرتبه العرف بالنسبة إلى الدستور فإنه يتدرج من الضعف إلى القوة على النحو التالي : تفسير الدستور ، وакماله ، وتعديلاته . وستتناول تباعا العرف المفسر ، والعرف المكمل ، والعرف المعدل .

**العرف المفسر** Coutume interprétative : وهو الذي يقتصر أثره على تفسير نص من نصوص الدستور ، أي أنه يتخذ هذا النص أساسا له وسندأ لاتباعه . فهو لا ينشئ قاعدة جديدة وإنما يقف عند حد بيان الكيفية التي تطبق بها النصوص الدستورية .

ومن الأمثلة التي تذكر للعرف المفسر العرف الذي جرى في ظل دستور سنة ١٨٧٥ الفرنسي بالتسليم لرئيس الجمهورية بسلطة اصدار اللوائح وذلك استنادا إلى أن التشريع الدستوري الصادر

---

(١) المرجع السابق ص ٢٠٣ – وأنظر أيضا Pinto المرجع السابق ص ٧٦ حيث يؤيد الاستاذ Lévy-Bruhl في 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 إذا كان يجب اعتبار العرف الجارى تفسيراً لنص دستورى أو تعديلاً له . ففيما يختص بالمثل المشتمد يذهب معظم الكتاب إلى أن سلطة رئيس الجمهورية في اصدار اللوائح مقررة على أساس تفسير النص المذكور سواء بالنسبة إلى اللوائح التي يصدرها تنفيذاً لقانون ما (اللوائح التنفيذية) أو بالنسبة إلى تلك التي يصدرها استقلالاً عن أي قانون (مثل لوائح البوليس) . ولكن بعضهم يرون أنه لا يصح اعتبار العرف مفسراً بالنسبة إلى اللوائح المستقلة وإنما يجب تكييفه على أنه عرف معدل «<sup>١</sup>» .

وأيا كان الرأي في تحديد الصفة التفسيرية للعرف فإن من المسلم امكان نشوء عرف مفسر . كما أنه لا خلاف في أن هذا العرف يعتبر جزءاً من الدستور ذاته ويأخذ حكمه سواء أكان الدستور ممنا أم يمكن تعديله بنفس الاجراءات التي يعدل بها التشريع العادى أم جامداً أم يحتاج في تعديله إلى اجراءات مختلفة «<sup>٢</sup>» .

**العرف المكمل** Coutume complémentaire : وهو الذي ينصرف أثره إلى تنظيم موضوعات لم ينظمها المشرع الدستورى .

وقد يختلف الرأي أيضاً حول ما يجب اعتباره عرفاً مكملـاً . ففيما يختص بانتخاب مجلس النواب الفرنسي في ظل دستور سنة ١٨٧٥ مثلاً ، نصت المادة الأولى من التشريع الدستوري الصادر في ٢٥ فبراير سنة ١٨٧٥ على أن الانتخاب يكون عاماً suffrage universel . أي غير مقيد بتصاب مالي أو بكفاءة علمية خاصة . وأحالت على قوانين الانتخاب في كل ما يتصل

(١) انظر مقال لافاريير السالف الاشارة إليه ص ٣١ .

(٢) راجع مقال لافاريير السابق ص ٣٣ ، وديفرجييه المرجع السابق Manuel de droit constitutionnel — Burdeau ص ٤٠١ ، و الطبعة الخامسة سنة ١٩٤٧ ص ٤٣ .

بالانتخاب العام . ونظرا لأن هذه القوانين كانت قد اطردت منذ سنة ١٨٤٨ على اشتراط أن يكون الانتخاب مباشراً أى على درجة واحدة ، فقد ذهب بعض الكتاب إلى القول بنشوء قاعدة دستورية مردتها إلى عرف مكمل يقضى بضرورة أن يكون الانتخاب العام انتخاباً مباشراً في جميع الأحوال . على أن الاستاذ لافاريير Laferrière اعتبر تنظيم المشرع الدستوري لموضوع الانتخاب مانعاً من تكيف العرف المتقدم على أنه عرف مكمل للدستور ومن ثم رفض التسليم به على أساس أنه عرف معدل للدستور سنة ١٨٧٥ الجامد «<sup>١</sup>» .

ولئن كنا نخالف الاستاذ لافاريير في انكاره لقوة العرف المعدل إلا أنها تؤيده في تحديده لمعنى العرف المكمل على أساس أنه ينظم موضوعاً لم يلق أى تنظيم من جانب المشرع الدستوري . ومقتضى هذا التحديد تضيق نطاق العرف المكمل الا أنه لا يحول دون قيامه . وقد ذكر الفقيه المذكور أمثلة له في فرنسا كالقاعدة التي لا تجيز عقد قرض عمومي إلا إذا صدر قانون يأذن به . وهذه القاعدة وإن نص عليها قانون سنة ١٨١٥ والدستور الذي أقره مجلس النواب في ٢٩ يونيو سنة ١٨١٥ إلا أن الدساتير اللاحقة لم تنص عليها فاستقرت عن طريق عرف مكمل .

ولا خلاف في أن العرف المكمل يمكن أن ينشأ حتى في ظل دستور جامد . فالمعتدلون من أنصار الاتجاه الشكلي يردونه في هذه الحالة إلى الإرادة المفروضة للمشرع ، وأنصار الاتجاه الموضوعي يردونه إلى إرادة الجماعة .

ولكن الخلاف هو في تحديد قوة هذا العرف بالنسبة إلى الدستور . ونبادر إلى القول بأن أهمية هذا الخلاف إنما تظهر في ظل الدستور الجامد لتطليبه إجراءات خاصة في نشوء قواعده وتعديلها ، ويشور التساؤل حينئذ حول ما إذا كان للعرف المكمل قوة الدستور ذاته أو أنه أقل منه مرتبة .

(١) مقال لافاريير السابق صص ٣٣ و ٣٤ .

فإن كان أقل من الدستور مرتبة يثور التساؤل من جديد حول ما إذا كان في قوة التشريعات العادية أو أنه أقل منها مرتبة . وعلى هذا النحو لا يكون ثمة داع إلى مناقشة هذا الموضوع في ظل دستور مرن لأن الأخير لا يزيد في قوته على تشرع عادي ومن ثم يكون الموضوع مشمولاً بالمناقشة التي شور في ظل دستور جامد .

وإذا كان الخلاف قد ثار في صدد تحديد قوة العرف المكمل بالنسبة إلى الدستور ، فإنه ثار بصورة أشد في صدد تحديد قوة العرف المعدل لأنه يمس تنظيمًا مقررًا من جانب المشرع الدستوري . فيكون من الملائم أن نكتفى في شأن تحديد قوة العرف المكمل بما سندكره في شأن تحديد قوة العرف المعدل .

ويهمنا في هذا المقام أن نقرر أن المعتدلين من أنصار الاتجاه الشكلي يسلمون بإمكان نشوء عرف مكمل ولكنهم لا يجعلون له قوة النصوص الدستورية <sup>(١)</sup> . وقد حدا بهم إلى انكار هذه القوة عليه حرصهم على أن يتلافيوا الاتقاد الذي وجه إليهم من حيث أنهم ينسبون إلى الارادة المفروضة للمشرع ما لا تستطيع ارادته الصريحة تشييده <sup>(٢)</sup> . فالمشرع لا يملك في ظل دستور جامد أن يجعل للتشريعات العادية التي يسنها قوة ذلك الدستور ، والعرف الذي يمثل ارادته المفروضة لا يمكن أن تكون له هذه القوة .

وهكذا لم يجد المعتدلون من أنصار الاتجاه الشكلي بدا من التسليم بقوة محدودة للعرف المكمل . فهو لا يرقى في نظرهم إلى مرتبة النصوص الدستورية وإنما أقصى قوة يعترفون لها بها هي قوة التشريعات العادية .

(١) نقصد بالنصوص الدستورية نصوص دستور جامد لأننا بصدده تحديد قوة العرف بالنسبة إلى 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<sup>(١)</sup> والاستاذ Laferrière<sup>(٢)</sup>.

العرف المعدل Coutume modificatrice: وهو الذي ينصرف أثره الى تعديل الاحكام التي أوردها المشرع الدستوري في شأن موضوع معين سواء بالإضافة الى تلك الاحكام أو بالحذف منها.

وفارق ما بين العرف المكمل والعرف المعدل بالإضافة. فيما الاول ينظم موضوعا لم يتناوله المشرع الدستوري أصلا بالتنظيم، يفترض الثاني تنظيما سابقا من جانب المشرع ويسمى الى اضافة احكام من شأنها أن تتضمن تعديلا للتنظيم المذكور على نحو أو آخر. وهذا ما يوضح كيف أن الفقهاء في فرنسا اختلفوا في تكيف العرف الخاص بسلطنة رئيس الجمهورية في اصدار لوائح مستقلة والعرف الخاص يجعل انتخاب مجلس النواب انتخابا مباشرة. فمنهم من اعتبر العرف في هذين المجالين مكملا للدستور على أساس أن المشرع لم ينظمها بالذات، ومنهم من اعتبره معدلا له على أساس أنه أضاف احكاما تعديل فيما أورده المشرع من تنظيم للمجالين المتقدمين.

أما العرف المعدل بالحذف فقد يتخذ صورة اهمال تطبيق نص دستوري

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

(٢) يسدو من كتابات الاستاذ لا فاريير أنه من المؤثرين بالنزعة المعتدلة للاتجاه الشكلي. أما أنه من أنصار الاتجاه الشكلي 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 ».

واما أنه معتدل في اتجاهه الشكلي 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 عادي - راجع مقاله السالف الذكر ص ٣٧ و ٤٠.

وهو ما يُعرف بعدم الاستعمال la désuétude . ومن الأمثلة 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 إنجلترا لسلطته في رفض التصديق على القوانين منذ سنة ١٧٠٧ «<sup>١</sup> » .

هل يمكن أن ينشأ عرف معدل في ظل دستور جامد؟ : يرفض المعتدلون من الاتجاه الشكلي التسليم بامكان نشوء عرف معدل لأنّه يجافي السنّد القانوني الذي يردون إليه قيام العرف ألا وهو الارادة المفروضة للمشرع . فالعرف المعدل الذي ينصرف أثره إلى إنشاء قواعد تتعارض مع ما أوردده المشرع من أحكام على نحو أو آخر ، لا يسوغ أن ينسب إليه بعد أن أعلن عن ارادته الصريحة بمقتضى الأحكام التي أوردها .

فكأن موقف المعتدلين من أنصار الاتجاه الشكلي في فقه القانون الدستوري هو نفس موقف قرنائهم في فقه القانون الخاص من حيث أنّهم يسلّمون بالعرف الموافق للتشريع *praeter legem* (مفسراً كان أو مكملاً) وينكرون العرف المعارض للتشريع *contra legem* .

أما أنصار الاتجاه الموضوعي فإنّهم يردون العرف إلى ارادة الجماعة ومن ثم يسلّمون بامكان نشوء عرف معدل في ظل دستور جامد «<sup>٢</sup> » . على

(١) يصف الكتاب العرف الجاري بعدم تطبيق نص بأنه عرف سلبي تميّزه عن العرف العادي الذي يصفونه بأنه عرف ايجابي coutume négative coutume positive .

(٢) آثار العرف الجاري بعدم تطبيق نص دستوري الكثير من المناقشات بين الكتاب نظراً لما يتضمنه من خطورة على النصوص الدستورية ، خاصة وأنه لا يؤدي إلى إنشاء قاعدة جديدة تيسر التثبت مما إذا كان عرف قد نشأ بالفعل . انظر على الأخص جوّيه المرجع السابق ص ص ١١١ - ١٠٦ ، ومقال لفاريري سالف الذكر ص ص ٢٩ - ٢٥ ، ومقالاً للأستاذ Akzine بعنوان La désuétude en droit constitutionnel نشر بمجلة القانون العام الفرنسية سنة ١٩٢٨ .

أئنهم يختلفون حول قوة العرف المعدل وهو ما تتناوله الآن بالتفصيل .

**قوة العرف المعدل :** يمكن أن نقسم الآراء من حيث تحديد قوة العرف المعدل إلى وجهتين رئيسيتين : وجهاً يجعل له من القوة ماللنصوص الدستورية على الأقل ، وأخرى تنكر عليه هذه القوة وتضعه في مرتبة التشريعات العادية فحسب .

أما الوجهة التي يجعل للعرف المعدل من القوة ما للنصوص الدستورية على الأقل فانها تستند إلى 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 إلى ضمير الجماعة .

على أن الكتاب الذين أخذوا بهذه الوجهة لم يدخلوا في تقديرهم الاعتبارات النظرية فحسب وإنما راعوا فيما انتهوا إليه اعتبارات عملية تتصل بالأوضاع التي كانت قائمة في ظل دستور سنة 1875 الفرنسي . وآية ذلك أن النظم التي شيدتها الدستور المذكور مرت في تطورات عديدة مردها الحقيقي إلى العرف وكان من أثرها تعديل تلك النظم على نحو يتضمن غير قليل من التعارض مع ما شرعه الدستور من أحكام .

ويؤكد أثر الاعتبارات الأخيرة في تفكير الكتاب مناقشتهم لقوة العرف المعدل على ضوء التطورات التي مرت بها النظم الدستورية في فرنسا . فالاستاذ Reglade مثلاً يذهب إلى أنه وإن كان النظام الذي شيد دستور سنة 1875 نظاماً برلمانياً يفترض التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، إلا أن العرف أحاله إلى 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 إذ ألغى — عن طريق عدم الاستعمال — السلطات التي خولها الدستور لرئيس الجمهورية

صراحة فيما يختص بحل مجلس النواب والاعتراض على القوانين «<sup>١</sup>» . 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» «<sup>٢</sup>» .

ويخالف الاستاذ René Capitant الاستاذ Reglade في تكييفه للتطور الذي مر به نظام الحكم ولكنها يتلاقى معه في النتيجة التي يخلص اليها اذ يقرر أن «للعرف قوة النصوص الدستورية لأنّه يفرض نفسه على المشرع العادى وعلى المشرع التأسيسى الذى لا يعدو أن يكون سلطة المؤسسة بالرغم مما قد توهّم تسميته بغير ذلك» «<sup>٣</sup>» .

أما الاستاذ Rolland «<sup>٤</sup>» فانه وان جعل للعرف قوة النصوص الدستورية الا أنه يؤكّد هذه القوة على الاخص بالنسبة الى العرف الذى ينتج عن

(١) ويسمى الاعتراض الموقف أو التوقيفي veto suspensif وكان يجوز لرئيس الجمهورية أن يطلب الى البرلمان اعادة 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 جوبيه المرجع السابق صص ٩٠ - ٨٩ ، ومقال لافاريير سالف الذكر ص ٣٥ (هامش) .

(٣) انظر مقال لافاريير سالف الذكر ص ٣٦ .

(٤)

«Nous voulons dire, qu'elles (règles coutumières) correspondent 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 صص ٢٢ - ٢٣ .

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

وإذا كان هؤلاء الكتاب يتفقون في الاقرار للعرف المعدل عموما بقوة النصوص الدستورية على الأقل ، فإنهم يتفقون أيضا في الاقرار للعرف الناتج عن الاطراد على تنظيم حقوق الأفراد بقوة تفوق قوة تلك النصوص أو كما يسمونها *super-légalité constitutionnelle* . ومن ثم فإنهم يرون أن اغفال دستور سنة ١٨٧٥ النص على اعلان حقوق الانسان أسوة بالدستير 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 العادلة فحسب فاننا نجدتها صريحة على الاخص في كتابات الاستاذ Gouet . وهو يقييمها على أساس اتقاده 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 تعديليها . 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 ضمیر السلطات الحاكمة والجماعة معا بأن القاعدة التي يجري بها العرف تتفق مع مقاصد المشرع الدستوري وتكتفى اعمال النصوص الدستورية على الوجه السليم . وهو يبرر قوة العرف حينئذ بـأن الخطأ العام يتshire القانون *Error communis facit jus* . أما اذا لم يتوافر الاعتقاد بسلامة القاعدة العرفية فإنه ينكر عليها أية صفة قانونية ويعتبرها انتهاكا لحرمة الدستور - المرجع السابق ص ص ٢٠٤ - ٢٠٥ .

(٢) راجع في هذا الموضوع جوبيه المرجع السابق ص ص ٨٦ - ٨٨ ، ولفارير المرجع السابق ص ص ٣٤١ - ٣٤٦ ، وديجي المرجع السابق الجزء الثالث الطبعة الثالثة ص ص ٥٩٩ - ٦١١ ، وقيدل المرجع السابق ص ص ١٢٠ - ١٢٢ .

اختصاص السلطة التأسيسية وحدها وسلب ولاية المشرع العادى في هذا  
الصدد .

وبعد أن رفض الاستاذ جويه أن يسلم بأن للعرف قوة النصوص الدستورية ، حاول أن يحدد قوته في ظل تلك النصوص فجعل له قوة التشريعات العاديه . وهو يفسر هذه القوة بأن «الستن الدستوري الذى يقرر القاعدة العرفية هو من عمل السلطات العامة pouvoirs publiques التي يعتبر التشريع المظهر الصريح لموافقتها . أما القاعدة العرفية فليست الوسيلة الصريحة لتقرير القانون وإنما هي بمثابة اقرار ضمنى من جانب السلطات المؤسسة بقيام القانون . فكأن 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 تعبيرا عن اقراره الصريح ، والعرف بوصفه تعبيرا عن اقراره الضمنى . على أنه لا يقيم وزنا لهذا الفارق بينهما ويرى اعتبارهما متعادلين في القوة من كل النواحي (٢) .

الوجهة التي نفضلها : إن الوجهة التي نفضلها هي تلك التي تجعل للعرف المعدل قوة النصوص الدستورية . فنحن لا نقر من جهة المبالغة في قوة العرف المعدل إلى حد اعتباره في مرتبة أعلى من النصوص الدستورية ، كما لا نقر من جهة أخرى اتفاقاً قوته إلى حد اعتباره في مرتبة التشريعات العاديه فحسب .

أما أنا لا نعتبر العرف المعدل في مرتبة أعلى من النصوص الدستورية فلأن فيه مجازاة للأوضاع القانونية المسلمة . وآية ذلك أنه إن كان المقصود بهذا التكييف تمكين العرف من الغاء النصوص الدستورية ، فإن

(١) المرجع السابق ص ص ١١١ و ١١٢ .

(٢) المرجع السابق ص ص ١٠٨ و ١٠٩ .

هذا المقصود يتحقق بمجرد التسليم له بقوة تلك النصوص استناداً إلى  
قاعدة أن اللاحق ينسخ السابق . أما أن كان المقصود اعتبار العرف قانوناً  
لا يقبل التعديل أى قيادة على المشرع التأسيسي ، فإن هذا المقصود يجافي  
ما هو مستقر من أن جميع القواعد القانونية الوضعية تخضع لسلطان  
المشرع التأسيسي .

وأما إننا لا نقر اعتبار العرف المعدل في قوة التشريعات العادية فحسب  
فلأن فيه تسلیماً باعتبارات شكلية سبق للأستاذ جویه نفسه أن استبعدها .  
فطالما أنه يأخذ بالاتجاه الموضوعي أى يرد القانون إلى ارادة الجماعة (١) ،  
يكون من غير السائغ أن يعمد إلى تقييد هذه الارادة  
بوضع من خلقها . إن المقصود من جعل الدستور جامداً هو تقييد سلطة  
المشرع العادي وجعل سلطة تعديل النصوص الدستورية من اختصاص  
المشرع التأسيسي دون غيره . أفلًا يكون من قبيل التحول عن الاتجاه  
الموضوعي بعد ذلك الاحتياج في وجه ارادة الجماعة بأنها لم تظهر في المظاهر  
الشكلى الخاص الذى يتطلبه الدستور ؟

ويبدو أن جویه قد أحس بهذا التحول فسعى إلى التنازل منه بتبرير  
تفوق النص الدستورى على أساس «أن هذا التفوق ليس مرده إلى الصفة  
الشكلية الخاصة التى يتسم بها التشريع الدستورى الجامد وإنما إلى أن  
هذه الصفة الشكلية تنبئ عن أن الرأى القانونى قد راعى أهمية التشريع  
المذكور فقصر سلطة تقريره وتعديلاته على مشروع خاص » (٢) .

على أن هذه المحاولة من جانب جویه لا تجدى في إزالة التعارض الذى  
ينطوى عليه تمسكه بالاتجاه الموضوعي وفي نفس الوقت  
إنكاره على العرف المعدل قوة النصوص الدستورية . ويؤكد هذا التعارض

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

(٢) المرجع السابق ص ٩٥ .

أن جويه لم يستطع أن يساير منطقة الشكلي الجديد إلى النهاية إذ نجله يجعل للعرف المعدل قوة التشريعات العادلة من كل النواحي . ولو أنه أراد أن يتلزم الحكمة التي نسبها إلى صفة الجمود في الدستور لوجب عليه اعتبار العرف المعدل أقل مرتبة من التشريعات العادلة . فهذه التشريعات تحتاج في تقريرها وفي تعديلها إلى اتباع إجراءات معينة كالنصوص الدستورية ، ولا تختلف عنها سوى في أن الإجراءات التي تتطلبها تكون أكثر بساطة . فلماذا لم يجعل جويه هذه الإجراءات عقبة في وجه مساواة العرف بالتشريعات العادلة ؟ <sup>(١)</sup> .

والذى نود أن نخلص إليه هو أن الالز بالاتجاه الموضوعى في نزعته الفلسفية والواقعية على السواء <sup>(٢)</sup> يستوجب الاقرار للعرف المعدل بقوه النصوص الدستورية . واذا كان جويه قد سار على نهج فقهاء القانون الخاص من حيث ترددتهم في ترتيب هذا الاثر فاننا لا نجد مساغاً لهذا التردد ولا سنداً له من آراء الكتاب الدستوريين الآخرين <sup>(٣)</sup> .

(١) قارن مع ذلك الدكتور عبد الحميد متولى المرجع السابق ص ١٩٢ وص ص ٢٠١ و ٢٠٣ حيث يؤيد وجهة نظر الاستاذ جويه .

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

(٣) سبق أن ذكرنا أن الاستاذ Rolland يؤكّد قوّة النصوص الدستورية بالنسبة للعرف الناتج عن الاطراد على اتباع تشريعات عادلة في شؤون دستورية . ولقد تعرض في هذا التأكيد لانتقاد شديد من جانب كل من الاستاذ جويه والاستاذ لا فايير . وقام الانتقاد أن التشريع العادى في مرتبة أدنى من النصوص الدستورية وأنه لا يمكن أن يرقى إلى مرتبتها مجرد أنه ينظم مسائل دستورية أو مجرد أن السلطات الحاكمة تطرد على اتباعه — انظر جويه المرجع السابق ص ص ١٠٠ - ١٠٤ ، ومقال لا فايير سالف الذكر ص ٣٢ وص ٣٩ .

ونحن لانقر الاستاذ Rolland في تأكيد قوّة النصوص الدستورية بالنسبة للعرف الناتج عن الاطراد على اتباع تشريعات عادلة لسبب بسيط هو أن العرف عموماً يستمد قوته من ارادة الجماعة وهذا التبرير يعني عن الاتجاه إلى أي اعتبار آخر .

**تعريف العرف الدستوري :** يبين من كل ما تقدم أن بعض الكتاب الدستوريين قد تأثروا بالنزعية الفلسفية للاتجاه الموضوعي فلم يتطلبوه في العرف سوى الركن المعنوي ولكن الأغلبية يتطلبون فيه أن يكون متواافقاً على ركنين : ركن مادي يتمثل في العادة أى في قاعدة مطردة التطبيق من جانب السلطات الحاكمة ومجموع الأفراد ، وآخر معنوي يتمثل في أن يصبح لهذه العادة صفة الالزام ٠

واتفاق الكتاب على اشتراط الركنين المذكورين لا ينفي اختلافهم في تحديد المقصود بهما ٠ في بينما يصرح البعض بأن العبرة في الاطراد المقصود من الركن المادي هو أن يكون بموافقة السلطات الحاكمة وحدها ، يذهب البعض الآخر بحق إلى ضرورة الاعتداد أيضاً بموافقة مجموع الأفراد ٠ وبينما يتحدد الركن المعنوي في نظر الأقلية على أساس الارادة المفروضة للشرع ، يتحدد في نظر الأغلبية على أساس ارادة الجماعة ٠ وهذا الاختلاف في تحديد المقصود بالركن المعنوي قد استتبع تفاوتاً بين الكتاب في تحديد مركز العرف من التشريع الدستوري سواء من حيث إمكان نشوئه أو من حيث مدى قوته ٠

وغمى عن البيان أن تعريف العرف الدستوري لابد وأن يختلف تبعاً لموقف الكاتب من الاعتبارات المتقدمة ٠ على أن الملاحظ عموماً هو أن الكتاب الدستوريين لم يعنوا بتعريف العرف وإنما قصروا جهودهم على بيان شروطه وتحديد مركزه من التشريع ٠

ولعل أبرز التعاريف القليلة التي اقترحها الكتاب تعريف الاستاذجوية للعرف الدستوري بأنه « قاعدة غير مكتوبة استقرت سلطات الدولة في رأيها القانوني على ضرورة اتباعها وتقرر بمقتضى العمل أو السنن الدستوري » (١) ٠

(١) المرجع السابق ص ١١١ حيث يذكر :

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

ولنا على هذا التعريف مأخذ ثلاثة :

الاول — أنه يربط بين العرف وعدم الكتابة . ووجه اعترافنا على الاشارة الى الكتابة هو أنه أما أن يقصد بها مجرد التدوين فيجب اعتبار القاعدة عرفية ولو دونت لأنها تستمد قوتها الالزامية من العرف ، وأما أن يقصد بالكتابه التسجيل بصفة رسمية من جانب المشرع فلا يكون من قبيل التمييز للقاعدة العرفية أن توصف بأنها غير مكتوبة لأنه يشتراك معها في هذا الوصف سائر القواعد القانونية التي لا يكون مصدرها التشريع «<sup>١</sup>» .

والثاني — أنه وإن اشتمل على الركنين المادى والمعنوى للعرف إلا أنه لم يظهر أهمية الركن المادى في تكوين الركن المعنوى . فلئن كانت الجماعة تحتاج لأن تدرك مضمون القاعدة العرفية في ضميرها قبل أن يحصل الاطراد على تطبيقها ، إلا أن لهذا الاطراد ولا شك أثره في الاتصال بالجماعة من مرحلة الادراك المجرد إلى مرحلة الاقتناع بالالزام . ولقد سلم جويه نفسه بهذا الأثر ولكنه لم يوفق في اظهاره «<sup>٢</sup>» .

والثالث — أنه يقصر العرف على القواعد التي تطرد السلطات الحاكمة على اتباعها وتستقر في رأيها القانوني على صفتها الالزامية . ولقد سبق أن اعتقدنا هذه النظرة الضيقية في تحديد العرف وبيننا أنه ينبغي تحديده بالنسبة الى السلطات الحاكمة ومجموع الافراد معاً .

وعلى ضوء هذه الانتقادات نقترح تعريف العرف الدستورى بأنه «(قاعدة مطردة (أو عادة ) يقصد بها تنظيم العلاقات فيما بين السلطات الحاكمة بعضها وبعض أو فيما بينها وبين الافراد ، ويكون لها صفة الالزام في الرأى القانوني للجماعة )) .

(١) راجع مقالا للاستاذ René Capitant بعنوان Le droit constitutionnel non écrit نشر بالمجموعة المهدأة إلى الاستاذ جنى سالفة 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 السابق بيانهما: الاتجاه الشكلي الذي يقيم القانون على ارادة الدولة فينكر على العرف كل قيمة قانونية، والاتجاه الموضوعي الذي يقيم القانون على ارادة الجماعة فيسلم بالقوة الالزامية للعرف .

على أن الذي حدا بنا إلى تناول العرف الدستوري في إنجلترا بالذات، الأهمية الخاصة التي أولاها الكتاب الدستوريون وعلى رأسهم الاستاذ ديسى Dicey لما سموه العادات أو التقاليد الدستورية constitutional conventions «١» . ولئن كانت هذه التسمية لا تعبر عن حقيقة مدلولها على ما سنبين فيما بعد ، الا أنها تؤثر الابقاء عليها لأنها ترمز إلى الخلاف القائم في الفقه حول تكييف مدلولها فضلاً عن اجماع الكتاب على استعمالها .

**أهمية العادات الدستورية :** للعادات الدستورية أهمية بالغة في إنجلترا كما تشهد بذلك أقلام الكتاب على اختلاف نزعاتهم . فالاستاد Freeman يذكر في وصفها أنها « ۰۰۰ قواعد آداب سياسية political morality ۰۰۰ لا توجد في تشريع ما أو في القانون العام ولكنها محترمة في العمل بدرجة لا تقل عن احترام أي مبدأ من مبادئ العهد الأعظم أو ملتمس الحقوق » «٢» .

وينهى الاستاذ ديسى على وصف conventional أنه لا ينبع عن الأهمية

(١) وتسمى أيضاً

traditions, understandings, practices, maxims, habits  
وقد يطلق عليها الكتاب أحياناً اسم customs دون أن يقصدوا بذلك إلى اعتبارها في مرتبة أقوى من العادات

(٢) ديسى المرجع السابق ص ص ٤١٨ - ٤١٩ .

الحقيقية للعادات الدستورية التي قد تصل الى مثل أهمية التشريعات تماماً<sup>(١)</sup> • ويز الاستاذ Jennings<sup>(٢)</sup> الدور الذي تؤديه العادات بقوله « انها تقدم اللحم الذي يكسو عظام القانون المجردة ، وتجعل في الامكان اعمال النصوص الدستورية ومسايرتها للافكار المتطرفة » •

وتتضح أهمية العادات الدستورية من استطلاع المجال الذي تسيطر عليه • ويشمل هذا المجال موضوعين رئيسيين<sup>(٣)</sup> : الاول - تنظيم اختصاصات السلطة التنفيذية ولا سيما في علاقتها بالبرلمان ، والثاني - تنظيم اختصاصات مجلسى البرلمان ولا سيما في علاقتها المتبادلة •

فيما 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 الذى يفوز بأغلبية المقاعد في مجلس العموم رئيساً 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 التى يقرها مجلساً البرلمان أو مجلس العموم وحده على حسب الاحوال<sup>(٤)</sup> ، الوزراء مسؤولون بالتضامن أمام

(١) المرجع السابق ص ٢٧ .

(٢) المرجع السابق ص ص ٨٠ - ٨١ .

(٣) يضيف الكتاب عادة موضوعاً ثالثاً هو تنظيم علاقة بريطانيا بالدول الاعضاء في جامعة الامم البريطانية ( وكانت في بادئ الامر مجرد مستعمرات ثم تطورت بالتدرج حتى أصبحت دولاً مستقلة مثل كندا وأستراليا ونيوزيلندا ) ولكننا لم نشر اليه على أساس أنه أدخل في مجال القانون الدولي العام منه في مجال القانون الدستوري .

(٤) وذلك طبقاً للتنظيم الذى أوجده قانون البرلمان لسنة 1911 Parliament Act ومقتضى هذا التنظيم تأكيد سلطان مجلس العموم وترجيع كفته على مجلس اللوردات في حالة تسوية خلاف بينهما واصرار مجلس العموم على موقفه .

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

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

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

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

ولئن كان ديسى قد أنكر على العادات الدستورية كل قيمة قانونية إلا  
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 صص ٤١٧ و ٤٢٤ . ويلاحظ أن ديسى يقف عند معيار تطبيق المحاكم للقاعدة سواء أكانت هذه القاعدة تشريعية أم عرفية .

بعضها – على ما سبق البيان – يلقى من الاحترام والتطبيق ما تلقاه التشريعات تماماً . وحاول ديسي أن يجد سندًا يبرر به هذه القوة العملية للعادات الدستورية ، فناقش أسلوب محاكمة الوزراء جنائياً أمام البرلمان Impeachment واستبعده على أساس أنه « سلاح ٠٠٠ علاه الصدأ من عدم الاستعمال وأضحى من مخلفات الدستور البالية »<sup>(١)</sup> . كما استبعد ديسي الرأي العام على أساس أنه لا يصلح سندًا كافياً طالما أن الدولة لا تتولى اتخاذه عن طريق سلطتها المادية .

أما السند الذي اقترحه ديسي لتفسير قوة العادات الدستورية فهو الخشية من الواقع تحت طائلة القانون أو على حد تعبيره « إن الجزاء الذي يكره أكثر السياسيين جرأة ومحاكمة على اطاعة المبادئ والعادات الدستورية هو أن الأخلاص بهذه المبادئ والعادات من شأنه أن يفضي بالمخالف إلى الاصطدام في الحال بمحاكم الدولة وقوانينها »<sup>(٢)</sup> .

وتولى الفريق الذي يقر للعادات الدستورية بقوة الзамنة الرد على الأوجه التي ذكرها ديسي . ويمكن أن نلخص أهم هذه الردود فيما يلى :

أولاً – يقييم ديسي تفرقة بين القواعد القانونية والعادات الدستورية على أساس أن الأولى دون الثانية هي التي تلقى تطبيقاً من جانب المحاكم . ومقتضى هذه التفرقة إمكان التمييز بين هذين النوعين من القواعد مع أن الواقع يثبت تداخلهما إلى حد كبير واستحالته 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 معمولاً به – أنه كان يتوقف على مشيئة الوزراء أنفسهم . فالمحاكمة لم تكن ممكنة إلا إذا اجتمع البرلمان والملك هو الذي كان يملك دعوته ، ومن ثم كان في إمكان الوزراء التأثير على الملك وحضوره على عدم دعوة البرلمان .

(٢) المرجع السابق ص ٤٤٥ .

تدین بنشأتها وسلطاتها الى العرف أو العادات الدستورية وأنه « لاخلف من حيث الطبيعة بين القواعد المنظمة لتلك الهيئات والقواعد المنسنة عن طريقها ، سواء وصفت هذه القواعد بأنها قانونية أو عرفية أو تقليدية ( عادات ) »<sup>(١)</sup>

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 بـأن مخالفـة العادات من شأنها أن تفضـى الى مخالفـة القوانـين . وأما أن القوانـين تستـند الى العـادات الدستـورية فـانـها حـقـيقـة تـقطـعـ بها التـشـريـعـاتـ المـخـلـفـةـ التـىـ لم تـخـرـجـ عنـ أـنـ تـكـونـ تسـجيـلاـ لـالـقـوـاءـدـ الـمـسـتـقـرـةـ عـنـ طـرـيقـ الـعـادـاتـ . ولـعـلـ منـ أـبـرـزـ الـأـمـثـلـةـ فـىـ هـذـاـ الصـدـدـ قـانـونـ الـوزـراءـ لـسـنـةـ ١٩٣٧ـ Ministers of the Crown Actـ الـذـىـ صـدـرـ لـتـحـديـدـ مـرـتـبـاتـ الـوزـراءـ وـرـئـيـسـ حـزـبـ الـمعـارـضـةـ فـكـانـ أـوـلـ وـثـيقـةـ يـقـرـ فيـهاـ الـمـشـرـعـ ضـمـنـاـ بـالـاوـضـاعـ الـدـسـتـورـيـةـ التـىـ استـقـرـتـ مـنـذـ مـاـيـزـيدـ عـلـىـ الـقـرـنـ بـشـأنـ الـوـزـارـةـ وـالـاحـزـابـ السـيـاسـيـةـ وـبـصـفـةـ عـامـةـ بـشـأنـ النـظـامـ الـبـرـلـانـيـ<sup>(٢)</sup> .

ثانياً - ان المعيار الذى اتخذه ديسى للتفرقة بين القواعد القانونية والعادات الدستورية معيار غير سليم . فهو يخلع الصفة القانونية على كل قاعدة تلقى تطبيقاً 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 بالإشارة الى أن الدساتير التي اقتبست أحکامها من إنجلترا ولاسيما دساتير الدول التي كانت أعضاء في الكومنولث Dominions قد سجلت معظم العادات الدستورية في نصوصها ، وأن مجرد عدم تسجيلها في تشريع دستوري في إنجلترا لاينفي قوتها القانونية - انظر ص ص ٧٠ و ٧١ وكذلك في نفس المعنى تقديم الاستاذ Wade مؤلف ديسى سالف الذكر ص I x وما بعدها .

(٢) انظر Jennings المرجع السابق ص ١١٥ .

التطبيق . ولو أنه التزم معياره المقترن لوجب عليه انكار الصفة القانونية على القواعد التي يصدرها المشرع أحياناً ويحظر على القضاء النظر فيها كما هو شأن بالنسبة إلى القاعدة التي ينص عليها قانون البرلمان لسنة ١٩١١ والتي تجعل لرئيس مجلس العموم سلطة تحديد ما يجب اعتباره مشروع مالياً دون تعقيب من جانب المحاكم «١» . ولكن ديسى لا يتلزم معياره ويقر للقواعد المذكورة بالصفة القانونية بالرغم من عدم تطبيقها من جانب المحاكم . والعادات الدستورية لا تختلف من حيث طبيعتها عن القواعد المذكورة ولا سيما من حيث اشتراكتها معها في أن المحاكم لا تطبقها ، فكان حقيقة بديسى أن يعاملها معاملة تلك القواعد وأن يقر لها بالصفة القانونية أسوة بها «٢» .

ثالثاً - ليس صحيحاً ما يذهب إليه ديسى من أن مخالفة أية عادة دستورية من شأنها أن تقضى في الحال إلى الاصطدام بمحاكم الدولة وقوانينها . وليس أدل على ذلك من أن المثل الذي ساقه ديسى للتدليل على وجهة نظره لا يوصل إلى النتيجة التي انتهت إليها . فهو يبرر تقييد الملك بدعوة البرلمان إلى الاجتماع سنوياً بآئـ الخروج على هذه العادة يؤدى إلى أن تحصيل الضرائب التي تقرر بمقتضى قوانين سنوية يصبح غير مشروع لاتمام أجل نفاذ تلك القوانين . على أن تحصيل الضرائب لا يصبح كذلك إلا في نهاية أجل يمكن أن يمتد إلى 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 ولا سيما المادة الثالثة فقرة ثلاثة 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 مؤلف ديسى سالف الذكر cxxxix

التسليم بما اتتهى اليه ديسى من أن المخالفة القانونية تترتب في الحال . كما أنه من المبالغة القول بأن مخالفـة أية عادة دستورية ترتب مخالفـة قانونية لأن من العادات ما لا تتصور معه هذه النتيجة كما هو الشأن بالنسبة إلى معظم العادات التي تتصل بالتنظيم الداخلي لكل من مجلـسي البرلمان ، فضلاً عن أنه حتى بالنسبة إلى العادات التي تنظم علاقة السلطات الحاكمة بالبرلمـان – وهي أكثر العادات اتصالاً بالقوانين – قد لا يترتب على مخالفتها أثر قانوني إذا لم تجـدـ السلطة صاحبة الشأن داعياً إلى ترتيب هذا الأثر . ويدركـ الاستاذ Jennings تأيـداً لهذا الغرض ما حدث سنة ١٩٣٢ من خروج الـوزارـة آنذاك على مقتضيات المسئـولـية التضامـنية المقرـرةـ بالـعادـاتـ الدـسـتوـرـيـةـ وـعـدـمـ تـرـتـبـ أـيـ أـثـرـ قـانـونـيـ تـيـجـةـ لـذـلـكـ نـظـراـ لـتـمـسـكـ مـجـلسـ العـومـ بـيـقـاءـ الـوزـارـةـ وـعـدـمـ سـجـبـ الثـقةـ مـنـهاـ «١» .

هذه هي المناقشـةـ التـىـ شـوـرـ بـيـنـ الـكـتـابـ الـانـجـلـيزـ «٢» بـشـائـنـ قـيمـةـ العـادـاتـ الدـسـتوـرـيـةـ مـنـ النـاحـيـةـ القـانـونـيـةـ . وـيـبـينـ مـنـهـاـ أـنـ ثـمـةـ فـرـيقـيـنـ مـنـ الـكـتـابـ :ـ الفـرـيقـ الـذـىـ يـتـزـعـمـهـ دـيسـىـ وـيـنـكـرـ عـلـىـ الـعـادـاتـ الدـسـتوـرـيـةـ كـلـ قـيمـةـ قـانـونـيـةـ ،ـ وـالـفـرـيقـ الـذـىـ يـتـزـعـمـهـ Jenningsـ وـيـقـرـ لـهـ بـالـقـوـةـ الـالـزـامـيـةـ .ـ وـهـذـاـ الاـخـتـلـافـ بـيـنـ وـجـهـتـىـ النـظـرـ مـرـدـهـ الـحـقـيقـىـ إـلـىـ اـخـتـلـافـ الرـأـىـ حـولـ تـكـيـيفـ الـقـاعـدـةـ القـانـونـيـةـ بـحـسـبـ الـاتـجـاهـيـنـ السـابـقـ ذـكـرـهـماـ :ـ الـاتـجـاهـ الشـكـلـىـ الـذـىـ يـقـيمـهـاـ عـلـىـ اـرـادـةـ الـمـشـرـعـ ،ـ وـالـاتـجـاهـ الـمـوـضـوعـيـ الـذـىـ يـقـيمـهـاـ عـلـىـ اـرـادـةـ الـجـمـاعـةـ .ـ

أما أـنـ دـيسـىـ مـنـ أـنـصـارـ الـاتـجـاهـ الشـكـلـىـ فـيـتـضـحـ عـلـىـ الـأـخـصـ مـنـ تمـيـزـهـ

(١) انظر Jennings المـرـجـعـ السـابـقـ صـصـ ١٢٣ـ ١٢٥ـ ،ـ وـتـقـدـيمـ Wadeـ مـؤـلـفـ دـيسـىـ سـالـفـ الذـكـرـ صـ cxlvـ

(٢) رـاجـعـ مـثـلاـ Wadeـ وـ Phillipsـ المـرـجـعـ السـابـقـ صـصـ ٧ـ ٩ـ ،ـ وـ Ketihـ المـرـجـعـ السـابـقـ صـصـ ٤ـ ٨ـ ،ـ وـ Ridgesـ المـرـجـعـ السـابـقـ صـصـ ٤١ـ ٢٤ـ ،ـ وـ Hoodـ Phillipsـ وـ Chalmersـ المـرـجـعـ السـابـقـ صـصـ ٣٣ـ ١٩ـ

بين نوعين من السيادة : السيادة القانونية legal sovereignty وهي للبرلمان أى للمشرع ، والسيادة السياسية political sovereignty للبرلمان أى للجماعات . وهو يصل من وراء هذه التفرقة إلى أن القواعد التي يمكن أن تكون لها صفة قانونية هي تلك التي تصدر عن المشرع وحده أو على الأقل تطبق بموافقتها عن طريق المحاكم . وهنا يبدو جليا مدى تأثر ديسى برأى الفقيه أوستن السابق بيانه «<sup>١</sup>» .

أما أن Jennings من أنصار الاتجاه الموضوعي «<sup>٢</sup>» فيوضح من مماثلته بين العادات الدستورية والقواعد القانونية من حيث الطبيعة واسناده قوتها الالزامية إلى الرأى العام . وهو في هذا يقول بحق « إن العادات الدستورية شأنها شأن القواعد الأساسية لاي دستور تستند إلى قبول الجماعة أو موافقة الرأى العام general acquiescence فليس مرد الصفة القانونية للدستور المكتوب إلى صفة واضعه وإنما إلى قبوله من جانب الجماعة » «<sup>٣</sup>» .

(١) راجع ص ٤٢٩ من المرجع السابق وص ٦٧ من هذا الكتاب . وتلقى آراء ديسى في العادات الدستورية تأييد الكتاب الدستوريين من أنصار الاتجاه الشكلى مثل الاستاذ Girola في مقاله سالف الذكر المرجع السابق ص ٢٥ ، والاستاذ لافاريير في 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 legislation أكثر من معنى . ويهمنا لاغراض هذا المبحث معنيين : التشريع بوصفه مصدرا رسميا للقواعد القانونية، والتشريع بوصفه مجموعة الاحكام أو القواعد القانونية ذاتها الصادرة عن طريق هذا المصدر «<sup>١</sup>» .

أما التشريع بوصفه مصدرا رسميا : فهو سن القواعد القانونية واسبابها قوتها الالزامية عن طريق سلطة مختصة ووفقا لاجراءات معينة . وتحرص 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 الازمة لممارسة ولايتها التشريعية . وأيا كان أمر هذا الاختلاف فان من الحق أن الولاية التشريعية قد تثبت لاكثر من سلطة في الدولة ، وأن اشتراط اجراءات معينة مرده الى الرغبة

(١) اصطلاح legislation مشتق من أصل لاتيني هو lex أو legis ومعناه القانون ، و latum أي يضع فيكون المقصود هو وضع القواعد القانونية . ويلاحظ أنه وإن كان التشريع loi أحد مصادر القانون droit إلا 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 . وظاهر أن وصف الكتابة لاينصرف إلى مجرد التدوين أو التسجيل وإنما إلى 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  
الذى قصد من ورائها تحقيقه .

ولئن ثار الخلاف بشأن مدى صلاحية مصادر أخرى كالقضاء والعرف  
لان تكون مصادر رسمية للقانون ، فإنه لا يتصور أن يثور مثل هذا  
الخلاف بشأن التشريع الذي أضحم أحدهم مصدر رسمي للقانون — وخاصة  
في نظر أنصار الاتجاه الشكلي في تكييف القاعدة القانونية .

وليس يقبح في أهمية التشريع أن أصحاب النزعة الفلسفية من أنصار  
الاتجاه الموضوعي يردون القانون إلى مصدر وحيد هو ضمير الجماعة ، إذ  
أنهم يسلمون للتشريع بقوته الالزامية على أساس أنه وسيلة لاظهار  
القانون «<sup>١</sup>» .

ويرجع ازدياد أهمية التشريع في المجتمع الحديث إلى اعتبارات شتى .

ويمكن أن ترد هذه الاعتبارات إلى طائفتين رئيسيتين : طائفة تتصل بتطور  
الاحوال الاجتماعية ، وأخرى تتصل بالتشريع ذاته . ولعل أهم الاعتبارات  
التي تتصل بتطور الاحوال الاجتماعية انتقال المجتمع إلى مرحلة التنظيم  
السياسي بما استتبعه ذلك من قيام الدولة وتشييد سلطانها في مواجهة  
منافسيها مثل الامراء في عهد الاقطاع والكنيسة في العصور الوسطى «<sup>٢</sup>» .  
على أن التطور لم يقف عند حد قيام الدولة وإنما 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 crystallized ».

تعزيز سلطانها وتوسيع نطاق نشاطها بفضل انتشار النظريات الاشتراكية وحلولها محل النظريات الفردية على ما سنبينه تفصيلا في القسم الثاني من هذا الكتاب . وبالاضافة الى هذه الاعتبارات توجد اعتبارات تتصل بالتشريع ذاته وتقوم أساسا على أنه أصلح المصادر الرسمية وأكثرها ملاءمة لحاجات الجماعة المتطورة . و اذا كان من بين تلك المصادر ما يتصور أن ينافس التشريع من حيث صلاحيته فهو العرف . على أن العرف وان كان يصدر عن الجماعة ويفترض بحكم تكوينه استجابته لحاجاتها ، الا أنه بطء في نشوئه وبطء في تطوره فضلا عما يشهده في معظم الأحيان من غموض يجعل قواعده ويتراكم مجالا للشك في قيامها . ويقابل هذا أن التشريع يمكن أن يكون وسيلة ميسرة وسريعة في انشاء القواعد القانونية وفي تعديلهما فضلا عما يتحققه بحكم صياغته من التحديد والوضوح لما يقرره من أحكام «<sup>١</sup>» .

**واما التشريع بوصفه مجموعة الاحكام والقواعد الصادرة عن السلطة التشريعية :** فقد اختلف الرأى في تحديد طبيعته . وآية ذلك أن الاحكام التي تسنها السلطة التشريعية قد تتوافق فيها خصائص القاعدة القانونية فتكون عامة واجتماعية وملزمة ، «<sup>٢</sup>» وقد لا تتوافق فيها صفة العمومية بالذات «<sup>٣</sup>» . ولئن كان من المسلم أن هذه الاحكام جميا تعامل معاملة التشريع من كل الوجوه وترتبط بها نفس الآثار القانونية التي ترتتب عليه ، الا أن ثمة خلافا في الرأى حول تكييف طبيعة الاحكام الخاصة أو الشخصية التي تصدر عن السلطة التشريعية في شكل تشريعات «<sup>٤</sup>» .

(١) انظر الاستاذين السنهاورى وحسinet أبو ستيت المرجع السابق ص ص ١٩٩ - ١٢١ ، والاستاذين محمد كامل مرسي وسيد مصطفى المرجع السابق ص ص ١٤٤ - ١٥١ .

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

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

(٤) انظر في تفصيل هذا الموضوع ديجى المرجع السابق الجزء الثالث ص ١٦٠ وما بعدها ، وكاريه دى مالبرج La loi المرجع السابق الصفحة الاولى وما بعدها .

ففريق من الكتاب يذهب الى أن التشريع هو مجموعة الاحكام التي تسنها السلطة التشريعية الاصلية أى السلطة صاحبة الولاية العامة في التشريع . ومقتضى هذا النظر تغلب معيار شكلى بحيث أنه يخلع صفة التشريع على كل حكم تسنه السلطة التشريعية الاصلية ولو كان حكما خاصا أو شخصيا ، 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 تغلب معيار موضوعي بحيث أنه يخلع صفة التشريع على كل حكم توافر فيه خصائص القاعدة القانونية ولو صدر من غير السلطة التشريعية الاصلية ، وينكر هذه الصفة على أى حكم لا توافر فيه صفة العمومية ولو سنته السلطة التشريعية الاصلية .

وهذا الاختلاف في النظر الى طبيعة التشريع هو الذى يفسر اختلاف الكتاب في تعريف التشريع وفي تكييف طبيعة اللائحة . وبالنسبة الى تعريف التشريع نلاحظ أن الكاتب اما أن يتأثر بالمعيار الشكلى فيوسع في التعريف ليشمل جميع الاحكام التي تسنها السلطة التشريعية ، واما أن يتأثر بالمعيار الموضوعي فيقصر التعريف على القواعد القانونية التي تسنها تلك السلطة . وبالنسبة الى اللائحة ( وهى حكم توافر 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 الموضوعي فيقر لها بهذه الصفة «<sup>١</sup> » .

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

## تدرج التشريع ونماجه

اذا 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 فان التشريع الذي تسنه السلطة الاولى يكون أقوى من التشريع الذي تسنه السلطة الاخيرة .

وإذا كان الدستور جامداً أى يحتاج في تعديله إلى اجراءات خاصة تزيد على الاجراءات الالازمة لتعديل التشريع العادي ، فان السلطة التي تملك تعديله تكون سلطة دستورية أو تأسيسية *pouvoir constituant* ويكون التشريع الذي تسنه أقوى التشريعات في الدولة .

وهكذا يفضي التفاوت في السلطات التشريعية في ظل دستور جامد إلى تفاوت في التشريع الذي تسنه بحيث أنه يتدرج من الضعف إلى القوة على النحو الذي يلى : التشريع الفرعى (أو التابع أو الثانوى) ، والتشريع العادى (أو الاصلى أو الرئيسي) ، والتشريع الدستورى (أو الاساسى) .  
ويترتب على هذا التدرج «١» أنه يجب أن يتقييد كل تشريع بالتشريع الأعلى منه درجة . فلا يجوز للتشريع الفرعى أن يتعارض مع تشريع عادى ، كما لا يجوز لايهما أن يتعارض مع تشريع دستورى .

أما اذا أصدر أى من هذه التشريعات مخالفًا لتشريع أعلى منه درجة «٢»  
فانه يكون غير شرعى *illégal* سواء أكان تشريعاً فرعياً أم تشريعاً

---

### Hiérarchie des lois (١)

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

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

ولما كانت رقابة مشروعية التشريع الفرعى من صميم مباحث القانون الادارى الذى يعني بالقرارات الادارية سواء كانت تنظيمية ( وهى التشريعات الفرعية أو اللوائح ) أو فردية «٢» فاننا نكتفى بدراسة رقابة مشروعية التشريع العادى أو وفقا للاصطلاح العاجرى 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 في ظل الدساتير الجامدة «٣» . وآية ذلك أن الدستور الجامد يحتاج في تعديله الى اجراءات أكثر أهمية من الاجراءات الالزامية لتعديل القانون ، ومن ثم توجد سلطتان احداهما تأسيسية والاخري شريعية ويوجد تبعا لذلك نوعان من التشريع : تشريع أعلى وهو التشريع الدستوري ، وتشريع أدنى وهو التشريع العادى ( أو القانون ) .  
أما الدستور المرن فانه يمكن تعديله بنفس الكيفية التي يعدل بها

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

(٢) راجع ص ٢٥ من هذا الكتاب

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

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

التشريع العادى ، ومن ثم لا توجد الا سلطة واحدة تملك تعديل جميع الاحكام التشريعية ويختفى بعها لذلك اى مميز من حيث الدرجة بين التشريع الدستورى والتشريع العادى ٠

وتشير رقابة دستورية القوانين صعوبة جوهيرية ٠ فالسلطة التشريعية هي السلطة المختصة أصلا بالتشريع ، فضلا عن أنها — في النظم الديموقراطية النيابية — تقوم أساسا على الانتخاب من جانب الشعب فيكون لها صفة تمثيلية للرأي العام ٠ ولا تثور هذه الصعوبة بالنسبة لرقابة مشروعية التشريع الفرعى الذى يصدر من سلطة غير مختصة بحسب الأصل بالتشريع ، فضلا عن أنها سلطة تقوم أساسا على التعين ٠

فلا عجب أن نجد معظم الدول وقد استقرت من قديم في تنظيمها لرقابة مشروعية التشريع الفرعى على أساس ايجابية متقاربة ، بينما ترددت و اختفت في الحلول الواجبة الاتباع بقصد تنظيم رقابة دستورية القوانين ٠

ولئن تعددت هذه الحلول إلا أنه يمكن ردها إلى نوعين رئيسيين من رقابة الدستورية تبعاً لصفة الهيئة التي تمارس تلك الرقابة : الرقابة السياسية ، والرقابة القضائية ٠

وعلى هذا النحو قد يكون من الملائم أن نقسم البحث في الرقابة الدستورية إلى :

المطلب الأول — الرقابة السياسية ٠

المطلب الثاني — الرقابة القضائية ٠

المطلب الثالث — تقدير رقابة الدستورية ٠

### المطلب الأول — الرقابة السياسية

ترمز الرقابة السياسية إلى صفة الهيئة التي تباشرها أي أنها تكون من

جانب هيئة ذات صفة سياسية «١» . ويختلف تشكيل هذه الهيئة بحسب  
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  
النزعية الاشتراكية . فيكون من المفيد اذن أن تفصل صور تلك الرقابة في  
فرنسا ثم نشير إلى أهم تطبيقاتها في الدول الأخرى .

## ٤ في فرنسا

### الرقابة السياسية في القديم

دستور السنة الثالثة للثورة : : حاول Sièyes أن يحمل واضعى هذا  
الدستور على إيجاد هيئة سياسية يكون من اختصاصها الغاء جميع القوانين  
التي تسن مخالفة لاحكام الدستور ، ولكنهم رفضوا بالاجماع الأخذ بهذا  
اقتراح 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 «المقييد limitative» — ضد أي  
مساس بأحكامه ، وایلاء هذه المهمة إلى هيئة نيابية سمّاها هيئة المحلفين  
الدستوريين jurie constitutionnaire «٢» ولم يشأ أن يجعل القضاء

Le contrôle par un organe politique

(١)

(٢) انظر برترلمي ودوينز المرجع السابق ص ٢٠٣ حيث يوردان قول  
Sièyes

مختصا برقابة الدستورية نظرا للاثر السيء الذي خلقه تعسف المحاكم السابقة على الثورة والتي كانت تسمى بـ *برلمانات* .

دستور السنة الثامنة للثورة : أفلح Sièyes وكان له دور ملحوظ في وضع دستور السنة الثامنة - في أن يقنع واضعى هذا الدستور بجدوى اقتراحه سالف الذكر . وهكذا نشأت هيئة المحلفين الدستوريين التي أرادها ولكن تحت اسم « مجلس الشيوخ العاشر للدستور Le Sénat Conservateur » و كان المفروض وفقا للدستور أن يكون مجلس الشيوخ رقابة دستورية القوانين قبل إصدارها بحيث يملك الغاء غير الدستوري منها في مواجهة الكافية erga omnes . وكان المفروض أيضا أن يختار أعضاء هذا المجلس بصورة تكفل لهم الاستقلال الذي يمكنهم من أداء مهمتهم على الوجه الأكمل .

على أن هذا المجلس الذي قام لحماية الدستور لم يحقق النتائج التي قصد من وراءه تحقيقها ، بل وكان أداؤه في يد نابليون الذي فرض سيطرته عليه وسخره لتعديل الدستور وفقا لرغباته «<sup>١</sup> » .

---

« 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 لنفاذة فضلا عن حقه في تفسير أحكامه التي 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 ديجي المرجع السابق الجزء الثالث ص ٧١٦ .

ولقد كان تقوذ نابليون السبب الرئيسي الذي قوض استقلال مجلس الشيوخ وجعله عاجزاً 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 وتسليم مؤثراته عليهم ° ولم يقنع نابليون بهذه السلطة الفعلية وإنما والى تقوذه حتى أضحت له الحق قانوناً في تعين أعضاء مجلس الشيوخ وفي تقليدهم المناصب ومنحهم الرتب والخصائص «<sup>١</sup>» °

أما عجز مجلس الشيوخ عن أداء مهمته فكان مرده إلى الكيفية التي تحددها اختصاصاته ° فهو لم يكن يملك أن يباشر رقابة الدستورية إلا بالنسبة للقوانين التي تحيلها إليه الحكومة أو هيئة خاصة تسمى Tribunat في ظرف عشرة أيام من تاريخ سنها وقبل تقديمها للإصدار «<sup>٢</sup>» ° على أنه لم يكن متصوراً أن تعمد الحكومة إلى حمل المجلس على مباشرة اختصاصه ضد القوانين بينما كان لها صالح في اتفاذها ° وإذا كان متظراً أن يباشر المجلس اختصاصه بناءً على طلب الهيئة الخاصة ، فإن نابليون سلط تقوذه عليهما أيضاً حتى ألغيت في ١٠ أغسطس سنة ١٨٥٧ «<sup>٣</sup>» °

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

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

(٢) انظر مقالاً للاستاذ Duez بعنوان

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

نشر بمجموعة Hauriou - Mélanges . ص ٢١٩ .

(٣) كا زت هذه الهيئة تتكون من مائة عضو يختارهم مجلس الشيوخ من البارزين ذوى الكفاية وأنقص عددهم إلى النصف نتيجة تدخل نابليون قبل الفائها سنة ١٨٥٧ - انظر برترلمى ودويز المرجع السابق ص ٢٠٥ و ٢٠٦ .

للثورة . ولكن يلاحظ أن « مجلس الشيوخ الحامى للدستور Le Sénat Conservateur » في ظل دستور سنة ١٨٥٢ كان يملك – بالإضافة إلى اختصاصه بتعديل الدستور بشروط معينة – مراجعة جميع القوانين من حيث صفتها الدستورية قبل تقديمها إلى رئيس الدولة لاصدارها <sup>(١)</sup> ، والغاء القوانين التي تحال اليه من الحكومة أو بناء على التماس الأفراد <sup>(٢)</sup> اذا ثبت له عدم دستوريتها .

ولئر قرر دستور سنة ١٨٥٢ ضمانات عديدة لتأمين استقلال أعضاء مجلس الشيوخ الا أن رئيس الدولة تمكّن بفضل تفوذه الفعلى من تقويض تلك الضمانات ، وشنل وظيفة المجلس الرقابية <sup>(٣)</sup> ، بل وجعله – أسوة بسلفه في ظل دستور السنة الثامنة – أدلة لتعديل الدستور وفق مشيئته .

#### الرقابة السياسية حاليا

تزاوج واضعى الدستور الفرنسي الحالى اعتبارات شتى عند تنظيمهم لرقابة الدستورية . ونظراً لأن هذه الاعتبارات لم تخل من تعارض في مقتضياتها ، فإن سعى واضعى الدستور إلى التوفيق بينها قد أجهض إلى ابتداع حل يغاير الحلول المتعارف عليها ويتسم بطبع العذر والتردد .

(١) تطور هذا الاختصاص بعد ذلك بحيث شمل مراجعة القوانين ليس فحسب من دستوريتها أو عدم دستوريتها وإنما أيضاً من حيث ملاءمتها أو عدم ملاءمتها ، ومن ثم تحول مجلس الشيوخ إلى مجلس تشريعى ثان في ٢١ مايو سنة ١٨٧٠ – انظر ديجى المرجع السابق الجزء الثالث ص ٧١٧ .

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

(٣) لم يعرف أن المجلس ألغى أى قانون غير دستوري نظراً لما كان يتضمنه سعى المجلس إلى ذلك من وقوف في وجه الحكومة – وبالاحرى في وجه رئيس الدولة الذى كان يملك وحده حق اقتراح القوانين آنذاك – انظر مقال الاستاذ دوينز سالف الذكر ص ٢١٩ .

أما الاعتبارات التي سعوا إلى التوفيق بينها فكان أهمها من جهة الرغبة في تحصين الدستور الجامد دون انتقاص أهمية الرأى العام ممثلاً في الجمعية الوطنية<sup>(١)</sup> ، ومن جهة أخرى الرغبة في تأمين حقوق الأفراد والنظم الجديدة دون وضع العرائيل في وجه أي تطور مرغوب فيه ولا سيما في المجالين الاقتصادي والاجتماعي<sup>(٢)</sup> .

وأما التنظيم الذي انتهوا إليه فتشمله المواد ٩١ - ٩٣ من الدستور ، ويقضي بتشكيل هيئة سياسية تسمى اللجنة الدستورية le Comité Constitutionnel يكون من اختصاصها رقابة دستورية القوانين قبل إصدارها في حدود ضيقة<sup>(٣)</sup> .

**تشكيل اللجنة الدستورية:** تتشكل اللجنة الدستورية من رئيس الجمهورية — بحكم منصبه — رئيساً ، ومن اثنى عشر عضواً . ويختارهؤلاء على النحو الآتي: عضوان بحكم منصبهما وهما رئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الجمهورية ، وعشرة أعضاء يختارهم البرلمان — من غير أعضائه — على أساس التمثيل النسبي لمختلف الهيئات وذلك في بدء انعقاده سنوياً . ويكون للجمعية الوطنية اختيار سبعة منهم ، وللبرلمان اختيار

(١) يتكون البرلمان الفرنسي الحالي من مجلسين : الجمعية الوطنية L'Assemblée Nationale و يتم 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 عضواً — راجع المادتين ٥ و ٦ من الدستور الذي نشر بمجموعة الدساتير الأوروبية Mirkine-Guetzévitch — Les constitutions européennes . بعدها .

(٢) انظر قيد المرجع السابق ص ٥٥١ .

(٣) راجع في تفصيل هذا التنظيم : مطول بيردو في الفقه السياسي المرجع السابق الجزء الثالث ص ص ٣٧٥ - ٣٧٩ ، و قيد المرجع السابق ص ص ٥٥١ - ٥٥٤ ، ولا فارير المرجع السابق ص ص ٩٥١ - ٩٥٧ ، سنة ١٩٤٩ Droit constitutionnel — Liet-Veaux و

### الثلاثة الآخرين \*

ويشير الاستاذ لافارير الى أن مراعاة التمثيل النسبي للاحزاب من شأنها أن تفضى الى سيطرة الاعتبارات الحزبية على تشكيل اللجنة . وهو يعتقد سيطرة هذه الاعتبارات من وجهتين : أولاًهما أنها تؤدي الى اختيار أعضاء وان كانوا بارزين في أحزابهم قد لا تتوافق فيهم الدراسة القانونية التي تستوجبها مهمة فحص دستورية القوانين ، والثانية أنها تحيل اللجنة الدستورية من هيئة ينبغي أن تتمتع بالاستقلال والجيدة الى مجرد هيئة تابعة للبرلمان يحس أعضاؤها بأنهم مديونون بمرأكزهم للهيئات الممثلة فيه ومن ثم لا يتصور أن يقفوا موقفا يتضمن ادانة القوانين التي سنتها تلك الهيئات .

**اختصاص اللجنة الدستورية :** تقييد النصوص اختصاص اللجنة الدستورية من ناحيتين رئيسيتين نبينهما فيما يلى :

أولاً - من حيث مباشرة اختصاصها : لا تستطيع اللجنة الدستورية أن تباشر اختصاصها الا بناء على طلب مشترك يقدم اليها من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الجمهورية . فهى لا تملك أن تباشر اختصاصها من تلقاء نفسها ، كما لا تملك أن تباشره بناء على طلب فرد أو هيئة أيا كانت «<sup>١</sup>» .

ولئن كان من حق رئيس الجمهورية أن يدعو رئيس مجلس الجمهورية الى تقديم طلب مشترك في كل وقت وبدون حاجة الى اتباع اجراءات معينة «<sup>١</sup>» ، 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 ولكن رفض - انظر لافارير المرجع السابق ص ٩٥٦ ( هامش ١ )

(٢) دعيت 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 أي توقيع وزاري - مطول بيردو المرجع السابق ص ٣٧٧ ( هامش ٢ ) .

أما رئيس مجلس الجمهورية فإنه لا يستطيع توجيه الدعوة إلى رئيس الجمهورية لتقديم طلب مشترك إلا إذا طلب منه ذلك الأغلبية المطلقة للأعضاء المكونين لمجلس الجمهورية . فكأن حق رئيس المجلس يتعطل قانوناً إذا لم توجد أغلبية جدية تعارض القانون في المجلس .

ثانياً - من حيث مدى اختصاصها : اختصاص اللجنة الدستورية مقيد بدوره من وجهتين : من حيث الموضوع ، ومن حيث الأثر .

فمن حيث الموضوع تنص المادة ٩١ من الدستور على أن اللجنة « تبحث فيما إذا كانت القوانين التي أقرتها الجمعية الوطنية تتضمن تعديلاً للدستور »<sup>(١)</sup> . وظاهر أن النص لا يصرح بمعنى رقابة الدستورية بل ويتحاشى وصف القوانين التي تقرها الجمعية الوطنية بأنها مخالفة للدستور . و يبدو أن واضعي الدستور قصدوا إلى إبراز سيادة الجمعية الوطنية فآثروا أن يصفوا القوانين المخالفة للدستور بأنها تتضمن تعديلاً له ، وصوروا الوضع على أساس أنها لم تكن تدرك بالفعل أنها تعديل الدستور ومن ثم وجب تبنيها إلى ذلك حتى ما إذا كانت تقصد حقيقة إلى تعديل الدستور أو مكنها أن تتخذ الإجراءات اللازمة لتحقيقه وفقاً للمادة ٩٠ منه .

واللجنة الدستورية إذ تفحص القوانين المحالة إليها فهي لا تفحص صفتها في ظل جميع أحكام الدستور وإنما في ظل أحكام الفصول العشرة الأولى فحسب وهي الخاصة بتنظيم السلطات العامة . ومن ثم لا تختص اللجنة بالبحث فيما إذا كانت القوانين المذكورة تتضمن تعديلاً لディاجة الدستور التي تسجل حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية من سياسية واجتماعية

---

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

و الاقتصادية ، أو لاحكام الفصل الحادى عشر الخاص ببيان الاجراءات  
الواجب اتباعها لتعديل الدستور ٠

ومن حيث الاثر يكون على اللجنة الدستورية في الاحوال التي تختص  
فيها أن تقوم أساسا بدور موفق بين مجلسى البرلمان ٠ فان أفلحت في 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 ٠

وفي الحالة الاخيرة يتبعن على اللجنة أن تقدم تقريرها في مهلة لا تتجاوز  
خمسة أيام وتنقص الى يومين عند الاستعجال ٠ ويبدو أن واضعى الدستور  
لم يقصدوا الى تمكين اللجنة من فحص صفة القوانين المحال اليها فحصا  
جديا كما يتضح من المهلة القصيرة المحددة للانتهاء من مهمتها ٠

واللجنة قد تقرر أن القانون موافق للدستور *conforme à la Constitution*  
وقد تقرر أنه يتضمن تعديلا *suppose une révision de la Constitution* له  
فإذا كان القانون بحسب رأيها موافقا للدستور يتولى رئيس الجمهورية  
اصداره في ظرف عشرة أيام أو اذا قررت الجمعية الوطنية حالة الاستعجال  
في ظرف خمسة أيام طبقا للمادة ٣٦ من الدستور ، مضافا اليها المهلة  
المقررة للجنة الدستورية وهي خمسة أيام أو يومين على حسب الاحوال ٠

اما اذا كان القانون بحسب رأى اللجنة يتضمن تعديلا للدستور فليس  
لها حق الغائه وإنما يتبعن عليها اعادته الى الجمعية الوطنية لتنظر فيه من

---

(١)

وهذا هو الدور الذي قامت به اللجنة الدستورية *un rôle de conciliateur*  
في ١٨ يونيو سنة ١٩٤٨ عندما ثار الخلاف حول تحديد المهلة المقررة لمجلس  
الجمهورية في مناقشة مشروعات القوانين التي تقرر الجمعية الوطنية مناقشتها  
على وجه السرعة — راجع مطول بيردو المرجع السابق ص ٣٧٩ (هامش) ٠

جديد . فان عدلت الجمعية الوطنية القانون على النحو الذى يتلافى اعتراض اللجنة أصبح فى حكم القانون المخالف للدستور وجاز اصداره . وان تمسكت الجمعية الوطنية «<sup>١</sup>» بالقانون على حالته الاولى يمتنع على رئيس الجمهورية اصداره . على أن للجمعية الوطنية فى هذه الحالة أن تتحقق 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 الالازمة لتعديل الدستور ، وكفلوا للجمعية الوطنية الحق فى تعديله اذا كانت جادة ومصممة على اجراء هذا التعديل «<sup>٢</sup>» ، فان المقصود من رقابة الدستورية قد تحول الى جعل الدستور متمشيا مع أحكام القانون أكثر من جعل القانون متمشيا مع أحكام الدستور «<sup>٣</sup>» .

(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 احالة من رئيس الجمهورية الذى يحق له وفقا للمادة ٣٦ من الدستور أن يطلب الى مجلسى البرلمان اعادة النظر فى القانون – انظر فيidel المرجع السابق ص ص ٥٥٣ - ٥٥٤ .

(٢) راجع في تفصيل ذلك فيidel المرجع السابق ص ٥٣٢ وما بعدها .

(٣) انظر في هذا المعنى ما ذكره بيردو في مطول الفقه السياسي 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 ».

## ٦ في الدول الأخرى

أخذت دول أخرى عديدة بالرقابة السياسية لدستورية القوانين ولاسيما الدول ذات النزعة الاشتراكية . وتنتنوع صور هذه الرقابة تنوعاً كبيراً . فهنالك ما جعل رقابة الدستورية من اختصاص لجنة خاصة مثل المانيا 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 ذوي الخبرة في مسائل القانون الدولي العام «<sup>١</sup>» .

وظاهر أن ثمة تقاربًا بين هذا التنظيم وبين التنظيم المقرر في الدستور الفرنسي الحالي من حيث قيامهما على أساس لجنة ذات صفة سياسية . و تستمد اللجنة صفتها السياسية من أن الهيئة التشريعية هي التي 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 الإداري للهيئة التشريعية تحت اشراف هذه الهيئة .

فهنالك التي جعلت رقابة الدستورية من اختصاص الهيئة التشريعية ذاتها : الجمهوريات السوفيتية التي ينص دستورها على اختصاص

(١) راجع المادة ٦٦ من الدستور - مجموعة الدساتير الاوروبية المرجع السابق الجزء الاول ص ٣٥٦ .

السوڤييت الاعلى Soviet Suprême « بالاشراف على تنفيذ الدستور الاتحادى واتخاذ الاجراءات الكفيلة بجعل دساتير الجمهوريات متماشية مع أحكامه »<sup>(١)</sup> ، وببلغاريا التى ينص دستورها الصادر فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٧ على اختصاص الهيئة التشريعية وحدها « narodno sobranié » « بحق الفصل فيما اذا كانت الشروط التى يتطلبها الدستور قد روعيت عند اصدار القانون ، وفيما اذا كان هذا القانون دستوريًا »<sup>(٢)</sup> .

ومن الدول التى جعلت رقابة الدستورية من اختصاص المكتب الإدارى 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 le présidium دستورها الصادر فى ١٥ مارس سنة ١٩٤٦ على اختصاص le bureau de l'assemblée populaire le bureau de l'assemblée الصادر فى ٩ مايو سنة ١٩٤٨ على اختصاص le bureau de l'assemblée nationale.<sup>(٣)</sup>

### المطلب الثاني - الرقابة القضائية

ترمز الرقابة القضائية الى صفة الهيئة التى تباشرها أى أنها تكون من جانب هيئة قضائية<sup>(٤)</sup> . ولئن تنوّع صور الرقابة القضائية تنوّعاً كبيراً

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

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

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

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

(٥) المادة ٦٥ من الدستور المرجع السابق الجزء الثاني ص ٧٥٣ .  
Le contrôle par un organe juridictionnel<sup>(٦)</sup>

الا أنه يمكن أن تقسمها تبعا للاثر الذي يترتب عليها بالنسبة للقانون غير الدستوري الى نوعين رئيسين : رقابة الامتناع ، ورقابة الالغاء ٠

فمقتضى رقابة الامتناع أن القاضي يهمل حكم القانون غير الدستوري أى يمتنع عن تطبيقه في القضية المعروضة عليه ٠ وليس من شأن هذا القضاء أن يحول دون استمرار القانون أو انفاذ حكمه في الاحوال التي يتضمن فيها ذلك ٠

أما رقابة الالغاء فانها تجيز للقاضي أن يبطل القانون غير الدستوري في مواجهة الكافة *erga omnes*. ويترتب على هذا القضاء اعتبار القانون كأن لم يكن أو على الأقل انهاء حياته بحيث لا يكون ثمة جدوى من الاستناد اليه ٠

هذا وتفترض رقابة الامتناع قانونا واجب النفاذ وقاوميا يمتنع عن تطبيقه في قضية منظورة أمامه ٠ فرقابة الامتناع لاحقة لصدور القانون ولا يتصور أن تكون سابقة لصدروره ٠ 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» ٠

وعلى هذا النحو تنقسم الرقابة القضائية الى :

أولا — رقابة الامتناع ٠

ثانيا — رقابة الالغاء ٠

وتنقسم هذه بدورها الى :

أ — الرقابة السابقة ٠

ب — الرقابة اللاحقة ٠

(1) سنفصل هذه المسائل جمیعا فيما بعد .

## اولا - رقابة الامتناع

لعل خير ما يوضح رقابة الامتناع أن نبدأ بدراستها في الولايات المتحدة الأمريكية ، ومن ثم في الدول الأخرى .

### ٤ في الولايات المتحدة الأمريكية

كانت الولايات المتحدة الأمريكية أسبق الدول إلى تشييد رقابة القضائية الدستورية القوانين . وبالرغم من عناية الفقه الدستورى بموضوع رقابة الدستورية فيها ، فإن غير قليل مما كتب فيه تعوزه الدقة وينحرف عن تصوير الواقع . وهذا هو ما يحدو بنا إلى أن نفصل الموضوع تفصيلا يظهر حقيقته ويزيل شتى نواحيه .

#### نشأة رقابة الدستورية

المحاكم التي تباشر رقابة الدستورية : يضم الولايات الأمريكية اتحاد مرکزى 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 يعنينا في صدد بحث موضوع الرقابة الدستورية دراسة التنظيم القضائي الأمريكي ، ولكن حسينا أن نقرر أن وضع الدستور الاتحادي قد أبقى على محاكم الولايات وأنشأوا بجانبها محاكم تابعة للاتحاد . فمن جهة لم تكن الولايات العريضة على سلطانها لتقبل أن تلغى محاكمها ، ومن جهة أخرى لم يكن الاتحاد ليأمن إلى انفراد محاكم الولايات بالسلطة القضائية «<sup>١</sup>» .

---

(١) راجع في تفصيل التنظيم القضائي الأمريكي عموما :

وهكذا استمر الوضع القضائي الذي كان قائماً في الولايات بعد صدور الدستور الاتحادي سنة 1789 وبقي أمر تنظيمه من اختصاصها . أما بالنسبة إلى الاتحاد فقد نص الدستور في مادته الثالثة على أن « يباشر السلطة القضائية في الولايات المتحدة محكمة عليا واحدة one Supreme Court والمحاكم الادنى درجة التي يقرر الكونجرس إنشاءها حسب ما يتراهى له » <sup>(١)</sup> . ويمكن أن يقال بصفة عامة أن النظام القضائي — سواء في الاتحاد أو في الولايات — هو على شكل هرم قمتها المحكمة الاتحادية العليا وما يقابلها في الولايات من محكمة عليا أو ما يماثلها <sup>(٢)</sup> .

والذى يهمنا أن نؤكده هو أن المحاكم الأمريكية تباشر جميعها رقابة الدستورية كلاً 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 الادنى درجة بمقتضى قوانين عديدة كان أولها قانون التنظيم القضائي لسنة 1789 Judiciary Act . وإذا تركنا جانباً ما يسمى المحاكم الخاصة Special Courts نجد أن المحاكم المذكورة قد تكون محاكم ابتدائية وتسمى District Courts أو محاكم استئنافية Circuit Courts of Appeals وتسمى

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

الولايات فإنها لا تباشر اختصاص الدستورية بالنسبة إلى القوانين التي يسنها الكونجرس ، ولكنها تباشره بالنسبة إلى القوانين التي يسنها الولايات في حدود أوسع من حدود رقابة المحاكم الاتحادية 。 وآية ذلك أنها فضلاً عن رقابتها لدستورية تلك القوانين في ظل الدستور الاتحادي — كما هو شأن بالنسبة إلى المحاكم الاتحادية ، تراقب دستورية القوانين التي يسنها برمطانات الولايات في ظل قوانينها الأساسية (أى دساتير الولايات ذاتها) ٠

**العوامل التي أدت إلى نشأة رقابة الدستورية :** يجدر بنا قبل أن نبين العوامل التي أدت إلى نشأة رقابة الدستورية في الولايات المتحدة ، أن نبرز حقيقتين لم تلقيا من كتاب عديدين ماتستأهلان من عناية وتفسير ٠

**أولاً الحقيقة الأولى** فهي أن ثمة سوابق تفيد أن محاكم الولايات كانت تباشر رقابة الدستورية قبل نشأة الاتحاد الأمريكي سنة ١٧٨٩ ٠ وتشهد بذلك الأحكام الصادرة بعدم دستورية بعض القوانين من محاكم نيوجرسى سنة ١٧٨٦ ، ورود أيلند Rhode Island سنة ١٧٨٠ ، وشمال New Jersey سنة ١٧٨٧ ، وفريجينيا Virginia سنة ١٧٨٨ ، وكارولينا North Carolina سنة ١٧٨٨ ٠

**وأما الحقيقة الثانية** فهي أن الدستور الأمريكي لم ينظم من أحوال عدم الدستورية المتقدم ذكرها سوى حالة تعارض القوانين التي يسنها الولايات مع الدستور الاتحادي أو القوانين الاتحادية ٠ وهذا ماتنص عليه المادة السادسة (فقرة ثانية) من أنه « يعتبر هذا الدستور وكذا ما يسنّه الولايات المتحدة من قوانين

---

(١) انظر ديسى المرجع السابق ص ١٦٥ ، و Ray & Oggi المرجع السابق ص ٥١ (هامش ٨) . وقارن المؤلفات العربية التي لا تذكر سوى سابقة رود أيلند، والتي يشير بعضها إلى تلك السابقة على أنها الأولى 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 ٣٦٦ .

تمشياً مع أحكامه وما تبرمه من معاهدات – قانوناً أسمى في الدو .. ، ويتقييد  
به القضاة في كل ولاية بصرف النظر عن أي حكم مخالف في دستور الولاية أو  
قوانينها )) ((١)) .

وظاهر من النص أن الدستور قد أوجب على محاكم الولايات الامتناع  
عن تطبيق دستور الولاية وقوانينها إذا 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 إذا كانت غير دستورية ؟

أختلف الكتاب في تفسير سكتوت النص الدستوري ((٢)) . فذهب فريق  
منهم إلى أن الدستور لا يتضمن أي نص يثبت للمحاكم الاتحادية اختصاص  
الدستورية وأن الأعمال التحضيرية لاتقطع باثبات هذا الاختصاص .  
ولكن الفريق الغالب ذهب إلى أن اختصاص الدستورية ثابت للمحاكم  
الاتحادية بناء على النصوص الدستورية والأعمال التحضيرية ((٣)) . أما النصوص  
الدستورية فواردة في المادتين الثالثة والسادسة : المادة السادسة التي تجعل

---

«This Constitution, and the laws of the United States which (1)  
shall be made in pursuance there of; 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 يشد من بين الدول ويقرر مبدأ رقابة  
المحاكم لدستورية القوانين سوى الولايات المتحدة الامريكية ، فقد أوجد دستورها  
محكمة الاتحاد العليا وجعل من وظيفتها ابطال القوانين غير الدستورية » .

(٣) انظر في تأييدها الرأى Ferguson & Ray المراجع السابق ص ٥٢ و ٥٤  
المرجع السابق ص ٦٤ ، و Mc Henry Swisher المرجع السابق ص ٤٥٦  
The Supreme Court of the United States — Hughes الطبعة الثالثة

سنة ١٩٣٦ ص ص ٧٨ - ٧٩ .

الدستور القانون الاسمى في الدولة ، والمادة الثالثة التي توجب انشاء محكمة اتحادية عليا لتكون مختصة بالفصل في جميع الخصومات « التي تنشأ في ظل هذا الدستور Arising under this Constitution » وأما الاعمال التحضيرية فانها تؤكد اقتناع واضعى الدستور برقابة الدستورية والنظر اليها على أنها مسألة بدئية . ويشهد بذلك على الاخص ما ذكره هامilton — وكان من أبرز الذين شاركوا في وضع الدستور — من أنه « يجب على القضاة احترام الدستور بوصفه القانون الاسمى ۰۰۰ وعليهم تعليمه ان وجده بينه وبين القانون تعارض لا سبيل الى ازالته » ۱ .

ومهما يكن من أمر هذا الخلاف النظري فان المحاكم الاتحادية اطردت على مباشرة رقابة الدستورية . واذا تركنا النصوص الدستورية جانبنا نجد أن عوامل ثلاثة قد تضافرت في تشيد رقابة المحاكم الأمريكية لدستورية القوانين وهي : الجمود ، والاتحاد ، وجهود المحكمة الاتحادية العليا .

فبالنسبة الى الجمود عاشت الولايات قبل أن تناول استقلالها كمستعمرات لبريطانيا ولم تكن تتمتع الا بالسلطات التي تقررها الدولة المستعمرة بمقتضى الاوامر الملكية الصادرة من التاج Royal Charters أو القوانين التي يسنها البرلمان الامبراطوري Acts of Imperial Parliament . فالولايات اذن كانت قد تعودت أن تلمس فارقا في المرتبة بين القوانين التي تسنها برلماناتها والقوانين التي يسنها البرلمان الانجليزي . وكانتمحاكم الولايات

(۱) انظر Theory and practice of modern government — Finer سنة ۱۹۴۹ ص ص ۱۴۱ - ۱۴۲ (وهامش ۱۲) .

هذا ويفسر البعض غموض نصوص الدستور الامريكي عموما بأن واضعيه كانوا يقصدون الى ايجاد اتحاد قوى ولكنهم آثروا أن يتستروا على مقاصدهم وراء نصوص تقبل التأويل الى أن يحين الوقت الذي تدرك فيه الولايات أن الاتحاد خير لها من التطرف في سيادتها — انظر مقالا للأستاذ Jacques Lambert نشر بمجلة القانون العام الفرنسية سنة ۱۹۳۱ ص ص ۵ - ۷ بعنوان « Les origines du contrôle judiciaire des lois fédérales aux Etats-Unis ».

باشر ولايتها القضائية في مواجهة البرلمانات المحلية وتمتنع عن تطبيق القوانين التي تسنها اذا ماجاوزت الحدود المرسومة لاختصاصها في الاوامر الملكية أو القوانين الاساسية «<sup>١</sup>» .

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

وكان طبيعياً أن يصدر واضعو الدستور الاتحادي عن المؤثرات المتقدمة وأن يجعلوه دستوراً جاماً يتطلب في تعديله اجراءات أشد من الاجراءات الالازمة لتعديل القوانين العادلة . بل ان الحاجة الى جعل الدستور الاتحادي جاماً كانت أمّس نظراً لأهمية القصوى بالنسبة للولايات والاتحاد على السواء .

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

(١) كانت محكם الولايات تجري في رقابتها لدستورية القوانين على المبادئ المستقرة لقضاء المحاكم الانجليزية في شأن رقابة قانونية اللوائح الصادرة من سلطات فرعية طبقاً للنظرية المعروفة (*ultra vires*) — انظر على الاخص ديسى The American Commonwealth - Bryce ص ١٤٧ - ١٥١ . المراجع السابق ص ٢٤٣ و ١٩٢٨ سنة الاول ١٩٢٨ ص ٢٤٣ وما بعدها .

مؤتمر خاص لهذا الغرض Convention . ومن حيث الاقرار يلزم أن يتم اما بموافقة ثلاثة أربع ببرلمانات الولايات اواما بموافقة ثلاثة أربع مؤتمرات تدعى في الولايات خصيصاً لهذا الغرض - حسبما يقرره الكونجرس «<sup>١</sup>» .

وبالنسبة الى الاتحاد يلاحظ أن الدول التي تدخل في اتحاد - أي كان نوعه - تحتاج الى أن تنظم بصورة يقينية كيفية توزيع السلطات بينها وبين دولة الاتحاد «<sup>٢</sup>» . ولهذا تحرص هذه الدول عادة على أن يستعمل الدستور على الضمانات الكفيلة بتحقيق التنظيم المقصود . وتتمثل هذه الضمانات على الأخص في جعل الدستور جامداً - وهو ما تقدم شرحه ، وفي ايجاد هيئة قضائية علياً يكون من اختصاصها الفصل فيما يمكن أن يثور من منازعات بين الولايات الاعضاء في الاتحاد ودولة الاتحاد على ضوء التفسير السليم للدستور «<sup>٣</sup>» .

---

(١) هذا وتحظر المادة المذكورة اجراء أي تعديل يرمي الى الغاء حق الولايات في أن تمثل تمثيلاً متساوياً في مجلس الشيوخ ، كما حظرت اجراء أي 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 الأساسية والقوانين العادية يمكن أن يوجد أيضاً 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 حالياً في الولايات الثمانية والاربعين » - المرجع السابق ص ٢٥٩ .

(٣) راجع التحليل الذي أورده الاستاذ ديسى لخصائص الاتحاد والتي أجملها في قوله « ان الحاجة الى الملازمة بين الوحدة القومية واستقلال الولايات وتوزيع السلطات تبعاً 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 أيضاً في أثر عامل الاتحاد Ogg & Ray المرجع السابق ص ٥٢  
The American — Brogan المرجع السابق ص ١ - ٢ و Hughes political system سنة ١٩٢٧ ص ٣٥

وبالنسبة الى المحكمة الاتحادية العليا نجد أنها قامت بدور كبير في تسييد رقابة الدستورية . ونظرا لأهمية هذا الدور فاننا نتناوله بشيء من التفصيل فيما يلى .

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

ولقيت سياسة الحزب الجمهوري من التأييد ما حقق له الفوز في انتخابات نوفمبر سنة ١٨٠٠ . وأشفق الاتحاديون على مصير الاتحاد من الجمهوريين فعمدوا قبيل تسليمهم مقاييس الحكم في مارس سنة ١٨٠١ الى تعيين قضاة يؤمّنون بالفكرة الاتحادية – وعلى رأسهم قاضي قضاة المحكمة الاتحادية العليا Chief Justice Marshall، كيما يعملا على اعلاه تلك الفكرة فيما يعرض عليهم من منازعات ويدرأوا بذلك المخاطر التي يمكن أن تنتج عن سياسة الجمهوريين «١» .

---

(١) راجع في تفصيل خطة الاتحاديين مقال الاستاذ لامبير سالف الذكر ص ٢٢ وما بعدها . ويلاحظ أن اختيار مارشال رئيس المحكمة الاتحادية العليا كان من أقوى العوامل التي أدت إلى نجاح خطة الاتحاديين نظراً لما فيه البارز في مجال القانون والسياسة ، ونظراً لصغر سنّه إذ لم يكن يجاوز الخامسة والأربعين عند توليه منصبه الذي بقى فيه زهاء خمسة وثلاثين عاماً تمكّن خلالها من وضع الاسس الثابتة لرقابة الدستورية في محیط المحكمة العليا

وهكذا وجدت المحكمة العليا قسماً في موقف يوجب عليها الحذر .  
 فهى وإن آمنت بالفكرة الاتحادية وحزمت رأيها على اعتبارها ، إلا أنها كانت تدرك أن الجمهوريين المسيطرین على دفة الحكم يؤمّنون بحقوق الولاية ولا ينتظرون أن ينفذوا الأحكام التي تصدرها إن كان من شأنها المساس بتلك الحقوق . وهدی المحكمة العليا تفكيرها إلى أن خير سنة تتخذها هي بأأن تفید من الفرص التي يمكن أن تسنح لتأكيد المبادئ التي تؤمن بها وذلك بمقتضى أحكام لا تكون بحاجة إلى أن تنفذ من جانب السلطة التنفيذية .

وكانت قضية ماربرى ضد ماديسون Marbury V. Madison سنة ١٨٠٣ «١» بداية الفرص التي استطاعت المحكمة العليا تسخيرها لهذا الغرض . وتعتبر هذه القضية الخطوة الإيجابية الأولى نحو تشييد رقابة الدستورية «٢» . وتتلخص وقائعها في أنه اعمالاً للخطوة التي رسمها الاتحاديون قبيل معادرتهم الحكم سنة ١٨٠١ من حيث الاعتماد على القضاء في البقاء على سياستهم ، أصدروا حركة تعيين ٤٢ قاضياً للصلح Justices of the peace ولكن حدث أن سَهَا وزير الداخلية — وكان آنذاك مارشال الذي

وسائل 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 في تفصيل هذه القضية cases on the constitution — Frank الطبعة الأولى سنة ١٩٥١ ص ص ٢٦ - ٢١ ، ومقال الاستاذ لمبير سالف الذكر سنة ١٩٣١ ص ص ٣٧ - ٥٢ .

(٢) تقدم أن ثمة سوابق قضائية قد وجدت لرقابة الدستورية في الولايات قبل قيام الاتحاد الأمريكي سنة ١٧٨٩ . ونضيف أنه وجدت سوابق للمحكمة الاتحادية العليا قبل قضية ماربرى ضد ماديسون ولكنها لم تكن واضحة أو مؤكدة في دلالتها — انظر Frank المرجع السابق ص ٢١ .

أضحتى بعد ذلك رئيساً للمحكمة العليا وأصدر حكمه في هذه القضية -  
عن تسليم القضاة الجدد أوامر التعيين commissions . وانتهز جيفرسون  
رئيس الجمهورية الجديد هذا السهو ليحول دون استكمال Jefferson  
اجراءات تعيين أكبر عدد ممكن من القضاة الموالين للحزب المعارض، فأصدر  
تعليماته إلى وزير الداخلية الجديد ماديسون Madison بأن يسلم أوامر  
التعيين إلى خمسة وعشرين قاضياً فحسب . على أن أربعة من القضاة السبعة  
عشر الذين صرف النظر عن تعيينهم لم يقبلوا هذا الوضع ، ولجأوا إلى  
المحكمة العليا - وعلى رأسهم ماربرى - بدعوى يطالبونها فيها بالحكم  
بأن حقهم في التعيين واصدار أمرها إلى ماديسون بتسليمهم أوامر التعيين  
بناء على سلطتها في اصدار الاوامر writ of mandamus

وأحست المحكمة العليا بحرج شديد في هذه القضية . فهي إن قضت  
للمدعين بطلباتهم اضطرت إلى أن تواجه احتمالاً ينال من مكانتها إذ كان  
المتوقع أن يرفض ماديسون تنفيذ حكمها . وهي إن رفضت طلبات المدعين  
أظهرت نفسها بمظهر العاجز عن رقابة تصرفات الحكومة وخيبة الآمال التي  
عقدها عليها الاتحاديون .

واتهت المحكمة العليا إلى حل قانوني يؤكّد رقابتها لتصرفات الحكومة  
والقوانين الاتحادية ، ويحول في نفس الوقت دون تعرض حكمها للاحتمال .  
فقضت المحكمة بحقيقة المدعين في التعيين ، ولكنها رفضت اصدار أمرها  
إلى وزير الداخلية بتسليمهم أوامر التعيين . وأسست رفضها على أن قانون  
التنظيم القضائي لسنة 1789 الذي خولها سلطة اصدار الاوامر غير دستوري  
لأن الكونجرس لا يملك أن يوسع اختصاصها الأصيل original jurisdiction  
المحدد على سبيل الحصر في الدستور .

وعنى رئيس المحكمة العليا (Marshall) في الحكم الصادر منه بايراد  
حيثيات أكدت حق المحكمة العليا في رقابة دستورية القوانين ، وخلعت على  
قضية ماربرى ضد ماديسون قيمتها الدستورية . وأهم هذه الحيثيات ما ذكره

من أن «كل من يضع دستورا مكتوبا <sup>١</sup>» إنما يهدف ولاشك إلى أن يجعله القانون الاسمي والرئيسي لlama ٠٠٠ وحيث يتنازع التطبيق في قضية ما القانون والدستور <sup>٠٠٠</sup> يكون من واجب المحكمة أن تقرر رأيهما الذي يسرى <sup>٠٠٠</sup> وطالما أن الدستور أقوى من أي قانون عادٍ فإنه هو الذي يجب أن يطبق <sup>٠</sup>

لقد جعل الدستور اختصاص السلطة القضائية للولايات المتحدة ساريا بالنسبة لجميع الخصومات التي تنشأ في ظل الدستور <sup>٠</sup> فهل يعقل أن ينصرف قصد واضعى الدستور إلى أن يحرموا السلطة القضائية من فحصه بينما يوجبون عليها الفصل في الخصومات التي تنشأ في ظله <sup>٠٠٠</sup> إن الدستور لم يجعل لكل ما يسننه الكونجرس من قوانين قوة القانون الاسمي في الدولة <sup>،</sup> وإنما حرص على أن يقصر هذه القوة على القوانين التي يسنها تمشيا مع أحكام الدستور دون غيرها <sup>٠</sup>

على أنه مهما تكن أهمية قضية ماربرى ضد ماديسون السابقة في تشيد رقابة الدستورية فإن أقصى ما حققته هو إثبات حق المحكمة العليا في تفسير الدستور الاتحادي <sup>٠</sup> ولم تكن هذه المحكمة لتقبل أن تقعن بهذا القدر <sup>،</sup> فالفكرة الاتحادية التي سعت إلى اعلانها كانت لاتزال تحتاج إلى أن تخضع سلطات الولايات ولا سيما المحاكم لولايتها القضائية وتلزمها بتفسيراتها للدستور الاتحادي <sup>٠</sup> وهذا ما توصلت إليه المحكمة العليا بفضل اقراراتها للأفراد بحق الطعن في الأحكام الصادرة من محاكم الولايات أمامها إذا كانت تتصل بتفسير الدستور أو تمس الحقوق التي يكفلها لهم <sup>٠</sup>

ولم يكن من اليسير اخضاع الأحكام الصادرة من محاكم الولايات لولاية المحكمة العليا <sup>٠</sup> فقد سبق لآخرة أن حاولت ذلك في الحكم الصادر منها في قضية كيلزوم ضد چورچيا Chilsom V. Georgia سنة ١٧٩٣ ، إذ أجازت

(١) يقصد دستورا جاما <sup>٠</sup>

بمقتضاه لمواطنى احدى الولايات ان يقاضى ولاية أخرى أمامها «<sup>١</sup>» .  
 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 في خصومة — وفقا للقانون أو للعدالة — ترفع أو تكمل ضد احدي الولايات من مواطنى ولاية أخرى، أو من رعایا آية دولته أجنبية » «<sup>٢</sup>» .  
 وبالرغم من التعديل الدستوري المذكور فان المحكمة العليا نحت في تفسيره منحى مضيقا حتى تسمح للافراد بالطعن أمامها في الاحكام الصادرة من محاكم الولايات ، وكان ذلك على الاخص في قضية كوهين ضد فرجينيا سنة ١٨٢١ «<sup>٣</sup>» Cohens V. Virginia

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن ولاية فرجينيا أصدرت قانونا يحظر التعامل في أوراق اليانصيب . وكان من المتظر أن تصدر سائر الولايات قوانين مماثلة ولكنها لم تفعل ، بل وأجاز الكونجرس لمدينة واشنطنون التي تقع في مقاطعة كولومبيا الخاضعة لولايتها مباشرة — اصدار أوراق يانصيب .

(١) انظر مقال الاستاذ لامبير سالف الذكر سنة ١٩٣١ ص ص ٢١٦٠ .

(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 في تفصيل هذه القضية مقال الاستاذ لامبير سالف الذكر سنة ١٩٣٣ ص ص ٢٠ - ٩ ، ولاسيما ص ١٩ حيث ينوه بأهميتها مقررا :

« 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 فرنسيا تعامل في أوراق اليانصيب مخالفًا بذلك القانون الخاص بحظرها فقدم للمحاكمة وصدر حكم باداته من قضاء فرنسيا وطعن كوهين في هذا الحكم أمام المحكمة الاتحادية العليا طالبا الغاء بحجة عدم دستورية القانون الذي حوكم على أساسه لتعارضه مع القانون الذي سنه الكونجرس بشأن اجازة اصدار أوراق اليانصيب .

ويلمس الباحث في هذه القضية نفس المسلك الحذر الذي اتخذته المحكمة العليا في قضية ماربرى ضد ماديسون . فقد أصدرت حكما يسجل المبادئ التي تريدها دون أن يجعل تقاضها متوقعا على مشيئة سلطة لا تملك عليها سبيلا فعليا . أما المبادئ التي سجلتها فتمثل في تأكيد ولايتها الاستثنافية بالنسبة للأحكام الصادرة من محاكم الولايات ، وكان سندها في ذلك عموم النصوص الواردة في المادة الثالثة من الدستور <sup>(١)</sup> . ورفضت المحكمة العليا الدفع الذي تمسك به مثل فرنسيا بعدم اختصاصها استنادا إلى التعديل الدستوري الحادى عشر ، ولم تجد حرجا في أن تتلمس لهذا الرفض سندًا مجدها من الاعتبارات التاريخية تضيق به من نطاق التعديل وتعزز وجها نظرها في توسيع اختصاصها العام <sup>(٢)</sup> . وأما أن المحكمة العليا تقادت

(١) وأهم ما تقضى به هذه المادة إنشاء المحكمة الاتحادية العليا وجعلها محتصة بنظر « جميع الخصومات التي تنشأ - وفقا للقانون أو للعدالة - في ظل هذا الدستور ، والقوانين التي تسنها الولايات المتحدة والمعاهدات التي تبرمها تمشيا مع أحكامها ... . وجميع المنازعات التي تكون الولايات المتحدة طرفا فيها ، أو التي تثور بين ولايتين أو أكثر ، أو بين ولاية ومواطني ولاية أخرى ، أو بين مواطني ولايات مختلفة ، أو بين المواطنين بعضهم وبعض في ولاية ما ... ، أو بين ولاية أو مواطنها ودولة أجنبية أو رعایاها » .

(٢) حاول مثل فرنسيا دون جدوى أن يحمل المحكمة العليا على اعتبار القضية مشمولة بالتعديل الدستوري الحادى عشر . وكانت حجته في ذلك أن التعديل المذكور وإن لم ينص على حالة قيام منازعة بين ولاية ما وأحد مواطنيها - كما هو الشأن بالنسبة للقضية المعروضة ، إلا أن المحكمة التي

عدم تنفيذ الحكم الصادر منها في هذه القضية فقد توصلت إليه عن طريق رفضها لطلبات كوهين باعتبار أن الكونجرس أذ 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 ، وساعدتها على ذلك تطور الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية تطورا كبيرا منذ القرن التاسع عشر .

ولعل من أهم هذه الظروف قيام الحرب الأهلية وما أفضت إليه من بعث للفكرة الاتحادية ، وبث الاحساس العام بضرورة تقوية دولة الاتحاد على نحو يؤمن بمصير الامة الأمريكية ضد حروب أو هزات أخرى . و اذا كانت المحاكم قد استطاعت بوسائلها المختلفة أن تقف إلى جانب الاتحاد في أوقات سيطرت فيها سياسة الدفاع عن حقوق الولايات ، فان الامة تلعلت إلى المحاكم وتوقعت أن تتخذ من جانبها خطوات فعالة نحو تعزيز الاتجاه الجديد .

وأعقب الحرب الأهلية فترة تعمير ونمو اقتصادي . فكان أن أنشئ أول خط سكك حديدي عبر القارة الأمريكية سنة 1869 ، وقامت مشروعات

---

حدث إلى اجراء التعديل المذكور توجب تطبيقه على تلك الحالة . وهذه الحكمة هي مراعاة سيادة الولايات التي تأبى الزاماها بالمتollow أمام المحكمة العليا لمجرد أن فردا خاصمها أمام تلك المحكمة . ولكن المحكمة العليا قررت أن المحكمة المقصودة من التعديل المذكور لم تكن الرغبة في انماص اختصاص المحكمة العليا لحساب محاكم الولايات وإنما مجرد تمكين الولايات من تسوية مركبها المالي مع دائنيها بالكيفية التي تراها أكثر ملاءمة لظروفها بدلا من اكرافها على أداء ديونها بأحكام قضائية تصدر من المحكمة العليا - انظر ص ص 10-14 من مقال الاستاذ لمبير سالف الذكر سنة 1933 .

رأسمالية ضخمة . وأفضت هذه التطورات الاقتصادية الى ايجاد مشاكل اجتماعية شتى ، فكان لذلك كله أثره البارز في مجال التشريع «<sup>١</sup> »

فلم يكن غريباً اذن أن تعمد المحاكم الى ابتداع شتى الوسائل التي تمكنها من مباشرة رقابة جدية لدستورية القوانين <sup>(٢)</sup> . 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 واردا 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 المهدأة الى الاستاذ أدوارد لامبير الجزائري الثالث والرابع سنة ١٩٣٨ ص ٢٥٩ ، ٢٨٦-٢٨٨ ، ٢٢٦ وأنظر أيضا مطولاً في المراجع 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 يغالي في الاعتداد بهذه الاحصاءات نظراً لأنها تقتصر على بيان الحالات التي قضى فيها فعلاً بعدم الدستورية ولا تشتمل الحالات التي يمكن أن تكون قد أفلتت من رقابة المحاكم رغم عدم دستوريتها .

أنظر على الاخص Ferguson & Dimock المراجع السابق ص ٤٦٥ ، McHenry المرجع السابق ص ٦١-٦٥ حيث يوردان احصائية عن القوانين الاتحادية التي قضت المحكمة العليا بعدم دستوريتها كل عشر سنوات ما بين سنة ١٧٩٠ وسنة 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 »<sup>(١)</sup> . 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 »<sup>(٢)</sup> .

وبالرغم من أن شرط الطريق الواجب قانونا قد أضيف إلى الدستور بمقتضى التعديل الخامس سنة ١٧٩١ فان المحاكم لم تعمد إلى استخدامه في توسيع رقابة الدستورية الا منذ اضافته بمقتضى التعديل الرابع عشر سنة ١٨٦٨ . ويمكن أن يفسر هذا المسلك بأمرتين : أولهما أن جهود المحكمة العليا في تشييد رقابة الدستورية لم تثمر الا في تاريخ لاحق للتعديل الخامس على ماسبق شرحه ، والثانى أن الظروف التى صدر فيها التعديل الرابع عشر كانت تسمح للمحاكم بل وتدفعها إلى التوسع في رقابة الدستورية . فهذا التعديل انما صدر بعد أن عانت الامة الأمريكية من الحرب الأهلية وأيقنت أن تقوية الاتحاد ضرورة يحتمها تأمين مصيرها<sup>(٣)</sup> .

(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 في مواجهة دولة الاتحاد . أما التعديل الرابع عشر فقد أضيف لتأمين حقوقهم في مواجهة الولايات ، وكان الحافز إلى اضافته بالذات الخشية من أن تتخذ ولايات الجنوب اجراءات شاذة بالنسبة للزناوج .

وإذا كانت المحكمة العليا قد توسيت في استخدام الشرط المذكور واقتفت أثراها في ذلك سائر المحاكم ، فإن هذا التوسيع لم يتم إلا على مراحل عديدة ترددت خلالها في تحديد النطاق الذي يمكن أن ينسحب عليه . فالقواعد الانجلوسكسونية التي يدين لها الشرط بنشأته «<sup>١</sup>» حصرت نطاقه في أعمال السلطة التنفيذية واستقرت على أن المقصود به هو منع تحكم تلك السلطة والزامها باتباع الاجراءات التي يفرضها البرلمان ضمانا لحریات الأفراد . وجرت المحكمة العليا في قضاياها بالفعل على اعتبار الشرط المذكور قاصرا على أعمال السلطة التنفيذية ، ولكنها عادت منذ سنة ١٨٨٥ فاعتبرته شاملة كذلك للقوانين .

وبالنسبة إلى القوانين ذاتها كانت المحكمة العليا تقصر أثر الشرط المذكور على أحوال اغفال السلطة التشريعية للأجراءات أو الضمانات الأساسية التي استقرت مبادئ القانون العام common law على وجوب مراعاتها مثل اشتراط اخطار المتهم بالتهمة قبل محاكمته ، وضرورة دفاعه وجود محقفي عند محاكمته ، وعدم جواز محاكمته عن نفس التهمة مرتين . ولكن المحكمة العليا توسيت منذ سنة ١٨٩٠ في نطاق الشرط المذكور من وجهتين «<sup>٢</sup>» : أحدهما أنها اعتبرته شاملة لرقابة دستورية القوانين من حيث الأحكام التي تتضمنهما أيًا كانت ، والثانية أنها أضحت تعتبر نفسها غير مقيدة بمبادئ القانون العام وإنما بمبادئ القانون الطبيعي والعدالة — أي أنها خرجت من مجال القانون

(١) يدين هذا الشرط بنشأته إلى الكفاح الدستوري في إنجلترا . فلقد ظهر للمرة الأولى في وثيقة العهد الأعظم Magna Charta سنة ١٢١٥ ، وتأكد بعد ذلك في قضاء المحاكم والقوانين اللاحقة ولاسيما القانون الصادر في عهد الملك إدوارد الثالث سنة ١٣٥١ — راجع مطول بيردو المرجع السابق الجزء الثالث ص ص ٤٠٤ و ٤٠٥ .

(٢) يلاحظ أن المحكمة العليا توسيت 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 أي رقابة السياسة التشريعية التي اتهجها الكونجرس وبرلمانات الولايات . ويتضح ذلك على الأخص من أن المحكمة العليا جعلت المناطق في تحديد المقصود من الشرط المذكور معايير استقلت بايجادها وجعلت الحكم في أمر توافرها رهنا بمحض تقديرها «٢» .

وأهم هذه المعايير ما يعرف باسم الملاءمة balance of convenience والمعقولية reasonableness ، واليدين rule of certainty . فمعيار الملاءمة مقتضاه أن يوجد نوع من التوازن بين ما يفرضه القانون على الأفراد من واجبات وبين ما يتحقق لهم من خدمات . وأظهر مطبق فيه هذا المعيار المجال

(١) راجع في تفصيل مظاهر هذا التوسيع : مطول بيردو المرجع السابق الجزء الثالث ص ٤٠٤—٤١٢ ، و Swisher المرجع السابق ص ٤٥٨—٤٦٠ ، و Hughes ، المرجع السابق ص ١٨٤—١٩٩ و Finer المرجع السابق ص ١٤٦—١٤٨ ، و مقال الاستاذ Haines سالف الاشارة اليه — Mélanges ص ٢٨٨—٢٨٩ ، و مقالاً للاستاذ ادوارد لامبير نشر بمجموعة Hauriou 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 قانوناً ، وأشارت ترکه مجھلاً حتى تمارس رقابتها على أوسع نطاق ممكن — انظر مطول بيردو المرجع السابق الجزء الثالث ص ٤١١ (وهامش ٣) .

وأنظر أيضاً Dimock المرجع السابق ص ٤٦٨ حيث يورد قول الاستاذ Roscoe بأن « القانون ليس ما تسلنه السلطة التشريعية من أحكام وإنما ما يستقر القضاء على الأخذ به منها . فالقوانين تخضع لمبادئ القانون العام حسبما تحددها العقلية القانونية ، والقضاة والفقهاء يقررون دون تردد أن ثمة حدوداً دستورية تقييد السلطة التشريعية وتجعل لاحكام القانون العام الأساسية مرتبة أسمى من أن تصل اليها القوانين » .

الاقتصادي ولاسيما بالنسبة للقوانين التي تنظم سير المرافق العامة المدار  
بطريق الامتياز ٠

ومعيار المعقولية مقتضاه ألا يجاوز القانون فيما يفرضه من تنظيم لحقوق  
الافراد الحدود المعقولة والا كان اجراء تعسفيا ٠ وأغلب ماطبق فيه هذا  
المعيار المجال البوليسي أى بالنسبة للقوانين التي تنظم الامن العام والسكنية  
العامة والصحة العامة «١» ٠

ومعيار اليقين مقتضاه أن يكون القانون واضحا كل الوضوح فيما يقرره  
من أحكام بحيث لا يثور أى شك أو غموض حول ما يجيزه وما يحظره ٠  
ومجال تطبيق هذا المعيار القوانين التي تقرر عقوبات جنائية على مخالفته  
أحكامها «٢» ٠

هذا وتوجد وسائل أخرى غير شرط الطريق الواجب قانونا استخدمتها  
المحاكم الأمريكية في توسيع رقابة الدستورية وهن كانت أقل أهمية منه ٠  
وهذه الوسائل هي شروط حماية الحريات الفردية التي تشمل شرطا حماية  
العقود ، وشرط المساواة في الضمانات القانونية «٣» ٠

أما شرط حماية العقود فقد نص عليه الدستور الاتحادي عند  
صدوره سنة ١٧٨٩ في مادته الاولى (فقرةعاشرة) التي حظرت على الولايات  
« ٠٠٠ سن أى قانون يتضمن انقضاض الالتزامات الناتجة عن العقود ٠  
« law impairing the obligations of contracts

(١) كان هذا المعيار الاساس الذى استندت اليه المحكمة العليا فى تشيد  
نظرية الضرورة emergency . ومقتضى هذه النظرية أنه يجوز للكونجرس  
أن يسن قوانين تتضمن سلطات استثنائية فى أوقات الحروب والازمات بشرط  
الا يكون من شأنها المساس بالحقوق والحريات الفردية الا بالقدر المعقول -  
مطول بيردو المرجع السابق الجزء الثالث ص ص ٤١٦-٤١٧ .

(٢) أنظر مقالا للاستاذ Mott نشر بالمجموعة المهدأة الى الاستاذ جنى  
المراجع السابقات الجزء الثالث ص ص ٤٧-٤٩ بعنوان :

« Natural rights and legislative vagueness »

(٣) راجع مطول بيردو المرجع السابق ص ص ٤١٢-٤٢٠ ، ولافارير المرجع  
السابق ص ص ٣٢٣-٣٢٦ ، و Hughes المرجع السابق ص ص ٢٢٥-٢٣٥ .

وكان الحافز الى تقرير هذا الحظر حرص واضعى الدستور على صيانة حقوق دائني الولايات ضد أي قانون يحتمل أن تصدره الاخرية 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 في تحديد المقصود بالحرية التعاقدية ورسم الحدود التي لا ينبغي للسلطة التشريعية أن تتعبد بها في صدد تنظيمها لتلك الحرية . وبرزت أهمية هذا الشرط في المجال الاقتصادي على الاخص اذ كثيرا ما استندت اليه المحاكم للامتناع عن تطبيق القوانين ذات النزعة الاشتراكية بحججة منافاتها للحرية التعاقدية .

وأما شرط المساواة في الفضمانات القانونية فلم يكن واردا في الدستور الاتحادي عند صدوره وانما أضيف إليه مثل شرط الطريق الواجب قانونا بمقتضى التعديل الدستوري الرابع عشر سنة ١٨٦٨ . ويقضى هذا التعديل بأنه « لا يجوز لأية ولاية ٠٠٠ أن تنكر على أحد من الخاضعين لسلطانها المساواة في الحماية التي تقررها القوانين »<sup>(١)</sup> .

وكان الحافز الى اضافة هذا الشرط حماية الزنوج بالذات من القوانين الشاذة التي كان يحتمل أن تسنها برماتات ولايات الجنوب . ولكن المحاكم لم تقف عند هذه الحكمة وانما وسعت في نطاق الحماية التي يقررها بحيث جعلتها شاملة لجميع الافراد وفي مواجهة سلطات الولايات أيا كانت . بل أنها أجهدت نصوص التعديل المذكور في سبيل افاده الاشخاص المعنوية كالشركات من الحماية التي يوجبها .

#### الاساليب القضائية في رقابة الدستورية

يُجْنَحُ غَيْرُ قَلِيلٍ مِّنَ الْكِتَابِ إِلَى تَصْوِيرِ الْكَيْفِيَّةِ الَّتِي تَبَاشِرُ بِهَا الْمَحَاكِمُ

(١)

« No State... nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws ». — ١٤٥ —

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 . وتناول هذه الاساليب تباعاً .

**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 إلى قانون غير دستوري . ويكون اختصاص المحكمة بفحص دستورية القانون حينئذ متفرعاً عن الدعوى المنظورة أمامها أى ثابتاً بطريق عارض *incidental* «<sup>١</sup>» .

فإن انتهت المحكمة من فحصها للقانون إلى أنه متعارض مع الدستور أهملت حكمه وامتنعت عن تطبيقه وفصلت في الدعوى بــ لــ ذلك بما فيه صالح المتهم أو المدعى عليه . وظاهر أن قضاة المحاكم الامريكية في رقابة الدستورية هو مجرد قضاة امتناع . على أن آثر هذا القضاء يزداد قوة من الناحية العملية بفضل نظام السوابق القضائية المعمول به هناك . ومقتضى هذا النظام أن كل محكمة تتقييد بالحكم الذي أصدرته وتقييد به المحكمة التي درجتها والمحكمة الأدنى منها درجة «<sup>٢</sup>» . ولما كانت المحكمة الاتحادية العليا هي أعلى محكمة في الولايات المتحدة فإن الحكم الصادر منها بعدم دستوريته أى قانون يقيدها «<sup>٣</sup>» كما يقييدسائر المحاكم الاتحادية ومحاكم الولايات

(١) اطرد الكتاب في مصر على التعبير عن الدفع بعدم الدستورية « بالدفع الفرعى » . والواقع أن وصف الدفع بــ « فرعى » تزيد لاموج له . فالدفع لا يتصور إلا أن يكون فرعياً أى متفرغاً عن خصومة قائمة ، فضلاً عن أن الاستلاح الفرنسي الذي 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) انظر ما سذكره بعد قليل عن عدول المحكمة العليا عن قضائهما السابق احياناً ، وص ص ٤٨١-٤٨٩ من مقال الاستاذ أدوارد لامبير سالف الاشارات إليه .

فقضاء المحاكم الامريكية اذن 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 وانما يقتصر أثره على الامتناع عن تطبيقه <sup>(١)</sup> . 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 <sup>(٢)</sup> .

ويبدو أن الذين اعتبروا قضاء المحاكم الامريكية قضاء الغاء قد انساقوا وراء الاثر الذي يترب على صدور حكم من المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية قانون ما من حيث تقيد 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 محکمها حق ابطال كل عمل أو قانون مخالف للدستور أيا كان مصدره» ، والاستاذين السنهوري وحشمت أبو ستيت المرجع السابق ص ١٢٤ و ١٢٥ حيث يذكران أن للمحاكم في الولايات المتحدة «أن تقرر بطلان أي تشريع تراه مصطدمًا مع نصوص الدستور» وأن الدستور قد جعل من وظيفة المحكمة الاتحادية العليا «ابطال القوانين غير الدستورية» .

(٢) نذكر من هؤلاء الكتاب : ديفرچيه المرجع السابق ص ١٩٩ ، وبيرو وجز القانون الدستوري المرجع السابق ص ٦٩ ، وديجي 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 لاتخلو من الفموض والتعارض – انظر مثلا برترلمى ودويز المرجع السابق وقارن بين ص ٢١٤ حيث يصفان القضاء بأنه قضاء امتناع وص ٢١٧ حيث يصفانه بأنه قضاء الغاء ، وقارن أيضا الاستاذين وحيد رأفت 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 أي أثر عليه في 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 وص ٢٣٠ حيث يذكر ما يفيد أن القضاء قضاء امتناع .

السوابق القضائية «١» . على أنه وإن كان القضاء الأمريكي يقترب في هذه الحالة من قضاء الإلغاء «٢» إلا أنه لا يزال متميزاً عنه ومختلفاً في آثاره . وآية ذلك أنه بالرغم من أن المحكمة الاتحادية العليا مقيدة بسوابقها إلا أنه من المتصور أن تتطور الظروف على نحو يحملها على العدول عن قضائهما السابق فتعامل القانون على أنه دستوري «٣» . ومثل هذا العدول يصادف محله لأن القانون استمر قائماً ولم يلغه قضاء المحكمة السابقة بعدم دستوريته . ولو كان قضاء المحكمة العليا قضاة الغاء لاستحال عليها العودة إلى قانون انتهت حياته ، ولما كان من سبيل إلى إعادة العمل بأحكام ذلك القانون إلا عن طريق سن قانون يحل محله من جانب السلطة التشريعية .

هذا وإن كان أسلوب الدفع بعدم الدستورية قد استخدم منذ أن باشرت المحاكم الأمريكية رقابة الدستورية «٤» ، إلا أنه فقد الكثير من أهميته بعد أن شاع استعمال الأسلوبين الآخرين . ويفسر ذلك على الأخص

(١) يبدو أن هؤلاء الكتاب قد تأثروا أيضاً بما يجري عليه القضاء الأمريكي من استعمال بعض الأصطلاحات التي يوهم ظاهرها بمعنى البطلان مثل *invalidate* و *nul* و *void* . الواقع أن القضاء لا يقصد من وراء هذه الأصطلاحات سوى عدم انفاذ القانون أو عدم تطبيقه .

(٢) هذا التقارب قاصر على الناحية العملية . ويتبين على الأخص في أن قضاء المحكمة العليا قد يحمل الكونجرس أو برلمانات الولايات على الغاء القوانين التي حكم بعدم دستوريتها أو على الأقل الاجحاف عن سن قوانين مماثلة مستقبلاً – انظر Dimock المرجع السابق ص ٤٦٩ .

(٣) تثبت التطبيقات القضائية في مجال رقابة الدستورية أن المحكمة الاتحادية العليا عدلت مراراً عن قضائهما السابق وأنها أعلنت ذلك العدول صراحة في أحكامها . وإذا كانت المحاكم الأخرى من اتحادية ومحاكم ولايات مقيدة بالسوابق ويمكن الزامها بها عن طريق الطعن في أحكامها أمام محكمة أعلى درجة ، فإن المحكمة الاتحادية العليا هي صاحبة الكلمة الأخيرة في التزام قضائهما السابق أو العدول عنه – انظر Bryce المرجع السابق الجزء الأول 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 الاشارة إليه .

بعيب رئيسي في أسلوب الدفع بعدم الدستورية ألا وهو أنه لا يجدى في 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 في أى وقت «<sup>١</sup>» .

**الامر القضائى :** نشأ أسلوب الامر القضائى injunction في إنجلترا عندما قامت محكمة مستشار الملك بجانب محاكم القانون العام . فقد كان الأفراد يلجأون إلى المستشار بالتماس تصحيح الوضع الظالم بعد أن يستفادوا من الأساليب التي ينظمها القانون العام دون أن يصلوا إلى تقرير حقوقهم . والامر القضائى هو أحد الأساليب التي أوجدها المستشار تحقيقا للعدالة وتصحیحا لوضع القانون العام .

ولئن انتهى التطور القانوني في إنجلترا إلى اندماج قانون العدالة والقانون العام ، فإن هذين القانونين كانوا منفصلين عند وضع الدستور الأمريكي . ومن ثم حرص واضعو الدستور الاتحادي على تأكيد اختصاص المحكمة الاتحادية العليا « بالنظر في جميع الخصومات — وفقا للقانون أو للعدالة — التي تنشأ في ظل هذا الدستور » <sup>(٢)</sup> . وهذا النص هو الذي استندت إليه المحاكم الاتحادية لتبرير استخدام أسلوب الامر القضائى باعتباره أحد أساليب العدالة <sup>(٣)</sup> . أما محاكم الولايات فانها تستند في

(١) راجع مطول بيردو المرجع السابق الجزء الثالث ص 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 الذي استندت إليه المحاكم الاتحادية أيضا لتبرير استخدام أسلوب الدفع بعدم الدستورية باعتباره أحد أساليب القانون العام .

استخدامها لهذا الاسلوب الى القوانين التي سنتها معظم البرلمانات خلال القرن التاسع عشر والتي أدمجت قانون العدالة والقانون العام أسوة بما حدث في انجلترا .

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 . فإذا ثبت للمحكمة أن القانون غير دستوري أصدرت أمرا قضائيا الى الموظف المختص بعدم تنفيذ القانون . ويجب على الموظف في هذه الحالة تنفيذ الامر الصادر اليه والا عد مرتكبا لجريمة خاصة تسمى « احتقار المحكمة » <sup>(١)</sup> .

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 الاسلوب منذ أواخر القرن التاسع عشر .

على أنه نظرا لما يفضي اليه هذا الاسلوب من تعطيل للقوانين فقد عمد الكونجرس الى توفير بعض الضمانات في 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 في الأحكام الصادرة منها إلى المحكمة الاتحادية العليا مباشرة <sup>(٢)</sup> .

**الحكم التقريري :** لم يستخدم أسلوب الحكم التقريري declaratory judgment في مجال رقابة الدستورية الا منذ سنة ١٩١٨ . وهو في الأصل

(١) contempt of court . وتعرض هذه الجريمة مرتكبها للحكم عليه بالحبس أو بالغرامة .

(٢) وهكذا لم يعد من اختصاص القاضي الفرد اصدار الامر القضائي - انظر مقال الاستاذ Jaffin سالف الذكر ص ص ٢٥٨ - ٢٦٣ ، ومطول بيردو المرجع السابق الجزء الثالث ص ص ٤٢٢ - ٤٢٦ ، ولافارير المرجع السابق ص ص ٣١٨ - ٣١٩ ، و Ogg & Ray المرجع السابق ص ٦٦٢ ، و Zink المرجع السابق ص ٦١٩ .

أسلوب من أساليب القانون الخاص ومقتضاه أن ثمة طرفين يلجآن إلى المحكمة بطلب اصدار حكم يقرر حقوقهما المترادفة وفقا لقاعدة قانونية لا يتنازعان في شأن وجوب تطبيقها . ويفترض هذا الأسلوب في مجال رقابة الدستورية أن فردا يلجأ إلى المحكمة بطلب اصدار حكم يقرر ما إذا كان قانون يراد تطبيقه عليه دستوريا أو غير دستوري . ويترىث الموظف المختص حينئذ إلى أن تصدر المحكمة حكمها ليحدد موقفه تبعا له أما بتطبيق القانون ان قضى بدستوريته ، أو بالامتناع عن تطبيقه ان قضى بعدم دستوريته .

ويجذب الكتاب الأميركيون أسلوب الحكم التقريري ويتوقعون زيادة الاتجاه إليه مستقبلا أكثر من الدفع بعدم الدستورية والامر القضائي . ووجه تحبيدهم للأسلوب المذكور أنهم يعتبرونه أكثر تمشيا مع المحكمة من تخويل المحاكم اختصاص الدستورية . وآية ذلك أن المحكمة 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 إلى خلق منازعات صورية بقصد الوصول إلى معرفة رأي المحاكم كما يحدث في العمل بالنسبة للأسليوبين الآخرين «<sup>1</sup>» .

وبالرغم من استخدام محاكم الولايات لهذا الأسلوب منذ سنة ١٩١٨ فإن المحكمة الاتحادية العليا رفضت استخدامه في بادئ الأمر استنادا إلى أنها لا تختص إلا بنظر المنازعات بينما طلب اصدار حكم تقريري لا ينطوي على منازعة ما . على أن المحكمة العليا عادت وسمحت باستخدام الأسلوب المذكور أمامها حرصا على استبقاء ولايتها الاستئنافية بالنسبة للحكام 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 ، Zink المرجع السابق ص ٨٢٨ بالحبس أو الفرامة .

خول بمقتضاه المحاكم الاتحادية سلطة اصدار أحكام تقريرية في شأن  
دستورية القوانين .

نتائج رقابة الدستورية

كان المفروض أن تقف المحاكم الأمريكية في مباشرتها لرقابة الدستورية عند الحدود المتعارف عليها في تفسير القوانين . وكثيراً ما صورت المحكمة الاتحادية العليا مباشرتها لتلك الرقابة على أنها واجب تلتزم بأدائه أكثر منه حقاً تسعى إليه . وتبيرها لذلك أنها تجد نفسها في موقف يحتم عليها الفصل في القضية المعروضة عليها وفقاً 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 الأمريكية لم تلتزم بهذه الحدود وإنما توسيع في رقابة الدستورية على نحو لم يخل من الاقتراحات على اختصاص السلطة التشريعية . فقد تقدم البيان كيف أنها ابتدعت شتى المعايير لتحكم في السياسة التشريعية للكونجرس وبرلمانات الولايات ، وكيف أنها تعللت بروح القانون العام لتسبعد القوانين التي لا تراها بحسب تقديرها ملائمة أو صالحة لاحوال المجتمع .

والمحكمة الاتحادية العليا هي التي غالٍت في حدود رقابة الدستورية وحفظت سائر المحاكم إلى النهج على مواليها . ولعل من أقوى العوامل التي شجعتها على هذه المغalaة الكيفية التي صيغ بها الدستور الاتحادي . فقد صدر هذا الدستور قاصراً عن شمول كثير من الأحكام الجوهرية ، ولا يزال بالرغم من تعديله مرات بعيداً عن أن يشمل ما ينبغي أن يضمّه من أحكام «<sup>١</sup>» .

(١) لم يتجاوز الدستور الاتحادي عند صدوره سنة ١٧٨٩ سبع مواد ، وقد أضيفت إليه ٢٢ مادة أخرى بمقتضى التعديلات الدستورية التي تمت في

ويعبّر هذا الدستور أيضًا أنه اشترط لتعديلاته من الاجراءات ما يجعل احتمال تعديله ضعيفاً إلا في الاحوال التي تحسّن فيها الولايات بضرورة التعديل<sup>(١)</sup> . وأدركت المحكمة العليا ما في الدستور من نقص فأحلت تقديرها محل تقدير المشرع الدستوري ، كما أفادت مما في تعديله من صعوبة<sup>(٢)</sup> ففرضت آرائها وأخرجت النصوص عن الأهداف التي شرعت لها

فلا عجب أن حمل الكتاب بشدة على مسلك القضاة ، وجرت أقلامهم في شأنه بأوصاف لاذعة مثل « حكومة القضاة » و « أرستقراطية القضاة » و « القانون القضائي » و « التشريع المقعن »<sup>(٣)</sup> . بل إن بعض قضاة المحكمة العليا ذاتها رفضوا أن يسايروا زملاءهم في معالاتهم ، وأصرّوا في كثير من القضايا على أن يقفوا منهم موقف المعارضة المسببة . ونذكر من هؤلاء على الأخص Stone و Holmes و Brandeis

السنوات الآتية : المواد ١٠-١ سنة ١٧٩١ ، المادة ١١ سنة ١٧٩٨ ، المادة ١٢ سنة ١٨٠٤ ، المادة ١٣ سنة ١٨٦٥ ، المادة ١٤ سنة ١٨٦٨ ، المادة ١٥ سنة ١٨٧٠ ، المادتان ١٧و١٦ سنة ١٩١٣ ، المادة ١٨ سنة ١٩١٨ ، المادة ١٩ سنة ١٩٢٠ ، المادتان ٢١و٢٠ سنة ١٩٣٣ ، المادة ٢٢ سنة ١٩٥١ .

(١) حدث أحياناً أن أحكاماً صدرت من المحكمة الاتحادية العليا أثارت الولايات وحدت بها إلى تعديل الدستور الاتحادي على نحو يرد المحكمة المذكورة عن قضائهما . ولكن حتى في هذه الاحوال لم تعد المحكمة الأسباب التي تحايل بها على التعديل الدستوري ، وتسرّخه لخدمة أغراضها كما كان الشأن بالنسبة للتعديل الدستوري الحادي عشر سنة ١٧٩٨ الذي سبق الكلام عنه بصدر جهود المحكمة العليا في تشييد رقابة الدستورية .

(٢) انظر في كيفية تعديل الدستور الاتحادي والصعوبات التي تواجهه Ferguson & McHenry المرجع السابق ص ٦٦-٧٤ .

(٣) « Government by Judges » و « Judicial Oligarchy » و « Aristocracy of the Robe » و « Judge - made Law » و « Covert Legislation ».

وقد صورت المحكمة العليا على أنها مجلس تشريعي ثالث يفرض ولايته الإشرافية على الكونجرس بالرغم من أن أعضاءه معينون وغير مسؤولين — راجع Finer المراجع السابق ص ١٤٩ ، و Brogan المراجع السابق .

٢٢

صادر له سنة ١٩٣٠ «أن سلطة المحاكم في اعلان عدم دستورية القوانين مقيدة ٠٠٠ فاختصاص المحاكم مقصور على النظر في الصفة الدستورية للقوانين وليس لها أن تناقش الحكمة من سنها»<sup>(١)</sup> وأضحت من العبارات المألوفة قول القاضي Frankfurter «ان المحكمة العليا هي الدستور» ، وقول القاضي Hughes «انتا نعيش في ظل دستور ، ولكن القضاة هم الذين يحددون هذا الدستور»<sup>(٢)</sup> .

وكان طبيعيا وقد أحل القضاة تقديرهم محل تقدير المشرع الدستوري أن يصدروا فيما يشيدوه من قواعد عن الآراء التي يؤمنون بها ، وأن يعكسوا أثر العوامل المختلفة التي تسيطر على تفكيرهم . وفي مقدمة هذه العوامل النزعة المحافظة التي جبل القضاء عليها ، والتي تجعله دائما في حذر من الاتجاهات الفكرية المتطرفة<sup>(٣)</sup> .

وهذا هو جوهر النضال الذي ساد مجال رقابة الدستورية في الولايات المتحدة منذ أواخر القرن التاسع عشر ، ولاسيما بالنسبة للقوانين التي تنظم المجال الاقتصادي . فالقضاء كان لا يزال 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) يحرض القاضي بحکم وظيفته على حماية النظام القانوني القائم على رعياته ضد أي أعمال تتهدهد . وهذا ما يفسر نزعته إلى المحافظة على ما هو كائن ، وأعراضه عن الاشتغال بما ينزع إلى التجديد والابداع – انظر مطول بيردو المرجع السابق الجزء الثالث ص ص ٤٣٧ – ٤٣٨ ، ومقال الاستاذ Haines سالف الذكر ص ص ٣٠٣ – ٣٠٥ .

بالمذهب الفردي الذى ينفر من الدولة ، ويحظر عليها التدخل فى حقوق الأفراد ، ويوجب عليها ترك المجال الاقتصادى حرًا لنشاطهم . أما السلطة التشريعية فكانت تسجل فيما تنسه من قوانين آثار المذهب الاشتراكي الذى يجب على الدولة أن تنظم حقوق الأفراد ، وأن تسيطر على المجال الاقتصادى على النحو الذى يحقق العدالة الاجتماعية ويケفل للفرد حدا أدنى للمعيشة .

وخير ما يظهر الصراع بين القضاء والسلطة التشريعية ماحدث بالنسبة للقوانين ذات النزعة الاشتراكية كالقوانين الخاصة بتحديد ساعات العمل ، وتحديد حد أدنى للأجور ، 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 قضاها وأن تسلم بدستوريتها «<sup>١</sup>» .

على أنه في سنة ١٩٣٣ اتخد 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 الاقتصادى الذي وضعه الرئيس فرانكلين روزفلت «<sup>٢</sup>» . ولكن مالبثت

(١) انظر Finer المرجع السابق صص ١٤٤-١٤٦ ، ولافارير المرجع السابق صص ٣٢٦-٣٢٧ .

(٢) راجع في تفصيل هذا الموضوع :

La Cour Suprême et le New Deal — Pinto سنة ١٩٣٨ صص ٢٨-١٨٦ ، ومقالا للاستاذ Haesaert نشر بمجموعة القانون المقارن المهدأه إلى الاستاذ ادوارد لامبير المرجع السابق الجزئين الثالث والرابع صص ٢٧٠ - ٢٨٤ :  
عنوان :

« 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 چيفرسون Jefferson ، وجاكسون Jackson ،

أن توالت الأحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية  
بعض تلك القوانين .

وظهر عداء المحكمة العليا سافرا لبرنامنج روزفلت ، كما اتضح للرأى العام خطورة الموقف الذى اتخذته المحكمة المذكورة خاصة وأن معظم الأحكام التى أصدرتها كانت بأغلبية خمسة أصوات ضد أربعة . واتهزم روزفلت إعادة انتخابه سنة ١٩٣٦ فأرسل للكونجرس رسالة يعرض عليه فيها كحل للعقبات التى يثيرها القضاة زيادة عدد قضاة المحكمة العليا وسائل المحاكم الاتحادية «<sup>١</sup>» .

وكانت خطة روزفلت ترمى إلى تعين قضاة جدد مواليين ل برنامجه فترجح كفة الأغلبية فى صالحه «<sup>٢</sup>» . وبالرغم من أن للكونجرس حق سن

---

وابراهام لنكولن Abraham Lincoln ، وتيودور روزفلت Theodore Roosevelt — انظر مقالا للاستاذ Clark نشر بمجموعة القانون المقارن السابق ذكره اص ٣١٢ بعنوان : « La réforme constitutionnelle aux Etats-Unis ».

(١) أوجب الدستور الاتحادى — على ماسبق البيان — إنشاء المحكمة الاتحادية العليا ، وخلال الكونجرس سلطة إنشاء ما يتلاءى له من محاكم اتحادية بمقتضى قانون . على أن الدستور لم يحدد عدد قضاة المحكمة العليا ، مما جعل أمر زيادة هذا العدد وانفاصه خاص بالاعتبارات السياسية . ومنذ سنة ١٨٦٩ وعدد القضاة تسعه ، أما قبل ذلك التاريخ فإنه 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 إلا بطريق المحاكمة الجنائية أمام مجلس الشيوخ ، كما أنهم غير مقيدين في خدمتهم بسن معينة وأن كان يجوز لهم عند بلوغ السبعين أن يطلبوا حالتهم إلى المعاش - انظر Ferguson & McHenry المرجع السابق ص ص ٣٣٣ - ٣٣٥ ، و Bryce المراجع السابق ص ص ٢٧٦ - ٢٧٧ .

(٢) وزيادة في اوضح خطة روزفلت نذكر أنها كانت تقضى بالسماح بزيادة عدد قضاة المحكمة العليا بشرط إلا يزيد مجموعهم على خمسة عشر ، وبتعيين قضاة آخرين في سائر المحاكم الاتحادية لا يزيد عددهم على الخمسين (٥٠) .

قانون يقضى بزيادة عدد القضاة ، فإنه رفض أن يستعمل سلطته في هذا الصدد تحت تأثير الرأى العام الذى أُعلن عن خشيته مما يمكن أن تفضى إليه هذه الخطوة من تقويض للرقابة القضائية وتهديد للحريات الفردية «١» .

---

ولما كان المقصود من زيادة عدد القضاة التوصل إلى تحقيقأغلبية موالية لبرنامج الانعاش الاقتصادي ولاسيما في وجه القضاة المسنين ، فقد كان مقتضى الخطة السماح بتعيين عدد من القضاة مساوياً لعدد الذين جاوزوا السبعين وقضوا مدة عشر سنوات في خدمة المحاكم الاتحادية — بحججة معاونتهم في عملهم . ونظراً لأن ستة من قضاة المحكمة العليا التسعة كانت تنطبق عليهم هذه الشروط ، فإن الخطة كانت تسمح بتعيين ستة قضاة اذ يصل المجموع بذلك إلى الحد الأقصى المقترن — انظر Ferguson & McHenry المرجع السابق صص ٣٤٨ - ٣٤٩ ، وقارن الاستاذين وحيد رافت ووايت ابراهيم المرجع السابق ص ١٣ (هامش) حيث يصوران خطة روزفلت تصويراً غير صحيح بقولهم انه « طلب من البرلمان الارساع في درس مشروع الاصلاح القضائي الذي يسمح للرئيس باحالة القضاة على المعاش في سن السبعين » .

(١) أثارت أزمة برنامج الانعاش الاقتصادي موضوعاً طال حوله الجدل من قبل إلا وهو النظر فيما يجب أن يتخد من حلول نحو الحد من سيطرة المحاكم ومغاراتها 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 إلى أن أهم تلك الحلول هي : زيادة عدد القضاة ويطلق عليها packing court . وهذا ما كانت ترمي إليه خطة روزفلت التي لم يقدر لها النجاح ، احالة القضاة إلى المعاش عند بلوغهم السن المناسب compulsory retirement ، اعطاء الناخبيين حق انتخاب القضاة وحق طلب إعادة انتخابهم وحق طلب النظر في الأحكام الصادرة منهم بقصد الفصل في الصفة الدستورية للقانون recall of judges and refrenda on decisions بعدم دستورية القانون بأغلبية خاصة ، اعطاء السلطة التشريعية حق اسقاط الأحكام الصادرة بعدم الدستورية عن طريق إعادة اقرار القانون المحكوم بعدم دستوريته بأغلبية خاصة .

ولم يؤخذ بأى من الحلول المتقدمة في دولة الاتحاد ولكن بعضها على الأقل وضع موضع التنفيذ في الولايات — راجع Dimock المرجع السابق صص ٤٧٣ - ٤٧٥ ، ومقال الاستاذ Clark السالف الاشارة إليه صص ٤٧٣ - ٤٧٥ ، و Brogan المرجع السابق صص ٢٥ - ٢٧ ، ولافارير المرجع السابق ص ص ٣٢٨ - ٣٢٩ .

على أن ثمة أحداثاً استجدة 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 ، وعيّن فيها ثلاثة آخرون من المعروفين بميلتهم الموالية للبرنامج المذكور . وفي سنة ١٩٤١ طلب القاضي Mc Reynolds — وكان أشد القضاة المعارضين — الاحالة الى المعاش . وهكذا رجعت المحكمة العليا في قضائهما السابق وأقرت بدستورية قوانين الانعاش الاقتصادي «<sup>١</sup>» .

## ٢) في الدول الأخرى

كان لقضاء المحاكم الأمريكية بالامتناع عن تطبيق القوانين غير الدستورية أثره الملموس في الدول الأخرى . ولهذا الأثر مظاهر ثلاثة : أولها أن المشرع الدستوري نص صراحة في بعض الدول على حق المحاكم في رقابة دستورية القوانين ، والثاني أن المحاكم أعطت نفسها 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 للقرار بدسستورية قوانين الانعاش الاقتصادي ، حتى قبل أن تطرأ الأحداث المشار إليها في المتن — كما يستفاد من بعض أحكامها . وربما كان الباعث على ذلك التحول هو خشية المحكمة من استجابة الكونجرس لخطبة روزفلت ، أو لعلها أحسست بتأييد الرأي العام لتلك القوانين — انظر Ferguson & McHenry المرجع السابق ص ٣٥٠ .

فنذكر منها: أيرلندا الحرفة في دستوري سنة ١٩٢٢ و ١٩٣٧ «١»، والمانيا الغربية في دستور سنة ١٩٤٩ «٢»، ورومانيا في دستوري سنة ١٩٢٣ و سنة ١٩٣٨ «٣»، والبرتغال في دستوري سنة ١٩١١ و سنة ١٩٣٣ «٤»، واليونان في دستور سنة ١٩٢٧ «٥» وكثير من دول أمريكا اللاتينية مثل الأرجنتين 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»، وهaiti في دستور سنة ١٩١٨ «١٢»، وشيلي في دستور سنة ١٩٢٥ «١٣».

(١) المادة ٦٥ من دستور سنة ١٩٢٢ ، والمادة ٣٤ من دستور سنة ١٩٣٧  
أنظر برترلمى ودويز المرجع السابق ص ٢١٩ ، ومجموعة الدساتير الاوروبية  
المراجع 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  
– أنظر لافاريير المرجع السابق ص ٣٢٩ .

(٤) المادة ٦٣ من دستور سنة ١٩١١ ، والمادة ١٢٣ من دستور سنة ١٩٣٣  
أنظر برترلمى ودويز المرجع السابق ص ٢١٨ ، ومجموعة الدساتير الاوروبية  
المراجع السابق الجزء الثاني ص ٦٣٤ .

(٥) المادة ٥ – برترلمى ودويز المرجع السابق ص ٢١٨ .

(٦) المادة ١٠٠ ، أنظر

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 (وهمانش) 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 .

وتجدر باللحظة أن بعض الدول المتقدمة لم تتأنّ 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 وهaiti .

وأما الدول التي أعطت المحاكم فيها لنفسها حق رقابة الدستورية بالرغم من عدم وجود نص يجيز لها ذلك فنذكر منها : كندا واستراليا واتحاد جنوب إفريقيا وأستونيا ولتوانيا والترويج ، والمانيا قبل الحرب العالمية الأخيرة ، ورومانيا قبل صدور دستور سنة ١٩٢٣ ، واليونان قبل صدور دستور سنة ١٩٢٧ «<sup>١</sup> » .

وأما الدول التي طالب الفقهاء 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 الحالى ، ومنذ صدور ذلك الدستور سنة ١٩٤٦

رقابة الدستورية قبل صدور الدستور الحالى: تقدم أن ثمة عوامل أدت إلى 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 نظراً للعوامل المضادة التي سيطرت هناك . وترجع هذه العوامل إلى عهد الثورة الفرنسية ، ويمكن أن ترد إلى أمرين :

---

(١) انظر برترلمى ودوينز المرجع السابق صص ٢١٨ - ٢١٩ ، ولافارير المرجع السابق ص ٣٢٩ .

أولاً - النظر الى القانون على أنه يمثل الارادة العامة : وهذا ما نصت عليه صراحة المادة السادسة من اعلان حقوق الانسان سنة ١٧٨٩ بقولها «ان القانون هو التعبير الحر والرسمى للارادة العامة »<sup>(١)</sup> .

ومقتضى هذا النظر أن لامة بوصفها صاحبة السيادة اراده لا تعلو عليها اراده أخرى ، وأن البرلمان الذي ينوب عن الامة يسن قانوناً يعبر به عن ارادتها فلا تملك أية سلطة أخرى مراجعته أو التعقيب عليه .

ثانياً - النظر الى القضاء نظرة الحذر والارتياح : فقد كانت المحاكم السابقة على الثورة والمسماة برمليات 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 واضحاً نحو تحديد اختصاصه تحديداً يحول دون عودته الى سابق توسيعه<sup>(٢)</sup> .

**موقف المشرع :** لم يكن غريباً بعد ما تقدم بيانه من عوامل أن يتخذ المشرع موقعاً تفصيلاً 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 تقادها »<sup>(٣)</sup> .

(١)

« La loi est l'expression libre et solennelle de la volonté générale ».

(٢) انظر لفارير المرجع السابق ص ٣٣٣-٣٣٦ ، وبيردو 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 توافق نفاذ القوانين »<sup>(١)</sup> .

والمادة ١٢٧ من قانون العقوبات الحالى وتعاقب القضاة «الذين يتدخلون في ممارسة السلطة التشريعية سواء بایجاد لواائح تتضمن أحكاما تشريعية ، أو بمنع أو ايقاف نفاذ قانون أو أكثر ، أو بالتداول فيما اذا كان يجب نشر القوانين أو اقاذها »<sup>(٢)</sup> .

**موقف القضاء :** استقر قضاء المحاكم العادلة والادارية بسبب النصوص المتقدمة على اعتبار النظر في دستورية القوانين أمرا خارجا عن اختصاصها<sup>(٣)</sup> . وهذا ما شهد 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) انظر ديجي المرجع السابق الجزء الثالث ص ص ٧٢٠ - ٧٢١ ، ولا فاريير المراجع السابق ص ص ٣٣٣ - ٣٣١ ، وبيرو المراجع السابق ص ٧٢ ، Foignet المراجع السابق ص ص ١٠٥ - ١٠٦ ، ومجلة القانون العام الفرنسية سنة ١٩٣٣ ص ص ٦٨٠ - ٦٧٩ .

وأنظر في تحليل موقف القضاء في مختلف العهود مقالا للأستاذ Laroque نشر بمجلة القانون العام الفرنسية سنة ١٩٢٦ ص ص ٧٢٢ - ٧٣٦ بعنوان : « Les juges français et le contrôle de la loi ».

٦٥٢ - ١٩٣٦ مارس ٢٢ و ١٩٤٤ «١» .

على أن المحاكم الفرنسية لم تعدم الأسباب بالرغم من النصوص سالفة الذكر للتوصل إلى فرض نوع من رقابة الدستورية . فقد جرت على اعتبار نفسها مختصة بالبحث فيما إذا كان القانون المعروض عليها مستكملًا للشروط الشكلية أو الخارجية <sup>(٢)</sup> التي يستلزمها الدستور مثل موافقة

---

(١) ثار الخلاف بين الكتاب حول ما إذا كان القضاء قد جعل لنفسه حق رقابة دستورية القوانين بمقتضى بعض الأحكام التي أصدرها نذكر منها فيما يختص بالقضاء العادي :

12 Avril 1838, Doyne et Lemaire — 15 Mars 1851 Gauthier  
17 Nov. 1851, Ghent — 15 Avril 1863, Alliot.

و فيما 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 مقالاً للاستاذ André Hauriou نشر بمجموعة القانون المقارن المهدأة إلى 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 ».

و هو حريو المرجع السابق ص ص ٣١٨-٣٢١ ، و برترلمي و دويز المرجع السابق ص ص ٢٢٢-٢٢٣ ، و مقال الاستاذ دويز سالف الإشارة إليه بمجموعة هوريو ص ص ٢٣٩-٢٤٣ ، و مقالاً 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 المرجع السابق ص ص ٣٣٠-٣٣١ ، و Esmein المرجع السابق الجزء الأول ص ص ٦٤٢-٦٤٣ ، و المقالات 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» ٠

ويبدو أن المحاكم قد أحيست بأن فى مبادرتها لهذا الاختصاص نوعا من  
رقابة الدستورية فذهبت إلى محاولة تبريره على أساس آخر هو الانعدام  
l'inexistence ٠ وأية ذلك أنها اعتبرت القانون الذى لا يستوفى الشروط  
الشكلية التى يتطلبها الدستور «٢» غير موجود — أى أنها اعتبرته مجرد

---

(١) ذهب بعض الفقهاء إلى أن سلطة رئيس الجمهورية فى اصدار القوانين  
تحول دون رقابة المحاكم لدستوريتها حتى من الناحية الخارجية أو الشكلية .  
وبحجتهم فى ذلك أن دستور سنة ١٨٧٥ اذ خول رئيس الجمهورية هذه  
السلطة قد جعله وحده المختص برقابة الدستورية بحيث أنه اذا أصدر 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 يجاف دستور سنة ١٨٧٥ الفرنسي  
نصا وروحا . فالإصدار فى نظر هؤلاء الفقهاء لا يعدو أن يكون قرينة على أن  
القانون موافق للدستور ، ولكنها قرينة تقبل اثبات العكس أمام المحاكم التى  
تملك الامتناع عن تطبيق أى قانون يصدر غير مستوف لاحد الشروط التى  
يتطلبها الدستور .

انظر للأستاذ Jèze مقالا نشر بمجلة القانون العام الفرنسية سنة ١٩١٨  
ص ص ٣٧٨—٤٠٠ بعنوان «La promulgation des lois» ومقاله المنشور  
بنفس المجلة سنة ١٩٢٤ السالف الاشارة اليه ص ص ٤٢٤—٤٢٧ ٠

(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 — انظر تعليق الاستاذ Jèze المنشور بمجلة  
القانون العام الفرنسية سنة ١٩٠٤ ص ص ١١١—١١٨ على الحكمين الصادرين  
من محكمة النقض بتاريخ ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٠٣ و٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٣ ،  
ومقاله المنشور بنفس المجلة سنة ١٩٢٤ السالف الاشارة اليه ص ص ٤٢٥—٤٢٧ ٠

قرار لا يرقى إلى مرتبة القانون ولا ينفي من الحماية المقررة للأخير «١» .  
**موقف الفقهاء:** من المقرر وفقاً للرأي السائد في الفقه أن من حق المحاكم بل ومن واجبها أن تتمتع عن تطبيق أي قانون مخالف للدستور من حيث الشكل .

على أنه بالنسبة للقانون الذي يخالف الدستور من حيث الموضوع – أي من حيث المبادئ والاحكام الموضوعية التي يتضمنها «٢» ، نجد أن الفقهاء قد اقسموا إلى فريقين : فريق ينكر على المحاكم اختصاص الدستورية ، وآخر يطالب بوجوب مباشرتها لهذا الاختصاص .

أما الذين ينكرؤن على المحاكم اختصاص الدستورية فانهم يستندون إلى النصوص الدستورية والتشريعية التي تقدم ذكرها ، كما يذهبون إلى أن في مباشرة المحاكم لذلك الاختصاص خروجاً منها عن حدود وظيفتها ومنافاة لمبدأ الفصل بين السلطات . فليست مهمة القاضي على حد قولهم هي الحكم على القانون وإنما الحكم وفقاً له ، وهو أن باشر رقابة الدستورية تدعى حدود اختصاصه واعتدى على اختصاص السلطة التشريعية «٣» .

وأما الذين يطالبون بوجوب مباشرة المحاكم لاختصاص الدستورية فانهم يردون على الأوجه المتقدمة بأن المشرع لم يقصد من سن النصوص الدستورية والتشريعية المشار إليها سوى منع المحاكم من ممارسة السلطات التشريعية التي كانت تمارسها قبل الثورة . وتمشياً مع هذا المقصود

(١) أي كانت الاعتبارات التي حدت بالمحاكم إلى هذا التكيف فان امتناعها عن تطبيق القانون غير المستوفى لشرط شكلي يتطلبه الدستور ليس إلا أثراً من آثار رقابة الدستورية . وليس بغير من الوضع في شيء أن تصف المحاكم مثل هذا القانون بأنه غير موجود une loi inexistante ، إذ أنها إنما تحكم بوجوده أو عدم وجوده استناداً إلى الدستور الذي صدر في ظله .

constitutionnalité intrinsèque des lois (٢)

(٣) على رأس هذا الفريق من الفقهاء Esmein المرجع السابق الجزء الأول صص ٦٤١ - ٦٤٨ ، وكاريه دى مالبرج La loi المرجع السابق صص ٥٠ - ٥١ .

لَا يَكُونُ فِي النَّصْرَوْصِ الْمُتَقْدِمَةِ مَا يَحْوِلُ دُونَ مُبَاشَرَةِ الْمَحَاكِمِ لِرِقَابَةِ  
الْدُّسْتُورِيَّةِ

وَلَا يَرِي هُؤُلَاءِ الْفَقَهَاءِ<sup>(١)</sup> فِي رِقَابَةِ الْمَحَاكِمِ لِدُسْتُورِيَّةِ الْقَوَانِينِ مَنَافَةً  
لِبَدَأِ الْفَصْلِ بَيْنِ السُّلْطَاتِ . فَالْقاضِي أَذْيَجَدَ فِي الْقَضِيَّةِ الْمُعْرُوضَةِ عَلَيْهِ  
قَوْانِينِ مُتَعَارِضَينَ لَا يُسْتَطِعُ أَنْ يَمْتَنَعَ عَنِ الْفَصْلِ فِيهَا وَالْأَعْدَادِ مُرْتَكِبَا  
لِجَرِيمَةِ اِنْكَارِ الْعَدْلَةِ ، وَمِنْ ثُمَّ لَا يَكُونُ أَمَامَهُ مِنْ سَبِيلِ سُوْىِ تَطْبِيقِ  
الْقَانُونِ الْأَعْلَى درَجَةً وَهُوَ الدُّسْتُورُ وَاهْمَالُ الْقَانُونِ الْعَادِيِّ . وَهُوَ أَذْ  
يَفْعُلُ ذَلِكَ لَا يَخْرُجُ عَنِ حَدُودِ اِخْتِصَاصِهِ لَأَنَّهُ أَنْمَى يَبْشِرُ مَهْمَةً تَطْبِيقِ

---

(١) كَانَ مِنْ أَوَّلِ الْمَنَادِينَ بِهَذَا الرَّأْيِ Bauregard سَنَةُ ١٨٩٤ وَ  
سَنَةُ ١٨٩٥ . وَمِنْ أَبْرَزِ الَّذِينَ دَافَعُوا عَنْهُ هُورِيو وَدِيجِي وَ  
أَنْظَرَ دِيجِي الْمَرْجُعُ السَّابِقُ الْجَزْءُ الثَّالِثُ صَصَ ٧٢١ - ٧٢٥ ، وَهُورِيو  
الْمَرْجُعُ السَّابِقُ صَصَ ٣١٤ - ٣٢٢ .

عَلَى أَنْ بَعْضِ الْفَقَهَاءِ قَدْ تَحُولَ عَنِ الرَّأْيِ الَّذِي سَبَقَ أَنْ دَافَعَ عَنْهُ أَوْ عَدَلَ  
فِيهِ . فَالْإِسْتَاذُ Jèze مُثَلًا يَقُرِّرُ فِي مَقَالَهُ سَالِفِ الْاِشْتِارَةِ إِلَيْهِ سَنَةُ ١٩٢٤  
صَ ٤١٢ :

« En 1895, avec l'intransigeance de la jeunesse, j'attachais peu d'importance à la jurisprudence, même inébranlable. Aujourd'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 ».

وَالْإِسْتَاذُ دِيجِي يَقُرِّرُ فِي الْمَرْجُعُ السَّابِقُ الْجَزْءُ الثَّالِثُ صَ 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 يتمتنع فقط عن تطبيقه .

ويذهب البعض في الدفاع عن حق المحاكم في رقابة الدستورية إلى 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 قانوناً يخالف الدستور ، فإنه لا ينبغي لها أن تلزم القضاء بالاشتراك معها في هذه المخالفة والا كان اعتداء منها على اختصاصه .

رقابة الدستورية منذ صدور الدستور الحالى سنة ١٩٤٦ : بينما فيما سبق كيف أن الدستور الفرنسي الحالى قد أخذ بالرقابة السياسية لدستورية القوانين ، وعهد بها إلى اللجنة الدستورية التي نظم تشكيلها واحتياصها في المواد ٩١-٩٣ منه «<sup>١</sup>» .

على أن الدستور لم يورد أى نص بشأن الرقابة القضائية لدستورية القوانين «<sup>٢</sup>» . وثبتت من الأعمال التحضيرية للدستور أن هذا السكتون لم يكن سهواً من جانب واضعيه وإنما كان مقصوداً به عدم تمكين القضاء من مباشرة رقابة الدستورية «<sup>٣</sup>» .

فالاعمال التحضيرية أذن تقييد أن واضعي الدستور الحالى قد قصدوا إلى عدم تخويل القضاء اختصاص الدستورية . ويفؤد هذا المقصود أنهم

(١) راجع صص 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 في موضوع رقابة الدستورية ، ونص عبارتهما « على أن دستور سنة ١٩٤٦ في فرنسا قد قطع في هذه المسألة ، أذ استبعد كل رقابة قضائية لدستورية القوانين » .

(٣) أنظر لفارير المرجع السابق صص ٩٥١-٩٥٣ ، ومطول بيردو في الفقه السياسي المرجع السابق صص ٣٧٥-٣٧٦ ( وهامش ٢ ) .

بينما عنوا بایجاد تنظيم خاص للرقابة السياسية لدستورية القوانين لم ينظموا الرقابة القضائية أصلاً 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 العادلة 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 ما يتصل بالنصوص الدستورية – قائمة . بل انهم ليجدون في ضعف الرقابة السياسية المقررة في الدستور الحالى سنداً يعززون به دعوتهم إلى ایجاد رقابة جدية لدستورية القوانين عن طريق القضاء .

## ثانياً - رقابة الالغاء

تقدم أن رقابة الالغاء قد تكون سابقة على صدور القانون أو لاحقة له ، وأنها تجيز للقاضى ابطال القانون غير الدستورى فى مواجهة الكافة *erga omnes* بحيث يعتبر كأن لم يكن أو على الأقل تنتهى حياته بالنسبة للمستقبل فلا يكون ثمة جدوى من الاستناد اليه «٢» .

(١) قارن مع ذلك الدكتور عبد السلام ذهنى فى مقال له نشر بمجلة مجلس الدولة المكتب الفنى السنة الاولى يناير سنة ١٩٥٠ بعنوان « مجلس الدوله ودستورية القوانين » اذ يذكر في صص ٨٦-٨٧ أن « دستور فرنسا الاخير الصادر في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٦ لم يشأ أن يشرع لهذا الخلاف تshireعا خاصا يقطع خط الرجعة على كل معاند مكابر في مظهر علني هو من أخص المظاهر العلنية الخاصة بكيان الحريات الشخصية ونظام الدولة ... على أن رأينا هنا أن المسألة الخاصة بالدفع الفرعى بعدم دستورية القانون بفرنسا لازالت قائمة ، وأنها لم تفز بحل دستورى قاطع نافذ » .

(٢) راجع ص ١٢٥ من هذا الكتاب .

## ١ - المراقبة السابقة

لعل خير تطبيق للرقابة السابقة التنظيم الذي أورده دستور ايرلندا  
الحرة الصادر في أول يوليو سنة ١٩٣٧ . ومقتضى هذا التنظيم أن القوانين  
التي يقرها البرلمان يجب أن تقدم إلى رئيس الدولة لتوقيعها واصدارها .  
ويجوز لرئيس الدولة بعد استشارة مجلس الدولة أن يحيل أي قانون إلى  
المحكمة العليا للنظر في دستوريته <sup>(١)</sup> . ويجب على رئيس الدولة أن شاء  
استعمال هذا الحق أن يحيل القانون في ظرف سبعة أيام على الأكثر من  
تاريخ تقديميه إليه ، كما يجب على المحكمة العليا أن تصدر حكمها في موعد  
لا يتجاوز ستين يوما من تاريخ احالة القانون إليها . ويتوقف مصير القانون  
على الحكم الصادر من المحكمة العليا . فهـى ان قضت بـدستوريته أمكن أن  
يسـتـكـمـلـ الـاجـراءـاتـ الـلاـزـمـةـ نـحـوـ قـادـهـ ،ـ وـاـنـ قـضـتـ بـعـدـ دـسـتـوـرـيـتـهـ اـمـتـنـعـ  
عـلـىـ رـئـيـسـ الدـوـلـةـ توـقـيعـهـ .

وليس الرقابة السابقة بالتنظيم المستحدث اذ نجد لها تطبيقات قديمة  
في بعض دول أمريكا اللاتينية مثل كولومبيا وبنما وأكوادور . فـدـسـتـوـرـ  
كـوـلـوـمـبـيـاـ الصـادـرـ سـنـةـ ١٨٨٦ـ <sup>(٢)</sup>ـ يـجـيزـ لـرـئـيـسـ الجـمـهـورـيـةـ عـنـدـ الـاعـتـرـاضـ  
عـلـىـ أـيـ قـانـونـ أـقـرـهـ الـبـرـلـانـدـ أـنـ يـحـيـلـهـ فـيـ ظـرـفـ سـتـةـ أـيـامـ عـلـىـ الـأـكـثـرـ إـلـىـ  
الـمـحـكـمـةـ الـعـلـيـاـ للـنـظـرـ فـيـ دـسـتـوـرـيـتـهـ ،ـ وـيـتـرـبـ عـلـىـ صـدـورـ حـكـمـ مـنـ هـذـهـ  
الـمـحـكـمـةـ بـعـدـ دـسـتـوـرـيـةـ الـقـانـونـ اـعـتـبـارـهـ كـأـنـ لـمـ يـكـنـ .

ويـحـوـيـ دـسـتـوـرـ بـنـماـ الصـادـرـ سـنـةـ ١٩٠٤ـ نـصـوـصـاـ مـمـاثـلـةـ <sup>(٣)</sup>ـ .ـ أـمـاـ

(١) عـدـاـ القـوـانـينـ التـيـ اـسـتـبـعـدـتـهـاـ المـادـةـ ٢٦ـ مـنـ نـطـاقـ تـطـبـيقـهـاـ .ـ انـظـرـ  
صـ٤٨١ـ مـنـ مـجـمـوعـةـ الدـسـاتـيرـ الـأـوـرـوـبـيـةـ الـمـرـجـعـ السـابـقـ الـجـزـءـ الثـانـيـ .ـ

(٢) المـادـةـ ٩٠ـ .ـ مـجـمـوعـةـ الدـسـاتـيرـ الـحـدـيـثـةـ الـمـرـجـعـ السـابـقـ الـجـزـءـ الـرـابـعـ .ـ  
صـ١٢٠ـ .ـ

(٣) المـادـةـ ١٠٥ـ .ـ الـمـرـجـعـ السـابـقـ صـ٢٦٨ـ .ـ

دستور إكوادور الصادر سنة ١٩٢٩ «١» فانه يجيز لرئيس الجمهورية الاعتراض على القانون من الناحية الدستورية ورده إلى البرلمان لاعادة النظر فيه . فان لم يقتضي 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 دستوريته 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 إلى جهة قضائية تملك الحكم بالغائه . ونظرا لما تتضمنه الرقابة اللاحقة من تخويل القضاء سلطة الحكم على القوانين التي يسنها البرلمان بالفناء ، فإنها لم تلق تطبيقا إلا 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 ما يجري عليه الكتاب في مصر من وصف الدفع بعدم الدستورية بأنه دفع فرعى . وكان أساس انتقادنا أن وصف فرعى تزيد لاموجب له لأن اصطلاح الدفع يفيد بذاته هذا المعنى . ونوجه هنا نفس الانتقاد إلى وصف الكتاب للدعوى بأنها دعواي أصلية إذ أن اصطلاح الدعواي يفيد بذاته أنها مبتداة أو أصلية . ويعزز انتقادنا أنه لامقابل للوصف المذكور في الاصطلاح الفرنسي الذي يترجمه الكتاب إلى العربية في هذا الصدد وهو « طريق الدعواي par voie d'action » .

ولا محل للاعتراض علينا بأن الدعواي قد تكون فرعية فيكون هناك مبرر لوصف الدعواي بأنها أصلية ، إذ أن الكتاب أنما أرادوا أن يميزوا بين الدفع والدعوى - لا بين الدعواي الأصلية والدعوى الفرعية ، فضلا عن أن المطلق ينصرف إلى الفرد الكامل ومن ثم ينصرف اصطلاح الدعواي إلى أنها أصلية ما لم ينبه إلى 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 .

وتوضح هذه الحقيقة من الاطلاع على التنظيمات التي وجدت للرقابة اللاحقة في الدول المختلفة . واللاحظ أن الدول التي أخذت بالرقابة المذكورة لم يجعلها من اختصاص جميع المحاكم على اختلاف درجاتها وإنما 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 <sup>(١)</sup> ، وكولومبيا في دستورها الصادر سنة ١٨٨٦ <sup>(٢)</sup> ، وفنزويلا في دستورها الصادر سنة ١٩٣١ <sup>(٣)</sup> .

على أن سويسرا تعد أبرز الدول التي يجعل الرقابة اللاحقة من اختصاص محكمة عادية <sup>(٤)</sup> . فمنذ أن صدر دستورها سنة ١٨٧٤ والمحكمة الاتحادية le Tribunal Fédéral تباشر في ظله إلى 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 بر تلمى ودوينز المرجع السابق صص ٢٠٩-٢١٠ ، ولا فاريير المرجع السابق ص ٣١٣ ، ومطول بيرو في الفقه السياسي المرجع السابق صص ٣٥٦-٣٥٧ .

ييد أن هذه الرقابة لا تشمل بتصريح نص المادة 113 من الدستور «<sup>١</sup>»  
القوانين التي تسنها الجمعية الاتحادية Assemblée Fédérale<sup>٢</sup>، 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 :  
أولاً - اطراد المحكمة الاتحادية على اعتبار نفسها مختصة بالغاء  
قوانين المقاطعات ليس فحسب عند مخالفتها لدستور الاتحاد وإنما أيضا  
عند مخالفتها لدستور المقاطعة التي صدرت في ظله .

ثانياً - 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 تقديمها ومراعاة  
ميعاد السنتين يوما المحدد لقبوله .

ثالثاً - تتمتع قضاعة المحكمة الاتحادية بالضمانات التي تكفل لهم  
الاستقلال الحقيقى 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 وذكر منها تشيكوسلوفاكيا بمقتضى القانون الدستورى  
ال الصادر في ٢٩ فبراير سنة ١٩٢٠ ، والنمسا بمقتضى دستورها الصادر في  
أول أكتوبر سنة ١٩٢٠ ودستورها الحالى الصادر في أول مايو سنة ١٩٤٥  
وإيطاليا منذ صدور دستورها الحالى في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٧ .

(١) راجع ص ٧٣٦ من مجموعة الدساتير الأوروبية المرجع السابق  
الجزء الثاني .

أما تشيكيوسلوفاكيا «<sup>١</sup>» فقد شكلت بمقتضى القانون الدستورى الصادر في ٢٩ فبراير سنة ١٩٢٠ محكمة دستورية le Tribunal Constitutionnel من سبعة قضاة كانوا يعينون لمدة عشر سنوات : أربعة من جانب المحكمة القضائية العليا والمحكمة الإدارية العليا ، وثلاثة من جانب رئيس الجمهورية بناء على اقتراح المجالس التشريعية .

وجعل من اختصاص المحكمة الدستورية الحكم بالغاء القوانين غير الدستورية التي يسنها البرلمان أو اللجنة الدائمة التي تحل محل البرلمان عند عدم وجوده «<sup>٢</sup>» . وكان يتشرط لقبول الطعن بالالغاء أمام المحكمة المذكورة أن يقدم في موعد لا يتجاوز ثلاث سنوات من جانب المجالس التشريعية أو المحكمة القضائية العليا أو المحكمة الإدارية العليا أو المحكمة المختصة بالانتخابات «<sup>٣</sup>» .

فالافراد اذن لم يكن لهم في الاصل تقديم الطعن بالالغاء إلى المحكمة الدستورية بطريق مباشر أو غير مباشر . على أن المحكمة الإدارية العليا أجازت للافراد بمقتضى لائحة تنظيمها الصادرة سنة ١٩٢٥ بأن يطعنوا بعدم دستورية القوانين أمامها ، فان اقتنعت بجدية الطعن تقدمت به إلى المحكمة الدستورية . وهكذا تسنى للافراد في ظل اللائحة المذكورة الالغاء بطريق غير مباشر من الطعن بالالغاء .

(١) انظر برترلمى ودويز المرجع السابق صص ٢١٢-٢١١ ، ولافارير المرجع السابق ص ٣١٤ ، ومطول بيردو المرجع السابق صص ٣٥٩ - ٣٦٠ .

(٢) ويتم تشكيلها بطريق الانتخاب من جانب البرلمان .

les assemblées législatives, le tribunal judiciaire suprême (٣)  
la cour administrative suprême, le tribunal électoral.

وفي النمسا قضى الدستور الصادر سنة ١٩٢٠ والمعدل سنة ١٩٢٩<sup>(١)</sup> بتشكيل محكمة دستورية la Cour de Justice Constitutionnelle من قضاة يعينهم رئيس الاتحاد بناء على طلب الحكومة وال المجالس التشريعية ، وجعل من اختصاصها الغاء القوانين غير الدستورية<sup>(٢)</sup> .

على أنه وقد قصد من تشكيل المحكمة الدستورية حماية النصوص الدستورية المنظمة لتوزيع السلطات بين حكومة الاتحاد وحكومات المقاطعات ، فان الدستور قصر حق الطعن باللغاء أمام المحكمة المذكورة على تلك الحكومات : حكومة الاتحاد بقصد الغاء قوانين المقاطعات ، وحكومات المقاطعات بقصد الغاء القوانين الاتحادية .

ييد أن المحكمة الدستورية جرت على أن تسمح للمحكمة القضائية العليا والمحكمة الادارية<sup>(٣)</sup> بالطعن باللغاء أمامها ، اذا ما اقتضت أى المحكمتين المذكورتين بجدية ما يشيره الافراد من طعون بعدم الدستورية في القضية المنظورة أمامها . فالاصل اذن أنه لم يكن للأفراد الالتجاء الى المحكمة الدستورية بطريق مباشر أو غير مباشر ، ثم سمح لهم بعد ذلك بالالتجاء من الطعن باللغاء عن طريق هيئة قضائية – شأنهم في هذا شأن

(١) انظر برترلمي ودويز المرجع السابق ص ٢١١ ، ولافارير المرجع السابق ص ص ٣١٣ - ٣١٤ ، ومطول بيردو المرجع السابق ص ص ٣٥٧ - ٣٥٩ .

ويلاحظ أن تشكيل المحكمة الدستورية يرجع بصفة خاصة الى جهود الفقيه النمساوي كلسن Kelsen الذي كان من أكبر المدافعين عن قضاء الالتجاء – انظر مقالا نشر له بمجلة القانون العام الفرنسية سنة ١٩٢٨ ص ص ٢٥٧ - ٢٦٧ بعنوان

« La garantie juridictionnelle de la Constitution »

(٢) أوجب الدستور النمساوي على السلطة المختصة نشر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية باللغاء القانون فور صدوره .

(٣)

la cour judiciaire suprême, la cour de justice administrative.

الافراد في تشيكوسلوفاكيا على ماتقدم شرحه «١» .

هذا وقد أورد الدستور النمساوي الحالى وال الصادر في أول مايو سنة ١٩٤٥ «٢» تنظيمًا للرقابة اللاحقة يقوم على اختصاص محكمة دستورية عي la Haute Cour Constitutionnelle، ويتحذ أقساماً مماثلة للتنظيم المقرر بمقتضى دستور سنة ١٩٢٠ .

وفي ايطاليا قضى الدستور الحالى وال الصادر في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٧ «٣» بتشكيل محكمة دستورية la Cour Constitutionnelle من خمسة عشر قاضياً، يعينون لمدة ١٢ سنة ويشترك في تعيينهم البرلمان والقضاء الاعلى .

ولئن كان الدستور الايطالي قد ترك للقوانين الدستورية والعادية مهمة وضع معظم القواعد المنظمة للمحكمة الدستورية ، الا أنه حرص على تأكيد اختصاصها بالفصل في دستورية القوانين ورتب على الحكم الصادر منها بعدم الدستورية انهاء حياة القانون اعتباراً من اليوم التالي لصدوره «٤» .

(١) قارن مع ذلك ما ذكره الاستاذان وحيد رافت ووايت ابراهيم في المرجع السابق ص ١٠ ( هامش ) من أنه « لا يملك الافراد رفع هذه الدعوى اذ الطعن في دستورية القوانين بطريق الدعوى الاصلية أمام المحكمة الخاصة في النمسا تشيكوسلوفاكيا لم يعط الا لبعض الهيئات العامة وحدها » .

وقارن من جهة أخرى ما ذكره الدكتور السيد صبرى في المرجع السابق ص ٢٣٤ من أن « بعض الدول ذهب في نظامه الى ايجاد محكمة خاصة يمكن أى مواطن أن يرفع اليها دعوى ببطلان القانون غير الدستوري أى بطريق رفع الدعوى الاصلية ، وتوجد في المكسيك وتشيكوسلوفاكيا والنمسا » .

(٢) راجع المواد ١٣٧ - ١٤٨ من الدستور - مجموعة الدساتير الاوروبية المرجع السابق الجزء الاول ص ص ٣٠٩ - ٣١٢ .

(٣) انظر المواد ١٣٤ - ١٣٧ من الدستور - المرجع السابق الجزء الاول ص ٥٢٦ .

(٤) يذكر الاستاذان برترى ودويز المكسيك من بين الدول التي أخذت بر قابة الالغاء وجعلتها من اختصاص محكمة بالذات بمقتضى دستور سنة ١٨٥٧

### المطلب الثالث - تقدير رقابة الدستورية

تأثير رقابة الدستورية باعتبارات متعددة يمكن أن ترد إلى أمرين :  
الدستور ونظام الحكم .

ويتضح أثر الدستور في رقابة الدستورية مما سبق أن بيناه<sup>(١)</sup> من أن مشكلة دستورية القوانين لا تثور إلا في ظل دستور جامد ، إذ توجد حينئذ سلطتان أحدهما تأسيسية تختص بوضع الدستور وتعديلاته والآخرى تشريعية تختص بوضع وتعديل القانون العادى . أما في ظل الدستور المرن فلا توجد سوى سلطة واحدة تختص بوضع وتعديل القوانين جميعا ، ومن ثم لا يتوافر الأساس الذى تقوم عليه رقابة الدستورية وهو تفاوت القوانين من حيث القوة .

وليس يحصر أثر جمود الدستور في إيجاد رقابة الدستورية وإنما يتضح أيضا في تحديد نوعها ورسم نطاقها . فالمقصود من جعل الدستور جامدا هو تحقيق نوع من الملامة بين عاملين متعارضين : عامل المحافظة

---

المراجع السابق ص ٢١٢ . وساير الفقيهين المذكورين في الاستشهاد بالكسيك معظم الكتاب في مصر - انظر 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 الكسيك إلا أنها رقابة امتياز وليس رقابة الغاء كما قرر الكتاب السابقون - راجع المادة ١٠٢ من دستور سنة ١٨٥٧ التي تجعل أثر الحكم بعدم الدستورية قاصرا على القضية المعروضة بالذات Les Constitutions — Daresté — modernes الجزء الثانى سنة ١٩١ ص ٥٩٤ ، وقارن ما سبق أن ذكرناه في ص ١٢٥ و ١٦٠ من هذا الكتاب .

(١) راجع ص ١١٢ - ١١٣ من هذا الكتاب .

وعامل التطور . وكلما قوى الميل الى المحافظة كلما قوى عنصر الجمود في الدستور ، وازداد التفاوت تبعاً لذلك بين الدستور والقانون العادي ، 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 دستورياً . وعلى هذا النحو يمكن أن يختلف نوع الرقابة المنشودة تبعاً للمركز الذي يشغله البرلمان في نظام الحكم . ففي النظام النيابي مثلًا حيث ينفرد البرلمان بممارسة سلطاته تظاهر الحاجة الى رقابة أشد لدستورية أكثر منها في النظام شبه المباشر حيث يشارك الناخبون البرلمان سلطاته «١» .

وطالما أن رقابة الدستورية تتأثر بالاعتبارات الدستورية والعملية إلى حد كبير ، فإن تنظيمها يجب أن يقوم أساساً على هذه الاعتبارات التي قد تختلف بين دولة وأخرى اختلافاً كبيراً . ومقتضى هذا النظر أن تنظيم رقابة الدستورية الذي يلائم دولة ما قد لا يلائم دولة أخرى ، وأن المفاضلة بين صور رقابة الدستورية ينبغي أن تستند إلى الاعتبارات العملية قبل الاعتبارات النظرية .

والآن وقد أبرزنا هذه الحقائق يمكن أن ننتقل الى مناقشة صور رقابة الدستورية على ضوء التجارب العملية في الدول المختلفة ، وبالقدر الذي تسمح به الناحية النظرية للموضوع .

ورقابة الدستورية قد تكون رقابة سياسية أو رقابة قضائية تبعاً لصفة الهيئة التي تبادرها ، كما أن الرقابة القضائية قد تكون رقابة الغاء أو رقابة

---

(١) من الاعتبارات التي تؤثر أيضًا في رقابة الدستورية شكل الدولة —  
راجع في أثر الشكل الاتحادي للدولة ص ١٣٢ (وهامش ٣) من هذا الكتاب .

امتناع تبعاً للاثر الذي يترتب عليها بالنسبة للقانون غير الدستوري «١» .

اما الرقابة السياسية فانها تشير صعوبات عديدة بشأن الهيئة التي يعهد اليها ب مباشرتها .

فالهيئة السياسية قد تشكل بطريق التعيين أو بطريق الانتخاب . وهي ان شكلت بطريق التعيين من جانب البرلمان تكون عرضة لأن تصبح تابعة له وأن تفقد بذلك صلاحيتها لأن تكون رقيبة عليه . وان شكلت بطريق الانتخاب من الشعب فقد تسسيطر عليها نفس الاتجاهات السياسية التي

---

(١) آثرنا أن نقسم الرقابة القضائية بالاستناد إلى الأثر الذي يترتب عليها إلى ما أسميناها رقابة الغاء ورقابة امتناع بعد ماتبين لنا عدم دقة التقسيم المستقر فقهاً في هذا الصدد . وأساس هذا التقسيم الوسيلة التي تشار بها عدم دستورية القانون وهي بحسب الاصطلاح الجارى (وقد سبق لنا انتقاده) اما وسيلة الدفع الفرعى أو وسيلة الدعوى الأصلية .

ويفهم مما كتبه الفقهاء حول التقسيم المتقدم أنهم يرتبون عليه نتائج معينة فوسيلة الدفع الفرعى تفترض اختصاص المحاكم على اختلاف درجاتها ، وتفضى إلى امتناعها عن تطبيق القانون غير الدستوري . أما وسيلة الدعوى الأصلية فتفترض اختصاص محكمة بالذات ، وتفضى إلى الغاء القانون غير الدستوري .

ولنا على التقسيم المتقدم ونتائجها مأخذ ثلاثة :

أولاً - يقصر هذا التقسيم عن شمول بعض الوسائل التي تباشر بها رقابة الامتناع مثل الامر القضائي والحكم التقريري في الولايات المتحدة الامريكية -  
راجع ص ١٤٩ - ١٥٢ من هذا الكتاب .

ثانياً - لاستبعاد وسيلة الدفع اختصاص جميع المحاكم اذ من المتصور أن تختص ب مباشرة رقابة الامتناع محكمة بالذات دون سائر المحاكم كما هو شأن بالنسبة للأمثلة السابقة بيانها في ص ١٦٠ من هذا الكتاب .

ثالثاً - لاستبعاد وسيلة الدعوى الغاء القانون غير الدستوري اذ من المتصور أن تباشر المحكمة رقابة الدستورية عن طريق دعوى ترفع إليها ولا تملك بالرغم من ذلك إلا أن تمنع عن تطبيق القانون غير الدستوري ، كما كان شأن بالنسبة لمحكمة الضمانات الدستورية le Tribunal des Garanties Constitutionnelles فيما يختص بر قابتها للدستورية القوانين من حيث الموضوع - انظر مطول بيردو في الفقه السياسي المرجع السابق ص ٣٦٣ - ٣٦٤ .

تسيد على البرلمان ولا يكون ثمة جدوى من رقابتها حينئذ ، وقد تسيد  
عليها اتجاهات مختلفة فتعمد إلى فرض سيطرتها على البرلمان والتوسيع في  
سلطاتها على حساب السلطات الأخرى .

وتثبت التجربة في فرنسا أن الرقابة السياسية لم تتحقق النتائج المقصودة  
منها . فمن جهة نجد أن مجلس الشيوخ الذي شكل في ظل دستور السنة  
الثانية (عصر الثورة) ودستور سنة ١٨٥٣ بقصد حماية الدستور قد تحول  
إلى أداة استبداد سخرها رئيس الدولة لتعديل الدستور وفقاً لمشيته .  
ومن جهة أخرى فإن اللجنة الدستورية التي قضى الدستور الحالي بتشكيلها  
عجزة بسبب نواحي النقص في تنظيمها عن أن تباشر رقابة الدستورية  
بالمعني الصحيح «١» .

وإذا كانت الرقابة السياسية قد لقيت تطبيقاً في الدول ذات النزعة  
الاشراكية مثل الجمهوريات السوقيتية المتحدة ويوجوسلافيا  
وتشيكوسلوفاكيا «٢» فإنما يرجع ذلك على الأخص إلى أنها نظمت على نحو  
يضعف أثرها ويحول دون وقوفها في وجه الاتجاهات المتطرفة التي تقررها  
المجالس الشعبية .

قد يقال استناداً إلى هذه التجربة بأن الرقابة السياسية هي خير صور  
رقابة الدستورية وأكثرها ملائمة لتحقيق التطور المنشود في كل مجتمع .  
ولكن يلاحظ أن المجتمع الديمقراطي الذي يسعى إلى التطور يحرص في الوقت  
ذاته على توفير كل الضمانات التي تكفل أن يكون التطور المراد تحقيقه هو  
الذي يريد بالفعل أغلبية الأفراد . وهذا ما يفسر كيف أن الدول ذات  
النزعة الاشتراكية قد حرصت بالرغم من ميلها المتطرف أن تجعل دساتيرها  
جامدة كيما تحقق لها نوعاً من الثبات يحد من تطور القوانين العادلة . وأنه

(١) راجع صص ١١٧ - ١٢٢ من هذا الكتاب .

(٢) راجع صص ١٢٣ - ١٢٤ من هذا الكتاب .

ليتعارض مع هذا الحرص أن تعمد الدول المذكورة إلى اضعاف الرقابة السياسية على نحو يخشى معه فوات الغرض منها وتحولها إلى ضمانة صورية غير جديرة بالبقاء ٠

**وإذا انتقلنا إلى الرقابة القضائية** نجد أنها تقوم على تحويل هيئة أكثر صلاحية من الهيئة السياسية لتحقيق المقصود من رقابة الدستورية ٠ فالقضاء بحكم توافقه على تطبيق القانون يكون أقدر على الفصل فيما إذا كان المشرع العادى قد تجاوز الحدود المرسومة له من المشرع الدستورى ٠ وبفضل الضمانات التى تكفل استقلاله فى مواجهة السلطات الأخرى يكون أبعد عن المؤثرات وأقرب إلى الحيدة والصواب ٠

وبمقارنة نوعى الرقابة القضائية يتضح أن رقابة الالغاء خطيرة الاثر اذ تؤدى الى اعتبار القانون كأن لم يكن أو على الاقل انهاء حياته بالنسبة للمستقبل وفي مواجهة الكافية ٠ أما رقابة الامتناع فان اثارها يقتصر على عدم تطبيق القانون في القضية المعروضة بالذات ولا تحول دون استمرار القانون أو اتخاذ حكمه كلما سنت الفرصة لذلك ٠ على أنه في الدول التي تأخذ بنظام السوابق القضائية كالولايات المتحدة الأمريكية يقوى اثر رقابة الامتناع وتقرب كثيرا من رقابة الالغاء اذا ما صدر حكم من أعلى محكمة بعدم دستورية قانون ما «١» ٠

ولقد أثبتت تجربة رقابة الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية أن المحاكم وعلى رأسها المحكمة الاتحادية العليا لم تقف عند الحدود المفهومة لتفسيير القوانين وإنما تعدتها إلى فرض سيطرتها على المجال التشريعى ٠ فلئن كان الاصل في مهمتها هو مجرد البحث فيما إذا كان القانون موافقا للدستور أو مخالف له ، الا أنها جعلت لنفسها حق مناقشة السياسة التشريعية

(1) راجع صص ١٤٦ - ١٤٨ من هذا الكتاب ٠

والحكم على مدى ملائمة القانون وجدواه بالنسبة للمجتمع . وأفضى  
اشتعال القضاء بالسياسة التشريعية الى أضرار محققة أهمها :

أولاً - احلال القضاة تقديرهم محل تقدير المشرع وسعيهم الى فرض  
آرائهم وميولهم الخاصة . ولما كان القضاة محافظون على النزعة بطبيعته فإنه وقف  
مراراً في وجه الاتجاهات المتطرفة التي صدرت عنها السلطة التشريعية في  
سنها للقوانين تحقيقاً لرغبات الناخبيين .

ثانياً - وقوع مصادمات عنيفة بين القضاء والسلطة التشريعية أدت الى  
انقسام هيبة القضاة واظهارهم بمظهر الرجعية والتعنت والاعتداء .

ثالثاً - تسرب الاعتبارات السياسية الى القضاة وتهديده في استقلاله .  
ويكفي بياناً لذلك أن نشير الى حشد الحزب الاتحادي أنصاره في مناصب  
القضاء قبيل تسلیمه مقاييس الحكم الى الحزب الجمهوري الفائز في انتخابات  
سنة ١٨٠٠ ، والى تعديل عدد قضاة المحكمة الاتحادية العليا بزيادة  
والنقصان تحت تأثير الظروف السياسية «١» .

وإذا كانت هذه الأضرار قد ترتب في الولايات المتحدة الأمريكية حيث  
توجد رقابة امتنان مؤسسة على نظام السوابق القضائية ، فإنها تترتب بصورة  
أشد في الدول التي تأخذ برقابة الإلغاء .

إن مهمة القضاء تنحصر في تطبيق القانون الذي ترسنه السلطة التشريعية .  
فإن قضى بالغاء القانون - ولو كان غير دستوري - فإنه يخرج عن حدود  
مهمته ويبادر سلطة تشريعية محققة «٢» . وفي مباشرة القضاء لهذه السلطة

(١) راجع صص ١٣٣ و ١٥٦ ( هامش ١ ) من هذا الكتاب .

(٢) انظر مقال الاستاذ Kelsen سالف الاشارة اليه صص ٢٢٤ - ٢٢٥  
حيث يؤكّد هذا المعنى بقوله :  
«...annuler une loi, c'est poser une norme générale; car

مجافاة 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 التحليل بأن القضاء يستمد سلطته في الالغاء من  
الدستور ذاته الذي يقيد السلطات جميعاً ، وأنه اذا 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 اذا 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** «<sup>١</sup>» فهي تكفل للدستور سيادته وتحول  
في نفس الوقت دون تمكين القضاء — وهو سلطة معينة وغير مسؤولة — 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 اذا 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 تحقيقاً لهذا  
الفرض انشاء محكمة عليا مثل محكمة النقض يكون من اختصاصها الفصل في  
المسائل القانونية المختلف عليها . وفضلاً عن ذلك فان اختلاف المحاكم في تقدير  
دستورية القانون من شأنه أن ينبعه السلطة التشريعية أو يحملها تحت  
ضغط الرأي العام الى اعادة النظر في القانون على ضوء التفسيرات التي  
اعطيت له .

الاعتداء على اختصاص السلطة التشريعية الممثلة للناخبين والمسئولة أمامهم .

وتدل التجربة على أن خطورة الآثار التي تترتب على رقابة الالغاء كانت سبباً في أنها لم تلق تطبيقاً إلا في عدد محدود من الدول ، بل أنها حتى في هذه الدول لم تصادف في غير سويسرا انجاحاً يذكر «<sup>١</sup> » . أما رقابة الامتناع فقد كفلت لها مزاياها تطبيقاً واسعاً حتى في الدول التي لم يصرح المشرع فيها بحق المحاكم في رقابة الدستورية «<sup>٢</sup> » .

(١) انظر بيردو المرجع السابق ص ٦٦ .

(٢) راجع ص ١٦٠ من هذا الكتاب .

## الفصل الثالث

### الدستور

#### تعريف الدستور وعلاقته بالقانون الدستوري

تتدخل الاصطلاحات الدستورية تداخلاً كبيراً في مدلولاتها ولاسيما في اللغة العربية . ويبدو هذا التداخل جلياً بين اصطلاحي « الدستور » و « القانون الدستوري » حتى أن بعض الكتاب اعتبارهما متراودين <sup>(١)</sup> .

وحاول البعض الآخر التمييز بين الاصطلاحين المتقدمين ذاكراً أنه « يجب ألا يخلط بين الاثنين : فالقانون الدستوري هو ذلك العلم أو ذلك النوع من فروع القانون العام الداخلي الذي يبين نظام الحكم ... أما الدستور فهو عبارة عن متن (code) الذي يشمل جميع أحكامه المدونة » <sup>(٢)</sup> .

وفي رأينا أن الاصطلاحين المتقدمين ليسا متراودين كما يستفاد من كتابات البعض ، وهما وإن كانوا متمايزين إلا أن التمييز بينهما ليس مرده إلى الوجهة التي ذهب إليها البعض الآخر .

فاصطلاح القانون الدستوري بذاته لا ينصرف إلى معنى العلم وإنما إلى

(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 إليه . ولقد سبق أن بينا تفصيلاً لاعتبارات التي تؤثر في تعريف القانون الدستوري وخلصنا إلى أن خير ما يعرف به هو أنه مجموعة القواعد التي تنظم علاقة الدولة بالفرد من الناحية السياسية أي التي تحدد التنظيم السياسي في 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 في أن القانون الدستوري يقصد به القواعد المستخلصة من التنظيمات السياسية في مختلف الدول أي أنه يتوجه إلى الناحية المقارنة ، أما الدستور فان استعماله ينصرف عادة إلى التنظيم السياسي في دولة بالذات أي أنه يتوجه إلى الناحية التطبيقية فيقال الدستور الانجليزي أو الفرنسي مثلاً .

على أن التمايز بين القانون الدستوري والدستور يتضح بصورة أقوى إذا نظرنا إلى الآخر من الناحية الشكلية . فهو من هذه الناحية عبارة عن الوثيقة أو الوثائق التي تصدر بصفة رسمية من السلطة الأساسية «٢» . ولئن كان الغالب من الأمر أن تحرص الوثيقة الدستورية على شمول المسائل الدستورية ، إلا 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 .٤ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٢) اقتصر الدكتور متولى في صدد المقارنة بين الدستور والقانون الدستوري السابق بيانها على ذكر هذه الناحية مع أن للدستور مدلولاً 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 اليه منها . فهو من الناحية الموضوعية يتفق مع القانون الدستوري وإن كان بحسب الاستعمال الاصطلاحي أضيق منه مجالاً ، وهو من الناحية الشكلية يعتبر أحد مصادر القانون الدستوري وإن كان أهم تلك المصادر «٢» .

والآن وقد عرفنا الدستور وبينما علاقته بالقانون الدستوري يجدر بنا أن نستكمل البحث فيه على النحو الذي يلى :

المبحث الأول — أنواع الدساتير

المبحث الثاني — نشأة الدساتير ونهايتها .

## المبحث 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

يجري الكتاب في تقسيمهم للدساتير من هذه الوجهة على ذكر الدساتير المدونة

(١) راجع ص ٤٣ ( وهاشم ٢ ) من هذا الكتاب .

(٢) راجع ص ١٠٧ وما بعدها من هذا الكتاب .

.constitutions coutumières والدستير العرفية و الدساتير المدونة written و غير مدونة écrites و نحن نفضل تقسيم الدساتير الى مدونة written و غير مدونة écrites و non écrites و unwritten و أنه يتسع لشمول المصادر غير التشريعية سواء تمثلت في العرف أو في القضاء.

ومناط هذا التقسيم هو التدوين . ولقد أشرنا في أكثر من موضع «<sup>١</sup>» الى أن تدوين القاعدة القانونية قد يقصد به أحد معنيين : اما مجرد تسجيلها في وثيقة مكتوبة ، او تسجيلها في وثيقة رسمية من سلطة مختصة بسنها . والمقصود في هذا التقسيم التدوين بالمعنى الفنى أو الرسمى .

فالدستور يعتبر مدونا اذا كان مسنونا اي اذا صدر في شكل وثيقة او عدة وثائق رسمية من المشرع الدستورى ، ويعتبر غير مدون اذا استمد أحکامه من غير طريق التشريع . ولكن كان أهم مصدر غير تشريعى هو العرف «<sup>٢</sup>» الا أن للقضاء دورا محققا في الدول ذات النزعة الانجلو سكسونية «<sup>٣</sup>» .

### تقدير هذا التقسيم

تقسيم الدساتير الى مدونة وغير مدونة تقسيم نسبى بحت . فما من دستور الا ويشمل أحکاما 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 وبينما أن العرف وحده هو الذي يعتبر مصدرا للقانون - راجع ص ص ٧٩ و ٦٧ وما بعدها من هذا الكتاب . على أن بعض المؤلفات الدستورية تعوزها الدقة عند الكلام عن الدستور غير المدون اذ تذكر العادة كمرادف للعرف - انظر الاستاذين عبد السلام ذهنى ووايت ابراهيم المرجع السابق الصفحة الاولى من الرسالة الثانية ، والاستاذين وحيد رافت ووايت ابراهيم المرجع السابق ص ٤ ، والدكتور السيد صبرى المرجع السابق ص ٢٢٠ .

(٣) راجع ص ص ٦٦ - ٦٣ 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 Settlement Act سنة ١٧٠١، وقانون البرلمان Parliament Act سنة ١٩١١. وليس يعني من جهة أخرى في مسيرة التطور أن يسن دستور وان فصلت أحكامه اذ لاتلبث الحاجة أن تهييء 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 وإنما باعتباره وصفا للعنصر الغالب في أحكام الدستور .

ولقد كان لهذا التقسيم أهميته قدّرها عندما كانت لازالت معظم الدساتير غير مدونة . فالاصل في القوانين جميعا أنها كانت تستمد أحكامها من العرف ثم كان أن جاء التشريع وبرزت أهميته بالتدريج حتى أصبحت له الصدارة بين مصادر القانون . وفي خلال هذا التطور كان طبيعيا أن يختلف الرأي بين مدافع عن العرف ومحبذ للتشريع . ولعل من أبرز المناقشات التي عرفت في هذا الصدد تلك التي أثارها فلاسفة 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 صص ١٥ - ١٦  
(وهامش ٢) .

دعا معظمهم الى التدوين استنادا الى اعتبارات بالغوا في أهميتها وهي ثلاثة :  
أن الدستور المدون أسمى من الدستور العرفى ، وأن تدوين الدستور هو  
بمثابة تجديد للعقد الاجتماعى الذى اعتبره روسو أساسا لمارسة السيادة ،  
 وأن الدستور المدون أداة من أدوات التربية السياسية اذ أنه ييسر الافراد  
بحقوقيهم ويسير لهم الوقوف على مدى التزام الحكام للحدود المرسومة في  
وضوح لاختصاصاتهم «١» .

على أنه منذ أن استقلت الولايات الأمريكية وأصدرت دساتيرها المدونة  
سنة ١٧٧٦ ومن ثم دستورها الاتحادى سنة ١٧٨٩ «٢» ، حذرت الدول  
الخرى حذوها في تدوين دساتيرها «٣» .

ولم يعد من بين الدول سوى إنجلترا التى يمكن أن يوصف دستورها بأنه  
غير مرن ((٤)) . ومن هنا يتضح كيف أن تقسيم الدساتير إلى مدونة وغير مدونة

(١) انظر Esmein المرجع السابق الجزء الاول صص ٦٠٢ - ٦٠٣ .

أما أن هذه الاعتبارات مبالغ في أهميتها فلانه من الثابت بالتجربة أن العبرة  
في بقاء الدستور أو صيانته ليست بتدوينه وإنما بحرص الأفراد عليه وتعلقهم  
به . وليس أدل على ذلك من أن الدستور الانجليزى وإن كان غير مدون لا يزال  
قائما وقويا بينما عصفت الأحداث بكثير من الدساتير الفرنسية المدونة – انظر  
أيضا صص ٢٠٣ - ٢٠٥ .

(٢) وضع مشروع هذا الدستور مؤتمرا فيلادلفيا سنة ١٧٨٧ ولكنه  
لم يعمل به إلا بعد موافقة الولايات عليه سنة ١٧٨٩ .

(٣) كانت فرنسا من أولى الدول التي 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 إلى أن الدستور المجرى يعتبر دستورا  
غير مرن – انظر Esmein المرجع السابق الجزء الاول ص ٦٠٦ ، والاستاذين  
عبد السلام ذهنى 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 الثاني ص ٤٥٦ .

قد تضاءلت أهميته إلى حد كبير وخاصة إذا رأينا أن التشريع ضرورة من ضرورات المجتمع الحديث وأن الاتجاه إليه يزداد بصورة مطردة حتى في إنجلترا ذاتها<sup>(١)</sup> .

## ثانياً - من حيث كيفية التعديل الدستير المرن والجامدة

الدستور المرن *constitution souple* <sup>(٢)</sup> هو ذلك الذي لا يتطلب إجراءات خاصة في تعديله <sup>(٣)</sup> بحيث لا يكون ثمة فارق من الناحية القانونية بينه وبين القانون العادي في هذا الصدد .

أما الدستور الجامد *constitution rigide* <sup>(٤)</sup> فهو ذلك الذي يتطلب في تعديله تنظيمًا أشد من التنظيم المقرر بالنسبة للقوانين العادية . ويهدف واضعو أي دستور من جعله جامدًا إلى كفالة نوع من الثبات لاحكامه . والمفروض أنهم يصلون إلى تحقيق هذا الهدف عن طريق اشتراط تنظيم

(١) راجع صص ١٠٩ - ١١٠ من هذا الكتاب .

(٢) ويعادل الاصلاح الانجليزي *flexible constitution*

(٣) التعديل بالمعنى الواسع يشمل أي تغيير في الدستور سواء انصرف أثره إلى وضع حكم جديد بالنسبة لموضوع لم يسبق للدستور تنظيمه ، أو انصرف أثره إلى تغيير الأحكام الدستورية المنظمة لموضوع ما بالإضافة أو بالحذف .

وهذا المعنى الواسع للتعديل هو الذي نقصد به بعده التمييز بين الدساتير المرنة والجامدة ، وقد سبق أن أشرنا إليه في مواضع مختلفة من هذا الكتاب أما بصفة أجمالية كما في ص ١١١ أو بصفة تفصيلية كما في ص ١٧٦ . على أنه يكون من المفيد أحياناً أن نقصد بالتعديل معنى أضيق وذلك لتبسيير فهم بعض الموضوعات كما هو الشأن في تحديد أثر العرف بالنسبة للدستور - راجع التمييز بين العرف المكمل والعرف المعدل ص ٨٦ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٤) ويعادل الاصطلاح الانجليزي *rigid constitution*

خاص يجعل تعديل الدستور عسيراً • وكلما رغب واضعو الدستور في تحقيق قدر أوفى من الثبات عمدوا إلى التشدد في شروط التنظيم المذكور • وأفضى هذا المسلك بالكثيرين إلى حظر تعديل الدساتير واعتبار ذلك الحظر خير ضمان لاستقرارها •

#### علاقة هذا التقسيم بتقسيم الدساتير إلى مدونة وغير مدونة

ظاهر مما تقدم أن تقسيم الدساتير إلى مدونة وجامدة مرد乎 إلى الكيفية التي يمكن أن تتعدل بها • بينما الدستور الجامد يتشرط تنظيمها خاصاً يتمثل إما في حظر التعديل أو في اجازته بشروط خاصة تختلف عن شروط تعديل القانون العادي ، نجد أن الدستور المرن يورد تنظيمها موحداً يمكن أن تتعدل بمقتضاه جميع القوانين سواء كانت قوانين دستورية أم قوانين عادية من حيث موضوعها «<sup>(١)</sup>» •

ولقد سبق أن بينا أن مناط تقسيم الدساتير إلى مدونة وغير مدونة هو التدوين • فالدستور المدون هو الذي تكون معظم أحكامه مسنونة أي 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 •

ويجنب بعض الكتاب إلى الخلط بين التقسيمين المذكورين إذ ينظرون إليهما على أنهما مترادافان أو على الأقل يرتبون بعض النتائج بافتراض أنهما مترادافان • ففي نظر هؤلاء يكون كل دستور مدون جاماً ، وكل

---

(١) ينعدم أي مميز شكلي في ظل الدستور المرن بين القوانين الدستورية والعادية ، ولا يكون ثمة سبيل إلى التمييز بينها إلا بالنظر إلى المسائل أو الموضوعات التي تنظمها .

دستور غير مدون منا «<sup>١</sup>» .

وليس ثمة ما يبرر هذا الخلط . فلئن كان التدوين يفسح المجال للجمود الا أن المشرع الدستوري قد يؤثر عند تدوين الدستور أن يجعله منا كما كان الشأن بالنسبة لدستوري فرنسا سنة ١٨١٤ وسنة ١٨٣٠ ، ودستور ايطاليا لسنة ١٨٤٨ الذي استمر عموماً به حتى نهاية الحرب العالمية الاخيرة، ودستوري الاتحاد السوفييتي لسنة ١٩١٨ وایرلندا الحرة لسنة ١٩٢٢ «<sup>٢</sup>» . ولئن كان استناد الدساتير غير المدونة الى العرف أساساً يطبعها بطابعه المرن ويبعدها 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 العادلة وقوانين أخرى من القوانين مثل «القوانين الدائمة permanent laws» و «قوانين المدينة laws of the city» ، وكان يتشرط في تعديل القوانين الاخيرة شروط خاصة واجراءات أكثر أهمية «<sup>٣</sup>» . وفي ظل الملكية المطلقة في فرنسا وجدت «القوانين الأساسية les lois fondamentales du royaume للملكة

(١) انظر مثلاً A grammar of politics - Laski الطبعة الرابعة سنة ١٩٥٠ . ص ٣٥ حيث يعبر عن الدستور الجامد بالدستور المدون ، C. & H. Phillips ، المرجع السابق ص ٨ حيث يذهبان الى أن

«all unwritten constitutions are flexible»

والدكتور عثمان خليل - المبادئ الدستورية العامة سنة ١٩٤٣ ص ١٥١ حيث يذكر أنه « ولاشك أن أقرب الدساتير إلى صفة المرونة هذه هي الدساتير العرقية أي غير المسطورة لأنها كما نشأت بطريق العرف فان العرف هو الذي يتولى تعديتها على مmer الزمان وإذا أراد المشرع التعرض لادخال تعديل عليها كان ذلك بنفس الاجراءات التشريعية المعتادة . وعليه فالدساتير غير المسطورة دساتير مرنّة » .

(٢) لم تتطلب هذه الدساتير جميعاً أي تنظيم خاص لتعديلها - انظر لفاريل المرجع السابق ص ٢٨٣ .

(٣) انظر المراجعين التاليين :

Bryce — Modern democracies, vol. II London 1929, p. 430.

Sait — Political institutions, New York 1938, p. 331 (note 3).

التي لم يكن يكفي لتعديلها موافقة السلطة التشريعية العادلة  
المتمثلة في شخص الملك وإنما كان يلزم لذلك أيضاً موافقة الهيئة النيابية  
المسماة «les Etats Généraux»<sup>(١)</sup>

يخلص مما سبق أن الدستور المدون يمكن أن يكون منا كما أن  
الدستور غير المدون يمكن أن يكون جامداً على أنه بالنظر إلى الواقع  
نجد أن الدساتير جميعاً قد أصبحت فيما عدا الدستور الانجليزي<sup>(٢)</sup>  
دساتير مدونة، وأن الغالبية العظمى من هذه дsاتير جامدة.

ويلاحظ الاستاذ Gilchrist<sup>(٣)</sup> بحق «أن الدساتير الجامدة تنتشر  
على حساب дsاتير المرونة، فمنذ سنوات متعددة لم يوجد أى دستور من  
بينما حلت دساتير جامدة محل دساتير مرونة».

---

(١) يذهب الدكتور عبد الحميد متولى في المرجع السابق ص ١٤٧ إلى أن  
الدستور غير المدون يمكن أن يكون جامداً ولكنه يضيف «ولقد ذكر لنا  
الاستاذ لا فاريير مثلاً وحيداً (لانعرف سواه سواء في الحاضر أو في الماضي)  
وهو مثال القوانين الأساسية للمملكة».

ولنا على هذه العبارة ملاحظتان:

أولاً — أن لا فاريير لم يقطع بأن المثل المتقدم هو المثل الوحيد للدستور غير  
المدون الجامد.  
ثانياً — أنه وجدت بالفعل دساتير غير مدونة وجامدة في المدن اليونانية  
القديمة على ما تقدم البيان.

(٢) الدستور الانجليزي غير مدون ومرن. ويوضح الاستاذ Marriott<sup>(٤)</sup>  
هذه المرونة في 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 procuring an Act for the construction of a tramway between Oxford and Reading».

Principles of political science (٣)  
طبعة السادسة سنة ١٩٤٥  
ص ٢١٥

## أنواع الدساتير الجامدة

بينا فيما سبق أن الدساتير الجامدة وان تنوعت تهدف الى أحد أمرين :  
اما حظر تعديل الدستور ، واما اجازته بشروط خاصة .

### أولاً - الدساتير التي تحظر التعديل

ليس من المألوف أن يعمد واضعوا الدساتير الى حظر تعديليها حظرا مطلقا من كل قيد ، وانما يلجأون عادة الى نوعين من الحظر : الحظر الزمني ، والحظر الموضوعي .

اما الحظر الزمني فيقصد به حماية الدستور فترة معينة من الزمن . وقد يهدف هذا الحظر الى ضمان نفاذ أحكام الدستور كلها أو بعضها فترة تكفي لتبنيتها قبل أن يسمح باقتراح تعديليها . ومن الدساتير التي أخذت بهذه الصورة دستور الاتحاد الامريكي الصادر سنة ١٧٨٩ والذي حظر تعديل بعض أحكامه قبل ١٨٠٨ «١» ، والدستور الفرنسي لسنة ١٧٩١ الذي حظر تعديل أحكامه على برلمانيين متتعاقبين أى لمدة أربع سنوات فضلا عما تطلب من اجراءات لامكان تعديله بعد تلك المدة كانت تؤدى الى حظر التعديل قبل انتهاء 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 ، وبرتلمني ودويرز المراجع السابق ص ص ٢٣٢ - ٢٣١ .

(٣) المادة ١٢٢ - مجموعة الدساتير الحديثة المرجع السابق الجزء الرابع ص ٢٨٢ .

(٤) المادة ١٦٤ ص ١٨٥ من المرجع السابق .

وقد يهدف الحظر الزمنى الى ضمان تفاذ أحكام الدستور فترات معينة لا يسمح خلالها بتعديله كما هو الشأن بالنسبة لدستور البرتغال لسنة ١٩٣٣ الذى لم يجز تعديله الا في نهاية أجل دوري يتراوح بين خمس وعشرين سنة على حسب الاحوال<sup>(١)</sup> ، والدستور الفرنسي لسنة ١٩٤٦ الذى حظر تعديله طالما أن قوات أجنبية تحتلإقليم الدولة أو جزء منه<sup>(٢)</sup> .

أما الحظر الموضوى فيقصد به حماية أحكام معينة في الدستور على نحو يحول دون تعديلها أصلاً . ويقرر هذا الحظر عادة بالنسبة للاحكم الجوهرية في الدستور ولا سيما ما يتصل منها بنظام الحكم المقرر .

ونذكر من الدساتير التي أخذت بالحظر لموضوعى : التشريع الدستوري الفرنسي الصادر في ٢٥ فبراير سنة ١٨٧٥ ويقضى في المادة الثامنة منه – وفقاً للفقرة المضافة إليها بتاريخ ١٤ أغسطس سنة ١٨٨٤ – بأنه « لا يجوز أن يكون شكل الحكومة الجمهورية محلأً للتعديل » ، والدستور النرويجي الذي ينص على أنه « لا يجوز أن تتعارض التعديلات مع مبادئ الدستور الحالى أو أن تناهى روحه »<sup>(٣)</sup> ، ودستور البرتغال لسنة ١٩١١ الذى يحظر تعديل شكل الحكومة الجمهورية (المادة ٨٢) ، والدستور المصرى لسنة ١٩٢٣ الذى يحظر تعديل الأحكام الخاصة بشكل الحكومة النيابى البرلماني

Liet - Veaux (١) المرجع السابق ص ١٦٣ .

(٢) المادة ٩٤ – مجموعة الدساتير الاوروبية المرجع السابق الجزء الثاني ص ٤٣٩ . وانظر أيضاً برتلمى ودوينز المرجع السابق ص ٢٣٢ حيث يشيران إلى بعض الدساتير التي تحظر تعديلها في أثناء الوصاية على ملك قاصر بقصد حماية النظام الملكي كالدستور البلجيكى لسنة ١٨٣١ (المادة ٨٤) ودستور رومانيا لسنة ١٨٨٦ (المادة ٩٠) .

(٣) المادة ١١٢ وفقاً للتشريع الصادر بتاريخ ١٦ يوليو ١٩٠٧ – انظر مطول بيردو في الفقه السياسي المرجع السابق الجزء الثالث ص ص ٢٥٣ – ٢٥٦ ، ولافارير المرجع السابق ص ص ٢٨٩ – ٢٩٠ ، وبرتلمى ودوينز المرجع السابق ص ٢٣١ .

و نظام وراثة العرش و مبادئ الحرية والمساواة (المادة ١٥٦) ، و دستور اليونان لسنة ١٩٢٧ الذي لا يجوز التعديل الا بالنسبة « لاحكامه غير الجوهرية » (المادة ١٢٥) ، و الدستور الإيطالي لسنة ١٩٤٧ الذي يحظر تعديل شكل الحكومة الجمهورية (المادة ١٣٩) <sup>(١)</sup> .

### ثانياً - الدساتير التي تجيز التعديل بشروط خاصة

تختلف الدساتير اختلافاً كبيراً فيما تورده من تنظيمات بشأن كيفية تعديلهما . و مرد هذا الاختلاف الى اعتبارات شتى أهمها الاعتبارات السياسية والفنية .

وتتمثل الاعتبارات السياسية في أن التنظيم المقرر لتعديل الدستور لابد وأن يرعى جانب السلطات التي يقوم عليها نظام الحكم . فالتنظيم الذي يتقرر لتعديل الدستور يجب أن يراعي في النظام الديمقراطي شبه المباشر مثل الشعب والبرلمان ، وفي النظام البرلماني الحكومة والبرلمان ، وفي الدولة التي تتكون على شكل اتحاد الولايات الاعضاء في الاتحاد .

وتتمثل الاعتبارات الفنية في أساليب الصياغة التي يأخذ بها واضعو الدساتير . ويتبين أثر هذه الأساليب في ناحيتين :

أولاً - اشتراط التمايز في الوضاع القانونية بين نشأة الدستور و تعديله قد يفضي الى التشدد في اجراء التعديل <sup>(٢)</sup> . و بياناً لذلك نذكر أنه حيث ينشأ دستور مثلًا عن طريق هيئة خاصة تنتخب لهذا الغرض يكون اشتراط الاسلوب ذاته لتعديل الدستور أبعد عن التيسير مما لو جعل أمر

(١) مجموعة الدساتير الأوروبية المرجع السابق الجزء الثاني ص ٥٢٧ .

(٢) le principe du parallélisme des formes

تعديلاته في يد البرلمان بشروط خاصة «١» .

ثانياً - الاقتصرار على تنظيم الاسس الجوهرية في الدستور يحدو  
بوضعيه 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  
بتعدديها ، يحسن أن نحدد المراحل التي يمر بها أي تعديل دستوري ثم نبين  
أبرز الاتجاهات التي صدرت عنها الدساتير الجامدة في كيفية تنظيمها .  
ويتمكن أن نقسم المراحل التي يمر بها التعديل الدستوري إلى أربع رئيسية:  
اقتراح التعديل ، وتقدير مبدأ التعديل ، واعداد التعديل ، واقراره  
نهاياً .

**اقتراح التعديل :** قد يتقرر حق اقتراح تعديل الدستور للحكومة  
وحدها ، أو للبرلمان وحده ، أو لكليهما معاً ، أو لكل من البرلمان والشعب «٣» .  
لتعديل الدستور الا اذا أخذت بها الحكومة «٤» .

ويتقرر هذا الحق للحكومة وحدها في ظل الدساتير التي تحقق السيطرة  
للسلطة التنفيذية كما كان شأن بالنسبة لدستور سنة ١٨٥٢ الفرنسي الذي

---

(١) وبياناً لذلك أيضاً نذكر أن دساتير فرنسا لسنة ١٧٩٣ وللسنة الثالثة  
(الإعلان الجمهورية) وللسنة ١٨٤٨ وضعت عن طريق هيئات انتخبـت لهذا الغرض  
واشترطت لتعديلها انتخاب هيئات مماثلة تقتصر مهمتها على الفصل في أمر  
التعديل الذي دعيت للنظر فيه .

على أن دستوري سنة ١٧٩٣ وللسنة الثالثة اشتـرطـ طـاـ فـضـلاـ عـنـ اـنـتـخـابـ  
هيـئـةـ لـاـجـرـاءـ تـعـدـيلـ اـقـرـارـ الشـعـبـ لـهـ عـنـ طـرـيقـ الـاسـتـفـتـاءـ ، وـمـنـ ثـمـ لـمـ يـكـنـ  
جـائـزاـ اـعـتـيـارـ أـىـ تـعـدـيلـ لـهـماـ نـهـائـياـ اـلـاـ اـذـاـ أـقـرـهـ الشـعـبـ بـطـرـيقـ الـاسـتـفـتـاءـ - اـنـظـرـ  
لـافـارـيـرـ المـرـجـعـ السـابـقـ صـصـ ٢٩٧ـ ـ ٢٩٦ـ .

(٢) مطول بيردو المرجع السابق الجزء الثالث صص ٢٦٧ - ٢٧٠ ،  
و Sait المـرـجـعـ السـابـقـ صـ ٣٣٧ .

(٣) انظر مطول بيردو المرجع السابق الجزء الثالث صص ٢٧١ - ٢٧٣ ،  
ولـافـارـيـرـ المـرـجـعـ السـابـقـ صـصـ ٢٩٣ـ ـ ٢٩٥ـ .

قضى في المادة ٥١ منه بـألا يعتد بالاقتراحات المقدمة من جانب مجلس الشيوخ  
لتعديل الدستور الا اذا أخذت بها الحكومة «١» .

وكان معظم الدساتير قديما تخص الحكومة وحدها بحق الاقتراح  
الدستوري ولكن الكثير منها عدل عن هذا المسلك على اثر انتشار الافكار  
الديمقراطية . 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 الاقل يجعلها 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) وأوروجواي (المادة ١٧٧) وقنزويلا  
(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 صص ١١ ، ٣٦٥ ، ١٨٢ ، ١٨٥ ، ١٣٤ ، ١٠٤ .

(٣) مجموعة الدساتير الاوروبية الجزء الثاني ص ٨٠٠

(٤) ص ٤٩٤ من المرجع السابق .

الدستير التى تعمل على تحقيق التعاون بين السلطة التنفيذية والتشريعية . وهذا هو المسلك الذى تأخذ به أغلب الدستير مثل دستير فرنسا لسنة ١٨٧٥ (المادة الثامنة) وتشيكوسلوفاكيا لسنة ١٩٢٠ (المادة ٤١) واسبانيا لسنة ١٩٣١ (المادة ١٢٥) وپولندا لسنة ١٩٣٥ (المادة ٨٠) ، وهو لندن (المادتان ١١٢ و ٢٠٣) <sup>(١)</sup> وبليجيكا (المادة ١٣١) <sup>(٢)</sup> وبلغاريا (المادة ٩٩) <sup>(٣)</sup> ورومانيا (المادة ١٠٣) <sup>(٤)</sup> .

ويتقرر حق الاقتراح الدستورى للشعب فضلا عن البرلمان فى ظل الدستير الذى تشرك الشعب فى سلطات الحكم . وهذا هو أكثر المسايى ديموقراطية وقد أخذت به دستير معظم الولايات فى الاتحادين الامريكى والسويسرى ، وأكثر الدستير التى وضعت بعد الحرب العالمية الاولى مثل دستير فيرم لسنة ١٩١٩ (المادتان ٧٣ و ٧٦) وأستونيا لسنة ١٩٢٠ (المادة ٨٦) ولتوانيا لسنة ١٩٢٨ (المادة ١٠٣) ، ودستور ايطاليا لسنة ١٩٤٧ (المادة ٧١) <sup>(٥)</sup> .

**تقرير مبدأ التعديل :** السائد بين الدستير أن يخول البرلمان سلطة الفصل فيما اذا كان هناك محل لتعديل الدستور . ولهذا المسلك ما يبرره لأن البرلمان يمثل الامة وهو بهذا الوصف أكثر السلطات صلاحية للفصل في ضرورة التعديل . ونذكر من الدستير التى جعلت للبرلمان هذا الحق دستير فرنسا لسنة ١٧٩١ وللسنة الثالثة (لإعلان الجمهورية سنة ١٧٩٢) وللسنة

(١) مجموعة الدستير الاوروبية المرجع السابق الجزء الثاني ص ص ٥٩٢ و ٦٠٣ .

(٢) المرجع السابق الجزء الاول ص ٣٤٨ .

(٣) المرجع السابق الجزء الاول ص ٣٦٦ .

(٤) المرجع السابق الجزء الثاني ص ٦٥٥ .

(٥) المرجع السابق الجزء الثاني ص ص ٥١٥ - ٥١٦ .

١٨٤٨ ولسنة ١٨٧٥ ولسنة ١٩٤٦ ، ومعظم الدساتير الاوروبية التي وضعت بعد الحرب العالمية الاولى ، ودساتير بلجيكا (المادة ١٣١) والدانمارك (المادة ٩٤) والنرويج (المادة ١١٢) <sup>(١)</sup> وجميع دساتير الدول ذات النزعة الاشتراكية <sup>(٢)</sup> .

على أن بعض الدساتير تتطلب بالإضافة إلى موافقة البرلمان على مبدأ التعديل موافقة الشعب كما هو شأن بالنسبة إلى دساتير معظم الولايات في الاتحادين الأمريكي والسويسري <sup>(٣)</sup> .

**إعداد التعديل:** يحيز الدستور السويسري المشعب — فضلاً عن الجمعية الاتحادية — اعداد مشروع مبوب للتعديل الدستوري *initiative formulée*

وتطلب بعض الدساتير انتخاب هيئة خاصة يعهد إليها بمهمة التعديل، كما هو شأن بالنسبة لدساتير فرنسا لسنة ١٧٩٣ وللسنة الثالثة ولسنة ١٨٤٨ ، ودساتير أغلب الولايات في الاتحادين الأمريكي والسويسري <sup>٠</sup>

على أن معظم الدساتير عهدت بمهمة التعديل إلى البرلمان وان اشترطت فيه شروطاً خاصة أهمها :

أولاً — اجتماع مجلسى البرلمان في شكل مؤتمر : كما هو شأن 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 الثاني ص ٥٧٧ .

(٢) مطول بيردو المرجع السابق الجزء الثالث ص ٢٧٣ .

(٣) وهذا هو ما أخذ به أيضاً دستور لتوانيا لسنة ١٩٢٨ . فقد كان يقضى رغم موافقة البرلمان على مبدأ التعديل بضرورة عرض الامر على الشعب ليقول كلمته في التعديل وذلك بناء على طلب رئيس الجمهورية أو خمسين ألفاً من المواطنين — المرجع السابق ص ص ٢٧٣ و ٢٧٤ .

(المادة ١٠٨) «١»

ثانياً - اشتراط نسبة خاصة في الحضور لصحة جلسات البرلمان أو في التصويت لصحة القرارات الصادرة منه أو في كلّيّهما معاً : كما هو الشأن بالنسبة لدساتير بعض دول أمريكا اللاتينية مثل كولومبيا (المادة ٢٠٩) والمكسيك (المادة ١٣٥) وبورو (المادة ١٦٠) «٢» ، وكثير من دساتير الدول الأوروبيّة «٣» .

ثالثاً - حل البرلمان واجراء الانتخابات لتشكيل برلمان جديد يتولى مهمة التعديل : كما هو الشأن بالنسبة الى دستوري رومانيا لسنة ١٩٢٣ (المادة ١٢٩) وأسبانيا لسنة ١٩٣١ (المادة ١٢٥) ، ودساتير النرويج (المادة ١١٢) وهو لندا (المادة ٢٠٤) وبليجيكا (المادة ١٣١) والدانيميرك (المادة ٩٤) «٤» .

أقرار التعديل نهائياً : المشاهد في معظم الدساتير أنها تجعل نفس الهيئة المختصة باعداد التعديل الدستوري مختصّة أيضاً باقراره نهائياً . وهذه الهيئة تكون - على ما تقدم - اما هيئة منتخب خصيصاً لاداء المهمة الموكولة اليها ، واما البرلمان أي الهيئة التشريعية العاديّة 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 ٣٠٧ و ٢٥٧ .

(٣) مطول بيردو سالف الذكر ص ٢٧٦ .

(٤) انظر مجموعة الدساتير الأوروبيّة المرجع السابق الجزء الثاني ص ص ٥٧٧ و ٦٠٣ ، والجزء الاول ص ص ٣٤٨ و ٣٧٦ .

هذا وتعهد بعض الدساتير باعداد التعديل الى الحكومة وحدّها أو اليها بالاشتراك مع البرلمان كما هو الشأن بالنسبة الى دستوري البرتغال لسنة ١٩٣٣ (المادة ١٢٥) وبولندا لسنة ١٩٣٥ (م ٨٠) - انظر مطول بيردو المرجع السابق الجزء الثالث ص ص ٢٧٤ - ٢٧٦ .

على أن بعض الدساتير يجعل سلطة اقرار التعديل في يد الشعب ومن ثم تشرط استطلاع رأيه عن طريق الاستفتاء التأسيسي أو الدستوري وهذا هو الشأن بالنسبة للدستور فرنسا لسنة ١٧٩٣ وللسنة الثالثة ، ودساتير معظم الولايات في الاتحادين الامريكي والسويسري (١) .

### تقدير هذا التقسيم

ليس من شك في أن لتقسيم الدساتير إلى مرنة وجامدة أهميته في مجال رقابة دستورية القوانين . فقد تقدم البيان (٢) أنه لا يتصور أن تنشأ الحاجة إلى رقابة دستورية القوانين إلا في ظل الدساتير الجامدة نظراً لوجود سلطتين حينئذ أحدهما تأسيسية والأخرى تشريعية ، ووجود نوعين من القانون تبعاً لذلك : قانون أعلى وهو الدستور ، وقانون أدنى وهو القانون العادي . أما في ظل الدساتير المرنة فلا توجد إلا سلطة واحدة تملك تعديل القوانين جميراً ، ويختفي تبعاً لذلك أي مميز من حيث المرتبة بين الدستور والقانون العادي .

وليس من شك أيضاً في أن لهذا التقسيم أهميته بالنسبة للباحث والشرع على السواء . فهو يمكن الباحث من أن يقارن بين الدساتير من حيث التنظيمات التي توردها بشأن كيفية تعديلهما ، كما يمكن المشرع من أن

(١) انظر مطول بيردو المرجع السابق الجزء الثالث ص ٢٢٧ .

ويلاحظ أن الدولة المكونة على شكل اتحاد تحرص في دستورها عادة على أن يجعل سلطة اقرار التعديل في يد الولايات الاعضاء في الاتحاد كما هو الشأن بالنسبة للدستور الاتحاد الامريكي الذي يشترط موافقة ثلاثة أربع برمادات الولايات أو موافقة ثلاثة أربع مؤتمرات تدعى في الولايات خصيصاً 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 يقون في بيان أهمية التقسيم المذكور عند  
هذا الحد ، بل يرتبون عليه نتائج قانونية وعملية لا يحتملها .  
فهم يعتقدون مقارنة بين الدستور المرن والدستور الجامد يصلون من ورائها  
إلى أن لكل منهما في ذاته مزية هي عيب الآخر . ومزية الدستور المرن هي  
سهولة تعديله التي تجعله أقرب إلى مسيرة التطور وادعى إلى تجنب  
الجماعة مخاطر العنف . على أن سهولة التعديل تعتبر عيبا في الدستور المرن  
لأنها قد تقده مكانته في نفوس الأفراد وتعجز عن تحقيق أي قدر من الثبات  
لأحكامه . ومزية الدستور الجامد هي صعوبة تعديله التي تكفل له مكانة  
سامية في نفوس الأفراد وتحقق لاحكامه أولى قدر من الثبات . على  
أن صعوبة التعديل تعتبر عيبا في الدستور الجامد لأنها قد تبعد به عن  
مسيرة التطور وتحمل الجماعة على استخدام العنف «١» .

وليس يخفى ما في المقارنة المتقدمة من مبالغة وأسراف . فالنتائج التي تنتهي  
إليها لا يعقل أن تترتب لمجرد كون الدستور مرنًا أو جامدًا ، وإنما تتوقف  
على اعتبارات شتى يمكن أن ترد إلى عاملين رئيسيين : التطور ، وارادة  
الجماعة . فالتطور سنة طبيعية وحتمية تخضع لها الجماعات كما تخضع لها  
القوانين كافة سواءً كانت عادية أم دستورية . وليس يتصور أن مشرعًا أيا  
كان يستطيع أن يسبق الزمن وأن يدخل في حساباته تطورات لا سلطان له  
عليها ولا دخل لارادته فيها . وهكذا يكون تطور الدساتير أمرًا لا مناص منه  
طالما أن الجماعة التي تسعى تلك الدساتير إلى تنظيم حاجاتها السياسية في

(١) انظر على الاخص Sait المرجع السابق ص ص ٣٣٧ - ٣٤٠ ، Gilchrist المرجع السابق ص ص ٢١٢ - ٢١١ ، و Esmein المرجع السابق الجزء الاول ص ص ٦١٨ - ٦١٧ .

تطور مستمر «١» . و اذا كان التطور عاماً حتمياً فان ارادة الجماعة عامل اختياري . وما من جماعة الا ولها اهداف تعمل على تحقيقها . وهي ان اطمأنة الى دستورها حرمت عليه وحالت دون تعديله ولو كان م Rena ، وان لم ترض عنه سمعت الى تعديله ولو كان جاماً .

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 عاماً كاملاً بالرغم من أنه لم يكن جائزاً تعديله قبل اقضاء عشر سنوات «٢» ، وبين دستور سنة ١٨٧٥ (دستور الجمهورية الثالثة) الذي استمر معمولاً به ٦٥ عاماً بالرغم من عدم اشتغاله على أي حظر زمني «٣» .  
يخلص مما تقدم أن تعديل أي دستور لا يتوقف على كونه Rena أو جاماً وإنما يتوقف أساساً على مدى اقتناع الجماعة بضرورة اجرائه في ظل التطورات التي تمر بها . و اذا ما استقرت الجماعة على ضرورة تعديل دستورها كان

---

(١) انظر لافاري المرجع السابق ص ٢٨٨ ، ولا برادييل المرجع السابق ص ١١٩ حيث يذكر بحق :

«Toutes les œuvres 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) برترلمى ودوينز المرجع السابق ص ٢٣٢

ماً له حتماً إلى التعديل ولو تضمن نصوصاً تحظر تعديله •

والحق أن النصوص التي تحظر التعديل لا تتنافى مع مقتضيات التطور فحسب وإنما تجافي أيضاً المبادئ القانونية المسلمة التي تقضي بأن السلطة الأساسية في وقت معين — وهي السلطة صاحبة السيادة — لا تملك أن تقييد سلطة تأسيسية لاحقة لأنها هي الأخرى تكون السلطة صاحبة السيادة • ففي الدول ذات الانظمة الديموقراطية تعتبر الأمة صاحبة السلطة التأسيسية الأصلية • وهي أن أنابت عنها هيئة ما لوضع دستورها أو تعديله أي جعلتها سلطة تأسيسية بالنيابة «١» ، فإنها لا يمكن أن تقييد بما تضعه تلك السلطة من قيود خاصة بحظر تعديل الدستور «٢» • وهذا ما أكدته دساتير الشورة الفرنسية • فقد أُعلن دستور سنة ١٧٩١ «أن للامة حقاً لا يسقط بمضي المدة في أن تغير دستورها» «٣» ، كما نصَّ إعلان حقوق الإنسان لسنة ١٧٩٣ على أن «لكل شعب الحق دائمًا في أن يراجع دستوره وأن يصلحه ويغيره • ولا يملك جيل معين أن يخضع لقوانينه الاجيال التي تلي» «٤» •

---

(١) إذا كان الدستور مما يجوز تعديله فإن السلطة التي تملك التعديل تعتبر سلطة تأسيسية بالنيابة . أما إذا كان مما لا يجوز تعديل بعض أحکامه فإن السلطة التي تملك تعديل الدستور لا تعتبر سلطة تأسيسية بالنسبة للأحكام المحظوظ تعديلها . فإن كان الدستور مما لا يجوز تعديل أي حكم من أحکامه يفسر الحظر على أنه حرص من جانب الأمة على أن تختص هي وحدها بتعديل الدستور .

(٢) راجع لفارير المرجع السابق صص ٢٨٨ - ٢٩١ ، وبرتلمي ودوير المرجع السابق صص ٢٢٨ - ٢٣٢ ، وديفرجييه المرجع السابق ص ١٩٥ وقىidel 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

أولاً - نشأة الدساتير

ينشأ الدستور «¹» عن طريق السلطة التي تملك وضعه أي السلطة التأسيسية . ولما كانت السلطة التأسيسية تتوقف على نوع نظام الحكم الذي توجد في ظله ، فإن الدساتير لابد وأن تختلف من حيث نشأتها بعلاقة لاختلاف أنظمة الحكم فيما تقرره بشأن تعين السلطة التأسيسية فيها . بل انه على فرض تماثل نظمتين للحكم بشأن تعين السلطة التأسيسية ، فإن الدساتير يمكن أن تختلف من حيث نشأتها بعدها لما تستقر عليه السلطة التأسيسية في تقديرها بشأن الأسلوب الأمثل لوضع الدستور .

وهكذا يتضح أن الأساليب التي تنشأ بها الدساتير يمكن أن تتتنوع بعدها لتنوع أنظمة الحكم وأن تتطور بتطورها . ولنلمس هذه الحقيقة من الاطلاع على الدساتير التي نشأت في معظم الدول إذ نجد أنها تعكس في نشأتها المراحل الرئيسية التي مررت بها أنظمة الحكم في تلك الدول وهي :

**المرحلة الأولى:** وكان الملوك ينفردون فيها بالسلطة التأسيسية من الناحية القانونية . على أنهم أزاء مالبسونه من تيارات خشوا منها على سلطانهم وجدوا أن من الأنسب لهم أن يظهروا بمظهر المتفضلين على شعوبهم بدساتير تقييد من سلطاتهم لصالح تلك الشعوب . وهذا هو

(¹) انظر في نشأة الدساتير عموماً : لافاريير المرجع السابق صص ٢٧٤ - ٢٨١ ، ولا براديل المرجع السابق صص ١٠٠ - ١١٩ ، وبيردو المرجع السابق صص ٥٦ - ٥٨ ، وفيديل المرجع السابق صص ١١٤ - ١١٥ ، Liet - Veaux ، Précis de droit constitutionnel صص ١٤٢ - ١٤٧ ، و Barthélemy الطبعة الرابعة سنة ١٩٣٨ صص ١١٠ - ١١٢ .

الشأن بالنسبة لدساتير فرنسا لسنة ١٨١٤ وبافاريا لسنة ١٨١٨ وايطاليا  
لسنة ١٨٤٨ واليابان لسنة ١٨٨٩ والروسيا لسنة ١٩٠٦ وموناكو لسنة  
١٩٣١ وأثيوبيا لسنة ١٩١١

ودرج الكتاب على أن يطلقوا على الاسلوب الذى 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 . الواقع أن الملوك ما أصدروا  
الدساتير المقدمة اختياراً وإنما خشية أن يضطروا إلى اصدارها إن  
هم لم يفعلوا «٢» . أما عن أمر الغائم لتلك الدساتير فقد كان مرهوناً  
بالظروف أيضاً لا ب اختيارهم . ومن عجب أن أغلب الكتاب الذين اعتبروا  
تلك الدساتير منحاً انكروا على الملوك حق الغائمه «٣» . وأجهد هؤلاء  
أنفسهم في إيجاد تبرير يفسر عدم تمسيهم مع منطق المنحة فذهبوا إلى أن  
الدستور قد تعلقت به حقوق الأمة منذ صدوره ، الامر الذي يحول دون  
امكان الغائه إلا بموافقتها .

**المرحلة الثانية :** وتبين فيها جهود الشعب عن طريق هيئات تعمل باسمه  
في حمل الملك على الاعتراف بحقه في مشاركتهم السلطة التأسيسية .

(١) مثل دساتير فرنسا واليابان وموناكو وأثيوبيا سالففة الذكر . ونورد  
فيمايلي نص الدبياجة 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 ، وبرتلمنى المرجع السابق ص ١١١

(٣) ذهب بعض الكتاب إلى أن من حق الملوك الغاء الدساتير المنوحة منهم  
مالم يتنازلوا عن هذا الحق – انظر قيدل 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 وإن كانت بعض هذه الدساتير  
تضمنت في الكيفية التي وجدت بها ماقد يوحى بأنها قامت على اتفاق بين  
الملوك والهيئات العاملة باسم الشعب ، إلا أنه يحسن في نظرنا عدم استعمال  
اصطلاح التعاقد . فهذا الاصطلاح يفيد أن ثمة طرفين تلاقى ارادتهما في  
حرية و اختيار 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 حرريات الأفراد  
وسلطات البرلمان ودعوة الامير وليم أورننج لممثلين عن الشعب اجتمعوا على  
هيئة برلمان وسنوا وثيقة مشروع الحقوق التي أوردت كثيرا من القيود على  
سلطات الملك وكفلت الحرريات الأساسية للأفراد . وتولى وليم أورننج – الذي  
غدا الملك وليم الثالث – زوجته ماري العرش على أساس التزامهما بالقيود  
التي فرضها البرلمان في الوثيقة المذكورة – انظر Keith المرجع السابق  
صص ١٠ - ١١ ، و Maitland المرجع السابق صص ٢٨٥ - ٢٨٦ .

(٢) على أثر 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  
اورليان لتولي العرش على أساس قبول الشروط التي اشتراطها وكان من بينها  
الالتزام بأحكام الدستور الجديد . وانضم مجلس الشيوخ الى المجلس النيابي  
و قبل دوق اورليان شروط المجلسين دون قيد أو تحفظ ونودى به الملك  
لويس فيليب الاول – انظر لافاريير المرجع السابق صص ١٨٦ - ١٨٩ ،  
وبرتلمى المرجع السابق ص ١١١ ، ولابراديل المرجع السابق صص ١٠٦ - ١٠٧ .

(٣) تولت المجالس التشريعية في هذه الدول الثلاث وضع الدساتير  
المذكورة ودعت أمراء أجانب لتولي العرش على أساس الالتزام بأحكامها –  
لافاريير المرجع السابق ص ٢٧٧ .

منهما ان ينافش شروط الاتفاق وان يحول دون ابرامه «١» . الواقع أن الدساتير المتقدمة كانت من عمل الهيئات العاملة باسم الشعب بحيث يصح القول بأنها انما فرضت على أولئك الذين لم يسمح لهم بتولي العرش على أساس الخصوص لاحكامها «٢» .

**المرحلة الثالثة:** ويبرز فيها نجاح الشعب في الاقرارات بالسلطة التأسيسية . والاسلوب الذي يلتجأ اليه الشعب عادة لوضع دستوره هو اسلوب الجمعية التأسيسية . ومقتضى هذا اسلوب أن الشعب ينتخب عنه هيئة تكون مهمتها وضع الدستور بحيث أن الدستور الذي يصدر عنها يكون واجب النفاذ كأنه صادر عن الشعب مباشرة .

ويدين اسلوب الجمعية التأسيسية بنشأته الى الولايات الامريكية التي استخدمته في وضع دساتيرها عندما استقلت عن بريطانيا سنة ١٧٧٦ ، كما استخدمته في اقرار الدستور الاتحادي الذي وضعه مؤتمر فيلادلفيا سنة ١٧٨٧ . وجرى العرف الدستوري في تلك الولايات باطلاق اصطلاح Convention على الهيئة التي تنتخب لوضع دستور أو تعديله .

ولقى هذا اسلوب ترحيبا من رجال الثورة في فرنسا . فقد عزز التفرقة التي كانوا ينادون بها بين القوانين الدستورية والقوانين العادية

(١) وفي رأينا أن مقصود اصطلاح « المنحة » أو « التعاقد » أبرز في تكييف الطبيعة القانونية للدستور قد وجد بالفعل منه في الدلاله على اسلوب الذي يمكن أن يوجد الدستور عن طريقه . ويتبين هذا المعنى على الاخص من مقارنة مقصود اي اصطلاحين بمقصود اصطلاح الجمعية التأسيسية الذي سيأتي بيانه .

هذا ويبدو أن 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 التي صاحبت نشأة هذه الدساتير في هامش الصفحة السابقة من هذا الكتاب .

عن طريق ايجاد سلطتين : احداهما تأسيسية تنتخب لوضع الدستور أو تعديله ، والآخرى شريعية لا يأتى دورها الا بعد أن يوضع الدستور وتحتتص في ظله بسن القوانين العادلة وتعديلها «<sup>١</sup>» .

ولئن كان دستور سنة ١٧٩١ قد وضعته هيئة لم تكن منتخبة في الأصل لوضع دستور ، فان دستورى سنة ١٨٤٨ و سنة ١٨٧٥ كانوا من عمل هيئتين انتخبتا لهذا الغرض «<sup>٢</sup>» . على أذن الاصطلاح الامريكي Convention الذي سرى الى فرنسا قبل استعماله بعد عصر الثورة واستقر بدلا منه اصطلاح *l'Assemblée Constituante* للدلالة على الهيئة التي تنتخب لوضع دستور أو تعديله .

ولقد أفضى انتشار الديمقراطية الى التجاء كثير من الدول لاسلوب الجمعية التأسيسية في وضع دساتيرها ولاسيما في أعقاب الحرب العالمية الاخيرة كما هو شأن بالنسبة لدساتير ألبانيا لسنة ١٩٤٦ ويوغوسلافيا لسنة ١٩٤٦ وايطاليا لسنة ١٩٤٧ وتشيكوسلوفاكيا لسنة ١٩٤٨ ورومانيا لسنة ١٩٤٨ والمجر لسنة ١٩٤٩ «<sup>٣</sup>» .

وظاهر أنه وفقا لاسلوب المتقدم يباشر الشعب السلطة التأسيسية

(١) انظر لافاريير المرجع السابق ص ص ٢٧٧-٢٧٨ .

(٢) الهيئة التي وضعت دستور سنة ١٧٩١ هي الهيئة التیابية التي كانت قائمة قبل الثورة والمسماة *les Etats Généraux* وقد أطلقت هذه الهيئة على نفسها بعد الثورة اسم *l'Assemblée Nationale* وعرفت أيضا باسم *la Constituante, l'Assemblée Nationale Constituante*

اما الهيئة التي انتخبت لوضع دستور سنة ١٨٤٨ فكانت تعرف باسم *l'Assemblée Nationale Constituante* ، كما عرفت الهيئة التي انتخبت لوضع دستور سنة ١٨٧٥ باسم *l'Assemblée Nationale* . انظر لافاريير المرجع السابق ص ص ٤٢-٤٣-١٩٧٦-١٩٨٦-٢٣٣ .

(٣) انظر مجموعة الدساتير الاوروبية المرجع السابق الجزء الاول ص ١٥٧ ، والجزء الثاني ص ص ٤٥٦ و ٦٤٤ و ٧٤١ و ٥٠٦ و ٨٢٦ .

عن طريق الجمعية التأسيسية . على أنه قد يؤثر أن يشترك بنفسه في مباشرة السلطة التأسيسية فيوجب استخدام أسلوب الاستفتاء التأسيسي . le Referendum Constituant أو الدستوري

وتشتت التجربة أن هذا الأسلوب قد استخدم أساساً لغرضين :

أولاً - أخذ رأى الشعب في مسألة جوهرية يتوقف عليها وضع الدستور كما حدث بالنسبة لاستفتاء الشعب اليوناني في إعادة النظام الملكي سنة ١٩٤٦ واستفتاء الشعب الإيطالي في إعلان الجمهورية سنة ١٩٤٧ «١» .

ثانياً - أخذ رأى الشعب في اقرار أو عدم اقرار مشروع دستور تضعه جمعية تأسيسية نيابة عنه . وهذا ما حدث بالنسبة لدساتير فرنسا سنة ١٧٩٣ وللسنة الثالثة لإعلان الجمهورية ولسنة ١٩٤٦ ، ودستور أيرلندا الحرة لسنة ١٩٣٧ ، ودساتير معظم الولايات في الاتحادين الأمريكي والسويسري .

يخلص من كل ما سبق أن أساليب نشأة الدساتير يمكن أن تتتنوع تبعاً للظروف التي يوجد فيها كل دستور . على أنه من المحقق أن الكيفية التي ينشأ بها أي دستور تشف عن نوع نظام الحكم الذي ينشأ فيه .

فليس ينبغي إذن أن يعالج الباحث أساليب نشأة الدساتير بصورة توحى بأنها قابلة للحصر «٢» ، وإنما يجدر به أن يقف عند ردتها إلى

(١) انظر Liet - Veaux المرجع السابق ص ١٤٦ .

(٢) يقسم بعض الكتاب أساليب نشأة الدساتير إلى : الأساليب الملكية وتشمل المنحة والتعاقد ، والأساليب الديموقراطية وتشمل الجمعية التأسيسية والاستفتاء التأسيسي - انظر مثلاً لافاريير المرجع السابق ص ص ٢٧٤ - ٢٨١ = وبرتلمي المرجع السابق ص ص ١١٠ - ١١٢ .

اتجاهات رئيسية تبرز السلطة التي تولت إنشاء الدساتير على النحو الذي  
يبيه . وهذا السبيل في بحث أساليب نشأة الدساتير فضلاً عن أنه يجنب  
الباحث استعمال اصطلاحات غير سلية مثل المنحة والتعاقد ، فإنه يحرر  
تفكيره من التقيد بأساليب معينة ومن ثم يكون أقدر على تحديد الأسلوب  
الذي ينشأ به أي دستور على ضوء الظروف التي تصاحب نشأته .

ولعله مما يؤكّد مزايا هذا السبيل في بحث أساليب نشأة الدساتير أن  
تشير إلى حيرة الكتاب بشأن تحديد الأسلوب الذي يعرف باسم  
le Plébiscite Constituant . ولئن كان هذا الأسلوب يفترض استفتاء  
الشعب في مسألة تتصل بوضع الدستور إلا أنه يستخدم في ظروف أو  
يصاغ بصورة تجعل من المحمّ على الشعب أن يقر ما يستفتى فيه . ويصح  
أن يسمى هذا الأسلوب الاستفتاء السياسي تميّزا له عن الاستفتاء  
التأسيسي أو الدستوري . ونذكر للاستفتاء السياسي الأمثلة الآتية من  
تاريخ فرنسا : الاستفتاء بشأن دستور السنة الثامنة الذي أعد عقب انقلاب  
سنة ١٧٩٩ تحت اشراف مدبرى الانقلاب وعلى رأسهم نابليون ، والاستفتاء  
بشأن بقاء نابليون قنصلاً أول مدى الحياة سنة ١٨٠٢ ، والاستفتاء بشأن  
توارث الإمبراطورية في سلالة نابليون سنة ١٨٠٤ ، والاستفتاء بشأن  
تفويض لويس نابليون السلطات الالزامية لوضع دستور عقب الانقلاب  
الذى أحدثه سنة ١٨٥١ «<sup>١</sup>» .

---

ويورد كتاب آخر من أساليب نشأة الدساتير على نحو تبدو معه منحصرة  
في ثلاثة : المنحة والتعاقد والجمعية التأسيسية — انظر مثلاً 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?»

و ترجع حيرة الكتاب بالنسبة للاستفتاء السياسي الى أنهم صدروا عن الاعتقاد بأن أساليب نشأة الدساتير أربعة فحسب : المنحة ، والتعاقد ، والجمعية التأسيسية ، والاستفتاء التأسيسي أو الدستوري . فمنهم من سكت عن ذكر الاستفتاء السياسي بالرغم مما يشير هذا السكوت من شك حول اعتباره أسلوباً لنشأة الدساتير <sup>(١)</sup> . ومنهم من ألحقه بأسلوب الاستفتاء التأسيسي (أو الدستوري) بالرغم مما بينهما من تباين جوهري <sup>(٢)</sup> .

ولا يشير الاستفتاء السياسي أية صعوبة بالنسبة للطريقة التي عالجها

ونص استفتاء ١٨٠٤ :

«Le peuple veut-il l'héritage 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».

أنظر لفارير المرجع السابق ص ص ٢٨٠ - ٢٨١ ، ولاپراديل 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 التأسيسي أو السياسي ، وإنما اقتصرت على ذكر أساليب المنحة والتعاقد والجمعية التأسيسية .

(٢) أنظر بيردو المرجع السابق ص ص ٥٧ - ٥٨ حيث يذكر الاستفتاء السياسي بين الأساليب الديموقراطية ثم يعود ويقرر في شأنه أنه «الاسلوب الذي تنشأ به الدساتير ذات النزعة الدكتاتورية des constitutions autoritaires»

وأنظر أيضاً في الحق الاستفتاء السياسي بالاستفتاء التأسيسي : لفارير المرجع السابق ص ص ٢٨٠ - ٢٨١ ، وبرتلمي المرجع السابق ص ص ١١١ - ١١٢ ، وقيدل المرجع السابق ص ١١٥ ، والدكتور عبد الحميد متولي المرجع السابق ص ٨٧ .

بها نشأة الدساتير . فالمقدمة التي نصدر عنها هي أن أساليب نشأة الدساتير يمكن أن تتنوع تنوعا لا يقبل الحصر <sup>(١)</sup> . وعلى هذا النحو تقرر أن

(١) يذهب الدكتور عبد الحميد متولى إلى أن بعض الدساتير نشأت في القرن التاسع عشر عن طريق معاہدات دولية . وهو يقرر أن الاستاذ ميركين جيتز فتش قد أشار إلى هذه الطريقة بينما فات أستاذ الفقه الدستوري الفرنسي أن يذكروها - المرجع السابق صص ٨٢ - ٨٣ و ٩٠ - ٩١ (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 تعتبر 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 القانونيين 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 صص 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 مائراته أيضا » - المرجع السابق ص ٨١ .

أما الاستاذ ميركين جيتز فتش 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 السياسي أسلوب تنشأ به الدساتير في ظل أنظمة الحكم التي وان سمحت للشعب ظاهريا بالاشتراك في مباشرة السلطة التأسيسية الا أنها تحول من حيث الواقع دون جعل هذا الاشتراك جديا .

### ثانيا - نهاية الدساتير

ثبت التجربة أنه وان اختلفت الدساتير من حيث الكيفية التي لاقت بها نهايتها الا أنه يمكن أن يقال بصفة عامة ان هذه النهاية تحققت بأحد أسلوبين : الاسلوب العادي ، والاسلوب الشورى .

#### الاسلوب العادي

تقدمنا أن الدساتير المرنة لا تتطلب تنظيمها خاصا في تعديلها اذ لا توجد في ظلها سوى سلطة واحدة تملك تعديل القوانين جميعا وبنفس الاجراءات . ففي دولة كأنجلترا يملك البرلمان من الناحية القانونية أن يعدل الأحكام الدستورية ( من حيث الموضوع ) بنفس الكيفية التي يعدل بها الأحكام التشريعية العادية أي عن طريق سن قانون ، كما يملك أن يعدل تلك الأحكام تعديلا جزئيا أو تعديلا شاملأ يكون في حقيقته الغاء لها .

أما الدساتير الجامدة فانها تتطلب في تعديلها تنظيمها أشد من التنظيم المقرر في شأن القوانين العادية . وتجيز بعض هذه الدساتير تعديلها تعديلا شاملا ( يكون في حقيقته الغاء ) كما كان شأنه بالنسبة لدستور سنة 1875 الفرنسي حتى صدور التشريع الدستوري سنة 1884 خاصا بحظر تعديل شكل الحكومة الجمهورية .

على أن معظم الدساتير الجامدة لاتنظم سوى الكيفية التي يمكن أن تعدل بها تعديلا جزئيا . فالسلطة القائمة على أمر التعديل لا تملك الالغاء وفقا للدستور ، ولكن يبقى للامة بوصفها صاحبة السلطة التأسيسية

الاصلية أن تلغى دستورها في أى وقت «<sup>١</sup>» وأن تضع دستوراً جديداً عن طريق جمعية تأسيسية تنتخبها أو استفتاء تأسيسي تجريه أو أى طريق دستوري آخر تراه ملائماً لتحقيق هذا الغرض «<sup>٢</sup>».

### الاسلوب الثوري

انهارت كثيرون من الدساتير نتيجة لحركة ثورية (ثورة كانت أو انقلاباً) . وهذا ما يشهد به على الأخص تاريخ فرنسا إذ يتجلّى فيه الاسلوب الثوري «أسلوب بخاريا لالغاء الدساتير» على حد تعبير الاستاذين برترلمى ودويرز «<sup>٣</sup>».

ومن المستقر فقهاً أن ثمة فارقاً بين الثورة والانقلاب من حيث الهيئة التي تقوم بالنشاط الثوري . فالثورة révolution تصدر عن الشعب والانقلاب coup d'Etat يصدر عن السلطة الحاكمة .

على أنه من المستقر فقهاً أيضاً أن الثورة والانقلاب يتتفقان في اسقاط الدستور القائم بالقدر الذي يتنافى مع أهدافهما «<sup>٤</sup>» . فالقائمون بحركة

(١) انظر لفاريري المرجع السابق ص ٣٠٢ .

(٢) سبق البيان أن أساليب نشأة الدساتير تتتنوع تنوعاً لا يقبل الحصر .

(٣) المرجع السابق ص ٢٢٧ حيث يشرحان النهاية الثورية للدساتير سنة ١٧٩١ والسنة الثالثة والستة الثامنة وسنة 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 أحياناً أن تنجح حركة ثورية ولا يجد القائمون بها داعياً إلى اسقاط الدستور القائم طالما أنهم يستطيعون التحايل على أحكامه لخدمة أهدافهم كما كان الشأن على الأخص بالنسبة للفاشية في إيطاليا والنازية في المانيا – انظر Liet - Veaux المرجع السابق ص ١٦٩ ، ومطول بيرو في الفقه السياسي المرجع السابق الجزء الثالث ص ص ٢٦٤ – ٢٦٥ و ٥٦٣ .

ثورية — بالمعنى الواسع — ضد أي نظام للحكم يقصدون إلى تحقيق أهداف شتى من سياسية واجتماعية واقتصادية وغيرها ، ولكنهم يدركون دائماً أن السبيل الوحيد لتحقيق هذه الأهداف هو الاستيلاء على سلطات الحكم «<sup>١</sup>» . وعلى هذا النحو يؤدي نجاح الحركة الثورية إلى انتقال سلطات الحكم من الهيئات التي كانت قائمة على رعاية النظام القائم إلى هيئات الثورية التي تملك اعلان سقوط الدستور القائم .

ويسلم الكتاب جميماً بأن الحركة الثورية تقضى من حيث الواقع إلى اسقاط الدستور القائم وتمكين الهيئة الثورية من الهيمنة على النظام القانوني في الدولة .

وازاء الآثار الواقعية للحركة الثورية في مجال نظام الحكم انقسم الكتاب في فرنسا إلى فريقين . فمنهم من يرى أن هذه الآثار تترتب بحكم الواقع ولا يتصور أن يكون لها سند قانوني من النظام الذي وجهت الحركة الثورية ضده وأفلحت في تقويضه «<sup>٢</sup>» . ومنهم من يحاول تبرير

(١) انظر في هذا المعنى مطول بيردو المرجع السابق ص ٥٦٢ حيث يذكر :

«Toutes les révoltes 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 ، ولافارير . فيذكر كاريه دى مالبرج في المرجع السابق الجزء الثاني 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 révoltes 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 في 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 الشورة والانقلاب «<sup>١</sup>» بينما اتجه معظمهم إلى تبرير الشورة وحدها «<sup>٢</sup>» .

---

constitutions sont abrogées par les révoltes, encore qu'il soit difficile de construire juridiquement ce mode d'abrogation».

ويذكر لا فاريير 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 حتماً بين القانون الدستوري الوضعي le droit constitutionnel positif والقانون الدستوري الموضوعي الموضعى objectif ille droit constitutionnel objectif أو بصورة أكثر بساطة – بين الدستور المكتوب والحالة السياسية والاجتماعية والاقتصادية للبلاد » . فالثورة في نظره حركة عنيفة من جانب الشعب يهدف من ورائها إلى جعل الدستور متمنياً مع تطور أحوال الدولة ، والانقلاب حركة عنيفة من جانب الحكام يهدفون من ورائها إلى تطوير أحوال البلاد وفقاً للدستور يمثل أفكارهم وطموحهم – انظر مقالاً نشر له بمجلة القانون والاقتصاد السنة الحادية عشرة سنة ١٩٤١ ص ٢٠٩ – ١٩٨ بعنوان :

«Esquisse d'une théorie juridique de la révision révolutionnaire de la constitution».

ويذكر الاستاذ Esmein في المرجع السابق الجزء الأول 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 الغاء الدستور القائم » .

(٢) يذكر الاستاذ بيردو في مطول الفقه السياسي المراجع السابق الجزء الثالث ص ٥٤٢ وما بعدها أن « الثورات تؤدي إلى تشييد نظام قانوني جديد . وليس مرد صحة هذا النظام إلى نجاح الثورة ... وإنما إلى تغير الفكرة القانونية السائدة في الجماعة » .

ومهما يكن اختلاف الفقهاء بشأن تكييف آثار الحركة التورية من الناحية القانونية فإنهم متتفقون على الاثر الذي يهمنا بالذات في صدد نهاية الدساتير وهو سقوط الدستور القائم بالقدر الذي يتنافى مع أهداف الحركة التورية الناجحة . والفقهاء متتفقون أيضاً على أن سقوط الدستور لا يؤثر في استمرار القوانين العادلة التي صدرت صحيحة في ظله طالما أنه لم يثبت الغواها صراحة أو ضمناً «١» . ويأخذ حكم القوانين العادلة الأحكام التي ينص عليها الدستور دون أن تكون أحكاماً دستورية من حيث موضوعها . فلئن روعي النص على هذه الأحكام في الدستور بقصد اكتسابها حصانته الشكلية من حيث التعديل ، إلا أنها لا تتصل بالتنظيم السياسي في الدولة ولا تختلف من حيث الموضوع عن الأحكام الواردة في القوانين العادلة . ولهذا فإن من المستقر فقاً أنها تبقى رغم سقوط الدستور ولكن تزول عنها الصفة الدستورية وتعامل معاملة القوانين العادلة «٢» . ويطلق على النظرية التي تنظم هذا الإثر la théorie de la déconstitutionnalisation par l'effet des révolutions أي إزالة الصفة الدستورية كنتيجة للحركة التورية «٣» .

ويتحو الاستاذ Levy-Bruhl منحى مماثلاً في المقال الذي نشر له بمجموعة القانون المقارن المهدأة إلى جنى المرجع السابق الجزئين الثالث والرابع ص ٢٥١ - ٢٥٢ بعنوان : «Le concept juridique de révolution» . ويبدو أن الاتجاه نحو تبرير الثورة وحدها من الناحية القانونية أكثر قبولاً من الاتجاه نحو تبرير الانقلاب الذي لا يكاد يجد له من سند سوى الواقع .

(١) انظر لـ Pardi المرجع السابق ص ١٤٠ ، و لـ Farier المرجع السابق ص ٣٠٢ و ٣٠٣ حيث يذكر أن بعض القوانين التي صدرت في ظل النظام الملكي القديم ( قبل الثورة ) لا يزال معمولاً بها إلى الآن .

(٢) غنى عن البيان أنه لا يتصور أن يترتب هذا الإثر في ظل الدساتير المرنة نظراً لعدم وجود طبقتين من التشريع كما هو الشأن في ظل الدساتير الجامدة .

(٣) انظر لـ Farier المرجع السابق ص ٣٠٤ - ٣٠٥ ، و Berthomieu و Doyen المرجع السابق ص ٢٢٧ ، ومطول بيردو المرجع السابق الجزء الثالث ص ٥٧١ - ٥٧٢ .

ولعل من أهم التطبيقات لهذه النظرية في فرنسا استمرار العمل بأحكام المادة 75 من دستور السنة الثامنة والمادة الخامسة من دستور سنة 1848 بوصفها من أحكام القانون العادى رغم سقوط الدستورين المذكورين . فالمادة 75 كانت تقضى بعدم جواز مسألة موظفى الحكومة مدنيا عن أعمال تتصل بوظائفهم أمام القضاء الا بعد استئذان مجلس الدولة ، ولم يحل سقوط دستور السنة الثامنة سنة 1848 <sup>(١)</sup> دون استمرار العمل بهذا الحكم حتى ألغى بمقتضى مرسوم ١٩ سبتمبر سنة 1870 . أما المادة الخامسة فقضت بالغاء عقوبة الاعدام بالنسبة للمسائل السياسية ، ولا يزال هذا الحكم قائما بالرغم من أن دستور سنة 1848 سقط نتيجة للاقلاب الذى أحدثه لويس نابليون سنة 1851 <sup>(٢)</sup> .

(١) على أثر سقوط نابليون وعودة الاسرة المالكة القديمة (البوربون) .

(٢) انظر برترلمى ودويز المرجع السابق صص ٢٢٧ - ٢٢٨ ، ولاپراديل 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 إلى أن مجال القانون الدستوري ينقسم إلى 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 ، إلا أنه يتميز عليها بتنظيمه لتلك العلاقة من الناحية السياسية بالذات . فنظام الحكم أو النظم السياسية الذين هي عماد مباحث القانون الدستوري .

على أنه إذا كان لا يتصور قيام نظام للحكم إلا إذا كان ثمة دولة موجودة بالفعل فإنه يجدر بنا أن نحيط بالدولة احاطة مؤسسة على النظر إليها باعتبارها مقدمة للنظم السياسية التي سنخصص لها القسم الثاني من هذا الكتاب . وهذا النظر هو الذي حدا بنا لأنتناول الدولة في فصل نختتم به مقدمة القانون الدستوري التي جعلناها موضوع القسم الأول من الكتاب .

والبحوث التي تتفرع عن الدولة لا تقف عند حدود القانون الدستوري وإنما تمتد إلى مجال سائر فروع القانون العام ، بل وتجاوز نطاق القانون إلى مجال علوم أخرى كالاجتماع والسياسة والاقتصاد . وهي إذ تمتد إلى كل تلك المجالات تضطر الباحث إلى أن يحكم تقديره فيما ينبغي أن

(١) راجع صص ٥٥٥ و ٥٦٥ من هذا الكتاب .

يعالجه منها والكيفية التي يعالجها بها ، وذلك على ضوء الاعتبارات التي يغلبها في تفكيره ٠

ونحن إذ ننظر إلى الدولة باعتبارها مقدمة للنظم السياسية نرى أن نعالجها في مبحثين :

المبحث الأول : تعريف الدولة ٠

المبحث الثاني : أنواع الدول ٠

## المبحث الأول

### تعريف الدولة

#### § جهود الفقهاء في تعريف الدولة

لعل من أكثر الموضوعات التي أثارت الخلاف بين الفقهاء موضوع تعريف الدولة ٠ ويرجع هذا الخلاف إلى أن كل فقيه يحاول ايجاد تعريف يبرز طابع الدولة ويميزها تمييزا قاطعا عن غيرها من النظم والهيئات ٠ وكان طبيعيا أن تكون لكل فقيه فكرته القانونية عن الدولة وأن يحرص على ابراز تلك الفكرة فيما يقترحه من تعريف ٠ فلا عجب أن تنوعت التعاريف التي اقترحت للدولة تنوعا لا يكاد يدخل تحت حصر كما يتضح ذلك على الأخص من الأمثلة التي نذكرها فيما يلى ٠

#### في الفقه الفرنسي

Carré de : هي التشخيص القانوني لامة ما (١) ، Esmein

«L'Etat est la personnification juridique d'une nation». (١)

المراجع السابق الجزء الاول الصفحة الاولى ٠

Malberg : مجموعة من الأفراد مستقرة على إقليم معين ولها من التنظيم ما يجعل للجماعة في مواجهة الأفراد سلطة علياً آمرة وقاهرة «١» ، Bonnard : وحدة قانونية دائمة تتضمن وجود هيئة اجتماعية تباشر سلطات قانونية معينة أزاء أمة مستقرة على إقليم وذلك عادة بأساليب تقوم على ارادتها وحدها وعن طريق القوة المادية التي تحتركها «٢» ، Duguit : توجد دولة في جميع الاحوال التي يثبت فيها وجود تفاوت سياسي ( بين حاكمين ومحكومين ) في جماعة ما سواء أكان هذا التفاوت في مرحلة فطرية أم في مرحلة معقدة ومتقدمة «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».

المراجع 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 الذي نشر بمجلة القانون العام الفرنسية سنة ١٩٢٢ ص ٢٥  
عنوان :

«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».

المراجع السابق الجزء الاول ص ٥٣٦ .

«L'Etat est une forme du Pouvoir politique» . (٤)

مطول الفقه السياسي المراجع السابق الجزء الثاني سنة ١٩٤٩ ص ١٤٣ .

## في الفقه الانجلو سكسوني

Salmond : مجموعة من الافراد مستقرة على اقليم محدد لاقامة السلم والعدل عن طريق القوة «<sup>١</sup>» ، Holland : مجموعة من الافراد يقطنون اقليما معينا ويخضعون لسلطان الاغلبيه 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 «<sup>٢</sup>» .

## في الفقه الالماني

Bluntschli : خليط أو مجموع من الافراد مستقررون 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 التعريف الثلاثة الاخيرة في Gilchrist المراجع السابق ص ص ١٦٥ و ١٧٠ .

«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 حكمة ومحكمين ومتحدون في شخص منظم أو بعبارة مختصرة الدولة هي التشخيص القومي والسياسي والتنظيمي لدولة ما «<sup>١</sup>»، Jellinek : جماعة لها ارادة لا تقييد الا بذاتها ولها نظامها الخاص بها الذي يكفل لها أن تجني حياة كاملة ومستقلة، Laband : جماعة تملك ممارسة حقوق السيادة في مواجهة الافراد الاعضاء فيها «<sup>٢</sup>».

**وظاهر من التعريف المقدم** أن الفقهاء لم يستطيعوا الاتفاق على ما يصح اعتباره تعريفاً أمثل للدولة من الناحية القانونية «<sup>٣</sup>» . على أنهم صدروا في تعريفهم عن اقتناع بضرورة توافر ثلاثة أركان على الأقل لامكان قيام الدولة وهي الشعب ، والإقليم ، والحكومة أو السلطة السياسية . وهكذا يمكن القول بأن تعدد 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».

أنظر المرجع السابق ص ١٦ .

(٢) ورد ذكر التعريفين الآخرين 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) أنظر في بيان صعوبة ايجاد تعريف أمثل للدولة : مطول بيردو المرجع السابق الجزء الثاني ص ص ١٣١-١٤٣ ، و Sait المراجع السابق ص ص ٨١-٩٠ Droit international public — Rousseau سنة ١٩٥٣ ص ٧٧ وما بعدها، Le droit public et la théorie de l'Etat — Georges Scelle، Introduction à l'étude du droit الجزء ص ٧٣ وما بعدها من كتاب الاول سنة ١٩٥١ .

مانع للدولة من الناحية القانونية لم يحل دون تلاقيهم على تعريفها استناداً إلى العناصر التي تدخل في تكوينها من الناحية الواقعية بأنها «شعب مستقر على أقليم معين وخاصّ لحكومة أو سلطة سياسية».

## ﴿أركان الدولة﴾

لتقوم الدولة وفقاً للرأي السائد إلا إذا توافرت أركان ثلاثة:  
الشعب، والإقليم، والحكومة أو السلطة السياسية<sup>(١)</sup>.

(١) يجري معظم أساتذة القانون الدستوري في مصر على تطلب أركان في الدولة يوحى ظاهرها بأنها تزيد على الأركان الثلاثة المتقدمة مع أنها في الواقع لا تخرج عنها. فبالإضافة إلى ركني الشعب والإقليم يتطلب الاستاذان مصطفى الصادق ووايت أبراهيم ركني الوحدة السياسية والنظام (المرجع السابق صص ٢٥-٢٦) مع أنهما ليسا في حقيقتهما سوى ركن الحكومة أو السلطة السياسية منظوراً إليه في مظاهره المختلفة على ما سنبينه فيما بعد (أنظر ص ٣٠ وما بعدها من هذا الكتاب). ويمكن أن يوجه نفس الانتقاد إلى الدكتور عثمان خليل الذي يتطلب ركني النظام والاستقلال السياسي (المرجع السابق ص ٤١)، وبالاشتراك مع الدكتور سليمان الطماوى المرجع السابق صص ١٤-١٥) وإلى الدكتور السيد صبرى الذى يتطلب ركني الاستقلال السياسي والسلطان (المرجع السابق ص ٣)، وإلى الدكتور مصطفى كامل الذى يتطلب ركني التنظيم والسيادة أو السلطان (المرجع السابق صص ٢٢-٢٣).

وليس من المقبول ما يذهب إليه البعض من تطلب الشخصية المعنوية كركن من أركان الدولة (الدكتور عثمان خليل ص ١١-١٣، والاستاذان عثمان خليل وسليمان الطماوى صص ١٢-١٤)، والدكتور مصطفى كامل صص ٢٠-٢٢) ومعنى الشخصية المعنوية للدولة أن يكون لها في نظر القانون شخصية مستقلة عن شخصية الأفراد الداخلين في تكوينها بكل ما يتربّب على ذلك من نتائج قانونية. وموضوع الشخصية المعنوية عموماً يهم كل فروع القانون ولذا يدخل أساساً في مباحث المدخل للدراسة القانون (أنظر مثلاً الاستاذين السنهورى وحشمت أبو ستيت المرجع السابق ص ٢٣٣)، كما أن موضوع الشخصية المعنوية للدولة يدخل في مباحث القانون الإداري ويثير خلافاً فقهياً كبيراً (أنظر مثلاً الدكتور وحيد رافت المرجع السابق الجزء الأول ص ٣٠، والدكتور محمد زهير جرانه المرجع السابق ص ٢٢، والدكتور فؤاد مهنا المرجع السابقة ص ١٧٠) والذي نود أن نؤكده هو أنه أياً كان اختلاف وجهات النظر في شأن الشخصية المعنوية للدولة – سواء من حيث ثبوتها أو من حيث تكييفها – فإنه لا يقصد بها أن تكون وكونها 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.

## أولاً - الشعب

لا يتصور قيام دولة من غير شعب population . والواقع أذ الدولة  
ما نشأت الا نتيجة لوجود جماعة من الناس أحسست بحاجات شتى فسعت  
إلى اشباعها بمختلف الوسائل .

على أنه اذا كان الشعب ركناً من أركان الدولة فان تحديد عدد أفراده  
مرهون بالظروف الخاصة بكل دولة من جغرافية واقتصادية واجتماعية  
وسياسية وغيرها . وطالما أنه يوجد عدد من الأفراد يحس بضرورة قيام  
دولة ويستطيع أداء نواحي نشاطها المختلفة فان الدولة يمكن أن تنشأ سواء  
أكان عددهم صغيراً أم كبيراً<sup>(١)</sup> .

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» (المراجع السابق ص ١٠ ، وأنظر أيضاً  
في نفس المعنى مؤلفة بالاشتراك مع الدكتور سليمان الطماوى المراجع السابق  
ص ١٠) .

وظاهر أن كبر عدد الأفراد وإن كان من العوامل التي تقوى مركز الدولة  
ونفوذها السياسي إلا أنه ليس ضرورياً لقيام الدولة طالما أنه يوجد عدد كاف  
لهذا الغرض .

هذا ولا يتصور أن يخضع تحديد عدد الأفراد الذين ينبغي أن يكونوا دولة  
ما لآلية قاعدة حسابية كما اتجه إلى ذلك بعض الفقهاء القدامى مثل أرسسطو -  
أنظر في انتقاد هذا الاتجاه على ضوء التطورات الحديثة Gilchrist  
المراجع السابق ص ١٧ و Sait 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, an-  
nihilated 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 وترتبطهم بها رابطة الولاء . أما الأجانب فيوجدون على  
إقليم الدولة ولا تربطهم بها سوى رابطة الإقامة أو التوطن على حسب  
الاحوال «١» .

## ثانياً - الأقاليم

يلزم لقيام الدولة أن يستقر الأفراد على إقليم معين *territoire* ، فالقبيلة المتنقلة لا تعتبر دولة وفقاً للرأي السائد ولو أقيمت من بين أفرادها هيئة تباشر سلطات الحكومة «٢» .

ويتكون إقليم الدولة من إقليم أرضي وأقاليم مائية وأقاليم هوائية «٣» . فالإقليم الأرضي هو الجزء اليابس الذي تعينه حدود الدولة ويشمل سطح الأرض وما دونه من طبقات إلى مالانهاية وما فوقه من مرتفعات كالجبال والهضاب . ويشمل الإقليم المائي المياه الموجودة داخل حدود الدولة كالأنهار والبحيرات فضلاً عن جزء من البحار العامة الملائقة لإقليم الدولة

(١) انظر للأستاذين حامد سلطان وعبد الله العريان أصول القانون الدولي سنة ١٩٥٣ ص ٢٩١ .

(٢) يخالف بعض الفقهاء هذا الرأي مثل دييجي الذي يذهب إلى أن الدولة توجد بمجرد وجود تفاوت سياسي في الجماعة ولو لم تكن مستقرة على إقليم معين أى بمجرد وجود حكام ومحكمين – المرجع السابق الجزء الثاني ص ٥١ .

وينحو هذا المنحى في الفقه الانجلوسكسوني *Salmond* و *John Siley* و *Woodrow Wilson* – راجع *Salmond* المراجع السابق ص ٩٩ و *Sait* المراجع السابق ص ٩٢ – ٩٣ .

(٣) يمكن مراجعة تفصيل موضوع الإقليم في مؤلفات القانون الدولي العام مثل الدكتور محمود سامي جنينه 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 الاقليمية «<sup>١</sup>» . أما الأقليم البحري فيشمل طبقات البحار  
فوق الأقليمين الأرضي والمائي وفقاً لاحكام القانون الدولي العام .

وقد يكون الأقليم الدولة وحدة غير منفصلة وهو الغالب ، وقد يكون  
جزءاً كما هو الشأن بالنسبة لدولة كالباكستان التي يفصل أقليم الهند  
بين قسميهما الشرقي والغربي والدول الاستعمارية التي يعتبر أقليمها شاملاً  
لإقليم المستعمرات التابعة لها وإن وجدت في قارة أخرى .

فطالما أن هناك إقليماً يستقر عليه الشعب يمكن أن توجد الدولة سواء  
أكان هذاإقليم وحدة أم جزءاً ، وسواء أكان كبيراً أم صغيراً .

ومنذ أن انتهى تطور الجماعة البشرية إلى قيام الدولة والقانون الدولي  
العام يعامل الدولة بوصفها وحدات إقليمية ويعرف لها كقاعدة بالسيادة  
الإقليمية أي بالسلطان على جميع الأشخاص والأشياء الموجودة داخل  
حدود إقليمها بعد أن كان سلطانها منقوصاً في ظل نظام الأقطاع ونظام  
شخصية القوانين .

ولئن اختلف الرأي بين الفقهاء حول تكيف سلطان الدولة على  
إقليمه «<sup>٢</sup>» إلا أن المحقق أن الارتباط قوي بين ركنيإقليم والسلطة  
السياسية . فالإقليم هو المجال الذي تتجلّى فيه مظاهر سلطان

---

(١) جرى العرف الدولي على تحديد المياه الاقليمية بثلاثة أميال بحرية  
ولكن الدول عممت إلى تحديد مياهها الإقليمية بمقتضى تشريعات داخلية على  
نحو متغير . فقد حددها الاتحاد السوفييتي مثلاً باثنتي عشر ميلاً بحرياً بينما  
حددت إسبانيا وأيطاليا ومصر بستة أميال بحرية . هذا ولم تتمكن الدول  
بعد من الاتفاق على قاعدة موحدة في هذا الصدد .

(٢) يمكن مراجعة تفصيل هذا الخلاف في مؤلفات القانون الدولي العام  
سالف الاشارة إليها وكذلك في ديجي المرجع السابق الجزء الثاني ص ص ٥١-٥٩،  
وكاريهدى مالبرج المرجع السابق الجزء الأول ص ص ٥-٣ ، ومطول بيردو المرجع  
السابق الجزء الثاني ص ص ٨١-٨٥ .

الدولة «١» .

### ثالثا - الحكومة أو السلطة السياسية

ليس يكفى لنشوء الدولة أن يستقر شعب على اقليم معين وانما يلزم أيضا أن تقوم من بين أفراده حكومة *gouvernement* تباشر السلطان باسم الدولة .

وركن الحكومة يميز الدولة عن الامة ، كما أنه يواجه الفقهاء بأوضاع تفرض نفسها من الناحية العملية او الواقعية ولكنها تشير خلافاً كثيراً بينهم حول تفسيرها او تكييفها من الناحية النظرية او 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 جمياً هو من صميم مباحث الفلسفة السياسية، فنحن اذ تناولها فيما يلى لانعرض لها الا بالقدر الذى تقتضيه أغراض البحث في نواحيها التي تهم القانون الدستورى .

### الدولة والامة

اذا استقرت جماعة من الناس على اقليم معين فانها لا تصبح امة أو دولة الا بشروط معينة .

ويشترط لكي تصبح الجماعة امة *nation* وفقاً للرأى الراجح «٢»

(١) برترلمى ودويز المرجع السابق ص ص ٢٨٤ - ٢٨٥ ، Nézard ،  
المراجع السابق ص ٩٥ ، ومطول بيردو سالف الذكر ص ص ٧٤ - ٨٠

(٢) ينادى بهذا الرأى أنصار الفكر الشخصية عن الامة *la conception subjective de la nation* وهم يقيمون الامة على عناصر مثالية وروحية وينظرون إليها على أساس أنها وحدة نفسانية مردها إلى ضمير الجماعة .

أن يحس أفرادها بالرغبة المشتركة في العيش معاً . وتنولد هذه الرغبة نتيجة لعوامل شتى كوحدة الجنس واللغة والدين والعادات والاشتراك في الذكريات والألام والآمانى القومية . ولئن كانت العوامل الأخيرة تساعد على تكوين الأمة إلا أنه لا يلزم لتحقيق هذا الغرض من توافرها جميعاً أو توافر بعضها بالذات . فليس أى العوامل المذكورة ضرورياً لتكون الأمة . ويشهد بذلك على الأخص 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 الالخص في ايطاليا وفرنسا . فهى تنسب في ايطاليا إلى الاستاذ Mancini الذى كان من أول القائلين بها في المحاضرات التى ألقاها فى مادة القانون الدولى 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 أنصار الفكرة الشخصية في فرنسا الاساتذة Michelet و Bergson و Renan Fustel de Coulanges الذى عبر عن الامة بقوله: «une nation est une âme, un principe spirituel».

اما انصار الفكر ةالموضوعية عن الامة la conception objective de la nation فانهم يقيمون الامة على عناصر واقعية ومادية فحسب كالإقليم واللغة والدين والثقافة والجنس . وانتشرت هذه الفكر ة على الاخص في المانيا حيث قامت فلسفة الاشتراكية القومية على أساس الجنس race أي الاصل وهو مجموع الصفات المتوارثة التي تميز جماعة عن أخرى – انظر Rousseau المرجع السابق صص ٧٨ – ٨٠ و Political theory-Kranenburg ترجمة انجليزية بقلم Borregaard سنة ١٩٣٩ ص ص ٢٠٠ – ٢٢٥

(١) تصدر بعض التعاريف التي أوردها الفقهاء في مصر للامة عن الاخذ بالفكرة الموضوعية . فالامة في نظر الاستاذين مصطفى الصادق ووأيت ابراهيم حماعة من الناس متحدة الجنس واللغة والمدنية . . . ووحدة جنسية » -

وليس يكفي لقيام الدولة Etat أن توجد أمة بالمعنى المقدم وإنما يلزم أيضاً 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 استناداً إلى المبدأ المعروف باسم مبدأ القوميات le principe des nationalités الذي عبر عنه العلامة الإيطالي Mancini بقوله « إن لكل أمة سيادة على رعاياها وعلى إقليمها . وهذا يعني لها قدرة تكوين نفسها وتنظيمها لاختيار حكومة موافقة لحاجاتها ، ويخولها الحق في أن تحول من أمة إلى دولة » (١) .

وأدى نجاح الثورة الفرنسية والحركات التحريرية التي أعقبتها خلال القرن التاسع عشر إلى انتصار مبدأ القوميات واستقلال كثير من الشعوب

=  
المراجع السابق ص ٢٤ ، وفي نظر الدكتور عثمان خليل « وحدة جنسية » —  
المراجع السابق ص ١٥ ، وفي نظر الدكتور السيد صبرى « جماعة متعددة الجنس واللغة والمدنية ... ووحدة جنسية » — المراجع السابق ص ٤ .

ويعيّب هذه التعريف ما يعيّب الفكرة الموضوعية التي صدرت عنها من أنها تشعر بضرورة توافر العناصر المادية الخاصة بوحدة الجنس واللغة والدين والعادات وغيرها مع أن هذه العناصر ليست إلا عوامل تساعد على تكوين الأمة بينما العنصر الأساسي في تكوينها هو العنصر النفسي الخاص بوجود رغبة مشتركة بين أفراد الجماعة في العيش معاً .

أنظر في مناقشة العناصر المادية المقدمة Kranenburg المراجع السابق صص ٢٠١ - ٢٠٦ ، والدكتور عبد الحميد متولى المراجع السابق صص ٢١٨ - ٢١٠ .

(١) انظر الاستاذين حامد سلطان وعبد الله العريان المراجع السابق صص ٢٩٠ - ٢٨٩ .

عن الامبراطوريات التي كانت تحكمها <sup>(١)</sup> . وهكذا استقلت دول أمريكا الجنوبيّة عن إسبانيا والبرتغال ، وتحولت الشعوب التي كانت خاصة للإمبراطوريتين الألمانيّة والنمساويّة إلى دول مستقلة عقب الحرب العالميّة الأولى ، كما تحولت بعض الشعوب إلى دول مستقلة عقب الحرب العالميّة الأخيرة مثل شعوب أندونيسيا والفلبين وليبيا .

يخلص مما تقدم أنّ الامة تتفق مع الدولة في ركني الشعب والإقليم <sup>(٢)</sup> ولكنها تختلف عنها من حيث أنها تفتقر إلى الركن الخاص بالحكومة أو السلطة السياسيّة . وإذا ما تيسر للأمة أن تقيم حكومة تخضع لسلطانها فإنها تصبح دولة كما هو شأن بالنسبة للامثلة المتقدمة .

### الدولة والسيادة

هل يلزم لقيام الدولة أن تكون الحكومة فيها ذات سيادة ؟ اختلف الرأى في الإجابة عن هذا السؤال إلى نظريتين رئيسيتين : النظرية الفرنسيّة، والنظرية الألمانيّة <sup>(٣)</sup> .

**النظرية الفرنسيّة** وتشترط أن تكون الحكومة ذات سيادة . ومقتضى

(١) يبدو أثر القوميات في تسمية القانون الدولي العام باللغتين الإنجليزية والفرنسية نسبة إلى الأمم لا إلى الدول international (أى بين الأمم) ، وكذلك في تسمية عصبة الأمم وهيئه الأمم المتحدة نسبة إلى الأمم .

(٢) يلاحظ أن ركني الشعب والإقليم يختلفان نوعاً ما بين الدولة والامة . فطالما أنه توجد حكومة في الدولة تفرض سلطانها على أفراد الشعب لاظهار الحاجة إلى وجود رغبة مشتركة بينهم في العيش معاً كما هو شأن بالنسبة للأمة . وطالما أنه توجد حكومة في الدولة تفرض سلطانها على جميع الأفراد والأشياء الموجودة داخل حدود أقاليمها فإن الإقليم يباشر بالنسبة للدولة دوراً أكثر أهمية وأوسع نطاقاً من الدور الذي يباشره بالنسبة للأمة .

(٣) يراجع في تفصيل هذا الموضوع كارييه دي مالبرج المرجع السابق الجزء الأول ص ص ٦٩-١٧٦ ، وديجي المرجع السابق الجزء الثاني الطبعة الثالثة سنة ١٩٢٨ ص ص ١٢٦-١٥٠ .

هذه النظرية أن الجماعة لا تستحق وصف الدولة إلا إذا كانت تتمتع بالسيادة *souveraineté* أي بسلطة غير مقيدة في الخارج وفي الداخل . ويتمثل المظهر الخارجي للسيادة في استقلال الدولة وعدم ارتباطها برباط انتباعية أو الخضوع لدولة أخرى . ويتمثل المظهر الداخلي في تتمتع الدولة داخل حدود إقليمها بسلطان ينبع على جميع الأفراد والهيئات وعدم وجود أية هيئة يمكن أن تعلو عليها أو تتساوى معها «<sup>١</sup>» .

والنظرية الفرنسية ولitude الظروف التاريخية الخاصة بفرنسا «<sup>٢</sup>» . فلقد ناضل الملوك في سبيل تخلص سلطانهم من تدخل البابا في الخارج ومن منازعة أمراء الأقطاع في الداخل حتى أصبحت لهم سلطة ذات سيادة . واستتبع هذا التطور تحويراً في استعمال اصطلاح السيادة . وبعد أن كان يوجد تمابيز بين سلطة الدولة *la souveraineté* والسيادة *la puissance étatique* التي تعتبر وصفاً لها ، أضحى اصطلاح السيادة يطلق على سلطة الدولة ذاتها . ولعل من أقوى العوامل التي ساعدت على استقرار هذا النظر أن فرنسا عاشت دولة بسيطة أم موحدة *Etat simple ou unitaire* تركز فيها السلطان بيد هيئة حاكمة واحدة .

(١) ليس يتنافي مع السيادة طبقاً للنظرية الفرنسية أن ترتبط الدولة في الخارج بمعاهدات مع دول أخرى أو في الداخل بعقود مع الأفراد لأنها إنما ترتبط في الحالين بموجب ارادتها ووفقاً لما تراه في صالحها . بل أن هذا هو ما يؤكّد معنى السيادة التي عرفها الاستاذ *Le Fur* بأنها :

«la qualité de l'Etat de n'être obligé que par sa propre volonté»

أنظر كارييه دى مالبرج المرجع السابق الجزء الاول ص ٧١ (هامش) .  
(٢) يذكر الاستاذ كارييه 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 الالمانية:** ولا تشرط لقيام الدولة أن توجد حكومة ذات سيادة «<sup>١</sup>» . ومقتضى هذه النظرية أن العبرة في قيام الدولة هي بوجود حكومة تملك سلطة اصدار أوامر ملزمه *Herrschaft* «<sup>٢</sup>» في قدر معين من الشئون المتصلة بنظام الحكم ولو لم تكن لها السيادة بالمعنى المطلق في تلك الشئون كافة «<sup>٣</sup>» .

ولعل من أقوى العوامل التي ساعدت على تشبييد 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 تكيف الدول التي تخضع من حيث شؤونها الخارجية أو الداخلية لسلطان دول أخرى ولا سيما الدول الاعضاء في اتحاد مركزي كما هو الشأن بالنسبة للولايات المتحدة الامريكية . فبينما تنكر النظرية الفرنسية صفة الدولة على هذه الدول لافتقارها الى السيادة ، تعتبرها النظرية الالمانية دولاً بالمعنى الصحيح وان كانت تصفها بأنها دول ناقصة السيادة تميزاً لها عن الدول تامة السيادة «<sup>٤</sup>» .

(١) أخذ بهذه النظرية بعض الفقهاء الحديثين في فرنسا مثل كاريه دي مالبرج *Michoud*,

(٢) هذا الاصطلاح الالماني ويقابله بالفرنسية *la domination* أو *le pouvoir de former des ordres*

(٣) يذكر العلامة الالماني *Jellinek* تأييداً لهذه النظرية أن «السيادة والسلطة السياسية *la souveraineté* *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 ديجي المرجع السابق الجزء الثاني ص ١٢٩ .

(٤) واجه أنصار النظرية الالمانية صعوبة كبرى في محاولة التمييز بين الدول ناقصة السيادة والوحدات الاقليمية الأخرى مثل الاقسام الادارية في

## الدولة ومشروعية سلطانها

تبادر الدولة سلطاناً لا شك فيه من الناحية الواقعية . فهل لهذا السلطان سند يبرر مشروعيته «<sup>١</sup>» ؟ وبعبارة أخرى يتمثل سلطان الدولة في وجود حكام يأمرون ومحكومين تجب عليهم الطاعة . فما الذي يمكن أن يبرر مشروعية هذا السلطان في مظاهره : أى في حق اصدار أوامر ملزمة من جانب الحكام وواجب اطاعة تلك الاوامر من جانب المحكومين ؟ لقد كان طبيعياً أن يثير هذا التساؤل اهتمام الفلاسفة والفقهاء في مختلف العصور وأن يحملهم على تقصي أصل نشأة السلطة توصلًا إلى تبرير مشروعيتها . ويمكن أن ترد المذاهب التي قيل بها في هذا الصدد إلى طائفتين رئيسيتين : المذاهب التي ترجع السلطة إلى إرادة الهيبة وتسمى المذاهب التيوقراطية *doctrines théocratiques* «<sup>٢</sup>» ،

=  
دولة تحمل لها نصيباً وأفياً من السلطات وللأمر كرية . وقد اقترحوا معايير شتى أثارت مناقشات واسعة يمكن الرجوع إليها في كارييه دى مالبرج المرجع السابق الجزء الأول صص ١٤٧-١٧٦ ، وديجي المرجع السابق الجزء الثاني صص ١٣٨-١٣١ ، و — *La théorie juridique de l'Etat fédéral* —

Mouskhéli سنة ١٩٣١ صص ٧٣ - ٩٦ .  
(١) يذهب بعض الفقهاء إلى أن السلطة أمر واقعى لا سبيل إلى تبريره من الناحية القانونية . وفي مقدمة هؤلاء الاستاذ ديجي الذى يذكر في ص ٦٥٥ من المراجع السابق الجزء الأول :

«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 الدكتور عبد الحميد متولى بحق اصطلاح «المذاهب الدينية» الذى يستعمله الكتاب في مصر لسبعين : أولهما أن هذا الاصطلاح *doctrines religieuses* بينما الترجمة الحرافية لاصطلاح *doctrines théocratiques*

هي المذاهب التى تنسب مصدر السلطة إلى الله ، والثانى أن بعض المذاهب التيوقراطية كانت مخالفة للدين أو على الأقل لم يقررها الدين — راجع بحثاً له بعنوان «أصل نشأة الدولة» نشر بمجلة القانون والاقتصاد السنة الثامنة عشرة سنة ١٩٤٨ صص ٦٦٩-٦٧١ .

والمذاهب التي ترجعها إلى ارادة الامة وتسمى المذاهب الديموقراطية  
doctrines démocratiques

**المذاهب التيوبراطية:** تتفق المذاهب التيوبراطية في أنها ترجع السلطة إلى أصل الاله ولكنها تختلف حول تحديد الكيفية التي يتم بها اختيار الحكماء إلى اتجاهين : الاختيار الالهي المباشر ، والاختيار الالهي غير المباشر .

ومقتضى نظرية الاختيار الالهي المباشر «<sup>١</sup>» أن الله يختار الحكماء بطريق مباشر «<sup>٢</sup>» . وقد جاء في مذكرات لويس الرابع عشر Mémoires أن « السلطة المخولة للملوك هي بتفويض من العناية الالهية . فالله — لا الشعب — هو مصدر السلطة ، ولا يسأل الملوك عن مباشرة سلطتهم إلا أمام الله الذي خولهم إياها » «<sup>٣</sup>» .

وأعلن لويس الخامس عشر في ديسمبر سنة ١٧٧٠ « اتنا لا تتلقى تاجنا إلا من الله » «<sup>٤</sup>» . وأصدر لويس الثامن عشر دستور سنة ١٨١٤ بدبياجة مؤداتها « إن العناية الالهية إذ أعادتنا إلى بلادنا ... » «<sup>٥</sup>» .

(١) آثرنا أن نترجم اصطلاح droit divin surnaturel إلى « الاختيار الالهي المباشر » لأن هذه الترجمة أبرز في معنى النظرية من الترجمة الحرافية وهي « الحق الالهي الذي يتجاوز حدود الطبيعة » ومن الترجمة التي سار عليها معظم المؤلفين في مصر وهي « التفويض الالهي الخارج عن ارادة البشر » . أما الترجمة التي اقترحها الدكتور عبد الحميد متولى وهي « الحق الالهي المباشر » فانها وإن كانت ترجمة موافقة إلا أنها تنظر إلى السلطة من حيث مباشرتها بينما الترجمة التي اقترحناها تنظر إلى السلطة من حيث مصدرها ومن ثم تكون أكثر تمشياً مع منطق بحث مشروعية السلطة .

«Le souverain est l'élu du Seigneur». (٢)

(٣) لافاريير المرجع السابق ص ٣٦٥ .

«Nous ne tenons notre couronne que de Dieu». (٤)

(٥)

«La Divine Providence, en nous rappelant dans nos Etats...»

وتمسك بهذه النظرية في بداية القرن الحالى غليوم الثانى امبراطور المانيا . فقد أعلن فى خطبة له سنة ١٩١٠ « انى اذ أعتبر نفسى أدلة الله وأتابع طريقي الذى لا يهدف الا للارتفاع بالوطن » ، وأعلن سنة ١٩٢٦ « ان الملك يحكم بمقتضى حق الالهى فلا يسأل الا أمم الله » <sup>(١)</sup> .

ومقتضى نظرية الاختيار الالهى غير المباشر <sup>(٢)</sup> أن السلطة وان كانت ترجع الى أصل الالهى الا أن اختيار الحكام يتم عن طريق البشر في ظل التوجيه الالهى لتصرفاتهم والاحداث التى تسيطر على حياتهم <sup>٠</sup>

ومن أنصار هذه النظرية de Bonald الذى كان يرى أن « السلطة شرعية لا بمعنى أن الشخص الذى يباشرها يعين بأمر الاله ظاهر ، ولكن لأنها مؤسسة على القوانين الطبيعية والاساسية للنظام الاجتماعى التى هي من عمل الله » <sup>(٣)</sup> .

(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 أن نظرية الاختيار الالهى المباشر لقيت تطبيقاً واسعاً في الصين واليابان على الأخص - لافارير المرجع السابق ص ٣٦٦ .

(٢) آثرنا هنا أيضاً ترجمة اصطلاح «droit divin providentiel» إلى «الاختيار الالهى غير المباشر» لأن هذه الترجمة أبرز في معنى النظرية وأكثر تمشياً مع منطق بحث مشروعية السلطة من الترجمة التي سار عليها المؤلفون في مصر وهي « التفويض الالهى الناشئ عن العناية الالهية » ومن الترجمة التي اقترحها الدكتور عبد الحميد متولى وهي « 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 الكاثوليكي في القرنين السادس والسابع عشر . فالقديس توما Saint Thomas كان يميز بين السلطة من حيث جوهرها *l'essence du pouvoir* ويردها إلى الله ، وبين السلطة من، حيث مبادرتها بالفعل في ظل جماعة سياسية معينة *le pouvoir de fait* ويردها إلى البشر . ونحو آخر من رجال الدين الكاثوليكي منحى القديس توما ولا سيماء Bellarmin و Suarès <sup>١</sup> .

هذا وقد أخذ على المذاهب التيوبراطية أنها اذ ترد السلطة إلى ارادة الالهية تقوم على أساس يخرج عن دائرة البحث العلمي ، أو على حد وصف الاستاذ ديجي *extra-scientifique* <sup>٢</sup> .

**المذاهب الديموقراطية :** تتفق المذاهب الديموقراطية في أنها ترد السلطة إلى ارادة الاله ولا تقر بمشروعيتها الا اذا كانت مستمدة من تلك الارادة . ونظرا لأن هذه المذاهب ترتبط ارتباطا شديدا بالنظام الديموقراطي فاننا نوجز دراستها لحين دراسة النظام المذكور في القسم الثاني من هذا الكتاب .

### الدولة وحدود سلطانتها

هل تتمتع الدولة بسلطان مطلق من كل قيد أم أن ثمة حدودا تقييد هذا

(١) ديجي المرجع السابق الجزء الاول ص ص ٥٥٨-٥٦٤ .

ويلاحظ أن ثمة فارقا بين نظرتي الاختيار الالهي المباشر والاختيار الالهي غير المباشر من حيث النتيجة . فبينما تنتهي النظرية الاولى إلى التسليم للحكام بسلطان لا قيد عليه ولا مسؤولية وراءه ، تنتهي النظرية الثانية إلى اخضاع الحكام للقيود التي توجبها القوانين الطبيعية رعاية مصلحة البشر - المرجع السابق ص ٥٦٩ .

(٢) المرجع السابق ص ٥٥٧ .

السلطان ؟ «١»

ذهب فلاسفة اليونان والرومان الى أن التقيد يتنافى مع مقتضى سيادة الدولة على أن الرأي المستقر في الفقه الدستوري الحديث هو أن هناك حدوداً تقييد سلطان الدولة.

ولئن اتفق الفقهاء على أن سلطان الدولة مقيـد إلا أنهم اختلفوا في تـكـيـيفـ الـحـدـودـ التـىـ تـقـيـدـهـ منـ النـاحـيـةـ الـقـانـوـنـيـةـ .ـ وـ يـمـكـنـ أـنـ تـرـدـ آـرـأـهـمـ إـلـىـ نـظـرـيـاتـ رـئـيـسـيـةـ ثـلـاثـ :ـ الـحـقـوقـ الـفـرـديـةـ ،ـ وـ الـقـانـونـ الـطـبـيـعـيـ ،ـ وـ التـحـدـيدـ الـذـاتـيـ .ـ أـمـاـ الـاسـتـاذـ دـيجـيـ فـاـنـهـ أـنـشـأـ نـظـرـيـةـ جـدـيـدةـ هـىـ نـظـرـيـةـ التـضـامـنـ الـاجـتمـاعـيـ التـىـ تـتـنـاوـلـهـاـ بـعـدـ الـاتـهـاءـ مـنـ الـنـظـرـيـاتـ الـثـلـاثـ سـالـفـةـ الـذـكـرـ .ـ

**نظـرـيـةـ حـقـوقـ الـافـرـادـ :** لـيـسـ نـظـرـيـةـ حـقـوقـ الـافـرـادـ أوـ الـحـقـوقـ الـفـرـديـةـ doctrine théorie des droits individuels individualiste

وـالـفـكـرـةـ الرـئـيـسـيـةـ التـىـ يـقـومـ عـلـيـهـ هـذـاـ المـذـهـبـ هـىـ أـنـ لـلـفـرـدـ حـقـوقـاـ وـلـدـتـ مـعـهـ وـأـنـهـ كـانـ يـتـمـنـ بـهـاـ كـامـلـةـ فـيـ الـحـالـةـ الـطـبـيـعـيـةـ أـوـ الـفـطـرـيـةـ état de nature التـىـ عـاـشـ فـيـهـاـ مـعـيـشـةـ الـعـزـلـةـ وـالـاـنـقـرـادـ قـبـلـ أـنـ تـوـجـدـ الـجـمـاعـةـ .ـ وـ الـافـرـادـ اـذـ قـبـلـوـاـ الـاتـقـالـ مـنـ الـمـرـحـلـةـ الـطـبـيـعـيـةـ إـلـىـ مـرـحـلـةـ الـجـمـاعـةـ فـاـنـهـمـ لـمـ يـقـصـدـوـاـ مـنـ تـكـوـيـنـهـاـ إـلـىـ اـزـالـةـ مـاـ يـمـكـنـ أـنـ يـشـوـرـ مـنـ تـعـارـضـ بـيـنـ حـقـوقـهـمـ الـطـبـيـعـيـةـ كـيـماـ يـتـسـنىـ لـهـمـ مـبـاـشـرـةـ تـلـكـ الـحـقـوقـ عـلـىـ أـوـسـعـ نـطـاقـ .ـ

وـعـلـىـ هـذـاـ النـحـوـ تـكـوـنـ الـدـوـلـةـ لـاـحـقـةـ فـيـ نـشـائـتـهـاـ لـحـقـوقـ الـافـرـادـ بـلـ وـمـاـ نـشـائـتـ الـاـلـصـيـاتـهـاـ وـمـنـ ثـمـ مـلـزـمـةـ باـحـتـراـمـهـاـ وـمـقـيـدـهـ بـهـاـ فـيـ مـبـاـشـرـتـهـاـ

(١) انظر في هذا الموضوع ديجي المرجع السابق ص ص ٦٣١-٦٤٨، وكارييه دى مالبرج المرجع السابق الجزء الاول ص ص ٢٢٨-٢٤٣، و Esmein المرجع السابق الجزء الاول ص ص ٣٩-٤١ و ٥٥٧ وما بعدها، وبحثا للدكتور السيد صبرى بعنوان « مدى سلطان الدولة على الافراد » نشر بمجلة القانون والاقتصاد السنوية العشرون سنة ١٩٥٠ ص ص ١٤٩-١٨١.

لسلطانها «<sup>١</sup>» .

ولقد رحب رجال الثورة الفرنسية بالمذهب الفردى وسجلوا تائجه فى دساتيرهم وتشريعاتهم «<sup>٢</sup>» . فنص اعلان حقوق الانسان لسنة ١٧٨٩ على أنه « يولد الافراد ويظلون أحراراً ومتساوين في الحقوق » . والعایة 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 تمنع سائر أعضاء الجماعة بنفس هذه الحقوق » «<sup>٣</sup> » .

وأعلن دستور سنة ١٧٩١ أنه « لا تملك السلطة التشريعية سن أي قانون يتضمن مساساً أو عرقلة لممارسة الحقوق الطبيعية والمدنية المدرجة بهذا الباب والمكفولة بالدستور » «<sup>٤</sup> » .

ولقد وجهت الى نظرية حقوق الافراد اتقادات شتى كان أهمها ما وجّهه اليها الاستاذ دييجي وتلخصها فيما يلى :

(١) دييجي المرجع السابق الجزء الاول ص ص ٢٠٠ - ٢١٣ .

(٢) نظراً لأن حقوق الافراد تبدو في أكمل صورها في ظل النظام الدموي قراطي وتأثير بالأسس التي يقوم عليها فأننا نوجّل 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 الذي تقوم عليه هذه النظرية هو أن الفرد كان يتمتع بحقوقه كاملة في حالة العزلة والانفراد قبل نشوء المجتمع . ويتناقض هذا الأساس مع الحقائق العلمية الثابتة . فلم يحدث أن الفرد عاش في عزلة أو انفراد وإنما بحكم أنه كائن اجتماعي ولد في جماعة وعاش دائماً فيها .

ثانياً — على فرض التسليم بأن الفرد عاش في حالة فطرية من العزلة والانفراد فإنه لم يكن متتصوراً أن تكون له حقوق . وآية ذلك أن الحق علاقة بين طرفين على الأقل ولم يكن هناك طرف آخر يمكن أن تنشأ للفرد حقوق في مواجهته . وال الأولى أن يقال تمثيلاً مع الحقائق العلمية أن الفرد عاش دائماً في جماعة وقامت بينه وبين الأفراد الآخرين علاقات تولدت عنها حقوق متبادلة .

ثالثاً — لا تقدم هذه النظرية حلًا إيجابياً لمشكلة الحد من سلطان الدولة . فهى وإن ذهبت إلى أن للأفراد حقوقاً طبيعية يجب على الدولة أن تتقيى بها إلا أنها تركت أمر تعين تلك الحقوق إلى الدولة ذاتها «<sup>١</sup>» .

رابعاً — توصل هذه النظرية إلى تنتائج لا تتفق مع ما تهدف إليه . فأنصارها إذا يوجبون على الدولة احترام الحقوق الفردية يتوجهون بتفكيرهم إلى أن للفرد سلطاناً يقف موقف الصراع من سلطان الدولة . وهم إذا أذن يغلبوا سلطان الفرد فيقتلون النظام ويناصرون الفوضى ، وأما أن يغلبوا سلطان الدولة فيقتلون الحرية ويناصرون الاستبداد .

ولقد استشهد ديجي بكتابات زعماء المذهب الفردي ليدلل بها على

(١) وفي هذا يقول الاستاذ كارييه دي مالبرج أن نظرية الحقوق الفردية «تصدر عن خطأ متحقق لأن الحقوق محل البحث لا تكون لها أية قيمة قانونية إلا إذا أعلنت أى إلا إذا اعترف بها التشريع وأوجب احترامها . فالتشريع هو الذي يحدد في جميع الاحوال الشروط التي تلزم لمارستها ، وينظم الكيفية التي توضع بها موضع التنفيذ ، ويقرر الجزاء الوعني الذي يكفل مباشرتها» المرجع السابق الجزء الأول ص ٢٣٦ .

أنهم انتهوا اما الى الاخذ باتجاه فوضوى مثل Backounine و Stirner واما الى الاخذ باتجاه استبدادى مثل Kant و Jean-Jacques Rousseau و Hegel «١» .

**نظريّة القانون الطبيعي :** ذهب الاستاذان Michoud و Le Fur في فرنسا الى القول بتقييد سلطان الدولة استنادا الى نظرية القانون الطبيعي والعدالة «٢» théorie du droit naturel

ومقتضى هذه النظرية أن التمييز بين ما يعتبر عدلا وما لا يعتبر كذلك ليس مرده الى محض تقدير المشرع وانما مرده الى فكرة العدالة la notion de justice . ولا تجد الدولة مناصا من التقيد بهذه الفكرة في سبيل تحقيق التوازن الاجتماعي الذي هو شرط ضروري لايجاد الاستقرار فيها وتمكينها من أداء وظائفها .

ويأخذ الاستاذ كارييه دي مالبرج على هذه النظرية أن القيود التي تقررها على سلطان الدولة أدبية أو سياسية وليس قانونية . فالقاعدة لا يمكن أن تكون قانونية في نظره الا اذا كان لها جزاء مادي يكفل تنفيذها لأنها بذلك « تكتسب الصفة الشكلية أو الرسمية التي تميزها عن آية قاعدة أخرى » . والدولة هي التي تملك وحدتها في الوقت الحاضر أن تخلع هذه القوة التنفيذية على القواعد المنظمة للسلوك والعادات بين الأفراد » «٣» .

(١) ديجي المرجع السابق الجزء الاول ص ص ٦٤١-٦٣٣ ، ٢١٣-٢٠٨ .

(٢) يقرر الاستاذ Le Fur ان الدولة لا تعمل بممحض ارادتها وانما تخضع الى حد معين لكل شخص آخر لقوة أجنبية أسبق منها في الوجود وأقوى منها سلطانا - وهي قوة القانون الذي يطلق عليه البعض مجرد القانون le droit ويطلق عليه آخر القانون الطبيعي le droit naturel او قانون العقل le droit rationnel - انظر كارييه دي مالبرج المرجع السابق الجزء الاول ص ٢٣٥ .

(٣) المرجع السابق ص ٢٣٩ . ويدرك أيضا في ص ٢٤١ : =

**نظريه التحديد الذاتي للسيادة:** كان الفقهاء الالمان ينهاجون 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 الرأى القائل بأن سلطان الدولة حدوداً تقيده •

وسعياً 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 «<sup>١</sup>» •

ومقتضى هذه النظرية أن القانون من صنع الدولة وأنها تقييد به • فلئن كانت الدولة تملك الغاء أي قانون الا أنها ملزمة باحترام القانون القائم - عادياً كان أو دستورياً - إلى أن يتم الغاؤه • وهي اذ تلغى قانوناً قائماً لا تستطيع الا أن تحل محله قانوناً آخر وتقييد به •

فتقييد الدولة بالقانون ضرورة يقتضيها صالحها كدولة لأنها تتجنب بذلك الفوضى وتحقق الاستقرار وتتضمن اطاعة الأفراد • ويعرض اهرنج هذه الاعتبارات بقوله « يجب أن تقييد الدولة بالقانون • في بهذا وحده يتسعى تطبيق القاعدة تطبيقاً لا يدع مجالاً للمصادفات ويترك التحكم مكانه للمساواة والامن والشرعية التي يتحققها التشريع • وهذا ما يتوجه إليه تفكيرنا عندما تكلم عن سيادة القانون • وهذا ما تتطلبه في القانون عندما نريده أن يكون موافقاً لفكرة تنا عنه وعن دوره في 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 ديجي المراجع السابق الجزء الاول ص ص ٦٤٣-٦٤٨ ، ومقالاً نشر له بمجلة القانون العام الفرنسية سنة ١٩١٩ ص ص ١٦١-١٩٠ بعنوان : «La doctrine allemande de l'auto-limitation».

• «l'Etat de droit»<sup>١</sup>

وتقيد الدولة بالقانون على هذا النحو لا يكون طبقا لنظرية التحديد الذاتي منافيا لسيادتها لأنها إنما تخضع لقانون من صنعها وتقيد بارادتها لا بارادة أجنبية عنها •

ولقد ناصر الاستاذ كارييه دي مالبرج نظرية التحديد الذاتي في فرنسا<sup>٢</sup> ولكن كثيرا من الفقهاء وجهوا إليها انتقادات شتى على ضوء النظريات التي أخذوا بها في صدد تحديد سلطان الدولة • فالاستاذان Le Fur Michoud و

مثلا رفضا التسليم بأن الدولة لا تقييد إلا بمحض ارادتها وذهبوا إلى أنها مقيدة أيضا بالقانون الطبيعي • ووجه الاستاذ دييجي إلى النظرية المذكورة انتقادا جوهريا مؤداه أن الخضوع الاختياري لا يعده خضوعا وأن الدولة لا يمكن أن تعتبر مقيدة بالقانون طالما أنها هي وحدها التي تملك سنه والغايه في أي وقت تشاء<sup>٣</sup> •

نظرية التضامن الاجتماعي: خالف الاستاذ دييجي الفقه السائد في الكثير مما يتصل بالدولة • والذى يهمنا من آرائه في هذا الصدد ما ذهب إليه من أن الحكم والحاكمين يخضعون على السواء لقاعدة التضامن الاجتماعي التي هي أساس القانون •

---

(١) دييجي المرجع السابق ص ٦٤٣

(٢) يتمشى الاستاذ كارييه دي مالبرج مع نظرته إلى القانون على أنه من صنع الدولة . فهو يقرر أنه « طالما أن الأوضاع القانونية والتنظيمية في الدولة ذات السيادة ترتكز على محض ارادتها فإن القيود التي ترد على سلطانها نتيجة لتلك الأوضاع لابد وأن يكون مردتها أيضا إلى نفس هذه الإرادة . فالقيود المقررة في القانون الوضعى المعمول به هي وحدها التي يكون لها صفة قانونية بالمعنى الصحيح ... وهكذا تكون نظرية التحديد الذاتي للسيادة مستندة إلى 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 لاغر من البحث في هذا المقام أن نشير الى خلاصتها الجوهرية «١» فيما يلى :

القانون حقيقة اجتماعية فليس ينبغي أن يبحث عن أساسه في عالم المجهول الذي لا يقع تحت الحس أو الذي يجب أن يوجد كما تذهب إلى ذلك نظرية حقوق الأفراد أو نظرية القانون الطبيعي ، وإنما ينبغي أن يبحث عنه في عالم الواقع الملموس ◦

والواقع يثبت أن الإنسان كائن اجتماعي عاش دائماً في جماعة ولا يستطيع أن يعيش إلا في جماعة ◦ وهو يحتاج في اشباع حاجاته إلى أن يتضامن مع الأفراد الآخرين إما تضامناً مبناه الاشتراك معاً لأشباع حاجات متماثلة ( ويسمى ديجي التضامن بالتشابه solidarité par similitude ) واما تضامناً مبناه تبادل المنافع بين الأفراد لاختلافهم في الحاجات وفي قدرتهم على اشباعها ( ويسمى ديجي التضامن بتقسيم العمل solidarité par division du travail )

فالتضامن الاجتماعي حقيقة ملموسة يستمد منها القانون كيانه وصفته الازامية ◦ وهكذا يكون مصدر القاعدة القانونية ضمير الجماعة وجزاؤها منبعثاً من شعور الأفراد بوجوب مراعاة التضامن بينهم ◦ وتفرض قاعدة التضامن الاجتماعي نفسها على الحكماء والحاكمين بصورة توجب عليهم

---

(١) يفصل ديجي نظريته في الفصل المخصص لموضوع القاعدة القانونية la règle de droit وهو الفصل الأول من المرجع السابق ◦

ويمكن الاطلاع على خلاصة النظرية في بحث الدكتور السيد صبرى سالف الاشارة إليه ص ص ١٧١-١٨١ ، وفي مؤلفات المدخل للدراسة القانون بصدر موضوع طبيعة القاعدة القانونية وعلى الأخص الاستاذين السنهورى 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 الاجتماعي والامتناع عن كل ما من  
شأنه أن يخل به .

ولقد وجهت إلى نظرية التضامن الاجتماعي اتقادات كثيرة أهمها أن  
ديجي أقام النظام الاجتماعي على حقيقة واحدة هي التضامن الاجتماعي  
بينما الواقع يثبت أنه يقوم على حقائق أخرى في مقدمتها حقيقة التنافس  
وتنافس البقاء بين الأفراد .

وينتقد الاستاذ كارييه دى مالبرج هذه النظرية على ضوء نظرته الشكلية  
إلى القانون . فهو يأخذ عليها أنها تفضي إلى أن « يكون الحكم على صحة  
تصرفات الحكام ليس مرده إلى نظام قانوني مبين سلفاً ومحدد بقانون  
من جانب الدولة وإنما إلى شعور يتولد عبراً في ضمير المجموع وإلى نواحي  
رد الفعل التي تنتج عن هذا الشعور . وهذا النوع من القيود لا يخضع  
لأى تكيف قانوني ويخرج البحث فيه عن نطاق القانون » (١) .

## المبحث الثاني

### أنواع الدول

#### المطلب الأول - الدول البسيطة (أو الموحدة) والدول المركبة

يقسم الفقهاء الدول أنواعاً (١) تختلف تبعاً للوجهة التي يتخذونها  
أساساً للتقسيم . والذى يهم الباحث الدستورى من أنواع الدول تلك  
التي تتفرع عن تقسيمها إلى دول بسيطة أو موحدة ودول مركبة .

(١) المرجع السابق الجزء الأول ص ص ٢٣٦ و ٢٣٧ .

(٢) تتناول المؤلفات الدستورية في مصر الدولة من نواح أربع : تعريفها  
(ويشمل التعريف بيان الأركان ) ، وأصل نشأتها ، وأنواعها (أو أشكالها ) ،  
وظائفها . على أننا اقتصرنا في صدد الدولة على معالجة تعريفها وأنواعها  
=

**فاليول البسيطة أو الموحدة** *Etats simples ou unitaires* هي التي

تبادر فيها سلطات الحكم هيئة موحدة أى حكومة واحدة كما هو الشأن بالنسبة لفرنسا وبلجيكا واليونان وايران ومصر .

وليس يتنافى مع وحدة الدولة من الناحية السياسية أن تكون لها مستعمرات أو أن تكون مقسمة إلى وحدات ادارية تتولى شئونها هيئات تتمتع بسلطات خاصة طالما أن سلطات الحكم مرکزة 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 فإنه يدخل أساسا في مباحث علم الاجتماع . ولا يهم الباحث الدستوري إلا بقدر نظرا لأن القانون الدستوري يفترض دولة قد وجدت بالفعل وينظم علاقتها بالأفراد من الناحية السياسية . فالذي يهم الباحث الدستوري من موضوع أصل نشأة الدولة لا يكاد يتتجاوز النظريات التي قيل بها لتبرير مشروعية سلطان الدولة . ولما كانت هذه النظريات تتصل أو تؤثر في الاتصال بالسلطة السياسية فاننا آثرنا تناولها بوصفها موضوعا متفرعا عن موضوع أركان الدولة (راجع صص ٢٣٦ - ٢٣٩ من هذا الكتاب ) .

أما موضوع وظائف الدولة فإنه يدخل أساسا في مباحث علم الاقتصاد السياسي . على أنه نظرا للدور الملحوظ الذي تؤثر به الدولة في المجال القانوني فإنه يهم الباحث القانوني أن يحدد هذا الدور بقدر ما يهم الباحث الدستوري أن يتقصى أثره في مجال النظم السياسية . وهكذا يبدو أن الأهمية الدستورية لموضوع وظائف الدولة تقتصر على بيان أثر نشأة الدولة في النظم السياسية وهو ما سيتضمن خلال دراستنا التفصيلية للنظم السياسية في القسم الثاني من هذا الكتاب .

## أو الاستقلالي ، والاتحاد المركزي «١» .

الاتحاد الشخصي «٢» : هو اتحاد دولتين في شخص رئيس الدولة فحسب . فليس يترتب عليه المساس بسلطان أي الدولتين في الخارج أو في الداخل . والامثلة التقليدية التي تذكر للاتحاد الشخصي أمثلة تاريخية تفترض نشأته نتيجة لوجود شخص واحد يؤول إليه العرش في دولتين بحكم قوانين الوراثة ، كما أنها تفترض اقضاهاه نتيجة لزوال صفة الملك عن ذلك الشخص في أحدي الدولتين بحكم قوانين الوراثة فيها . وهذا هو الشأن بالنسبة لاتحاد بريطانيا العظمى وهانوفر الذي نشأ سنة ١٧١٤ واقتضى سنة ١٨٣٨ عندما تولت الملكة فيكتوريا عرش بريطانيا لأن دستور هانوفر لم يكن يسمح للنساء بتولي العرش ، واتحاد هولندا ولكسمبرج الذي نشأ سنة ١٨١٥ واقتضى سنة ١٨٩٠ عندما تولت الملكة ولهمينا عرش هولندا لأن دستور لكسمبرج أيضا لم يكن يسمح للنساء بتولي العرش .

وينظر أغلب الفقهاء إلى الاتحاد الشخصي على أنه أثر تاريخي ورابة 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 وإيطاليا الذي نشأ سنة ١٩٣٩ نتيجة لعرض التاج من جانب الجمعية التشريعية في ألبانيا على

---

(١) فضلاً عن المراجع الدستورية التي سنشير إليها في موضعها نحيل في تفصيل أنواع الدول إلى مؤلفات القانون الدولي العام الآتية : الدكتور محمود سامي جنينه 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، Georges Scelle Cours de droit international public سنة ١٩٤٨ ص ٢٦١ وما بعدها .

فيكتور امانوويل ملك ايطاليا وانقضى سنة ١٩٤٣ نتيجة لهزيمة ايطاليا في الحرب العالمية الاخيرة .

وأيا كان اختلاف الفقهاء حول الكيفية التي ينشأ بها الاتحاد الشخصي فإنهم متتفقون على أن أثره ينحصر في اجتماع رئاسة الدولتين لشخص واحد وأنه لا يحول دون استبقاء كل دولة لسلطانها الخارجي والداخلي بكل ما يترتب على ذلك من آثار قانونية «١» .

**الاتحاد الحقيقي أو الفعلى** «٢» : هو اتحاد دولتين في شخص رئيس الدولة وفي الهيئة التي تشرف على الشؤون الخارجية .

فالاتحاد الحقيقي أقوى من الاتحاد الشخصي «٣» لأنّه لا يقتصر على مجرد خضوع الدولتين لرئيس واحد وإنما يفيد أيضاً اندماج الدولتين من الناحية الخارجية بمعنى أنّ هيئة مشتركة تباشر الشؤون الخارجية نيابة عنّهما «٤» . على أنّ كلاً من الدولتين تستيقن في

---

(١) نذكر من هذه الآثار خارجياً استقلال كل من الدولتين عن الأخرى في تحمل المسئولية عن أعمالها ، وفي المعاهدات التي تبرمها وال Herb التي تعلنها حتى أن الاتفاقيات التي تبرم بين الدولتين تعتبر معاهدات بالمعنى الصحيح وال Herb التي تعلن بينهما تعتبر حرباً دولية لا حرباً أهلية .

ومن أهم الآثار التي تترتب داخلياً استقلال كل من الدولتين عن الأخرى من حيث الجنسية ومن حيث نظام الحكم . فرعايا أحدهما لا يعتبرون رعايا الآخر ، ونظام الحكم في أيهما قد يكون مغایراً لنظام الحكم في الآخر كما كان الشأن بالنسبة لاتحاد بلجيكا والكونغو بين سنة ١٨٨٥ وسنة ١٩٠٨ إذ أنّ النظام كان ملكية دستورية في بلجيكا وملكية مطلقة في الكونغو .

Union réelle, Real Union (٢)

(٣) يتفق الاتحادان الشخصي وال حقيقي في أنّ كلاً منهما لم ينشأ إلا بالنسبة لدولتين (لا أكثر ) تأخذان بالنظام الملكي .  
هذا المشاهد في الاتحاد الحقيقي أنه لم ينشأ إلا بالنسبة لدولتين متجاورتين .

(٤) يترتب على اتحاد الدولتين في الشؤون الخارجية نقىض الآثار التي تترتب على الاتحاد الشخصي ، فلا تملك أى الدولتين أبرام معايدة أو اعلان حرب استقلالاً عن الدولة الأخرى ، وإذا قامت بينهما حرب اعتبرت حرباً أهلية لا دولية .

الاتحاد الحقيقي - كما هو شأن في الاتحاد الشخصي - سلطانها الداخلي.

وقد ينشأ الاتحاد الحقيقي عن طريق ابرام معايدة 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 وال مجر بين سنة ١٨٦٧ وسنة ١٩١٨ واتحاد الدانيميرك وايسنلدا بين سنة ١٩١٨ وسنة ١٩٤٤ «١» .

الاتحاد التعاہدی أو الاستقلالي «٢» : هو اتحاد يضم دولاً متعددة «٣» على نحو تستبقى معه كل منها سلطانها في الخارج وفي الداخل وإن وافقت على قيام هيئة مشتركة بتصريف بعض شؤونها الخارجية نيابة عنها .

وينشأ الاتحاد التعاہدی عن طريق معايدة «٤» بين الدول تقضى بإنشاء هيئة تسمى المؤتمر «٥» . وليس المؤتمر دولة فوق الدول الأعضاء وإنما هو مجرد هيئة استشارية أو على حد تسميتها مؤتمر سياسي تقتصر مهمته عند حد رسم سياسة مشتركة لعرضها على الدول الأعضاء في الاتحاد كيما تقرر ما تراه في شأنها . ولا يثبت للمؤتمر من اختصاصات إلا ما توافق عليه الدول بالاجماع كما أن الموافقة الاجماعية لازمة في تعديل تلك الاختصاصات .

---

(١) هذه هي الامثلة التقليدية للاتحاد الحقيقي . وينظر أغلب الفقهاء إلى الاتحاد الحقيقي على أنه أثر تاريخي كالاتحاد الشخصي . على أن البعض يرون إمكان قيام اتحاد حقيقي في العصر الحديث كما هو شأن بالنسبة لاتحاد هولندا وأندونيسيا الذي تم باتفاق الدولتين في لاهاي سنة ١٩٤٩ .

Confédération d'Etats, Confederation (٢)

(٣) يختلف الاتحاد التعاہدی من هذه الناحية عن كل من الاتحادين الشخصي وال حقيقي اللذين لم تعرف نشأتهم إلا بين دولتين فحسب .

(٤) Pacte fédéral - وينسب الاتحاد التعاہدی إلى المعاهدة التي هي سند نشأته .

(٥) ويطلق عليها تسميات مختلفة مثل congrès, assemblée, diète

وهكذا يبدو أن الدول الأعضاء 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 فإنه لا يملك مباشرة أي سلطان على رعايا الدول الأعضاء في الاتحاد ، ولا سبيل أمامه للاتصال بهم إلا عن طريق الدول ذاتها .

ويلزم في القرارات التي تصدر من المؤتمر أن توافق عليها الدول الأعضاء في الاتحاد بالاجماع أو على الأقل أن كان يجوز صدورها بالأغلبية يلزم من الاقرار بحق أية دولة معارضة في أن تنفصل عن الاتحاد .

وظاهر أن الاتحاد التعااهدى رابطة صناعية وضعيفة ولذا فإنه لا يعم طويلاً وينتهي عادة إما باتفاق الدول الأعضاء كما كان الشأن بالنسبة لاتحاد جمهوريات أمريكا الوسطى سنة ١٨٩٨ الذي انقضى نتيجة لاتفاق هندوراس ونيكاراجوا وسان سلفادور ، وأما باشتداد الصلة بين الدول الأعضاء فيتحول بذلك إلى اتحاد مركزي كما حدث بالنسبة للاتحاد الأمريكي سنة ١٧٨٧ والاتحاد السويسري سنة ١٨٤٨ والاتحاد الגרمانى سنة ١٨٦٦ .

**الاتحاد المركزي** «١» : هو اتحاد يضم دولاً متعددة في شكل دولة واحدة هي دولة الاتحاد تتولى تصريف بعض الشؤون الداخلية لكل دولة وكل أو بعض الشؤون الخارجية الخاصة بالدول جميعاً «٢» .

---

Etat fédéral, Federal State (1)

(٢) يطلق بعض المؤلفين على الاتحاد التعااهدى الدول المتعاهدة وعلى الاتحاد المركزي الدول التعااهدية . ونحن لانرى في هاتين التسميتين تميزاً كافياً مدلولاً لهما . فوصف متعاهد كوصف تعااهدى كلابهما مستمد من المعاهدة أو التعااهد ولا يتصور أن يحمل أيهما في مجال الاتحادات الدولية إلا على مدلول الاتحاد التعااهدى أو الاستقلالى .

وليس السنداً الذي ينظم الاتحاد المركزي معاهدة تبرمها الدول الأعضاء فيه كما هو الشأن بالنسبة للاتحاد التعاہدی وإنما هو دستور تلتزم بأحكامه فيما بينها وبين دولة الاتحاد . ويحول الدستور دولة الاتحاد سلطاناً مباشراً على رعايا الدول الأعضاء و اختصاصات تكفل تنفيذ القرارات التي تتخذها عن طريق سلطاتها مباشرةً أى دون حاجة إلى الالتجاء لتلك الدول «١» .

---

اما وصف هوكري فإنه ينسى بمدلول مميز عن وصف تعاہدی اذ يفيد تركر السلطان في يد حکومة معينة هي حکومة دولة الاتحاد .

(١) ظاهر أن الاتحاد المركزي يتافق مع الاتحاد التعاہدی في أن كلاً منهما ينشأ بين دول متعددة ، ولكنهما يختلفان اختلافاً جوهرياً مرده إلى أن الاتحاد المركزي يفضي إلى قيام دولة تتكون من مجموع الدول الأعضاء فيه بينما لا يفضي الاتحاد التعاہدی إلا إلى نشوء المؤتمر الذي لا يعتبر أكثر من هيئة للتشاور بين دول تحتفظ بكمال سلطانها .

وهذا الفارق الجوهرى بين الاتحادين المركزي والتعاہدی هو الذى يفسر مظاهر الاختلاف الآخرى بينهما . فبحكم أن الاتحاد المركزي يؤدى إلى قيام دولة الاتحاد التى تتكون من مجموع الدول الأعضاء يكون السنداً في تنظيمه الدستور الاتحادي ، ويكون له سلطان مباشر على رعايا الدول الأعضاء الذين يعتبرون رعاياه . أما الاتحاد التعاہدی فلا يؤدى إلى قيام دولة مماثلة فتبقى الدول الأعضاء فيه كاملاً السلطان ، ويكون السنداً في تنظيمه المعاہدة التي تقبل الدول الارتباط بها ، ولا يكون للمؤتمر أى سلطان مباشر على رعايا الدول الأعضاء .

ويوضح الاستاذ كارييه دى مالبرج (المراجع السابق الجزء الاول ص ٩٢)  
الفارق الجوهرى بين الاتحادين المركزي والتعاہدی 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 هنا النحو يختلف الاتحاد المركزي عن الاتحادات الشخصية والحقيقة والتعاهدية فالاتحاد الشخصي ينحصر في شخص رئيس الدولة بين دولتين تستبقى كل منهما سلطانها الخارجي وسلطانها الداخلي كاملاً • والاتحاد الحقيقي يقوم بين دولتين يمتزج سلطانهما الخارجي ولكن تستبقى كل منهما سلطانها الداخلي كاملاً • والاتحاد التعاهدى يقوم بين دول متعددة تتنازل كل منها بمقتضى معاهدة عن بعض سلطانها الخارجي إلى المؤتمر ولكنها تستبقى سلطانها الداخلي كاملاً فضلاً عن حقها الثابت في رفض تنفيذ القرارات التي تصدر من المؤتمر في حدود اختصاصه • أما الاتحاد المركزي فإنه يقوم بين دول متعددة تتنازل كل منها بمقتضى دستور عن بعض سلطانها الداخلي وكل أو بعض سلطانها الخارجي إلى دولة تتكون منها جميعاً هي دولة الاتحاد •

يتضح مما تقدم أن مبني الاتحادات الشخصية والحقيقة والتعاهدية هو تنظيم السلطان الخارجي للدول الأعضاء فيها لأنها إنما تقوم بين دول تحفظ سلطانها الداخلي كاملاً • أما الاتحاد المركزي فمبناه تنظيم السلطان الداخلي للدولة لأنه يقوم بين دول تتنازل عن جزء من سلطانها الداخلي إلى دولة الاتحاد •

وإذا كان القانون الدولي العام هو الذي ينظم السلطان الخارجي للدولة ومن ثم يعني بالاتحادات الشخصية والحقيقة والتعاهدية ، فإن القانون العام الداخلي هو الذي ينظم السلطان الداخلي ومن ثم يكون الاتحاد المركزي حقيقة بعينة الباحث الدستوري • وهذا ما يحدو بنا إلى أن نتناول الاتحاد المركزي بشيء من التفصيل فيما يلي •

### المطلب الثاني - الدولة الاتحادية (الاتحاد المركزي)

#### الدولة الاتحادية والولايات

يتكون الاتحاد المركزي من الدول الأعضاء فيه بوصفها وحدات سياسية متميزة ، ومنها مجتمعة في شكل دولة الاتحاد • فقوام الاتحاد

المرکزی اذن هو تنظیم العلاقة بين دولة الاتحاد والدول الاعضاء . وسبعين  
عند تفصیل هذه العلاقة فيما بعد أن دولة الاتحاد أبرز طابعا وأقوى مركزا  
من الدول الاعضاء «<sup>١</sup>» .

وهذا هو ما يجعلنا نطلق على الاتحاد المرکزی اصطلاح **الدولة الاتحادية** ،  
وعلى الدول الاعضاء اصطلاح **الولايات** . فاصطلاح الدولة الاتحادية ييرز  
قيام دولة مستندة الى اتحاد عددة دول «<sup>٢</sup>» . واصطلاح الولايات يفيد  
وجود وحدات سياسية متميزة تتوافر في كل منها أركان الدولة وان كانت  
تقصر عن أن تصاهم في دولة الاتحاد في مركزها القانوني «<sup>٣</sup>» .

ونقسم الكلام في الدولة الاتحادية الى موضوعين رئيسيين :  
أولاً — نشأة الدولة الاتحادية و نهايتها .  
ثانياً — مظاهر الدولة الاتحادية .

## أولاً — نشأة الدولة الاتحادية و نهايتها

### نشأة الدولة الاتحادية

منذ أن تحول الاتحاد التعاہدی الامريکي الى اتحاد مرکزی سنة ١٧٨٧  
نشأت دول اتحادية كثيرة نذكر منها المانيا في قانون دستوري سنة ١٨٧١

(١) انظر ص ٢٧٩ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٢) ايجاز اصطلاح الدولة الاتحادية يجعله في نظرنا أفضل من اصطلاح  
الذى يستعمله البعض وهو « **الدولة المتحدة اتحاداً مرکزياً** » ، كما أن نسبته  
إلى الاتحاد تجعله أكثر دقة من اصطلاح « **الدولة المتحدة** » الذي ينصرف إلى  
ابراز طابع دولة الاتحاد انصراً فايقاد أن ينقطع معه عن اظهار طابع الدول الاعضاء  
في الاتحاد .

(٣) لاصطلاح « **الولايات** » مزية أخرى محققة وهي أنه يغنينا عن تسمية  
الدول الاعضاء في الاتحاد تسميات تختلف من اتحاد آخر كالولايات States  
في الاتحاد الامريكي والمقاطعات cantons في الاتحاد السويسري .

وستة ١٩١٩ والنمسا في ظل دستور سنة ١٩٢٠ ، وسويسرا والاتحاد السوفييتي ، وكندا واستراليا واتحاد جنوب أفريقيا ، والمكسيك والارجنتين والبرازيل وفنزويلا «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 تحدو بالدول إلى 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 تبعاً لاختلاف ظروف الدول الداخلة في تكوينها من سياسية واقتصادية واجتماعية وغيرها .

على أنه أياً كان اختلاف تلك العوامل فإن أثرها يتمثل في إيجاد رغبة بين الدول في أن تتحد اتحاداً لا ينال من سلطانها إلا بالقدر الضروري لغايات الاتحاد . والحق أن الدولة الاتحادية إنما نشأت استجابة لحاجة

(١) يختلف الفقهاء حول ما يجب اعتباره معياراً قانونياً مميزاً للدولة الاتحادية ، ويختلفون تبعاً لذلك فيما يجب اعتباره دولاً اتحادية بالمعنى الصحيح من الأمثلة التي ذكرناها . ولما كنا أميل إلى النظر للفكرة الاتحادية باعتبارها فكرة مرنّة ومتطورة على ما سنبينه فيما بعد فإننا اعتبرنا بعض الدول اتحادية بالرغم من انكار فريق من الفقه هذه الصفة عليها بحكم نظرتهم الضيقـة للفكرة الاتحادية .

(٢) انظر في تفصيل هذه العوامل :

Elements of democratic government — Corry

الطبعة الثانية سنة ١٩٥١ صص ٤٨٢ - ٤٨٤ و ٥١٠ - ٥١٢ .  
و المرجع السابق صص ١٦٦ - ١٨١ Finer حيث يفصل الظروف التاريخية والعوامل التي أدت إلى نشأة الاتحاد المركزي في استراليا وكندا والولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا ، و Sait المراجع السابق ص ٣٩٢ وما بعدها حيث يفصل أثر العوامل الاقتصادية في نشأة الاتحادات المركزية ، ومطول بيردو المرجع السابق الجزء الثاني صص ٣٩٢ - ٣٩٣ .

الدول الى التوفيق بين رغبتيْن: رغبتها في أن تكون كتلة واحدة ، ورغبتها في أن تحافظ كل منها على أوفي قدر من الاستقلال الذاتي «١» .

وتنشأ الدولة الاتحادية بأحد أسلوبين : اما نتيجة لاتفاق دول مستقلة «٢» وهذا هو الغالب كما حدث بالنسبة لنشأة الولايات المتحدة الامريكية وسويسرا ، واما نتيجة لانفصال الدول الاعضاء عن دولة موحدة مع رغبتها في الاستمرار متحدة اتحاداً مركزياً «٣» كما حدث بالنسبة للمكسيك سنة ١٨٥٧ والبرازيل سنة ١٨٩١ والاتحاد السوفييتي سنة ١٩١٨ .

#### نهاية الدولة الاتحادية

ينقضى الشكل الاتحادي للدولة بانقضاء الدولة ذاتها وذلك بأحد الاسباب التي تنقضى بها الدول عموماً وفقاً لاحكام القانون الدولي العام «٤» .

على أنه يمكن أن ينقضى الشكل الاتحادي ذاته بأحد أسلوبين يقابلان الاسلوبين 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 في هذا المعنى (المراجع السابق ص ١٤٣) :

«A fédéral state is a political contrivance intended to reconcile national unity and power with the maintenance of (state rights)».

fédéralisme par agrégation ou association (٢)

fédéralisme par ségrégation ou dissociation (٣)

(٤) يراجع في أسباب انقضاء الدول عموماً الدكتور محمود سامي جنينه المراجع السابق ص ص ٩٩-١٠٠ والدكتور أبو هيف ص ص ١٤٨-١٤٩ .

(٥) ليس هناك ما يمنع من انقضاء الشكل الاتحادي عن طريق تحول الاتحاد المركزي الى اتحاد تعاهدي . على أن هذا الفرض وان أمكن تصوره من الناحية

## ثانياً - مظاهر الدولة الاتحادية

تُقدم أن الفكرة الاتحادية نشأت استجابة لحاجة الدول إلى التوفيق بين رغبتيْن : رغبتها في أن تكون كتلة واحدة ، ورغبتها في أن تحافظ كل منها على أوفي قدر من الاستقلال الذاتي . وبحكم تطور الظروف التي تمر بها الدول تتطور الحاجة إلى التوفيق بين الرغبتيْن المتقدمتين وتتطور تبعاً لذلك الفكرة الاتحادية ومظاهرها المختلفة .

على أنه أيَا كان تطور الفكرة الاتحادية فان مظاهرها لابد وأن تصدر عن الاعتبارين الرئيسيْن اللذين يسيطران على نشأة الدولة الاتحادية وهما : اعتبار الوحدة ، واعتبار الاستقلال . فاعتبار الوحدة يتمثل في تنظيم دولة الاتحاد ، واعتبار الاستقلال يتمثل في تنظيم الولايات . ويتنازع هذان الاعتباران تنظيم العلاقة بين دولة الاتحاد والولايات ، الامر الذي يؤدى حتماً إلى ايجاد تنظيم تتوزع بمقتضاه سلطات الحكم بين دولة الاتحاد والولايات «<sup>١</sup>» .

---

= النظرية بعيد الحصول من الناحية العملية لما هو مشاهد في الدول الاتحادية من اتجاه نحو زيادة التركز (أى نحو الدولة الموحدة) لا الانفصال - انظر موسكيلي المرجع السابق ص ص ٢٩٠-٢٩٧ .

(١) يفسر معظم الفقهاء مظاهر الدولة الاتحادية على أساس النظر إلى الدول الاتحادية بوصفها دولاً موحدة من بعض نواحيها ودولًا مركبة من النواحي الأخرى . وهذا ما يعبر عنه الاستاذ كارييه دي 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 إلى ثلاثة مجالات : دولة الاتحاد =

وعلى هذا النحو يمكن أن ترد مظاهر الدولة الاتحادية إلى 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

تساوير دولة الاتحاد كالدولة الموحدة على ثلاثة أركان : شعب ، واقليم ،  
حكومة 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 إلى اشتراك الولايات مع دولة الاتحاد في سلطات الحكم .  
ولقد حدا بنا إلى هذا التقسيم الرغبة في تيسير إبراز الحقائق الأساسية التي  
تقوم عليها الدولة الاتحادية .

(١) تتنوع الدول الاتحادية تنوعاً كبيراً ومن ثم تختلف في مظاهرها اختلافاً  
جعل الفقهاء يترددون حول ما يجب أن يعتبر المعيار القانوني المميز للدولة  
الاتحادية عن الدولة الموحدة - انظر مثلاً موسكيلي المرجع السابق ص ١٥٤ -  
١٩٠ ، و Durand — Les Etats fédéraux سنة ١٩٣٠ ص ٣١٣ - ٣٥٨ .

ونحن إنما نسجل هنا المظاهر الرئيسية للدولة الاتحادية أي 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 . وتحرص الدساتير الاتحادية  
عادة على أن يجعل سلطة تنظيم المسائل المتصلة بالجنسية والت الجنس من  
اختصاص دولة الاتحاد لا الولايات - موسكيلي المرجع السابق ص ١٤٤ -  
١٤٥ .

وأما الأقليم فهو أقليم الولايات منظوراً إليه في مجموعه (١) .  
وأما الحكومة أو السلطة السياسية فهي حكومة الاتحاد التي تمثل  
أساساً في السلطتين التشريعية والتنفيذية .

وتكون السلطة التشريعية الاتحادية من مجلسين يتشكل أحدهما  
بالانتخاب من مجموع رعايا الولايات ، ويتشكل الآخر بالاستناد إلى  
الولايات باعتبارها وحدات سياسية متميزة . وتحتفل تسمية المجلسين تبعاً  
للدساتير الاتحادية (٢) . على أنه يحسن أن نطلق على المجلس الممثل  
لشعب الاتحاد **المجلس الشعبي** ، وأن نطلق على المجلس الممثل للولايات  
**مجلس الولايات** (٣) .

---

(١) تنص الدساتير الاتحادية على الأقليم عادة بوصفه الأقليم القومي  
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 دستوري المانيا لسنة ١٨٧١ ولسنة ١٩١٩ ) أو Chambre des députés ( يسمى المجلس الممثل للولايات ذاتها le Conseil fédéral ( كما هو الشأن في ظل دستور النمسا لسنة ١٩٢٠ ) أو Reichsrath ( كما هو الشأن في ظل دستوري المانيا أو Bundesrath ( سالفى الذكر ) أو Sénat fédéral ( يسمى 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 يُودى هذان الوصفان إلى اعتبار المجلس الممثل لمجموع الرعايا أضعف من المجلس الممثل للولايات في جميع الدساتير الاتحادية ، وهذا ما يخالف الوضع المقرر في بعض تلك الدساتير على الأقل — انظر سالفى الذكر ) أو Chambre des Etats (

(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 يُودى هذان الوصفان إلى اعتبار المجلس الممثل لمجموع الرعايا أضعف من المجلس الممثل للولايات في جميع الدساتير الاتحادية ، وهذا ما يخالف الوضع المقرر في بعض تلك الدساتير على الأقل — انظر ص ص ٢٧٤ - ٢٧٦ من هذا الكتاب .

وتتلافى التسمية التي اقترحناها للمجلسين عدم الدقة في هذا الصدد لأنها تنسب كلاً منها إلى الهيئة التي يمثلها دون أن تتعرض لاختصاصاته أو مركزه القانوني .

وازدواج السلطة التشريعية في الدول الاتحادية ليس مرده إلى الأسباب التي حدت بالدول الموحدة إلى ايجاد مجلسين وإنما إلى اعتبارات تتصل بالشكل الاتحادي ذاته من حيث ضرورة اشراك الولايات في سلطات الحكم . وتسسيطر هذه الاعتبارات أيضا على تشكيل مجلس الولايات وتحديد اختصاصه ولكن لا أثر لها بالنسبة للمجلس الشعبي .

فالمجلس الشعبي ينتخب من الأفراد بوصفهم رعايا دولة الاتحاد ووفقا للاوضاع الانتخابية التي تقررها الأخيرة «١» شأنه في هذا شأن البرلمان في دولة موحدة . بل انه حتى بالنسبة لمجلس الولايات يلاحظ أنه أيها كان الدور الذي تباشره الولايات في تشكيله فإنه يعتبر من الناحية القانونية على الأقل هيئة تتبع دولة الاتحاد و تعمل باسمها «٢» .

وتكون السلطة التنفيذية الاتحادية من رئيس الدولة وحكومة الاتحاد . والشاهد 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 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 إليهم عند التصويت في المجلس (أنظر 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 لا تجدد انتخابهم .

(٣) تعتبر المانيا سنة ١٨٧١ مثلا تقليديا لدولة اتحادية ذات نظام ملكي . وكان ملك ولاية بروسيا هو الذي يعتبر رئيسا للدولة الاتحادية ويلقب بأمير اطوار الالمان بحكم اعتلائه عرش بروسيا . وهكذا كان دور بروسيا واضحا في رئاسة دولة المانيا الاتحادية . وعزى هذا الوضع الشاذ إلى الظروف التي نشأ فيها اتحاد المانيا المركزي إذ أن تعداد سكان بروسيا وحدها كان يصل إلى نسبة =

اما بطريق مباشر كما هو الشأن بالنسبة للمكسيك (المادة ٧٦) والبرازيل (المادة ٤٧) والمانيا (دستور قيمير 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 ، وفي حالة انتخابه بطريق غير مباشر يمكن للولايات أن تؤثر فيه ولكن الاثر الذى تبادره لا يصل الى الحد الذى ينفى الطابع الموحد فى اختياره «<sup>١</sup>» .

اما 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 لايota 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 «<sup>٢</sup>» .

= أربعة أسابيع مجموع سكان الاتحاد — Durand المرجع السابق ص ٢٣٣  
هذا وقد انكر بعض الفقهاء الالمان صفة الملك على رئيس دولة المانيا الاتحادية على أساس أن السلطان كان مركزا في يد الهيئات الاتحادية ، وذهب بعضهم إلى أن الاتحاد المركزى لا يمكن أن ينشأ إلا فى ظل نظام الحكم الجمهورى — كاريء 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 ١٥١-١٥٠ ، ومطمول بيردو المرجع السابق الجزء الثانى ص ص ٤٣٢-٤٣٣ .

فمقتضى أسلوب الادارة المباشرة *système de l'administration directe*

أن تنشئ حكومة الاتحاد ادارات لها في الولايات تكون تابعة لها وخاضعة لتعليماتها ومستقلة عن ادارة الولايات كما هو الشأن بالنسبة للولايات المتحدة الامريكية .

ومزية هذا الاسلوب هي انه يجعل تنفيذ القوانين في يد موظفين خاضعين لحكومة الاتحاد خصوصاً مباشراً فيتسرى للاخيرة عن طريق سلطتها الرئاسية ضمان تنفيذ القوانين على الوجه الذي تراه كاملاً .

على أنه يعيي هذا الاسلوب ما يفضي اليه من أعباء مالية تهدى الميزانية العامة ومن تعقيد في الجهاز الاداري لا يؤم من معه التعطيل والتنافر بين الادارة الاتحادية وادارة الولايات . ولقد هاجم كثير من الفقهاء في الولايات المتحدة الامريكية أسلوب الادارة المباشرة وأبرزوا عيوبه المتقدمة .

ومقتضى أسلوب الادارة غير المباشرة *système de l'administration indirecte* اعتماد حكومة الاتحاد على ادارة الولايات في تنفيذ القوانين الاتحادية واكتفاؤها ب مباشرة نوع من الرقابة الادارية عليها كما كان الشأن بالنسبة لالمانيا في ظل دستورى سنة ١٨٧١ وسنة ١٩١٩ .

ومزية هذا الاسلوب هي عيب أسلوب الادارة المباشرة ، وعييه هو مزية الاسلوب المذكور . فمزيته أنه يوفر في النفقات العامة ويحقق الانسجام بين الادارة الاتحادية وادارات الولايات ، وعييه أنه يعرض تنفيذ القوانين الاتحادية لتراثي ادارة الولايات .

اما أسلوب الادارة المختلطة *système mixte* فانه يجمع بين الاسلوبين المتقدمين بمعنى أن حكومة الاتحاد تنشئ لها ادارات فرعية في الولايات وتجعل من اختصاصها تنفيذ بعض القوانين ، وتكتفى بالاعتماد على ادارات الولايات في تنفيذ البعض الآخر كما هو الشأن بالنسبة لسويسرا وكما كان الشأن بالنسبة للنمسا قديماً ( دستور سنة ١٩٢٠ ) .

## ٢ - مظاهر الاستقلال في الولايات

تقدّم أن اعتبار الاستقلال هو الذي يسيطر على تنظيم الولاية . ويتمثل استقلال الولاية في مظاهر شتى أهمها ما يتصل بأمرین : الأقليم ، والتنظيم الذاتي .

فبالنسبة للأقليم تسلّم معظم الدساتير الاتحادية بسلطان الولاية على أقليمهما ولا تجيز فصل أي جزء منه أو ضمه إلى غيره إلا بموافقة سلطات الولاية ذاتها فضلاً عن موافقة سلطات دولة الاتحاد <sup>(١)</sup> .

وبالنسبة للتنظيم الذاتي <sup>(٢)</sup> نجد أن من المقرر أن لكل ولاية الحق في أن تسن لنفسها الدستور الذي تراه ملائماً <sup>(٣)</sup> وأن تعديل نظمها السياسية والقانونية على النحو الذي يتضمنه صالحها .

ومقتضى أن لكل ولاية دستوراً أن يكون لها سلطة تأسيسية تملك تعديل الدستور وتحديد اختصاص السلطات المؤسسة في ظله من شرعية وتنفيذية وقضائية . على أن من المقرر أيضاً أن سلطة التنظيم الذاتي خاضعة لما يورده الدستور الاتحادي من قيود . وتتنوع هذه القيود تنوعاً كبيراً وتتفاوت سعة وضيقاً كما يتضح من الأمثلة الآتية <sup>(٤)</sup> :

(١) شذ عن هذه القاعدة دستوراً المكسيك والمانيا (سنة ١٩١٩) إذ أجازاً تقسيم أقليم الولاية بشروط خاصة بالرغم من معارضة سلطاتها - انظر المرجع السابق صص ١٣٩-١٤١ Durand

(٢) ويطلق عليه la faculté d'auto-organisation

(٣) سنت جميع الولايات دساتيرها في الإمبراطورية الالمانية لسنة ١٨٧١ عدا الالزاس واللورين فان دستورهما كان من صنع دولة الاتحاد - موسكيلى المراجع السابق ص ٢٢٤

(٤) انظر Durand المراجع السابق صص ١٣٩-١٤٧ ، وموسكيلى المراجع السابق صص ٢٢٤-٢٢٩ ، ومطول بيردو المراجع السابق الجزء الثاني صص ٤٣٦-٤٣٧

يفرض الدستور الامريكي نظام الحكم الجمهوري على الولايات (المادة الثانية) (١)، ويحظر عليها انكار صفة المواطن على أي 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 الجمهوري النيابي وأحكاما خاصة بتنظيم الحقوق السياسية للأفراد . على أنه بالإضافة إلى هذه القيود يحظر دستور الارجنتين على برمجيات الولايات تحويل الحكم سلطات دكتاتورية (المادة ٢٩) .

ويفرض دستور سويسرا النظام الجمهوري ويطلب في دساتير الولايات أن تكون صادرة بموافقة الشعب وأن تكون قابلة للتعديل من جانبه (المادة السادسة) .

ويفرض الدستور السوقيتي النظام الجمهوري على الولايات ويوجب عليها مراعاة الأحكام الواردة فيه واتباع نظام موحد في انتخاب النواب (المادة ١٦ والفصل الحادى عشر) .

---

(١) تتفق الدساتير الاتحادية في أنها تفرض نظاماً للحكم على الولايات . ولم يشذ عن هذه القاعدة سوى دستور المانيا لسنة ١٨٧١ الذي لم يورد أي قيد في هذا الصدد فوجدت في ظله أنظمة جمهورية بجانب الانظمة الملكية المطلقة والدستورية . أما دستور المانيا لسنة ١٩١٩ (فيمر) فقد فرض النظام الجمهوري البرلماني على الولايات .

هذا وتورد الدساتير الاتحادية أحياناً قيوداً تتصل مباشرة بالسلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية في الولايات كما هو الشأن بالنسبة لدستور كندا الذي يفرض على ولاية Ontario نظام المجلس التشريعي الواحد وعلى ولاية Québec نظام المحисين (المادتان ٦٩ و ٧١) كما يضع أساس التنظيم الإداري في الولايات (المادة ٥٨) ، ودستور النمسا (سنة ١٩٢٠ المادة ٨٢) الذي يحرم الولايات من السلطة القضائية - موسكيلى المرجع السابق ص ١٤٠ .

ولما كانت الولايات مقيدة بمراعاة أحكام الدستور الاتحادي فإنها تكون ملزمة في حالة تعديل الأخير أن تعدل دساتيرها على النحو الذي يجعلها متماشية معه ٠

### ٣ - مظاهر الاشتراك في سلطات الحكم

#### بين دولة الاتحاد والولايات

تشترك الولايات مع دولة الاتحاد في سلطات الحكم ، ويؤكد هذه المشاركة مظاهر متعددة تتجلّى على الأخص في أمور ثلاثة : تعديل الدستور الاتحادي ، ومجلس الولايات ، وكيفية توزيع السلطات بين دولة الاتحاد والولايات ٠

#### § تعديل الدستور الاتحادي

للدستور الاتحادي أهمية كبرى في حياة الدولة الاتحادية . فهو السنداً الذي ينظم توزيع السلطات بين دولة الاتحاد والولايات . ولئن تنوّعت الأساليب التي أخذت بها الدساتير الاتحادية في توزيع السلطات بين دولة الاتحاد والولايات على ما سنبينه فيما بعد «١» ، إلا أن الدستور الاتحادي يعتبر بالنسبة للولايات في جميع الاحوال الضمان الذي يصون مظاهر استقلالها في وجه دولة الاتحاد ويケفل لها مباشرة السلطات المقررة لصالحها «٢» ٠

(١) انظر صص ٢٧٦ - ٢٧٩ من هذا الكتاب .

(٢) يبرز الاستاذ بيردو حيوية الدستور الاتحادي بالنسبة للولايات في ص ٤١٣ من مطوله في الفقه السياسي (المراجع 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 في تعديلها إلى تنظيم أشد من التنظيم المقرر بالنسبة للقوانين الاتحادية العادية . ولقد سبق أن فصلنا المبادئ التي تحكم الدساتير الجامدة وبيننا أنواعها وشرحنا الآثار التي تفرضها عليها من الناحية القانونية ولا سيما في مجال رقابة دستورية القوانين «١» . على أن الذي يهمنا أن نضيفه إلى ما تقدم في شأن جمود الدساتير هو دور الولايات في تعديل الدستور الاتحادي .

وتختلف الدساتير الاتحادية فيما تقرره من تنظيمات بشأن تعديل أحكامها ، وتختلف تبعاً لذلك في تحديد الدور الذي تساهمن به الولايات في تعديل تلك الأحكام .

ولئن كان دور الولايات في هذا الشأن يتفاوت تفاوتاً كبيراً بين دستور آخر ، إلا أن الدساتير الاتحادية قد صدرت في مجموعها عن تنظيمات

(١) راجع ص ١١٢ وما بعدها وصص ٢٠٥-١٩٠ من هذا الكتاب مع ملاحظة أمرين :

أولاً - أنه وإن كان من المتصور أن يوجد دستور غير مدون وجامد في نفس الوقت ومثلك بعض القوانين في المدن اليونانية القديمة والقوانين الأساسية للمملكة في فرنسا قبل الثورة ( ص ص ١٩٢-١٩٣ ) إلا أن جميع الدساتير الاتحادية مدونة وجامدة . ولا نعرف دستوراً اتحادياً تختلف فيه صفة التدوين أو صفة الجمود .

ثانياً - تحرص بعض الدساتير الاتحادية على إيراد نصوص تحظر تعديل الأحكام الخاصة بالشكل الاتحادي وبحقوق الولايات حظراً موضوعياً كما هو الشأن بالنسبة لدستور فنزويلا الذي يحظر تعديل شكل الحكومة الاتحادي الديموقراطي ( المادة ١٣ ) ، والدستور البرازيلي الذي يحظر تعديل شكل الحكومة الاتحادي الجمهوري أو المساس بحق الولايات في أن تمثل تمثيلاً متساوياً بمجلس الشيوخ ( المادة ٩٠ ) ، والدستور الأمريكي الذي يحظر حرمان أية ولاية بغير موافقتها من حقها في التمثيل المتساوい مع الولايات الأخرى في مجلس الشيوخ ( المادة الخامسة ) . ولقد سبق أن بينا أن النصوص التي تحظر التعديل تتنافى مع مقتضيات التطور وتجافي المبادئ القانونية المسلمة ( ص ٢٠٥ من هذا الكتاب ) .

رئيسية ثلاثة يتدرج فيها دور الولايات من القوة الى الضعف على النحو  
الذى يلى «<sup>١</sup>» :

أولاً - قد تشارك الولايات في تعديل الدستور الاتحادي من حيث اقتراح التعديل ومن حيث اقراره كما هو شأن بالنسبة للدستور الامريكي «<sup>٢</sup>» .  
فمن حيث اقتراح يتشرط هذا الدستور أن يكون بناء على قرار يصدر بموافقة ثلثي أعضاء الكونجرس أو بناء على طلب يقدم الى الكونجرس من ثلاثة أربع برمادات الولايات (أى ست وثلاثون ولاية) بدعة مؤتمر خاص لهذا الغرض . ومن حيث اقرار يلزم أن يتم اما بموافقة ثلاثة أربع برمادات الولايات واما بموافقة ثلاثة أربع مؤتمرات تدعى في الولايات خصيصاً لهذا الغرض حسبما يقرره الكونجرس (المادة الخامسة) .

وقد يقتصر اشتراك الولايات على اقرار التعديل الدستوري كما هو شأن بالنسبة لدستور المكسيك الذي يتطلب فضلاً عن موافقةأغلبية ثلثي الاصوات في مجلس الكونجرس على التعديل الدستوري اقراره من اغلبية برمادات الولايات ، والدستور السويسري الذي يتطلب اقرار التعديل الدستوري من اغلبية المواطنين وأغلبية الولايات (المادة ١٢٣) .

وقد يقتصر اشتراك الولايات على اقتراح التعديل الدستوري كما هو شأن بالنسبة لدستور البرازيل الذي يجعل للولايات - فضلاً عن الكونجرس - حق اقتراح تعديل الدستور بشرط أن تويد الاقتراح أغلبية

(١) راجع موسكيلي المرجع السابق ص ٢٤٥-٢٥٣ ، و Durand المرجع السابق ص ٢٨٢-٣١٢ ، ومطول بيردو المرجع السابق الجزء الثاني ص ٤١٧ - ٤٢٢ .

(٢) وهذا هو شأن أيضاً بالنسبة لدستور فنزويلا الذي يجعل اقتراح التعديل الدستوري للكونجرس والولايات على السواء ويطلب في اقراره اقرار الولايات فضلاً عن موافقة الكونجرس . على أن الدستور المذكور يتطلب اقرار ثلاثة أربع برمادات الولايات اذا كان الاقتراح من جانب الكونجرس ولا يتطلب اغلبية خاصة اذا كان الاقتراح من جانب الولايات (المواد ١٢٣-١٢٧) .

ثلثى برميقات الولايات فى خلال عام من تقديمها (المادة ٩٠) .

ثانياً - قد لا يكون للولايات حق اقتراح تعديل الدستور الاتحادى أو حق اقراره ولكنها تباشر بالرغم من ذلك دوراً ايجابياً عن طريق مجلس الولايات الممثلة فيه <sup>(١)</sup> . وهذا هو الشأن بالنسبة لدستور المانيا لسنة ١٨٧١ ودستورى جنوب أفريقيا والارجنتين .

ثالثاً - قد تشارك الولايات فى تعديل الدستور الاتحادى عن طريق مجلس الولايات الممثلة فيه ولكن اشتراكها يكون ضعيفاً بحكم الدور المتواضع الذى يباشره المجلس المذكور . وهذا هو الشأن بالنسبة لدستورى المانيا لسنة ١٩١٩ والنمسا لسنة ١٩٢٠ والدستور السوڤييتي <sup>(٢)</sup> .

فдستور المانيا لسنة ١٩١٩ ينص على أنه اذا أقر المجلس الشعبى Reichstag تعديلاً دستورياً سبق لمجلس الولايات Reichsrath رفضه ، يجوز للاحير أن يطلب من رئيس الدولة طرحه للاستفتاء الشعبي . ويكون رئيس الدولة الخيار بين أن يوافق على طلب مجلس الولايات أو أن يرفضه الا اذا كان المجلس قد تقدم بالطلب فى خلال أسبوعين من رفض المجلس الشعبى 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 الدستورى للاستفتاء الشعبي .

اما الدستور السوڤييتي فانه يركز سلطة تعديل الدستور في يد الهيئات التي تمثل مجموع الشعب ولا يجعل للولايات الا مشاركة زهيدة في هذا الصدد حدث بعض الفقهاء الى انكار صفة الاتحاد المركزي على

(١) انظر ماستندره عن مجلس الولايات فيما بعد - ص ٢٧٠ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٢) انظر في تفصيل هذه الدساتير موسكيلي المرجع السابق ص ٢٤٩ - ٢٥١ .

الاتحاد السوقييتي (١) \*

## ﴿ مجلس الولايات

ما من دولة اتحادية الا وتسكون 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 الذي يمكن أن يتلاقي 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 المرجع السابق ص ص ١٣٦-١٣٧ .

(٢) يذكر الاستاذ بيردو في ص ص ٤٢٦-٤٢٧ من مطوله في الفقه السياسي ( المرجع السابق الجزء الثاني ) :

«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 ٤٢٦-٤٢٧ ، وكارييه دى مالبرج المرجع السابق الجزء الثاني سنة ١٩٢٢ ص ص ٥٥٧-٥٦٠ ، وديجى المرجع السابق الجزء الثاني ص ص ٧٠٠-٧٠٤ .

## تشكيل مجلس الولايات

**كيفية اختيار ممثلى الولايات :** تختلف الدساتير الاتحادية من حيث الاساليب التي تأخذ بها في اختيار ممثلى الولايات . على أن ثمة أسلوبين رئيسيين في هذا الصدد وهما : التعيين والانتخاب .

فمن الدساتير التي أخذت بأسلوب التعيين دستور المانيا لسنة ١٨٧١ (المادة السادسة) الذي جعل سلطة تعيين ممثلى كل ولاية في يد حكومتها<sup>(١)</sup> ودستور كندا الذي نص على أن يكون للحاكم العام سلطة تعيين ممثلين عن الولايات يشغلون مناصبهم لمدى الحياة (المادة ٢٤)<sup>(٢)</sup> .

**أما أسلوب الانتخاب** فقد أخذت به معظم الدساتير الاتحادية . وقد يكون الانتخاب موكلًا إلى سلطات الولاية وبالذات برلمانها كما هو شأن بالنسبة لدستور النمسا لسنة ١٩٢٠ (المادة ٣٥) ودستوري الارجنتين (المادة ٤٦) وفنزويلا (المادة ٦٠) ، وقد يكون الانتخاب موكلًا إلى الشعب مباشرة في كل ولاية كما هو شأن بالنسبة لدساتير المكسيك (المادة ٥٨) واستراليا (المادة السابعة) والاتحاد السوفيتي (المادة ٣٥)<sup>(٣)</sup> .

وأيا كان الأسلوب الذي يتبع في اختيار ممثلى الولايات فإنه باستثناء دستوري المانيا لسنة ١٨٧١ ولسنة ١٩١٩<sup>(٤)</sup> تحصن الدساتير الاتحادية استقلال

(١) استبقى دستور المانيا لسنة ١٩١٩ أسلوب التعيين في اختيار ممثلى جميع الولايات إلا بالنسبة لمثلى بروسيا (المادة ٦٣) .

(٢) يجعل دستور اتحاد جنوب أفريقيا للحاكم العام سلطة تعيين بعض الممثلين عن الولايات (المادة ٢٤) .

(٣) خول دستور سويسرا الولايات سلطة تحديد الكيفية التي تختار بها ممثلتها (المادة ٨٠) . ولقد أخذت أغلب الولايات بأسلوب الانتخاب المباشر من جانب الشعب .

(٤) قضى دستور المانيا لسنة ١٨٧١ في المادة السادسة منه بأن ممثلى الولايات مقيدون بالتعليمات الصادرة إليهم من الحكومة التي تولت تعيينهم .

ممثلى الولايات عن السلطة التى تولت اختيارهم . فهذه السلطة لا تملك عزلهم قبل انتقام المدة التى يختارون لها فضلا عن أن هؤلاء غير مقيدين في مباشرة مهمتهم بأية تعليمات تصدرها اليهم السلطة المذكورة .

تحديد عدد ممثلى الولايات : المبدأ السائد في الأغلبية العظمى من الدساتير الاتحادية هو تمثيل الولايات تمثيلا متساويا بصرف النظر عن مساحتها أو تعداد سكانها (١) . وهذا هو الشأن بالنسبة لدساتير الولايات المتحدة الأمريكية (المادة الاولى فقرة ثالثة) والمكسيك (المادة ٥٨) والارجنتين (المادة ٤٦) والبرازيل (المادة ٣٠) واستراليا (المادة السابعة) وسويسرا (المادة ٨٠) والاتحاد السوفياتي (المادة ٣٥) ويوغوسلافيا (المادة ٥٤) .

ولقد تقرر مبدأ التمثيل المتساوی للولايات تحت تأثير الظروف التي صاحبت نشأة كثیر من الدول الاتحادية وعلى الاخص الولايات المتحدة الأمريكية ودول أمريكا اللاتينية . وكان ضمان هذا المبدأ هو السبيل الوحید لاقناع الولايات الصغيرة بقبول الانضمام الى الاتحادات المركزية الناشئة وازالة الشکوك التي كانت تساورها بسبب الخشية على استقلالها

---

ويفسر هذا الوضع الشاذ بأن الاتحاد الالمانى سنة ١٨٧١ كان متاثرا بالفكرة التعاہدية لدستور سنة ١٨١٥ .

وقد حذا دستور المانيا لسنة ١٩١٩ حذو دستور سنة ١٨٧١ الى حد ما في هذا الصدد — Durand المرجع السابق صص ١٩٤ - ١٩٥ .

(١) لعل من أبرز الأمثلة التي توضح التمثيل المتساوی للولايات بصرف النظر عن تعداد سكانها أن نشير الى أن تعداد ولاية Uri في سويسرا لا يجاوز نسبة  $1/2$  من تعداد ولاية Berne ، وأن تعداد ولاية Nevada في الاتحاد الأمريكي لا يجاوز نسبة  $1/100$  من تعداد ولاية نيويورك — مطول بيردو المرجع السابق الجزء الثاني ص ٤٢٩ (هامش ٤) .

## من الولايات الكبيرة «١» .

وشدت بعض الدساتير الاتحادية عن مبدأ التمثيل المتساوي للولايات وهي دستوراً المانيا لسنة ١٨٧١ ولسنة ١٩١٩ «٢» ودستور النمسا لسنة ١٩٢٠ ودستور كندا . على أنه يلاحظ أن هذه الدساتير وان شدت عن مبدأ التمثيل المتساوي الا 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 المانيا لسنة ١٩١٩ على أن يكون لكل ولاية صوت واحد على الأقل في مجلس الولايات ، وصوت إضافي عن كل سبعمائة ألف نسمة بشرط ألا يتتجاوز عدد ممثلي أية ولاية خمسين مجموع أعضاء المجلس . وكان المقصود من هذا الشرط الحد من عدد ممثلي بروسيا التي كان من حقها أن تمثل لو لا هذا الشرط بثلثي مجموع أعضاء المجلس - انظر الاستاذين وحيد رافت ووايت ابراهيم المرجع السابق ص ٦٣ .

(٣) من هؤلاء Le Fur و Borel و موسكيلي الذي 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 الاعتبارات التاريخية وليس مما يقتضيه التحديد القانونى للفكرة الاتحادية «١» . ويفيد هؤلاء وجهة نظرهم بالاشارة الى المراحل المتطورة التي مررت بها الفكرة الاتحادية .

والحق ان الفكرة الاتحادية قد تطورت تطورا ملمسا وتتنوعت صورها تنوعا لا يكاد يدخل تحت حصر استجابة لتطور الظروف المختلفة التي مررت بها الدول من سياسية واجتماعية واقتصادية وغيرها . ولا تزال هذه الفكرة في تطور يمكن أن يفضي الى استبعاد مبدأ التمثيل المتساوی بين الولايات .

فلئن 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 بقائهما في عزلة دولية .

### اختصاص مجلس الولايات

سوت معظم الدساتير الاتحادية بين مجلس الولايات والمجلس الشعبي من حيث الاختصاص التشريعى . ومقتضى مبدأ المساواة بين المجلسين أنه يلزم في سن أي قانون من موافقة المجلسين على المشروع المعروض عليهما بحيث

---

(١) من هؤلاء Scelle المرجع السابق ص ٢٨٣ ، و Durand المرجع السابق ص ٢١٨ ، و بيردو الذي يذكر تأييدها لهذا النظر ( المرجع السابق الجزء الثاني 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'écartter».

يتربى على رفضه من أيهما اعتباره كأن لم يكن من الناحية القانونية «١».

وهذا هو المبدأ الذي أخذت به دساتير الولايات المتحدة الأمريكية (المادة الاولى فقرة أولى) والمكسيك (المادة ٥١) والارجنتين (المادة ٣٦) والبرازيل (المادة ١٦) وقنزويلا (المادة ٨١) وكندا (المادة ١٧) واتحاد جنوب أفريقيا (المادة ١٩) وسويسرا (المادة ٨٩) والاتحاد السوفييتي (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 المانيا لسنة ١٩١٩ والنمسا لسنة ١٩٢٠.

فдستور أستراليا يتطلب في سن أي قانون موافقة المجلسين ولكنه ينظم حالة الخلاف بينهما بصورة تجعل مجلس الولايات في مركز تشريعي أدنى من المجلس الشعبي. فحيث يرفض مجلس الولايات مشروعًا أقره المجلس الشعبي ويتمسك كل منهما بموافقته مرة أخرى في خلال ثلاثة أشهر يتولى الحاكم العام حل المجلسين. فإن تجدد الخلاف بين المجلسين الجديدين حول المشروع يجمعهما الحاكم العام في شكل مؤتمر يكون من اختصاصه اتخاذ قرار في شأن المشروع بالأغلبية المطلقة لاعضائه. واجتماع المجلسين في شكل مؤتمر على هذا النحو يضعف مركز مجلس الولايات إزاء المجلس الشعبي الذي يزيد عليه في عدد أعضائه.

وينظم دستورا المانيا 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 المنشروقات المالية، وتحويل مجلس الولايات سلطة الاجتماع على هيئة محكمة عليا. وليس مرد التمييز بين المجلسين في مثل هذه الامتيازات إلى الشكل الاتحادي للدولة وإنما إلى اعتبارات تتصل بنظام المجلسين ذاته. ويؤكد هذه الحقيقة أن دساتير الدول الموحدة تسجل أوجه التمييز المنقدمة بين المجلسين.

بين المجلسين على نحو يسمح باخضاع مجلس الولايات لما يقرره الشعب عن طريق الاستفتاء أو ما يقرره المجلس الشعبي بأغلبية خاصة .

وإذا تركنا الاختصاص التشريعى جانباً نجد أن الدساتير الاتحادية تخرج على مبدأ المساواة لصالح مجلس الولايات أحياناً كما هو شأن بالنسبة للدستور الامريكي ، ولصالح المجلس الشعبي أحياناً أخرى كما هو شأن بالنسبة للدستور السويسرى .

فالدستور الامريكي يشرك مجلس الشيوخ ( مجلس الولايات ) دون مجلس النواب ( المجلس الشعبي ) في بعض الاختصاصات ذات الصبغة التنفيذية وهي عقد المعاهدات وتعيين كبار الموظفين ( المادة الثانية فقرة ثانية ) . أما الدستور السويسرى فيكفل للمجلس الشعبي مركزاً أقوى من مجلس الولايات الذى يتطلب اجتماعهما في شكل مؤتمر تكون للأول فيه الأغلبية العددية . ويباشر هذا المؤتمر بعض الاختصاصات ذات الصبغة التنفيذية والقضائية وهي تشكيل المجلس الاتحادي والمحكمة الاتحادية ، و مباشرة حق العفو ، والفصل في تنازع الاختصاص بين الهيئات الاتحادية ( المادةتان ٩٥ و ٩٦ ) .

## § كيفية توزيع السلطات بين دولة الاتحاد والولايات

تختلف الدساتير الاتحادية في الكيفية التي توزع بها السلطات بين دولة الاتحاد والولايات اختلافاً لا يرجع إلى الاعتبارات القانونية بقدر ما يرجع إلى الاعتبارات العملية والسياسية . وطالما أن لكل دولة اتحادية ظروفها السياسية الخاصة بها فإن الأساليب التي يمكن أن تتبع في صدّد توزيع السلطات بين دولة الاتحاد والولايات قابلة لأن تتنوع تنوعاً كبيراً « ١ » .

( ١ ) راجع في تفصيل هذا الموضوع : Durand المرجع السابق ص ص ١٢٠ - ١٣٢ ، وموسكيلى المرجع السابق ص ص ٢٧٠ - ٢٧٨ .

وبياناً لتأثير الظروف السياسية في توزيع السلطات بين دولة الاتحاد والولايات نشير إلى 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 إلى تضييق اختصاصات دولة الاتحاد بحكم حرص الدول المكونة لها على عدم تضحية استقلالها إلا بالقدر الضروري . وعلى العكس من ذلك تكون نشأة الدولة الاتحادية نتيجة لتفكك دولة موحدة أدعى إلى توسيع اختصاصات دولة الاتحاد بحكم أنها كانت تجمع في يدها كل السلطات «<sup>١</sup>» .

وليس يكفي للوقوف على الكيفية التي تتوزع بها السلطات بين دولة الاتحاد والولايات أن تستطع نصوص الدستور الاتحادي ، وإنما يلزم تلمس مختلف العبارات التي تحدد مجال تطبيق هذه النصوص ولا سيما ما يتصل منها بعرف مستقر أو بتفسيرات دستورية معمول بها .

على أنه وإن تنوعت الأساليب التي أخذت بها الدساتير الاتحادية في توزيع السلطات بين دولة الاتحاد والولايات إلا أنه يمكن القول بأن كثيراً من الدساتير قد صدرت عن أساليب ثلاثة : حصر اختصاصات كل من دولة الاتحاد والولايات ، وحصر اختصاصات الولايات وحدها ، وحصر اختصاصات دولة الاتحاد وحدها «<sup>٢</sup>» .

السابق الجزء الثاني ص ص ٤٣٤-٤٣٥ و Scelle المرجع السابق ص ص ٢٧٨-٢٧٩  
٢٧٩ و Dicey المرجع السابق ص ص ١٥١-١٥٧ .

(١) نقول إن نشأة الدولة الاتحادية نتيجة لتفكك دولة موحدة تكون أدعى إلى توسيع اختصاصات دولة الاتحاد ولا نقول أنها تؤدي حتماً إلى ذلك . فالاتحاد السوفييتي وإن كان ناشئاً نتيجة لتفكك دولة موحدة إلا أن اختصاصات دولة الاتحاد وارادة في الدستور على سبيل الحصر .

(٢) تنص الدساتير الاتحادية أحياناً 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 شاملًا نظرًا لأنه بتطور الظروف تنشأ مسائل جديدة لم ينظمها الدستور ويثير التساؤل حينئذ عن السلطة التي يجب أن تختص بتنظيمها . ومن جهة أخرى فإن هذا الحصر قد يغدو منافيًا للصالح العام إذا 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 فإنه يفضى إلى اعتبار دولة الاتحاد هي المختصة بكل ما لم يرد بها الحصر . ولا يلقى هذا الأسلوب قبولاً من معظم الدول الاتحادية حتى أنها لانجد له تطبيقاً إلا في دستوري كندا (المادة ٩١) واتحاد جنوب أفريقيا (المادة ٨٥) .

وأما أسلوب حصر اختصاصات دولة الاتحاد وحدها فإنه يفضى إلى اعتبار الولايات هي المختصة بكل ما لم يرد بها الحصر . وأخذت بهذا الأسلوب كثير من الدول الاتحادية كسويسرا (المادة الثالثة) والولايات المتحدة الأمريكية (التعديل العاشر سنة ١٧٩١) <sup>(٢)</sup> والمكسيك (المادة ١١٧)

---

أولاً - تمكين الولايات من التصرف مع اختصاصها لنوع من الرقابة الاتحادية تتمثل في ضرورة الحصول على موافقة دولة الاتحاد كما هو الشأن بالنسبة للدستور الأمريكي الذي يوجب على الولاياتأخذ إذن من الكونجرس قبل فرض بعض الضرائب غير المباشرة أو إبرام اتفاقات خارجية (المادة الأولى فقرة عشرة) .

ثانياً - تخويل دولة الاتحاد سلطة وضع الأسس أو المبادئ الرئيسية وترك التفصيلات واجراءات التنفيذ للولايات .

ثالثاً - تخويل دولة الاتحاد سلطة تخييرية facultative في بعض المسائل بحيث يتربّ على عدم استعمالها من جانبها اختصاص الولايات بتنظيمها - انظر Durand المرجع السابق ص ص ١٢٥-١٢٨ ، ومطول بيردو المرجع السابق الجزء الثاني ص ٤٣٥ .

(١) يراجع في تفصيل كيفية توزيع السلطات في الاتحاد الأمريكي وأذidiad سلطات دولة الاتحاد على حساب الولايات بفضل قضاء المحاكم الاتحادية والعوامل الاقتصادية المختلفة Corry المرجع السابق ص ص ٤٨٥-٤٩٦ .

والارجنتين ( المادة ١٠٤ ) والاتحاد السوقيي ( المادة الثالثة ) واستراليا ( المادة ٥١ ) .

#### **دوله الاتحاد أقوى من الولايات**

أيا كان الاسلوب الذى تتوزع به سلطات الحكم فى الدولة الاتحادية  
فإن من المحقق أن دولة الاتحاد تشغل مركزاً أقوى من الولايات . ويعكـد  
هذه الحقيقة مظاهر متعددة نذكر أهمها فيما يلى «١» :

أولاً - تتمتع الولاية بسلطان استقلالى يتمثل في سلطة التنظيم الذاتي .  
وهذه السلطة كما تقدم ليست مطلقة وإنما هي خاضعة لقيود متنوعة لا يخلو  
دستور اتحادى من ايراد بعضها على الأقل ويكون من أثرها أن تسلب سلطة  
الولاية في نواح تتصل بنظامها الدستورى والقانونى «٢» .

• أما دولة الاتحاد فانها تتمتع بسلطان كامل أى بسلطة ذات سيادة <sup>(٣)</sup> • وهي تباشر هذه السلطة عن طريق سلطات الاتحاد من شريعية وتنفيذية وقضائية • ويمكن أن تصل من الناحية القانونية على الاقل <sup>(٤)</sup> الى حد

(١) يراجع في تفصيل هذا الموضوع كاريء دى مالبرج المرجع السابق  
الجزء الاول صص ١٢٣-١٢٧ ، وموسكيلي صص ١٢٦-١٤٣ ، ومطول بيردو  
المراجع السابق الجزء الثاني صص ٤٦٣ و٤٣٣-٤٤٧ .

(٢) راجع صص ٢٦٤ - ٢٦٦ من هذا الكتاب

(٣) وهذا ما يفسر كيف أن الفقهاء اتفقوا على اعتبار دولة الاتحاد دولة بالمعنى الصحيح بينما اختلفوا حول تكييف الولايات تبعاً للنظرتين الفرنسية والالمانية في تحديد المقصود بسلطان الدولة - راجع صص ٢٣٣-٢٣٥ من هذا الكتاب .

(٤) تقدم أن الاتحاد المركزي يختلف عن الاتحاد التعاهدى من حيث أنه يُؤدى 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» .

ثانياً - 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 فإن 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» ودستوري الولايات المتحدة الامريكية (المادة السادسة فقرة ثانية) وسويسرا (المادة ١١٣) .

ثالثاً - 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 أغلبيتها على الاكثر وبالرغم من معارضة بعضها) الا أنها 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) انظر في تأكيد ازدياد سلطات دولة الاتحاد على حساب سلطات الولايات Sait الذي يورد اقتباساً 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) انظر في تفصيل هذا الموضوع موسكيلى المرجع السابق ص ص ١٢٦ - ١٣٦ .

(٣) تنص هذه المادة على المبدأ بصياغة غدت شائعة وهي «droit d'Empire» - prime droit d'Etat» - موسكيلى المرجع السابق ص ص ٢٧٥ - ٢٧٨ .

يفضي حتماً إلى تخييل دولة الاتحاد السلطات الكفيلة بتحقيق الهدف الذي قصدت إليه من اجتماعها في شكل اتحاد مركزي . وليس يغير من هذه الحقيقة أن يأخذ الدستور الاتحادي بأسلوب أو آخر من الأساليب التي تتوزع بها سلطات الحكم بين دولة الاتحاد والولايات .

ولقد خلص الاستاذ موسكيلي «١» من دراسة الدساتير الاتحادية إلى أنها تتفق في تخييل دولة الاتحاد جميع السلطات التي تهم مجموع الولايات وعلى الأخص السلطات الالازمة لتنظيم المسائل الآتية : الموازين والمقاييس ، النقد ، مرافق البريد والبرق ، الجمارك والتجارة الخارجية ، قوات النظام (الميليشيا) ، الاوراق والعلامات التجارية والافلاس ، الجنسية والتبعية والهجرة ، قبول أعضاء جدد في الاتحاد ، حدود الدولة الخارجية ، اعلان حالة الطوارئ ، التشريع المالي ، المسائل الحربية «٢» .

رابعاً - دولة الاتحاد هي التي تختص بالفصل في المنازعات التي تثور بينها وبين أحدي الولايات أو بين ولاية وأخرى . وتبادر معظم الدول الاتحادية هذا الاختصاص عن طريق هيئة قضائية اتحادية كالمحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية والمحكمة الاتحادية Supreme Court في سويسرا Tribunal fédéral على أن بعض الدساتير الاتحادية

(١) المرجع السابق ص ص ٢٧٥ - ٢٧٨ .

(٢) ويعتبر من قبيل السلطات الالازمة لتحقيق الهدف من الاتحاد المركزي السلطات التي تباشرها دولة الاتحاد في سبيل المحافظة على النظام العام والقضاء على أي تهديد أو اعتداء يوجه ضده في داخل أية ولاية . وتحرص الدساتير الاتحادية عادة على تنظيم هذه السلطات بالقدر الذي يوفق بين المصلحة العليا للاتحاد واستقلال الولايات كما هو الشأن بالنسبة لدستور الولايات المتحدة الأمريكية الذي يجعل تدخل الاتحاد مشروطاً بأن يكون من أثر الاضطرابات تهديد المرافق العامة الاتحادية أو المرافق العامة المشتركة بين أكثر من ولاية - مطول بيردو المرجع السابق الجزء الثاني ص ٤٣ .

(٣) لا يقتصر اختصاص الهيئة القضائية الاتحادية في كثير من الأحيان على المنازعات التي تثور بين دولة الاتحاد والولايات أو بين الولايات بعضها وبعض ، وإنما يشمل أيضاً المنازعات التي 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 فإن  
اختصاصها بنظر النزاع ثابت بحكم الدستور وليس اختصاصاً تحكيمياً  
يحتاج في ثبوته إلى موافقة الولايات صاحبة الشأن «١»، والحكم أو القرار  
الذى يصدر من السلطة الاتحادية المختصة يعتبر نهائياً ولا يقبل الطعن أمام  
أية سلطة أخرى .

---

رعايا ولاية رعايا ولاية أخرى كما هو الشأن بالنسبة للدستور الامريكي (المادة  
الثالثة فقرة ثانية) ودستور الارجنتين (المادة ١٠٠) ، أو بين المحاكم الاتحادية  
ومحاكم الولايات أو بين محاكم ولاية ومحاكم ولاية أخرى كما هو الشأن  
بالنسبة للدستوري البرازيل (المادة ٥٩) والمكسيك (المادة ٩٩) — موسكيلي  
المرجع السابق ص ١٣٨ .

(١) تجمع الدساتير الاتحادية على هذا الحكم — المرجع السابق ص ١٣٧  
• (هامش ٢) .

فَرِسْ

## الفصل الأول

القانون الدستوري

مُهَاجِر

١	<b>أهم المراجع والبحوث</b>
٣	تمهيد
٤	<b>المبحث الأول - طبيعة قواعد القانون الدستوري</b>
٤	تعريف القانون
٧	طبيعة قواعد القانون الدستوري
١٠	<b>المبحث الثاني - مركز القانون الدستوري من التقسيم الرئيسي للقانون</b>
١٠	ال التقسيم الرئيسي للقانون
١٣	الخلاف الفقهي حول التقسيم الرئيسي للقانون
١٧	<b>المبحث الثالث - علاقة القانون الدستوري بفروع القانون العام</b>
١٧	فروع القانون العام
١٨	القانون الدستوري والقانون الدولي العام
٢٢	القانون الدستوري وفروع القانون العام الداخلي
٢٤	القانون الدستوري والقانون الاداري
٢٧	القانون الدستوري والقانون الاداري في انجلترا
٤٠	<b>المبحث الرابع - تعريف القانون الدستوري</b>
٤٠	الاعتبارات التي تؤثر في تعريف القانون الدستوري
٤٥	جهود الفقه في تعريف القانون الدستوري
٥٥	التعريف الذي نفضل له للقانون الدستوري

## الفصل الثاني

مصادر القانون الدستوري

٥٧ ..... تمهیں

صفحة

٦٠	.....	<b>المبحث الاول - الفقه والقضاء</b>
٦٠	.....	الفقه
٦٢	.....	القضاء
٦٦	.....	<b>المبحث الثاني - العرف</b>
٦٧	.....	هل العرف مصدر رسمي للقانون الدستوري؟
٦٧	.....	في فقه القانون الخاص
٧١	.....	في فقه القانون الدستوري
٧٩	.....	تعريف العرف الدستوري وشروطه
٨٠	.....	العرف وشروطه في فقه القانون الخاص
٨٣	.....	العرف وشروطه في فقه القانون الدستوري
٩٧	.....	تعريف العرف الدستوري
٩٩	.....	العرف الدستوري في إنجلترا
١٠٧	.....	<b>المبحث الثالث - التشريع</b>
١٠٧	.....	تعريف التشريع
١١١	.....	تدرج التشريع ونتائجها
١١٢	.....	رقابة دستورية القوانين
١١٣	.....	<b>المطلب الاول - الرقابة السياسية</b>
١١٤	.....	٤ في فرنسا
١١٤	.....	الرقابة السياسية قديما
١١٧	.....	الرقابة السياسية حاليا
١٢٣	.....	٤ في الدول الأخرى
١٢٤	.....	<b>المطلب الثاني - الرقابة القضائية</b>
١٢٦	.....	أولاً - رقابة الامتناع
١٢٦	.....	٤ في الولايات المتحدة الأمريكية
١٢٦	.....	نشأة رقابة الدستورية
١٣٩	.....	تطور رقابة الدستورية
١٤٥	.....	الاساليب القضائية في رقابة الدستورية

## صفحة

١٥٢	نتائج رقابة الدستورية ..... ظ في الدول الأخرى .....
١٥٨	٦ في فرنسا .....
١٦٠	ثانيا - رقابة الالغاء .....
١٦٨	١ - الرقابة السابقة .....
١٧٩	٢ - الرقابة اللاحقة .....
١٧٠	<b>المطلب الثالث - تقييم رقابة الدستورية</b>
١٧٦	

## الفصل الثالث

### الدستور

١٨٤	تعريف الدستور وعلاقته بالقانون الدستوري .....
١٨٦	<b>المبحث الأول - أنواع الدساتير</b> .....
١٨٦	أولا - من حيث المصدر : الدساتير المدونة وغير المدونة .....
١٩٠	ثانيا - من حيث كيفية التعديل : الدساتير المرنة والجامدة .....
١٩١	علاقة هذا التقسيم بتقسيم الدساتير الى مدونة وغير مدونة
١٩٤	أنواع الدساتير الجامدة .....
٢٠٢	تقدير هذا التقسيم .....
٢٠٦	<b>المبحث الثاني - نشأة الدساتير ونهايتها</b> .....
٢٠٦	أولا - نشأة الدساتير .....
٢١٥	ثانيا - نهاية الدساتير .....
٢١٥	الاسلوب العادى .....
٢١٦	الاسلوب الثورى .....

## الفصل الرابع

### الدولة

٢٢١	.....	الدولة والقانون الدستوري
→ ٢٢٢	.....	<b>المبحث الأول - تعريف الدولة</b>
٢٢٢	.....	و جهود الفقه في تعريف الدولة
٢٢٦	.....	و أركان الدولة
٢٢٧	.....	أولاً - الشعب
٢٢٨	.....	ثانياً - الأقليم
٢٣٠	.....	ثالثاً - الحكومة أو السلطة السياسية
٢٣٠	.....	الدولة والأمة
٢٣٣	.....	الدولة والسيادة
٢٣٦	.....	الدولة ومشروعية سلطانها
٢٣٩	.....	الدولة وحدود سلطانها
٢٤٧	.....	<b>المبحث الثاني - أنواع الدول</b>
٢٤٧	.....	<b>المطلب الأول - الدول البسيطة (أو الموحدة) والدول المركبة</b>
٢٤٨	.....	الدول البسيطة
٢٤٩	.....	الاتحاد الشخصي
٢٥٠	.....	الاتحاد الحقيقى أو الفعلى
٢٥١	.....	الاتحاد التعاهدى أو الاستقلالى
٢٥٢	.....	الاتحاد المركزى
٢٥٤	.....	<b>المطلب الثاني - الدولة الاتحادية (الاتحاد المركزى)</b>
٢٥٥	.....	أولاً - نشأة الدولة الاتحادية ونهايتها
٢٥٨	.....	ثانياً - 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 الاتحادى
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

AMERICAN UNIVERSITY IN CAIRO

LIBRARY

# تصويب اهم الاخطاء المطبعية

الصواب	الخطأ	السطر	الصفحة
MacIver ... سنة ١٩٤٦	Mac Iver ... سنة ١٩٢٦	٢ هامش	٩
مفادها	مفادها	٩	١٩
جزءا	جزء	٩	٢٠
Ducrocq	Ducrocq	١٢	٢٧
Laferrière	La Ferrière	٢ هامش	٤٣
Petition of Right	Petition of Rights	١٢	٥٠
١٦٨٩	١٦٨٨	١٣	
معنيان	معنيين	الاول	٥٧
من أقوى	أقوى من	٦	٧٠
اجراءات خاصة تختلف	اجراءات تختلف	١٠	٧٤
في فقه القانون الدستوري	في الفقه الدستوري	الاول	٨٣
خاصة	مختلفة	١٥	٨٦
مؤسسة	المؤسسة	٨	٩٢
معنيان	معنيين	٢	١٠٧
قديما	في القديم	١٠	١١٤
السنة الثالثة ( عصر الثورة )	السنة الثالثة للثورة	١١	
السنة الثامنة ( عصر الثورة )	السنة الثامنة للثورة	٣	١١٥
سنة ١٩٤٧	سنة ١٩٢٧	الاخير	١٣٢
التي في درجتها	التي درجتها	١٦	١٤٦
على منوالها	على موالها	١٩	١٥٢
بوضع الاحكام الدستورية وتعديلها	بوضع الدستور وتعديلها	٦	١٧٦
غير مدون	غير مرن	١١	١٨٩

## للمؤلف:

باللغة الانجليزية

«Departmental Legislation and the Problem of Safeguards in  
England and Egypt»

Manchester University, April 1949.

باللغة العربية

رئيس الجمهورية الأمريكية :

بحث في كيفية اختياره و اختصاصاته المتنوعة ، نشر بمجلة الحقوق ،  
السنة الرابعة يوليو - ديسمبر سنة ١٩٥٠ صص ٢٢٣ - ٢٩٦ .

حرية الاجتماع في إنجلترا وفرنسا ومصر :

بحث مقارن ، نشر بمجلة مجلس الدولة ، السنة الثالثة يناير سنة ١٩٥٢  
صص ٢٢٧ - ٢٩٩ .

حرية تكوين الجمعيات في إنجلترا وفرنسا ومصر :

بحث مقارن ، نشر بمجلة الحقوق ، السنة الخامسة يناير ومارس  
سنة ١٩٥١ صص ٩٩ - ١٦٠ .

114328355  
B1280051X

AUC - LIBRARY



DATE DUE

~~MAR 5 1987~~

~~MAY 21 1987~~

~~APR 3 MAY 1991~~

~~A.U.C.~~

~~1 - JUN 1994~~

1973  
NOV

K  
3161  
U6  
v.1

2 MAR 1987

Aug

1865

5

