المبحث الأول
طبيعة القواعد الدستورية

يراد بطبيعة القانون ماهيته والعناصر التي يتكون منها، ولقد اختلف الفقه في طبيعة القواعد القانونية، مما ادى إلى ظهور مذاهب متعددة يمكن ردها إلى مذاهب شكلية واخرى موضوعية.

المطلب الأول
المذاهب الشكلية[1]

يرى اصحاب هذه المذاهب ان القانون هو مشيئة الدولة أو على وجه العموم هو مشيئة من له السلطة العليا في المجتمع، حيث يوجد في كل مجتمع فئتان، فئة حاكمة واخرى محكومة، والاولى هي التي تشرع القوانين والاخرى تخضع لها وتلتزم بإحترامها. فأساس القانون وفقا لهذه المذاهب يعود لإرادة من يملك السلطان في المجتمع، ومالك هذا السلطان قد يتمثل في قوة غير منظورة هي (الله) أو اية سلطة روحية أخرى. وهذا ما ينطبق على القوانين التي يكون مصدرها الدين كالشرائع السماوية، فأساس القانون وفقا له يعود إلى وحي من عند الله. وقد يكون صاحب

١- وترد هذه المذاهب إلى مذهبين، هما: مذهب (اوستن) نسبة إلى الفيلسوف الانجليزي (اوستن) ومدرسة الشرح على المتون والتي نشأت في فرنسا. راجع في تفاصيل ذلك د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، طبعة ثانية، ١٩٨١، ص٨٦ وما بعدها.

هذا السلطان فردا أو جماعة من البشر، تتمثل في شكل الدولة، وفي هذه الحالة يصدر القانون بناءا على مشيئة الدولة ويكون سنده سلطانها، حيث تقوم الدولة بإصدار أوامر ونواهي للأفراد وتلزمهم بإحترامها عن طريق فرض الجزاءات على من يخالفها.

ويلاحظ ان المذاهب الشكلية لم تحاول التعمق في فهم القواعد القانونية، وانما ترى ان القاعدة القانونية عبارة عن أمر أو نهي يصدره المشرع.

ووفقا لهذه النظرة السطحية للقاعدة القانونية يكون المصدر الوحيد للقانون التشريع فقط. وهذا ما لا يمكن الأخذ به، لأن هناك مصادر أخرى للقواعد القانونية غير التشريع، فضلا عن ذلك يشترط اصحاب المذهب الشكلي ضرورة وجود جزاء مادي يرتبط بالقاعدة القانونية تفرضه الدولة على من لا يحترم تلك القاعدة.

ان الأخذ بهذا الاتجاه يؤدي إلى اغفال الدور الكبير للأمة التي تساهم في صنع القاعدة القانونية، لأنها (أي القاعدة القانونية) هي الاداة التي تعبر عن طموحات الأمة ومشيئتها بشكل رسمي وفني.

ووفقا لاتجاه اصحاب المذهب الشكلي لاتعد قواعد القانون الدستوري قواعد قانونية، لأنها لا ترتبط بجزاء مادي. ويرون ان الدستور يضع قيودا على سلطة الحاكم، ونظرا لأن الحاكم لا يخضع لسلطة اعلى منه، (حتى وان التزم ببعض القيود في مباشرته للسلطة المخولة له) لأنه يفعل ذلك بإختياره ويستطيع في أي وقت ان يستبدل القواعد التي تقيده بقواعد أخرى، بل يستطيع ان يتخلص منها كلية، فلا يلتزم بشيئ ولا يقيد سلطانه بقيد.

وتأسيسا على ذلك ان القواعد الدستورية تبقى بغير جزاء طالما لا يمكن تنفيذها بالقوة، لأن الدولة هي التي تملك سلطة القهر والاجبار، ولا يعقل ان تستخدم هذه السلطة ضد نفسها إذا ما خالفت القواعد الدستورية[١].

ويتضح مما تقدم ان اصحاب المذهب الشكلي يؤكدون على ضرورة توافر الجزاء المادي ولا يقرون بوجود الجزاء المعنوي، فضلا عن ذلك انهم يركزون على دور الحاكم وارادته بالنسبة لقواعد القانون الدستوري ويهملون الدور المهم للشعب في حماية قواعد القانون الدستوري.

والحقيقة ان الجزاء متوافر بالنسبة لقواعد القانون الدستوري، وان اختلف في صورته عن صورة الجزاء المقررة لفروع القانون الاخرى، وهذا الاختلاف تحتمه طبيعة قواعد القانون الدستوري، لأن هذا القانون هو الذي يقيم السلطات المختلفة في الدولة، وهو الذي ينظمها من حيث التكوين والاختصاص وكيفية مباشرة كل سلطة لإختصاصها والعلاقة بينها.

الا انه يمكن ضبط السلطات وضمان عدم مخالفتها للقواعد الدستورية من خلال ايجاد نوع من الرقابة المتبادلة بين السلطات، ومن خلال ذلك يمكن الزام اية سلطة خالفت أحكام الدستور بوجوب احترامه.

ونعتقد ان الأخذ بالرقابة على دستورية القوانين من خلال ايجاد هيئة قضائية مختصة بذلك يكون أكثر ضمانا لإن يحترم الحكام القواعد الدستورية.

١- د.محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، مصدر سابق، ص ٢٦. د.طعيمة الجرف، القانون الدستوري، مصدر سابق، ص ١٨.

وقد يثار تساؤل، من الذي يحاسب السلطة في حالة عدم نجاح الهيئة المختصة بالرقابة على القوانين من الحد من تجاوزاتها؟ ومن الذي يقوم بفرض الجزاء؟.

في هذه الحالة يكون الامر متروكا للشعب لأنه صاحب السيادة الاصيل، ومصدر كل السلطات، وهو اسمى منها جميعا، ومن حقه ان يراقبها ويجبرها على احترام أحكام الدستور سواء عن طريق الوسائل السلمية أو بالقوة إذا اقتضى الامر[١].

ومن خلال ما تقدم نرى ان قواعد القانون الدستوري لا تفتقر إلى عامل الاكراه والقهر، والذي يتمثل في رقابة الشعب للحكام واستعداده للذود عن الدستور ودفع أي اعتداء يقع عليه، مستخدما في ذلك مختلف الوسائل، حتى الثورة إذا كانت هي السبيل الوحيد لتحقيق هذا الغرض[٢].

المطلب الثاني
المذاهب الموضوعية

ان المذاهب الموضوعية لا تقف عند الناحية الشكلية حسب، وانما تبحث في جوهر القانون وطبيعته، وتنظر إلى القانون بإعتباره مظهرا اجتماعيا[٣]. ومن ثم تتجه إلى دراسة القاعدة القانونية وتحليلها من

١- د.محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، مصدر سابق، ص ٢٨.

٢- د.عبد الفتاح ساير داير، القانون الدستوري، مصدر سابق، ص ٢٤٣.

٣- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مصد سابق، ص ٩٣. وقد تعددت هذه المذاهب، فهناك مذهب القانون الطبيعي، المذهب التاريخي، مذهب الغاية الاجتماعية، ومذهب التضامن الاجتماعي، راجع في تفاصيل ذلك، نفس المصدر، ص ٩٤ وما بعدها.

الناحية الفلسفية والاجتماعية والتاريخية، فلا تقف عند حد النظرة العملية السطحية[١].

ان اصحاب المذهب الموضوعي لا يشترطون في الجزاء ان يكون ماديا ويتم فرضه من قبل السلطات العامة، وانما يكفيهم في الجزاء ان يتمثل في رد الفعل المنبعث من شعور الجماعة بسبب مخالفة القواعد القانونية. فالقانون بإعتباره قاعدة اجتماعية يحمل في ثناياه الجزاء على مخالفته، وهذا الجزاء حتمي حيث لا يتصور وجود قانون دون وجود جزاء يحميه من مخالفة أحكامه، ويكفي ان يكون الجزاء معنويا يظهر في صورة ردة فعل من جانب المجتمع[٢].

ونخلص مما تقدم ان اصحاب المذهب الموضوعي يسبغون صفة القانون على أحكام الدستور، لأن عنصر الجزاء متوافر في القواعد الدستورية وان اختلف في صورته عن الجزاءات المقررة لفروع القانون الاخرى.

١- د.محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، مصد سابق، ص ٢٩.

٢- نفس المصدر، ص٢٩.

المبحث الثاني
أنواع الدساتير

ان هناك أنواع للدساتير وذلك من حيث التدوين والتعديل، فأما من حيث التدوين فتقسم الدساتير إلى دساتير مكتوبة واخر عرفية، واما من حيث التعديل فتقسم إلى دساتير جامدة واخرى مرنة وسنحاول بيان ذلك ادناه وفق الآتي:

المطلب الأول
أنواع الدساتير من حيث التدوين

الفرع الأول
الدستور العرفي

وهو الدستور الذي تتكون قواعده نتيجة العادة والتكرار في الشؤون التي تتعلق بنظام الحكم والعلاقة بين السلطات، حيث يقوم على العادة والسوابق التاريخية التي اكتسبت مع الزمن قوة العرف الدستوري. وكانت القواعد العرفية اسبق ظهورا من القواعد المكتوبة، الا انه بعد انتشار حركة التدوين تقلصت مساحة الدساتير العرفية واتسعت مساحة الدساتير المكتوبة واصبحت هي السائدة ما عدا حالات نادرة. مثال ذلك النظام السياسي في بريطانيا حيث لازال يعتمد الدستور العرفي.

الا ان الأخذ بالدستور العرفي لا يمنع ان يكون بجانبه وثائق مدونة ذات طبيعة دستورية، وهذا ما يلاحظ في التاريخ الدستوري البريطاني، حيث يوجد إلى جانب الدستور العرفي بعض الوثائق المدونة. مثل العهد الاعظم لسنة ١٢١٥، وتأكيده مع ادوارد الأول سنة ١٢٩٧، ووثيقة الحقوق لسنة ١٦٨٨، ووثيقة الانضمام بين انكلترا وايرلندا لسنة ١٨٠٠، ووثيقة البرلمان لسنة ١٩١١، ووثيقة تنظيم الوصاية على العرش لسنة ١٩٣٧[1].

الفرع الثاني
الدستور المكتوب

وهو الذي يصدر من الجهة صاحبة الاختصاص بذلك على شكل نصوص تشريعية رسمية، قد تكون في وثيقة واحدة أو وثائق دستورية متفرقة. مع الاشارة إلى ان القواعد القانونية بشكل عام ومنها الدساتير كانت تعتمد العرف بوصفه مصدرا رئيسيا لنشأتها، مع الاعتراف بوجود بعض الوثائق الدستورية المدونة إلى جانبها وذلك في بريطانيا وفرنسا.

الا ان الأخذ بالدساتير العرفية بدأ يتراجع بعد شيوع الدساتير المكتوبة، وكان للولايات المتحدة الأمريكية فضل السبق في الأخذ بالدساتير المكتوبة، حيث اخذت بذلك الولايات بعد حرب الاستقلال سنة ١٧٧١ ثم صدر الدستور الاتحادي بشكل مكتوب سنة ١٧٨٧. ومن الولايات المتحدة الأمريكية اخذت الدول الاخرى بهذا الأسلوب، حيث صدر دستور فرنسا لسنة ١٧٩١ وبلجيكا لسنة ١٨٣١ وايطاليا لسنة ١٨٤٨. حتى اصبحت

١- د.طعيمة الجرف، القانون الدستوري، مصدر سابق، ص ٧٤. د.فؤاد العطار، النظم السياسية، مصدر سابق، ص ٢٢١.

الدساتير المكتوبة هي القاعدة العامة والدساتير العرفية هي الاستثناء، بل اصبحت دعامة اساسية لقيام الدولة الحديثة.

الفرع الثالث
رأي الفقه في التقسيم[١]

ان تقسيم الدساتير إلى مكتوبة وعرفية هو تقسيم نسبي وليس مطلقا، إذ يلاحظ ان الدول التي تاخذ بالدستور العرفي اوجدت إلى جانبه وثائق دستورية مكتوبة وهذا ما يلاحظ على بريطانيا. وكذلك ان الدول التي تأخذ بالدساتير المكتوبة لا تنكر دور العرف الدستوري إلى جانب القواعد الدستورية المكتوبة. عليه ان اساس التمييز بين الدساتير المدونة وغير المدونة يقوم على اساس العنصر الغالب الأعم، حيث يعد الدستور مدونا إذا كانت معظم أحكامه كذلك، والعكس صحيح. فضلا عن ذلك ان هذا التقسيم قد فقد كثيرا من اهميته بعد ان اصبحت معظم الدساتير مدونة في الوقت الحاضر.

الا ان الفقه كان منقسما حول أي الاسلوبين افضل، وذلك قبل ان يطغى اسلوب التدوين على العرف[٢]. حيث يرى بعض من الفقه ان الدساتير العرفية افضل لأنها تتسم بالمرونة وعدم التعقيد مما يؤدي إلى مواكبتها للتطور الذي يلحق المجتمع، على عكس الدساتير المدونة والتي تكون في الغالب جامدة.

١- د. ثروت بدوي، النظم السياسية، مصدر سابق، ص ٨٩. د.محسن خليل، مصدر سابق، ص ٨٠.

٢- د.محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، مصدر سابق، ص ٧٨. د.فؤاد العطار، النظم السياسية، مصدر سابق، ص ٢٢٢.

بينما يرى جانب اخر من الفقه ان الدساتير المكتوبة تؤدي إلى ضمان حقوق الأفراد وحرياتهم، لأنها تتسم بالوضوح والدقة والتحديد.

ولكن مع ما تقدم الا اننا نرى ان مسألة المفاضلة بين النوعين تختلف من بلد لآخر وترتبط ارتباطا جدليا بمدى نضج الشعب السياسي والثقافي حيث ان وعي الشعب حكاما ومحكومين هو الضمانة الكبرى لأحكام الدستور سواء اكان مصدرها العرف ام التدوين.

فإذا كان الشعب وصل إلى مرحلة متقدمة من النضج السياسي والثقافي والاجتماعي تؤهله ان يعي ما له وما عليه، فحينئذ يستوي الأخذ بالدستور العرفي أو المدون، واذا لم يكن الشعب قد وصل إلى تلك المرحلة من النضج فالافضل ان يؤخذ بالدستور المدون.

المطلب الثاني
أنواع الدساتير من حيث طريقة التعديل

تقسم الدساتير من حيث قابليتها للتعديل إلى صورتين هما: دساتير مرنة واخرى جامدة.

الفرع الأول
الدساتير المرنة

وهي الدساتير التي تعدل احكامها أو يتم الغائها بذات الطريقة التي تعدل بها القوانين العادية، أي تكون الجهة المناط بها سلطة التعديل أو الالغاء هي السلطة التشريعية وفقا لأحكام الدستور.

ومن البديهي ان الدساتير العرفية تعد دساتير مرنة، ومنها الدستور البريطاني، حيث ان سلطة التعديل مناطة بالبرلمان (السلطة التشريعية) إذ يستطيع ان يعدل الدستور مثلما يعدل أي قانون عادي اخر. الا ان سمة المرونة لا تقتصر على الدساتير العرفية فقط حيث توجد دساتير مكتوبة تتسم بالمرونة أيضا في حالة عدم اشتراطها إجراءات معقدة بغية تعديلها، مثال ذلك الدستور الايطالي لسنة ١٨٤٨ ودستور الاتحاد السوفيتي السابق لسنة ١٩١٨.

الفرع الثاني:
الدساتير الجامدة

وهي الدساتير التي لا تعدل أو تلغى بذات الإجراءات التي تعدل بها القوانين العادية، وانما يشترط لتعديلها اتباع إجراءات أكثر تعقيدا من الإجراءات المتبعة في تعديل القوانين العادية، كأن يشترط اجتماع المجلسين في هيئة مؤتمر، أو اشتراط اغلبية خاصة. وقد تنص بعض الدساتير على حل مجلس النواب وانتخاب مجلس جديد. وهذا ما أخذ به الدستور العراقي لسنة ١٩٢٥ حيث نص في المادة ١١٩ منه على ان (كل تعديل يجب ان يوافق عليه كل من مجلسي النواب والأعيان بأكثرية مؤلفة من ثلثي أعضاء كلا المجلسين المذكورين وبعد الموافقة عليه يحل مجلس النواب والأعيان وينتخب المجلس الجديد فيعرض عليه وعلى مجلس الأعيان التعديل المتخذ من المجلس المنحل مرة ثانية، فاذا اقترن بموافقة المجلسين بأكثرية مؤلفة من ثلثي أعضاء كليهما أيضا يعرض على الملك ليصدق وينشر).

هذا ويلاحظ ان معظم الدساتير النافذة في الوقت الحاضر اشترطت إجراءات صعبة بغية تعديلها، مثال ذلك دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة ١٧٨٧ والدساتير الفرنسية التي صدرت بعد ثورة ١٧٨٩، والدساتير المصرية ١٩٢٣، ١٩٥٦، ١٩٧١ وكذلك دستور العراق لسنة ٢٠٠٥.

النتائج التي تترتب على التقسيم: سبق ان اوضحنا ان الدساتير العرفية تدخل في نطاق الدساتير المرنة حيث انها تعدل في حالة ظهور عرف مخالف لها أو تشريع عادي، وعليه فإن هذا التقسيم يختص بالدساتير المدونة فقط[1]. ويمكن بيان تلك النتائج بالآتي:

١- ان الأخذ بالدستور المرن يؤدي إلى جعل القانون العادي هو القانون الاعلى في الدولة، طالما ان أحكام الدستور تعدل أو تلغى بقانون عادي. اما في حالة الأخذ بالدستور الجامد فيكون الدستور هو القانون الاعلى في البلاد وتكون أحكامه اسمى من القوانين العادية التي يجب الا تخالف أحكام الدستور.

٢- في حالة عدم النص على طريقة تعديل الدستور، فإنه يعدل بذات الطريقة التي تعدل بها القوانين العادية.

أنواع الحظر: ذكرنا ان الدساتير الجامدة هي التي تتطلب إجراءات صعبة ومعقدة عند تعديلها، وان الهدف من اضفاء صفة الجمود على الدساتير هو من اجل ان تتسم احكامها بالثبات والاستقرار، الا ان هذا الثبات

١- يذهب د.سعد عصفور إلى خلاف ذلك، حيث يرى ان الدساتير العرفية يمكن ان تكون جامدة إذ يقول (ولئن كان استناد الدساتير غير المدونة للعرف بصفة اساسية يطبعها بطابعه المرن ويبعد بها عن الخوض في الشروط أو التنظيمات التي تقتضيها فكرة الجمود، الا انه وجد بالفعل أكثر من دستور غير مدون كان في ذات الوقت جامدا) د. سعد عصفور، مصدر سابق، ص٨٧.

والاستقرار نسبي لاسيما ان الدستور قانون، والقانون تسنه الجماعة بغية تنظيم شؤونها، والجماعة تتطور وفقا لسنة الحياة، وتأسيسا على ذلك يجب ان تتسم القوانين بالمرونة والتطور أيضا وبما يساير التطور الذي يلحق الجماعة. وهنا يبرز تساؤل وهو هل يجوز للمشرع الدستوري ان يمنع ادخال أي تعديل على الدستور بشكل نهائي؟.

الحقيقة ان الدساتير اختلفت في مسألة جمودها فيلاحظ ان هناك نوعين من الحظر هما: الحظر الموضوعي الكلي والحظر الموضوعي الجزئي، وقد يكون الحظر مؤقتا أو مؤبدا.

١ـ **الحظر الموضوعي الكلي:** ويراد به منع ادخال أي تعديل على الدستور بأكمله، وذلك أما بشكل مطلق أو لمدة محددة وقد أخذ الدستور اليوناني لسنة ١٨٦٤ بالحظر المطلق وهي حال نادرة اما الحظر لمدة محددة فنصت عليه دساتير عديدة منها الدستور العراقي لسنة ١٩٢٥ حيث منع ادخال أي تعديل عليه لمدة محددة وفقا لنص المادة ١١٩ منه بقوله (عدا ما نص عليه في المادة السابقة، لا يجوز قطعيا ادخال تعديل ما على القانون الأساسي إلى مدة خمس سنوات من تاريخ ابتداء تنفيذه)[١]. وكذلك الدستور المصري لسنة ١٩٣٠ بنصه على ان (لا يجوز اقتراح تعديل هذا الدستور في العشر سنوات التي تلي العمل به)، والدستور الكويتي لسنة ١٩٦٢ والذي منع ادخال تعديل عليه قبل مضي خمس سنوات على العمل به (م١٧٤) ودستور قطر لسنة ٢٠٠٣ (م١٤٨).

١ـ حيث نصت المادة ١١٨ منه على انه (يجوز لمجلس الأمة خلال سنة واحدة، ابتداءا من تنفيذ هذا القانون ان يعدل ايا من الأمور الفرعية في هذا القانون أو الأضافة إليها لأجل القيام بأغراضه على شرط موافقة مجلس الأمة بأكثرية ثلثي الآراء في كلا المجلسين).