

جامعة محمد بوضياف - المسيلة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

محاضرات في القانون الدستوري

النظرية العامة للدولة - النظرية العامة للدساتير

إعداد الدكتور:
رابعي إبراهيم

مطبوعة موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق

بِسْمِ اللَّهِ الْعَزِيزِ الْحَمِيمِ

مقدمة

تكتسي دراسة مادة القانون الدستوري أهمية بالغة، بالنظر لأهمية الموضوعات التي يتناولها، سواء المتعلقة بالدولة من حيث شكلها ونظم الحكم فيها، وسلطاتها وعلاقة هذه السلطات مع بعضها البعض، أو تلك المتصلة بالحقوق والحريات. كما أن الدستور هو النص الذي يضع الأصول الكبرى لعلاقة الحكام بالحكومين، مما يجعل الاطلاع على أحكامه، والتعمق في بعض جزئياتها مطلباً ملحا لكل دارس للقانون.

وقد انطلق تدريس هذا المقياس لأول مرة في إيطاليا سنة 1797 من قبل الأستاذ "كيبانيوني دي لوزو" الذي جعل مصطلح القانون الدستوري عنواناً لسلسلة محاضرات ألقاها في الجامعة، ثم انتقل إلى فرنسا سنة 1834 حيث أنشئ كرسي للقانون الدستوري بجامعة باريس، لشرح الوثيقة الدستورية الصادرة عام 1830 التي تولى على إثرها الملك لويس فيليب حكم فرنسا. أما في الدول العربية فلم تستخدم عبارة القانون الدستوري إلا في وقت متأخر، ففي مصر بداية من سنة 1923 وفي المملكة الأردنية ابتداء من سنة 1946 حيث استعمل قبل هذا التاريخ مصطلحات أخرى كالقانون الأساسي والقانون النظامي أو نظام السلطات العمومية، ولا تزال المملكة العربية السعودية تستعمل مصطلح "النظام الأساسي للحكم"، أما في الجزائر أنشئ أول كرسي للقانون الإداري والدستوري سنة 1880 بمدرسة الحقوق، وبموجب القرار الوزاري الصادر بتاريخ 7 أبريل 1889 أصبحت مادة القانون الدستوري تدرس بشكل مستقل في برنامج الليسانس ومنذ ذلك الوقت مازال المقياس يدرس لطلبة السنة الأولى ليسانس حقوق، وهو ما نص عليه القرار الوزاري 582 المؤرخ في 23 جويلية 2014، المتعلق بالبرنامج القاعدي المشترك لميدان الحقوق والعلوم السياسية، فرع الحقوق.

وقد التزمت في هذه المطبوعة بالبرنامج المقرر والمعتمد من قبل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. حيث سيخصص السداسي الأول لثلاث محاور هي:

المحور الأول: ماهية القانون الدستوري

المحور الثاني: النظرية العامة للدولة

المحور الثالث: النظرية العامة للدساتير

المحور الأول: ماهية القانون الدستوري

تتطرق في هذا المحور لتعريف القانون الدستوري وعلاقته بالقوانين الأخرى، في مبحث أول، ثم نبيّن طبيعته القانونية ومصادره في مبحث ثاني.

المبحث الأول

تعريف القانون الدستوري وعلاقته بالقوانين الأخرى

يعتبر استعمال مصطلح القانون الدستوري في الدراسات القانونية حديث نسبياً بالمقارنة مع باقي فروع القانون، إذ استعمل لأول مرة في إيطاليا سنة 1797 من قبل الأستاذ "كمانوني ديلاوزو" الذي جعل هذا المصطلح عنواناً لسلسلة محاضرات ألقاها في الجامعة، ثم انتقل إلى فرنسا سنة 1834 حيث أنشئ كرسي للقانون الدستوري بجامعة باريس، لشرح الوثيقة الدستورية الصادرة عام 1830 التي تولى على إثرها الملك لويس فيليب حكم فرنسا.¹ غير أن ذلك لم يستمر طويلاً، إذ بقيام إمبراطورية لويس نابليون عام 1852 ألغي كرسي القانون الدستوري من كلية الحقوق، وأدمجت المادة مع مادة القانون الإداري في كرسي القانون العام، ثم ظهر موضوع القانون الدستوري من جديد في ظل الجمهورية الثالثة، حيث تقرر تدريسه في قسم الدكتوراه سنة 1882، ومن ذلك التاريخ استقر تدريسه في كليات الحقوق الفرنسية.²

أما في الدول العربية فلم تستخدم عبارة القانون الدستوري إلا في وقت متأخر، ففي مصر بداية من سنة 1923 وفي المملكة الأردنية ابتداء من سنة 1946 حيث استعمل قبل هذا التاريخ مصطلحات أخرى كالقانون الأساسي والقانون النظامي أو نظام السلطات العمومية، ولا تزال المملكة العربية السعودية تستعمل مصطلح "النظام الأساسي للحكم"، أما في الجزائر أنشئ أول كرسي للقانون الإداري والدستوري سنة 1880 بمدرسة الحقوق، وبموجب القرار الوزاري الصادر بتاريخ 7 أفريل 1889 أصبحت مادة القانون الدستوري تدرس بشكل مستقل في برنامج الليسانس.³

المطلب الأول

تعريف القانون الدستوري

اختلف الفقهاء في تعريفهم للقانون الدستوري باختلاف المعيار المعتمد في التعريف، فمنهم من ركز على المعيار اللغوي ومنهم من اعتمد المعيار الشكل القانوني، واعتمد البعض المعيار التاريخي، والسياسي، واستقر أغلب الفقه على اعتماد المعيار الموضوعي، نحاول في هذا المطلب تحديد تعريف للقانون الدستوري من خلال أهم هذه المعايير.

¹ ثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، 1971، ص 708. وأنظر أيضاً نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2004، ص 446. ونشير في هذا الخصوص أن هناك من أرجع بداية استعمال مصطلح القانون الدستوري إلى فرنسا، بالقول إن المجلس الوطني التأسيسي في فرنسا هو الذي أوجب في عام 1791 تدريس الدستور الفرنسي وشرح مبادئه في مدارس الحقوق، وأن الأستاذ "Deleze" استوحى منه هذه التسمية وجعلها عنواناً لمحاضراته، أنظر حمدي العجمي، مقدمة في القانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009، ص 18.

² محمد كاظم المشهداني، القانون الدستوري، (الدولة، الحكومة، الدستور)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2011، ص 231.

³ بوكرا إدريس، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، دار الكتاب الحديث، 2003، ص 7.

أولاً: التعريف اللغوي للقانون الدستوري: كلمة دستور في اللغة العربية كما جاء في "تاج العروس في جواهر القاموس" هي اسم للنسخة المعمولة للجماعات، ويجمع فيه قوانين الملك وضوابطه، وهي كلمة فارسية معربة، وأصلها الفتح وإنما ضم اللفظ لما عرب ليتناسب مع أوزان العرب. فالدستور ليست عربية وإنما فارسية الأصل ولها معنيان: تعني أولاً: الأساس أو الأصل، وثانياً: الإذن أو الترخيص، وقد دخلت العربية واستعملت بنفس الاستعمال.⁴

وانطلاقاً من هذا المعيار يمكن تعريف القانون الدستوري بأنه مجموعة القواعد التي تنظم أسس الدولة وتحدد تكوينها. وقد وجهت عدة انتقادات للتعريف اللغوي، أهمها:

- أن الاصطلاحات القانونية لا يمكن تفسيرها تفسيراً لغوياً خالصاً، لأن كل كلمة لها معنى يجري به العرف قد لا يتطابق مع المعنى اللغوي.
- أن التعريف اللغوي قد ربط بين القانون الدستوري والدستور رغم وجود فوارق بينهما.
- المعنى اللغوي للقانون الدستوري يعطي مفهوماً واسعاً له، يتعارض مع ما هو مقرر أكاديمياً في الدراسات الجامعية، إذ أن اعتماد المعيار اللغوي يؤدي إلى امتداد القانون الدستوري إلى مجالات عديدة في فروع القانون.

ونتيجة لهذه الانتقادات فإن الفقه لا يأخذ بالمعيار اللغوي في تعريف القانون الدستوري، بل يعتمد على معيارين آخرين، هما المعيار الشكلي والمعيار الموضوعي.⁵

ثانياً: التعريف الشكلي للقانون الدستوري: ظهر هذا المعيار نتيجة لانتشار حركة تدوين الدساتير، وتميّز عملية التدوين بنظام خاص، سواء من حيث طريقة الوضع أو التعديل، ويعتمد هذا المعيار في تمييز القواعد الدستورية على الشكل الذي تفرغ فيه والجهة التي أصدرته،⁶ وعليه فالقانون الدستوري وفقاً لهذا المعيار هو القواعد التي تتضمنها الوثيقة المعروفة باسم الدستور، أي كل ما تحتوي عليه وثيقة الدستور من قواعد تعتبر قواعد دستورية، وأي قاعدة غير واردة في وثيقة الدستور لا تعتبر دستورية.⁷ فهو فرع من القانون يدرس القواعد القانونية الواردة أو المدونة في الدستور فقط، وعبر البعض على هذا الارتباط بين القانون الدستوري والدستور بالقول أن "القانون الدستوري هو علم الدساتير المكتوبة"⁸ ويترتب على ذلك أن تصبح دراسة القانون الدستوري محددة ومقتصرة على شرح القواعد الثابتة في وثيقة الدستور.⁹ كما يترتب على ذلك اقتصار دراسة القانون الدستوري على الدولة ذات الدساتير المكتوبة فقط.¹⁰

ويتميز هذا المعيار بعدة مزايا أهمها:

⁴ حمدي العجمي، المرجع السابق، ص 20. محمد أرزقي نسيب، أصول القانون الدستوري والنظم السياسية، شركة دار الأمة للنشر والطباعة والتوزيع، الطبعة الأولى، 1989، ص 14.

⁵ محمد كاظم المشهداني، المرجع السابق، ص 232، 231.

⁶ حمدي العجمي، المرجع السابق، ص 24.

⁷ مولود ديدان، مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار بلقيس، الجزائر، 2017، ص 7.

⁸ المرجع نفسه، ص 7.

⁹ محمد الشافعي أبو راس، الوسيط في القانون الدستوري، 2006، ص 19.

¹⁰ محمد كاظم المشهداني، المرجع السابق، ص 232.

- يتميز هذا المعيار بالتحديد والوضوح، فهو يعتمد على مصدر القواعد الدستورية وطريقة وضعها وتعديلها.

- يعتبر هذا المعيار أساس فكرة جمود الدستور وسموه على غيره من القوانين العادية، مما يسهل التمييز بين القواعد الدستورية -وهي القواعد المجموعة في وثيقة الدستور- وغيرها من القواعد.¹¹

لكن رغم وضوح هذا المعيار وبساطته إلا أنه لم يسلم من النقد من عدة أوجه أهمها:

- الأخذ بهذا المعيار يؤدي إلى إنكار وجود قانون دستوري في الدول التي ليس لها دستور مكتوب.

- التعريف الشكلي غير جامع، فالدساتير المكتوبة لا تتضمن كل القواعد الدستورية، بل قد توجد في نصوص أخرى، لا سيما القوانين العضوية. ومن ذلك مثلا قوانين انتخاب رئيس الجمهورية والبرلمان، فالأخذ بالمعيار الشكلي يقتضي استبعاد هذه القواعد من القانون الدستوري، رغم دستوريته.

- وأيضا التعريف الشكلي غير مانع، فالأخذ به سيضفي الصفة الدستورية على قواعد ليست بطبيعتها دستورية،¹² فقط لورودها في صلب وثيقة الدستور، كالأحكام المتعلقة بإلغاء عقوبة الإعدام في دستور فرنسا سنة 1848، والتعديل الدستوري الذي أدخلته الولايات المتحدة الأمريكية على دستورها سنة 1919 ثم ألغى لاحقا، والمتعلق بحظر بيع وإنتاج واستيراد وتصدير ونقل المشروبات الكحولية، أو تلك الأحكام الواردة في الدستور السويسري والمتعلقة بمنع تداول وتعاطي نوع معين من الشراب الشديد السكر أو تلك النصوص التي تنظم ذبح الحيوان، فهذه الأحكام لا تتعلق لا بالدولة ولا بنظام الحكم، فهي غير دستورية ولا يمكن اعتبارها كذلك لمجرد ورودها في الدستور.¹³

- يؤدي الأخذ بالمعيار الشكلي إلى الخلط بين القانون الدستوري والدستور، بحيث تنحصر دراسة القانون الدستوري في شرح وتفسير القواعد المدونة في وثيقة الدستور.¹⁴

ثالثا: المعيار الموضوعي (المادي): إن هذا المعيار لا ينظر إلى وثيقة الدستور بل ينظر إلى ما هو دستوري من حيث الموضوع سواء كان منصوصا عليه في وثيقة الدستور أم لا، أي ينظر إلى القواعد القانونية التي تبين شكل الدولة بسيطة أو مركبة وكذلك تنظيم واختصاصات السلطات في الدولة وعلاقتها مع بعضها البعض، فهو معيار يعتمد على المضمون أو المادة أو الموضوع، بغض النظر عن الشكل أو الإجراءات المتخذة لإصدار وتعديل تلك القواعد. وبناء عليه فالقانون الدستوري يتضمن جميع القواعد التي

¹¹ حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري، الطبعة الثانية، 2013، ص 43.

¹² لمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المعاصرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 6.

¹³ محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق، ص 22. مولود ديدان، المرجع السابق، ص 8. يبرر بعض الفقهاء سبب النص عن بعض المواضيع غير الدستورية في وثيقة الدستور، إلى رغبة المؤسس الدستوري في إضفاء صفة الثبات والاستقرار والجمود عليها، لأهميتها من وجهة نظره، كما أن استبعاد مواضيع أخرى من الدستور رغم دستوريته، يعود إلى الرغبة في إضفاء صفة المرونة عليها، والتي تسمح لها بمسايرة مختلف المتغيرات من خلال إمكانية تعديلها، وتجنبها لكثرة تعديل الدستور. انظر محمد كاظم المشهداني، المرجع السابق، ص 234، 233. وانظر أيضا حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص 45.

¹⁴ حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص 42.

لها طبيعة دستورية مهما كان مصدرها. أو بعبارة أخرى هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم مسائل ذات طبيعة دستورية.¹⁵

وان كان هذا المعيار يبدو بسيطا وواضحا، إلا أن حقيقة الأمر غير ذلك، لوجود اختلاف بين الفقهاء في القواعد التي تعتبر دستورية بطبيعتها، ووجهة لهذا المعيار جملة من الانتقادات أهمها:
- إن الأخذ بالمعيار الموضوعي يؤدي إلى الاختلاف حول تقدير ما هو دستوري وما هو غير دستوري، فالمعيار سيظل فضفاضاً، لا يستطيع أن يحدد بدقة ما هو دستوري بطبيعته وما ليس كذلك.
- يثير هذا المعيار مشاكل عملية، فتكيف قاعدة ما بأنها دستورية وهي غير واردة في الدستور سي طرح تساؤلا عن الأثر المترتب على هذا الاعتبار، فهل تتمتع بخصائص القواعد الدستورية؟ خاصة من حيث إجراءات التعديل وإثارة الرقابة على دستورية القوانين، وأيضا إخراج قاعدة واردة في صلب وثيقة الدستور من مصاف القواعد الدستورية بدعوى أنها ليست ذات طبيعة دستورية هل سيفقدتها الخصائص الدستورية، وتصبح في مستوى القاعدة العادية.¹⁶

ورغم هذه الانتقادات إلى أن معظم الفقهاء رجحوا المعيار الموضوعي للقانون الدستوري، لما له من إحاطة أكبر بالموضوع،¹⁷ وقد قدمت عدة تعريفات اعتمادا على هذا المعيار منها:

تعريف الفقيه الفرنسي "لافريار (G) Laferrière" حيث عرفه بأنه "ذلك الفرع من القانون العام الذي يبحث شكل الدولة، ويبيّن نظام وسير واختصاصات وعلاقات الهيئات العليا في الدولة، ومدى اشتراك المواطنين في الحكم". وعرفه "جورج فودال (G) Vedel" أنه "القانون الدستوري يشكل مجموع القواعد التي تنشأ بموجبها وتنتقل وتمارس السلطة السياسية".¹⁸

وعرفه "موريس دوفرليه" بقوله "القانون الدستوري هو قسم من القانون ينظم المؤسسات السياسية للدولة".¹⁹

أما في الفقه العربي فقد عرف الدكتور خليل عثمان خليل القانون الدستوري بأنه "مجموعة القواعد الأساسية التي تحدد شكل الدولة وترسم قواعد الحكم فيها، وتضع الضمانات الأساسية لحقوق الأفراد، وتعين مدى سلطان الدولة عليهم، وتنظم سلطاتها العامة مع بيان اختصاصات كل واحدة من هذه السلطات".²⁰
وعرفه الدكتور سعيد بو الشعير بأنه "مجموعة القواعد التي تنظم شكل الدولة ونظام الحكم وطبيعة العلاقة بين السلطات، واختصاصاتها، وكذلك القواعد التي تبيّن حقوق الأفراد وحرّياتهم وضمّاناتها".²¹

¹⁵ محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق، ص 30.

¹⁶ حمدي العجمي، المرجع السابق، ص 28.

¹⁷ سعيد بو الشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة 12، سنة 2013، ص 154.

¹⁸ نقلا عن رابحي أحسن، الوسيط في القانون الدستوري، دار هومه، الجزائر، 2012، ص 9.

¹⁹ نقلا عن مولود ديدان، المرجع السابق، ص 9.

²⁰ نقلا إبراهيم أبو حازم، الوسيط في القانون الدستوري، دار الكتاب الجديد المتحدة، ليبيا، الطبعة الثالثة، 2010، ص 13.

²¹ سعيد بو الشعير، المرجع السابق، ص 153.

إن الاختلاف حول تعريفات القانون الدستوري يعكس النظرة إلى القانون الدستوري وميادين دراسته، فالتعريفات الموسعة تذهب إلى أن القانون الدستوري يجب أن تشمل دراسة الدولة بكل سلطاتها العامة، التأسيسية والتشريعية والتنفيذية والقضائية، فهذه المؤسسات مجتمعة هي من تقوم بوظيفة الدولة، وبما أن القانون الدستوري هو علم دراسة الدولة فإنه يتناول بدراسته هذه المؤسسات جميعها، وكما يدرس القانون الدستوري مؤسسات الدولة فإنه يجب أن يتناول الحقوق والحريات العامة التي تشكل أحد المضامين الأساسية للدساتير الحديثة، فالدستور لا يبين كيفية تسيير مؤسسات الدولة فحسب، بل إنه يبين حدود ممارسة السلطة ويضع القيود على مؤسسات الدولة لمصلحة المواطن بما يحفظ حقوقه وحرياته الأساسية.²²

المطلب الثاني

علاقة القانون الدستوري بفروع القانون الأخرى

تقسم القوانين إلى قسمين أو صنفين أساسيين، قانون عام وقانون خاص، ورغم قبول هذا التقسيم من قبل غالبية الفقهاء، إلى أنهم اختلفوا في المعيار المعتمد في التقسيم، فمنهم من اعتمد معيار المصلحة، فيكون القانون عاما إذا كان يستهدف حماية المصلحة العامة، ويكون خاصا متى استهدف حماية المصلحة الخاصة للأفراد، غير أن هذا المعيار انتقد على أساس أن كل القواعد القانونية تسعى لتحقيق المصلحة العامة. ومن الفقهاء من اعتمد معيار طبيعة القاعدة القانونية، فالقواعد التي لا يمكن الاتفاق على مخالفتها هي قواعد أمرة، وتلك هي قواعد القانون العام، أما القواعد المقررة (المكاملة) فيجوز الاتفاق على مخالفتها من قبل الأفراد، وهي قواعد القانون الخاص، وهو أيضا معيار منتقد، لأن قواعد القانون الخاص حافلة بالقواعد الآمرة.

ومنهم من اعتمد المعيار القائم على أساس أطراف العلاقة، فكلاهما كانت الدولة أو أحد مؤسساتها طرفا في العلاقة القانونية كان القانون عاما، ويعتبر القانون خاصا إذا لم تكن الدولة طرفا في العلاقة التي ينظمها، وهذا المعيار أيضا منتقد لأن الدولة أو أحد مؤسساتها لا تظهر دائما بصفقتها صاحبة سيادة. وأخيرا معيار صفة أطراف العلاقة القانونية، وهو المعيار الراجح الذي اعتمده غالبية الفقهاء، فكلاهما كانت الدولة أو أحد مؤسساتها طرفا في العلاقة القانونية بوصفها صاحبة السيادة كان القانون الذي ينظمها قانونا عاما، أما إذا كانت العلاقة بين الخواص أو بين أحد الخواص والدولة مجردة من صفة السيادة، فالقانون في هذه الحالة يعتبر قانونا خاصا.²³

وعلى هذا الأساس وباعتبار قواعد القانون الدستوري تتعلق بالدولة بصفقتها صاحبة السيادة؛ فإن القانون الدستوري هو قانون عام، وعليه فإن علاقته كبير بفروع القانون العام، لاسيما القانون الإداري، وتختصر نوعا ما بالنسبة لفروع القانون الخاص.

²² إبراهيم أبو حازم، المرجع السابق، ص 13.

²³ حمدي العجمي، المرجع السابق، ص ص 41-43.

أولاً: العلاقة مع فروع القانون العام: يمكن إبراز أهم مظاهر هذه العلاقة بالنسبة للقانون الدولي والقانون الإداري والمالي والجنائي

1- القانون الدولي العام: إن القانون الدولي العام يهتم أساساً بنشاط الدولة في المجال الخارجي، أي ينظم العلاقة بين الدول فيما بينها، أو بينها وبين الهيئات الدولية الأخرى مثل هيئة الأمم المتحدة وجامعة الدول العربية... الخ، أما القانون الدستوري فيبحث أساساً في القواعد الخاصة بنظام الحكم داخل الدولة. ورغم اختلاف مجال القانونين إلا أن كليهما موضوعه الدولة، ويشتركان في دراسة بعض المواضيع مثل: موضوع الدولة نفسها والمعاهدات الدولية وإجراءات إبرامها، ومبدأ سيادة الدولة.

2- العلاقة بين القانون الدستوري والقانون الإداري: إن القانون الإداري هو مجموعة المبادئ والقواعد والأحكام المتعلقة بتنظيم الإدارة وسيرها، ورغم صعوبة التفرقة بينهما إلا أن مجال القانون الدستوري يتعلق بهيكلية وتنظيم المؤسسات السياسية العليا في الدولة وخاصة السلطات الثلاثة وهي السلطة التشريعية، والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية. في حين أن القانون الإداري يهتم بالسلطة التنفيذية أساساً، وفي كل الأحوال فالقانون الدستوري هو الذي يضع الأسس التي يبنى عليها القانون الإداري، ورغم أن القانون الإداري أكثر القوانين اتصالاً بالقانون الدستوري، إلا أن هذا الأخير يبقى اسماً من القانون الإداري، حيث يقرر القواعد والمبادئ الأساسية لكل فروع القانون العام، بما فيها القانون الإداري، الذي يقتصر دوره على وضع هذه المبادئ موضع التنفيذ، ومن جهة أخرى فإن القانون الدستوري يهتم بنشاط الدولة السياسي، في حين يهتم القانون الإداري بالنشاط الإداري للدولة.²⁴ وبعبارة أخرى فإن "القانون الدستوري يبين كيف شيدت الأداة الحكومية وكيف ركبت أجزائها، أما القانون الإداري فيبين كيف تعمل تلك الأداة، وكيف يتحرك كل جزء من تلك الأجزاء".²⁵

3- العلاقة بين القانون الدستوري والقانون المالي: يتحدد مجال القانون المالي بتنظيم ميزانية الدولة، أي تنظيم إيرادات الدولة ونفقاتها، ويلاحظ بأن الدساتير تتضمن القواعد الأساسية التي تلتزم بها الدولة من أجل تحضير الميزانية وكذا الإنفاق العام وفرض الضرائب والإعفاء منها.

4- علاقة القانون الدستور بالقانون الجنائي: يستمد هذا الأخير أحكامه من القواعد والمبادئ المقررة في الدستور، وغايته حماية نظام الحكم ككل من الاعتداء عليه، من قبل الأفراد أو الحكام، ولا أدل على هذه العلاقة نص الدساتير على العديد من القواعد العامة التي يتناولها القانون الجنائي، بالتفصيل، مثل حق الدفاع، وعدم جواز القبض على الأشخاص إلا طبقاً للقانون.²⁶

ثانياً، علاقة القانون الدستوري بفروع القانون الخاص: وما يمكن ملاحظته في العلاقة بين القانون الدستوري والقوانين الخاصة أنها ضعيفة نسبياً بحكم أن القانون الدستوري يهتم بنظام الحكم وشكل السلطة،

²⁴ سعيد بو الشعير، المرجع السابق، ص 155.

²⁵ محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 38.

²⁶ سعيد بو الشعير، المرجع السابق، ص 156.

وهو فرع من القانون العام الذي ينظم العلاقات القانونية التي تكون الدولة فيها بصفتها صاحبة السيادة، بينما تهتم القوانين الخاصة بالعلاقات القائمة بين الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة والعامة ولكن هذه الأخيرة ليس بوصفها صاحبة سلطة وسيادة، فجمال القانون الدستوري يختلف كلياً عن مجال القوانين الخاصة. لذلك يترك الدستور العلاقات الخاصة في الغالب للتنظيم بشكل حر ودون تدخل من جانبه، إلا أننا نجد أنه يتضمن المبادئ والأسس العامة المنظمة لتلك العلاقات، مثل النص على أن الملكية الخاصة مضمونة وحق الإرث وكذلك حماية الأسرة، ويعود للقوانين الخاصة تنظيم وتجسيد تلك المبادئ وتفصيلها.²⁷

المبحث الثاني

طبيعة قواعد القانون الدستوري ومصادره

تمتلك القاعدة القانونية بخاصية أساسية، تميزها عن غيرها من القواعد المتعلقة بسلوك الأشخاص، وهي خاصية الإلزام، الذي يقتضي بشكل عام اقتران القاعدة القانونية بجزاء يوقع على من يخالفها، نتطرق لاختلاف الفقهاء في مدى الزامية القاعدة الدستورية (المطلب الأول)، ثم نبيّن مصادر القاعدة الدستورية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

طبيعة قواعد القانون الدستوري

اختلف الفقه بشأن مدى إلزامية القواعد الدستورية، وانقسم إلى اتجاهين، الأول إنجليزي بزعامة أستن Austin والثاني فرنسي بزعامة دييجي Duguit

أولاً: المدرسة الإنجليزية: تعتمد هذه المدرسة في تحديد طبيعة القواعد القانونية والزاميتها على مدى توافر عنصر الجزاء الذي يقتضي وجود الإكراه المادي، الذي توقعه السلطة العامة بما تمتلكه من وسائل. ومن هنا يقول زعيم هذه النظرية الفقيه أستن أن قواعد القانون الدستوري لا تعدون أن تكون مجرد قواعد آداب مرعية تحميها جزاءات أدبية بحتة، ذلك أن المخاطب بقواعد القانون الدستوري لدى مخالفته لقاعدة دستورية يوصف عمله بأنه غير دستوري لكنه لا يكون مخالفاً لقاعدة بالمعنى الصحيح، فلا يتعرض لأي جزاء مادي.²⁸

تقدير الرأي: إذا كانت هذه المدرسة قد اعتمدت في التمييز بين قواعد القانون الدستوري والقانون الدولي من جهة والقانون العادي من جهة أخرى على الحاكم الذي يضيف على الأخير الصفة الإلزامية بتوقيع الجزاء على مخالفه بما يملكه من وسائل، وهي المنعقدة في القانون الدستوري والقانون الدولي، فإن الذي غاب على أنصار هذه المدرسة هو أن بعض القواعد القانونية العادية لا نجد لها جزاء مادياً يترتب على عدم احترامها، لكونها مفسرة أو أنها مجيزة لتصرف أو تصرفات معينة، مثل حق المالك في الإيضاء بأمواله، كما

27 محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 35.
28 سعيد بو الشعير، المرجع السابق، ص 157.

أن هذه المدرسة لا تعبر أي اهتمام للقواعد الدينية باعتبارها أساساً أو جزءاً لا يتجزأ من القواعد القانونية لبعض الدول كالدول الإسلامية.²⁹

ثانياً: المدرسة الفرنسية: ترى هذه المدرسة بأنه ينبغي الاعتداد بالجزء المعنوي، لأن كل قاعدة تحتوي على جزء يمثل في رد الفعل الاجتماعي على حد قول زعيم المدرسة ديجي، وبهذا فإن كل قاعدة لها جزاؤها وإن كان الاختلاف بين القواعد القانونية يبدو واضحاً من حيث ذلك الجزء الذي يبدأ من المعنوي المتمثل في رد الفعل الاجتماعي إلى العقاب الجسماني الذي توقعه السلطة العامة في الدولة، وعليه فإن أصحاب وأنصار هذه المدرسة يقرون بأن قواعد القانون الدستوري هي قواعد قانونية بالمعنى الصحيح، غير أن شكل الجزء فيها يختلف عن الجزء في غيرها من القواعد.

تقدير هذا الرأي: بالنظر إلى ما وصلت إليه الأنظمة القانونية الحديثة وتطور الحكم الديمقراطي يمكن القول بأن القواعد القانونية الدستورية ينبغي أن تحترم من قبل ممارسي السلطة ليعتبرهم الشعب صاحب السيادة، فهذه القواعد تحدد كيفية ممارسة السلطة من قبل مؤسسات الدولة والتي يحق لكل منها - اعتماداً على ما ورد في الدستور- أن توقف غيرها عند حدود اختصاصاتها وسلطاتها مما يعد جزءاً يترتب على كل تجاوز للاختصاص والسلطات، بل وقد يمتد عدم احترامها إلى حد تدخل الشعب لإجبار مؤسسة أو مؤسسات على احترام أحكام الدستور، وذلك إما بردها بالوسائل المختلفة كالضغوط والمظاهرات أو التجمهر وإجبارها على القيام بتصرف معين أو الامتناع عنه، بما يثبت تراجعها والاعتراف بخطئها، بل وقد يصل ذلك إلى حد الإطاحة بها.³⁰

وبناء على ما سبق يمكن القول أن القاعدة الدستورية هي قاعدة قانونية، تتمتع بخصوصية الإلزام، كغيرها من قواعد القانون، ولها جزء يترتب على مخالفتها، غير أن هذا الجزء يأخذ صوراً أخرى مختلفة عن تلك المعهودة في باقي القوانين، فكل قاعدة قانونية لها جزء يتناسب وطبيعتها، فنجد الجزء في قانون العقوبات يتمثل في الحبس والغرامة مثلاً وهي جزاءات مناسبة لهذه القواعد، وفي القانون المدني يظهر الجزء في شكل بطلان التصرف أو التعويض، وهي أيضاً مناسبة للعلاقات التي ينظمها القانون المدني، وفي القانون الإداري، يأخذ الجزء أشكالاً أخرى كإلغاء القرار والتعويض، وصور العقوبات التأديبية المختلفة من الإنذار إلى الشطب، وكذلك للقاعدة الدستورية جزاء يناسبها، على غرار صور الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، من استجواب وسحب للثقة من الحكومة، وحل للمجلس الشعبي الوطني، وأيضاً إلغاء القانون غير الدستوري من قبل المجلس الدستوري، وعدم تجديد العهدة، وغيرها من صور الجزء التي تناسب وطبيعة العلاقات التي ينظمها القانون الدستوري.

وعلى اعتبار أن القانون الدستوري هو الذي ينشئ وينظم مختلف السلطات، ويتضمن بعض المبادئ الأساسية لمختلف القوانين، فلا يمكن القول بعدم الزاميته، إذ من غير المنطق أن تكون أعمال

²⁹ سعيد بو الشعير، المرجع السابق، ص 157.

³⁰ سعيد بو الشعير، المرجع السابق، ص 158.

السلطة التنفيذية (مراسيم رئاسية وتنفيذية) ملزمة والقانون الذي ينشئ هذه السلطة ويحدد صلاحياتها، ويعطي لأعمالها القيمة القانونية المناسبة غير ملزم، كما لا يمكن القول بأن القانون الصادر عن البرلمان ملزم، وقواعد الدستور التي أنشأت ونظمت ورسمت حدود صلاحيات البرلمان غير ملزمة.

المطلب الثاني

مصادر القانون الدستوري

تستمد القاعدة الدستورية فحواها ومضمون خطابها من عدة مصادر تضافي عليها صفتها الإلزامية،³¹ والقانون الدستوري كغيره من القوانين تعدد مصادره، فإلى جانب المصادر الرسمية هناك مصادر احتياطية، وأخرى تفسيرية، نتطرق لها حسب أهميتها في القانون الدستوري، دون الخوض في تفاصيلها.

أولاً: التشريع: يقصد بالتشريع هنا التشريع بالمفهوم الواسع، والذي يشمل جميع النصوص المكتوبة الصادرة عن السلطات العامة في الدولة مهما كانت طبيعتها أو الجهة التي صدرت عنها، أما المعنى الضيق للتشريع فيقصد به كل ما يصدر عن السلطة التشريعية من قوانين، لذلك يشمل التشريع كمصدر للقانون الدستوري كل من التشريع الأساسي (الدستور) والتشريعات العادية والتي تشمل القوانين العادية والقوانين العضوية إضافة إلى التشريع الفرعي، الذي يضم المراسيم واللوائح التنظيمية،³² وعلى هذا النحو يكون التشريع أساسياً أو عادياً أو فرعياً. غير أن ذلك لا يعني أن كل قاعدة تشريعية هي مصدر للقانون الدستوري بالضرورة، بل فقط تلك القواعد ذات الطبيعة الدستورية، بمعنى تلك القواعد المتعلقة بشكل الدولة ونظام الحكم فيها، وتلك المحددة لاختصاص السلطات والعلاقة فيما بينها والمبينة لحقوق الأفراد وحررياتهم،³³ على أن النصوص التشريعية تخضع لمبدأ التدرج، إذ اقتضى تعددها ترتيباً معيناً لها بشكل متدرج أو هرمي، يفرض خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى منها درجة، أعمالاً لمبدأ "تدرج القواعد القانونية"، الذي بينه وبلور أفكاره النمساوي "Hans Kelsen" إذ اعتبر كل قاعدة قانونية تستمد قوتها من القاعدة الأعلى، مما يفرض عليها احترامها، فيكون هرم المصادر القانونية كالتالي:³⁴

الدستور

المعاهدات الدولية

القوانين العضوية

القوانين العادية

المراسيم الرئاسية

المراسيم التنفيذية

القرارات الوزارية

³¹ معيني لعزیز، محاضرات في القانون الدستوري، ليسانس حقوق قسم التعليم الأساسي، جامعة عبد الرحمان ميرة، ص 35،

https://elearning.univ-bejaia.dz/pluginfile.php/268468/mod_resource/content

³² لرقم رشيد، محاضرات القانون الدستوري - نظرية الدولة والدساتير - مطبوعة موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق، جامعة محمد الصديق بن يحيى الموسم 2017/2018، ص 12.

http://elearning.univ-jijel.dz/elearning/pluginfile.php/14592/mod_resource/content

³³ عباس عمار، مصادر القانون الدستوري، <http://ammarabbes.blogspot.com/2015/01/blog-post.html>

³⁴ محمد شفيق صرصار، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، مناظرة الدخول إلى المرحلة العليا بالمدرسة الوطنية للإدارة، الجمهورية التونسية،

<http://www.sooqkaz.com/index.php/component/edocman>، 2007

1- الدستور (التشريع الأساسي): هو الوثيقة المكتوبة التي تعتبر القانون الأساسي والأسمى في الدولة، يتضمن مجموعة القواعد المنظمة لنظام الحكم وتنظيم السلطات العامة فيه والقواعد المنظمة لإرساء وحماية الحقوق والحريات الفردية والعامة، ويشكل الدستور المصدر الأساسي والرئيسي للقانون الدستوري في الدول ذات الدساتير المكتوبة،³⁵ ونظرا لطبيعة المواضيع التي ينظمها فإنه يتمتع بالسمو الموضوعي، كما أن تميز طريقة وضعه وتعديله أضفت عليه سموا شكليا، يتم تجسيده من خلال اعمال الرقابة على دستورية القوانين.

2- القوانين العضوية: عرفت الجزائر القوانين العضوية بموجب دستور 1996، واستمر اعتماد هذا النوع من القوانين في كل التعديلات التي أدخلت عليه، آخرها تعديل 2020 الذي نص على أن البرلمان يشرع بقوانين عضوية، بالأغلبية المطلقة للنواب والأعضاء، في مجالات محددة، ويخضع لرقابة المطابقة مع الدستور قبل صدوره،³⁶ وبالتالي فهو يحتل مركزا متميزا في التدرج القانوني،³⁷ وعادة ما تعالج هذه القوانين مواضيع ذات طبيعة دستورية، أي تتعلق بالسلطات وطريقة تشكيلها وعملها، وقد ذكرت المادة 140 من التعديل الدستوري لسنة 2020 أهم هذه المجالات، وهي : تنظيم السلطات العمومية وعملها، نظام الانتخابات، القانون المتعلق بالأحزاب السياسية، القانون المتعلق بالإعلام، القانون الأساسي لقضاء والتنظيم القضائي، القانون المتعلق بقوانين المالية،³⁸ وبالرجوع إلى المواضيع التي يشرع فيها البرلمان بموجب قانون عضوي نجد لها ذات طبيعة دستورية، مما يجعل هذا الصنف من القوانين مصدرا هاما من مصادر القانون الدستوري، إضافة إلى أن الدستور نفسه كثيرا ما يحيل إلى القانون العضوي لتبيين كيفية تطبيق بعض أحكامه، كنص المادة 97 من التعديل الدستوري لسنة 2020 الذي جاء فيه "يحدد قانون عضوي تنظيم حالة الطوارئ وحالة الحصار" أو نص المادة 87 التي حددت شروط الترشح لرئاسة الجمهورية، ثم نصت على انه يحدد قانون عضوي كفاءات تطبيق أحكام هذه المادة.

القوانين العادية: هي القوانين التي تسنها السلطة التشريعية في مجالات محددة في الدستور، يتم التصويت عليها بالأغلبية سواء من قبل النواب أو الأعضاء، تخضع للرقابة الجوازية على الدستورية القوانين، وتشكل أيضا مصدرا هاما للقانون الدستوري، لأن بعضها يعالج مواضيع دستورية، كما هو الحال بالنسبة للقواعد المتعلقة بحقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية. فيكون التشريع العادي مصدرا من مصادر القانون الدستوري كلما كانت قواعده ذات طبيعة دستورية، بمعنى نظمت بعض المجالات كأساليب الوصول إلى السلطة (الانتخابات)، وحقوق الأفراد وحرياتهم واختصاص السلطات والعلاقة فيما بينها.

³⁵ لرقم رشيد، المرجع السابق، ص 13.

³⁶ المادة 140 من التعديل الدستوري 2020.

³⁷ مولود ديدان: المرجع السابق، ص 347.

³⁸ هناك مجالات أخرى للقانون العضوي ورد النص عليها في عدة مواد من الدستور .

وتظهر أهمية التشريع كمصدر للقانون الدستوري من حيث الحالات الكثيرة التي تتضمنها نصوص الدستور ذاته، فعادة ما تحدد مواد الدستور المبادئ العامة وتترك التفاصيل للنصوص التشريعية لتوضيحها وشرحها، دون مخالفتها.³⁹

3- النظامين الداخليين لغرفتي البرلمان: تهتم النظم الداخلي للمجالس النيابية بتنظيم وسير العمل البرلماني، ويمكن للنظامين الداخليين لغرفتي البرلمان أن يوضحا أو يكملا القواعد التي نص عليها الدستور، فكثيرا ما يترك الدستور تفصيل بعض الأحكام للنظام الداخلي ومن ذلك مثلا ما جاء في المادة 116 من التعديل الدستوري والمتعلقة بحقوق المعارضة في المشاركة الفعلية في أشغال البرلمان، حيث نصت الفقرة الأخيرة من هذه المادة على أنه "يوضح النظام الداخلي لكل غرفة من غرفتي البرلمان كيفية تطبيق هذه المادة" وكذا نص المادة 2/127 من التعديل الدستوري 2020 "يحدد النظام الداخلي لكل واحدة من الغرفتين، الشروط التي يتعرض فيها أي نائب أو عضو مجلس الأمة للإقصاء". ونظرا لأهمية وخطورة أحكام النظام الداخلي، فقد أخضعه الدستور لرقابة المطابقة مع الدستور وجوبا.⁴⁰

4- التشريع الفرعي: وهي تلك النصوص الصادرة عن السلطة التنفيذية، والتي تصنف ضمن القانون بالمفهوم الواسع، وتسمى التنظيمات، سواء أصدرها رئيس الجمهورية (المراسيم الرئاسية) أو أصدرها الوزير الأول (المراسيم التنفيذية)، وإن كانت هذه الأخيرة لا تشكل أهمية كبيرة لصدورها تطبيقا للقانون،⁴¹ فإن المراسيم الرئاسية، تصدر خارج المجالات المخصصة للقانون، ويمكن أن تكون أحيانا ذات محتوى دستوري، من ذلك مثلا المرسوم الرئاسي 92-44 المؤرخ في المتضمن اعلان حالة الطوارئ، المرسوم الرئاسي 92-39 والمتضمن صلاحيات المجلس الاستشاري الوطني، ما يجعل المراسيم الرئاسية التي تتناول مواضيع تمس بالحريات العامة وتنظيم السلطات العامة مصدرا للقانون الدستوري.⁴²

ثانيا: العرف الدستوري: يقصد بالعرف "إتباع الناس سلوكا معيناً في موضوع معين بصفة مطردة ولمدة طويلة يجعل الناس يشعرون بقوته الإلزامية كلقانون المكتوب"،⁴³ أو هو بوجه عام "عادة يجري عليها العمل ويتكرر بصورة عامة ومطرده ولمدة من الزمن تكفي ليستقر في الأذهان أنها قاعدة ذات قوة الزامية، ويقوم العرف في مجال القانون الدستوري بأن تجري الهيئات الحاكمة على عادة معينة في موضوع من موضوعات القانون الدستوري، ودون اعتراض من هيئات أخرى، ولمدة واطراد يكفيان ليستقر في ضمير الجماعة الالتزام باحترام هذه العادة باعتبار أنها أصبحت قاعدة قانونية ملزمة".⁴⁴

1- أركان العرف الدستوري يقوم العرف الدستوري على ركنين أساسيين هما:

39 عباس عمار، المرجع السابق.

40 المادة 6/190 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

41 المادة 2/141 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

42 لرقم رشيد، المرجع السابق، ص 13. وأنظر أيضا، محمد شفيق صرصار، المرجع السابق، ص 13.

43 سعيد بو الشعير، المرجع السابق، ص 161.

44 محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 46.

الركن المادي: ويمثل في اعتياد هيئات حاكمة على عادة معينة في مجال من مجالات القانون الدستوري، ويجب أن يتوفر في العادة جملة من الشروط حتى تكون ركناً مادياً للعرف، وهي التكرار والعمومية والثبات والقدم وأن تكون محددة وواضحة.

الركن المعنوي: لا يكفي قيام الركن المادي للعرف وفقاً لتلك الشروط، للقول بوجود عرف دستوري، فالعرف الدستوري هو قاعدة قانونية وهذه الأخيرة لا تكون كذلك إلا إذا كانت قاعدة ملزمة، فعنصر الإلزام هو الذي يفرق بين العادة والعرف، تماماً كما يميز بين القاعدة القانونية وغيرها من القواعد، وينشأ هذا الركن بأن يسود الجماعة اعتقاد بأنه قد أصبح للعادة التي اطرد العمل على مقتضاها قوة الزامية، تلزم الهيئات الحاكمة بأن تكون تصرفاتها على مقتضاها، وأنها إن لم تفعل كانت تصرفاتها باطلة أو قابلة للإبطال.⁴⁵

2- أنواع العرف الدستوري وقيمه القانونية: اختلف الفقه بشأن مدى الزامية العرف الدستوري، فقد ذهب انصار المذهب الشكلي المتطرفين ومن بينهم الفقيهان الإنجليزي دايبي والفرنسي كاري دمالبرغ إلى أن العرف لا قيمة له إلا إذا أقره التشريع أو القضاء، أما المعتدلون من هذا المذهب فيعتبرون له بالصفة الإلزامية، وبالنسبة للمذهب الموضوعي فيرى أنصاره وعلى رأسهم ديغي Duguit وجوي Guet بأن القانون ما هو إلا تعبيراً عن ضمير الجماعة الذي يمثل العرف، ولذلك يقولون بأنه مصدر رسمي للقانون.⁴⁶ ويمكن تفصيل الحديث عن القيمة القانونية للعرف الدستوري من خلال بيان أنواع العرف، حيث يمكن أن يكون مفسراً أو مكملاً أو معدلاً، وتختلف قيمته بحسب نوعه.

أ- العرف المفسر: وهو ذلك العرف الذي ينشأ تفسيراً لنص ثابت بوثيقة الدستور، وأحاط به غموض، فوقع اجتهاد أدى إلى تطبقه على نحو معين، اطردت عليه الهيئات الحاكمة، وقبلته الجماعة واستقر في الوجدان أنه التفسير الصحيح للنص، فالعرف المفسر لا يقوم بذاته ولا يستند إلى حالة فراغ، بل يقوم على نص ثابت في وثيقة دستورية ويكون هذا النص غامضاً يحتاج إلى تفسير.⁴⁷ فدوره هنا ليس إنشاء أو تعديل قاعدة دستورية، وإنما يبين كيفية تطبيق قاعدة معينة غامضة، ليصبح هذا التفسير جزءاً من الدستور، فيكتسب صفة الإلزام، ومن الأمثلة على ذلك جريان العرف أن لرئيس الجمهورية الفرنسية طبقاً لدستور 1875 أن يصدر اللوائح استناداً إلى المادة الثالثة التي تنص على أن رئيس الجمهورية يكفل تنفيذ القوانين.⁴⁸ أما عن القيمة القانونية للعرف المفسر، فقد اتضح من خلال الشرح السابق أن العرف المفسر لا يضيف حكماً جديداً للدستور، كما أنه لا يحذف حكماً قائماً، وكل ما يقوم به ينحصر في دائرة تفسير نص

45 محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 50.

46 سعيد بو الشعير، المرجع السابق، ص 161.

47 محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 65.

48 سعيد بو الشعير، المرجع السابق، ص 162.

غامض قائم بالوثيقة، ومن هنا كان للعرف المفسر نفس قيمة النص الدستوري المفسر أو الذي نشأ العرف لإزالة غموضه، أو بعبارة أخرى للعرف المفسر قوة ملزمة تتساوى مع قوة النصوص الدستورية ذاتها.⁴⁹

ب- العرف المكمل: رغم أن واضح النص القانوني يحاول توقع كل الحالات والتنبؤ بمختلف الوقائع والحوادث، فيقرر ما يناسبها من أحكام، إلا أنه قد تستجد حوادث وعلاقات لا تجد لها في النصوص أي تنظيم أو إشارة، وتحتاج للتعامل معها، في هذه الحالة تجد الهيئة أو السلطة المعنية نفسها - في ظل غياب النص - مجبرة على إيجاد الحلول، فتجتهد في ذلك، ولا يعترض على اجتهادها أي هيئة أخرى ويجد هذا الاجتهاد قبولاً لدى الجماعة، ويتكرر وقوع الحادثة فتعيد التعامل معها بنفس الكيفية وبذات الاجتهاد السابق، ويتكرر الأمر حتى يستقر اعتقاد بإلزامية ذلك الحل، هنا ينشأ عرف دستوري مكمل.⁵⁰

فالعرف المكمل هو الذي ينظم موضوعات لم يتناولها الدستور حيث يسد الفراغ الموجود في الدستور، ونظراً لكونه كذلك فإنه يختلف عن العرف المفسر في كونه لا يستند على نص دستوري في ظهوره.⁵¹ ولأن العرف المكمل يضع قاعدة جديد مكمل لنص دستوري ناقص، فقد سماه البعض بالعرف المنشئ، لأنه ينشئ قاعدة جديدة لا تستند إلى نص دستوري.

أما بخصوص قيمته القانونية، فقد شهد نقاشاً فقهيًا كبيراً واختلاف بين الفقهاء بين من يجعل للعرف المكمل قوة التشريع العادي ومن يجعل له قوة قانونية أكبر من قوة النص الدستوري، وقد خلص الدكتور محمد الشافعي أبو راس إلى أن العرف المكمل قاعدة قانونية ملزمة تقوم إلى جانب نصوص الوثيقة الدستورية، اكتمالاً لنقص فيها، ولذلك تكون لها ذات القيمة والمرتبة القانونية التي تكون للنصوص المكتوبة، وعليه يمكن للمؤسس الدستوري تعديل هذا العرف والغاءه.⁵²

ج- العرف المعدل: يراد به تلك القواعد العرفية التي تغير في أحكام الدستور إضافة أو حذفاً، فالأصل في هذه الحالة أن يون الن الدستوري نظم موضوعاً معيناً، ثم يقوم عرف بقواعد تخالف ما هو مقرر بالنص الدستوري، وهكذا نجد العرف المعدل يتفق مع العرف المفسر في قيامهما إلى جانب نص دستوري، ثم يختلف عنه في أن العرف المفسر لا يأتي بحكم جديد، وإنما يقف عند حد توضيح الغموض في النص، بينما يأتي العرف المكمل بقواعد جديدي مخالفة لما ورد في النص، ومن أمثلة العرف المعدل في شكل إضافة ما جرى به العمل في الاتحادات الفيدرالية من زيادة في سلطات الحكومات المركزية على حساب السلطات المحلية وأن يتولى الرئاسة في لبنان ماروني والوزارة سني والبرلمان شيعي رغم أن الدستور لا ينص على طائفية في لبنان فجاء العرف بها مكتملاً للدستور.

أما العرف المعدل في صورة حذف فمثله امتناع رئيس الجمهورية في فرنسا من حل مجلس النواب في ظل دستور 1875 الذي يمنح له ذلك الحق ولم يستعمل إلا من طرف الرئيس ماكماهون سنة 1877،

49 محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 67.

50 محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 69.

51 سعيد بو الشعير، المرجع السابق، ص 162.

52 المرجع السابق، ص 76.

ثم لم يمارس ذلك الحق حتى سنة 1940 عندما احتلت ألمانيا فرنسا فنتج عنه أن نشأت قاعدة عرفية ألغت أو حذفت نصا دستوريا والسبب في ذلك يعود إلى أن ماكهاون عندما لجأ إلى حل مجلس النواب كان هدفه الحصول على تغيير في الأغلبية، إلا أن الانتخابات أدت إلى عودت الأغلبية السابقة وهي الجمهوريون فصرح بعد ذلك خلفه Grevy لأنه سينصاع إلى إرادة الأمة وأنه لن يلجأ إلى حل البرلمان بعد ذلك، وتبعه في ذلك سلفه مما أدى إلى نشوء ذلك العرف المعدل حذفاً في النص الدستوري.⁵³

دون الحديث عن الفقه الذي أنكر قدرة العرف الدستوري على انشاء قاعدة دستورية، فإن الفقه الذي يعترف له بإمكانية خلق قواعد دستورية جديدة قد أجمع على أن العرف المعدل سواء بالإضافة أو الحذف لا قيمة قانونية له على الاطلاق، ذلك أنه لا يجوز لقواعد العرف أن تعدل قواعد الدستور التي تقع في أعلى مرتبة في تدرج القواعد القانونية، والتي تستمد سموها من مضمونها وإجراءات وضعها وتعديلها، وهي أمور لا تتحقق في القواعد العرفية على أي وجه.⁵⁴ والحقيقة أن هذا النوع من العرف موجود ومطبق، وأن انكار الصفة الدستورية عنه من جهة، والاعتراف به من جهة ثانية، ليس له ما يبرره وهو يتناقض والمنطق والواقع.⁵⁵

3- مكانة العرف الدستوري في الدساتير العرفية: الدساتير العرفية هي الدساتير التي يتوفر فيها شرطان: ألهما أن يكون العرف هو المصدر الرئيسي للقواعد الدستورية، أما الثاني أن تكون معظم القواعد الدستورية قواعد عرفية، فرغم أن الدستور العرفي كالدستور المكتوب تعدد مصادره، إلا أن العرف الدستوري يحتل المرتبة الأولى من بين مصادر الدستور العرفي. وعليه يعمل به حتى في حال مخالفته للتشريع، وقد ميز الفقهاء بين حالتين لتعارض العرف الدستوري مع التشريع:

- إذا كان العرف سابقاً للتشريع: أي ظهر العرف واستقر ثم أصدر المشرع قواعد تناقضه، وجب في هذه الحالة الاعتداد بالقواعد المكتوبة أي التشريع، لأنه يعد نصاً لاحقاً، واللاحق ينسخ السابق ويلغيه،⁵⁶ أو أن -على حد تعبير الدكتور محمد الشافعي أبو راس- المجتمع قد رأى لظروف أحاطت به ولعوامل قدرها، ألا ينتظر العرف ليطور قواعد تنظيم هذا الموضوع، فيتدخل لينظمها هو ويحدث التطور المطلوب، استجابة للظروف، وتعبيراً عن إرادة المجتمع.

- إذا كان العرف لاحقاً للتشريع: أما إذا أصدر المشرع تنظيمًا لموضوع دستوري، ثم ظهر عرف على خلافه واستمر حتى استقر، فإن الغلبة هنا تكون للعرف الدستوري، ويجب احترامه دون النص المكتوب، لأن العرف هو المصدر الرئيسي للدستور العرفي، وعليه إذا ظهر عرف بقواعد على خلاف ما يجري به التشريع، فالأولوية للعرف.⁵⁷

⁵³ محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 79، 80. سعيد بو الشعير، المرجع السابق، ص 163، 164.

⁵⁴ محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 81.

⁵⁵ سعيد بو الشعير، المرجع السابق، ص 164.

⁵⁶ موقف رمزي الشاعر، نقلاً عن محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 63.

⁵⁷ محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 63.

ثالثا: القضاء: وهي الحلول التي تنتج عن اجتهاد القضاة في تطبيق قاعدة معينة أو حل نزاع معين، ويعتبر الاجتهاد القضائي مصدرا تفسيريا هاما في مجال القانون الدستوري، حيث أدى انتشار المحاكم والمجاس الدستورية واجتهادها في حل النزاعات المتعلقة بكيفية تطبيق بعض أحكام الدستور، إلى وضع قواعد دستورية جديدة، ولعل أشهر مثال هو ما قامت به المحكمة العليا الأمريكية سنة 1803 حين أقرت في أحد قراراتها بحق القضاء في مراقبة دستورية القوانين، بالرغم من أن الدستور الأمريكي لم ينص على ذلك، وأدى هذا إلى ظهور نموذج جديد لمراقبة دستورية القوانين عن طرق الدفع.⁵⁸

رابعا: الفقه: يقصد به مجموعة الدراسات والبحوث والآراء والنظريات والتعليق التي يصدرها فقهاء القانون، والتي تكمل وتفسر وتنفذ القانون، وهذه وإن كانت مجرد اجتهادات فردية لا تنطوي على قوة إلزامية إلا أنه كثيرا ما يتأثر بها القضاء في إصدار أحكامه أو المشرع أثناء سن القوانين والقواعد الدستورية ومن ذلك كتاب روح القوانين لمونتسكيو الذي تضمن فكرة فصل السلطات. والفقه نوعان:

- فقه إنشائي: وهو الفقه الذي يعالج مسائل دستورية خاصة بنظام الحكم على نحو معين، وبعد ذلك تعتمدها الدول في دساتيرها، مثل العقد الاجتماعي (روسو) ومبدأ الفصل بين السلطات (مونتسكيو).

- فقه تفسيري: يقوم بتفسير وتحليل النصوص الموجودة.

والفقه لا يعتبر مصدرا رسميا للدستور وإنما مصدرا تفسيرا، يستأنس به في تفسير الدستور وبيان كليات سنه، فضلا عن قيام رجال الفقه بشرح وتبيان محاسن وعيوب هذه الدساتير، كما أنه يهتم بدراسة وتحليل الأحكام القضائية لما لها من تأثير على مسار القواعد الدستورية، ومما لا شك فيه أن الآراء الفقهية وإن كانت غير ملزمة إلا أنها تلعب دورا هاما في تفسير النصوص القانونية وكثيرا ما يتأثر بها القضاء في إصدار أحكام، أو المشرع أثناء سن القوانين والقواعد الدستورية وهو ما يكسب تلك الآراء سمعة أدبية كثيرا ما تلقى احترام من قبل المشرع الدستوري.⁵⁹

⁵⁸ محمد شفيق صرصار، المرجع السابق، ص 14.

⁵⁹ سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 164. محمد شفيق صرصار، المرجع السابق، ص 15.