المجموعة الرابعة

المحور الأول:

التعريف بالقانون الدستوري

مدخل عام حول القانون:

قبل التطرق إلى تعريف القانون الدستوري لا بد من تعريف القانون بصفة عامة وتبيان الخصائص التي يتميز بها. ويكون هذا المدخل كافيا لذلك لنبي عليه ما يمكن التطرق إليه.

أصل كلمة (قانون Kanun) يوناني انتقلت إلى الفارسية باللفظ نفسه (كانون. وتعني العصا المستقيمة أو الشيء المستقيم كالعصا، أي الاستقامة عما هو معتاد ومقبول من المجتمع من سلوكيات وتصرفات يقوم بها الأفراد فيما بينهم عند تعاملاتهم المختلفة. كما تعني أصل الشيء ومقياسه، فهو الشيء الذي يسير عليه والخضوع لنظام معين، كما هو معرف في علوم مادة كقانون رد الفعل وقانون الجاذبية، وقانون العرض والطلب في الاقتصاد. فالقانون يوجد في العلوك الطبيعية كنظام ثابت ويوجد في العلوم الاجتماعية كطريق مستقيم يتبعه الأفراد وأي خروج عليه يتحمل صاحبه جزاء ذلك.

تعريف القانون وأوصافه المختلفة:

يعرف القانون بأنه مجموعة القواعد العامة التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع وتكفل الدولة احترامها بالقوة عند الاقتضاء عن طريق توقيع الجزاء على من يخالفها. أو هو مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية، والتي تقسر الدولة الناس على اتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء. فالقانون لا يعطي نصائح أو توجيهات على سبيل الاستشارة والفتوى بل يهدف إلى تحقيق النفع العام لضبط المجتمع والردع الخاص لتأديب المخالف لقواعده وأحكامه. مثل القواعد القانونية التي تلزم الأفراد بوضع الكمامات عند خروجهم من منازلهم أو منع الخروج أصلا خلال أوقات محددة لمنع تفشي وباء كرونا المستجد (COVID-19)، ومن يخالفها يعرض نفسه للعقوبة المنصوص عليها في القانون.

وتعرف القاعدة القانونية بأنها الخطاب الموجه للأفراد على سبيل الإلزام وليس الاختيار، فهذه القواعد القانونية في خطابها قد تأمر القيام بفعل على وجه معين أو تنهى عن القيام بفعل معين، وفي كلا الحالتين عند مخالفة النهي أو الأمر فإنه سوف يطبق القانون على المخالف لضبط السلوك الأفراد في

المجموعتان القانونية والرابعة

المجتمع، والدولة بأجهزتها المختلفة فقط هي المخولة بتطبيق القانون ولا يمكن للأفراد المتضررين تطبيقها بدعوى أنها في صالحهم.

وقد تضاف إلى كلمة قانون صفة أخرى (الطبيعي، الوضعي، مكتوب، غير مكتوب...) تغير المعنى وتدل على مفهوم جديد، كالقانون الطبيعي وهو مجموعة المبادئ والقواعد المثالية العادلة التي تفرضها طبيعة الأشياء ويكتشفها العقل السليم ولا تتغير بتغير الزمان والمكان. مثل احترام الحرية الفردية وحق الملكية والعهود والمواثيق والتعويض العادل وغيرها. والقانون الوضعي وهو مجموعة القواعد الملزمة التي توضع سلفا لتنظيم سلوك الأفراد في مجتمع معين في مكان وزمان معينين. وتتغير بتغير الظروف حتى في الدولة الواحدة فالقواعد القانونية المطبقة في الجزائر في السبعينات ليست كلها المطبقة في وقتنا الحاضر (سنة 2021).

خصائص القاعدة القانونية:

للقاعدة القانونية جملة خصائص تتميز بها عن غيرها من القواعد الأخرى وهي:

- **القاعدة القانونية عامة ومجردة:** فهي تخاطب الأفراد بصفاتهم لا بذواتهم وأسمائهم الشخصية (الاسم واللقب). كرئيس الجمهورية ورئيس الحكومة أو الوزير الأول أو الطلبة أو التجار وغيرهم من فئات المجتمع. ولا تفقد القاعدة القانونية صفة العمومية حتى إن خاطبت شخصا واحدا كرئيس الجمهورية أو الوزير الأول مثلا لأنها تشمل في خطابها من يشغل المنصب حاليا ومن سيشغله في المستقبل مهما كان عدد هؤلاء الرؤساء أو الوزراء.
- **قاعدة سلوك اجتماعي:** لا يعاقب القانونية على النية ما يجول في خاطر الفرد من أفكار. بل يعاقب على الفعل والسلوك والتصرف الذي يصدر عن الأفراد، سواء كان هذا الفعل إيجابا (إتيان ما نهى عنه القانون) أو كان الفعل سلبيا (الامتناع عن تطبيق ما أمر به القانون).
- **قاعدة ملزمة:** فهي مقترنة بجزاء قانوني يفرض احترامها. وتتعدد أنواع الجزاء بحسب نوع الفعل المخالف للقواعد القانونية، فقد يكون جزاء جنائيا كالعقوبة السالبة للحرية مثل الحبس والسجن

المحمود عثمان الثانية والرابعة

والغرامة المالية، أو يكون الجزاء مدنيا بتعويض الأضرار التي يتسبب فيها الأفراد للغير، وقد يكون هذا الجزاء إداريا يوقع على الموظفين بعدم ترقيتهم أو الخصم من رواتبهم أو تسريحهم من مناصبهم. والهدف الأساس من الجزاء هو تحقيق الردع الخاص للمخالف شخصيا بوقف أذاه عن المجتمع لعله يعود إلى الطريق المستقيم وفي حالة عوده يشدد الجزاء أكثر ويؤخذ بأقصاه، كما يحقق الردع العام ضبط سلوك باقي الأفراد حيث يكون لهم عبرة فيرتدعون لجبنهم وخوفهم أو اختيار الالتزام بالقانون بوعي كثقافة وتربية.

مدى قانونية القواعد الدستورية:

بإسقاط خصائص القاعدة القانونية (العادية) السابق التطرق إليها على القاعدة الدستورية، ثار التساؤل حول طبيعة قواعد القانون الدستوري هل هي قواعد قانونية بالمفهوم الصحيح أم لا؟ بحكم أن خاصية الجزاء فيها غير متوافرة بالمعنى السابق، وأن السلطة العامة هي التي تضع تلك القواعد القانونية فكيف ستطبقها على نفسها إن خالفتها، وهو ما يخالف الواقع والمنطق.

ظهر رأيان فقهيان يجيبان على هذا السؤال كل من منظوره الخاص، أولها ينكر الطبيعة القانونية للقواعد الدستورية لعدم وجود خاصية الجزاء فيها والرأي الثاني يؤيد طبيعتها القانونية. ونرجح أحد الرأيين راجح بناء على مبررات قانونية متعددة وبمنطق قانوني واضح.

المدرسة الشكلية:

تنكر المدرسة الشكلية (الإنجليزية) على القاعة الدستورية طبيعتها القانونية، ويرى الفقيه الإنجليزي جون أوستن (John AUSTIN 1790_1859) أحد منظري هذه المدرسة أن الجزاء يجب أن يكون ماديا يتمثل في العقوبة الموقعة أو الأذى الذي يقع على المخالف للقاعدة القانونية ويتمثل في الإكراه المادي الذي يتم توقيعه من طرف السلطات المختصة.

المجموعة الثانية والرابعة

والقاعدة الدستورية، بناء على ذلك، تفتقد وجود الجزاء المادي لأنها تضع قيودا على السلطة الحاكمة المكلفة بتوقيع الجزاء وفرض الطاعة على المواطنين وعلى نفسها إذا خرجت على القيود القانونية، وهذا لا يمكن تصوره.

وبالتالي خلص أنصار هذا الرأي إلى أن القاعدة الدستورية لا تعد قاعدة قانونية بالمفهوم الصحيح، فهي قاعدة عامة ومجردة وقاعدة سلوك اجتماعي لكنها ليست قاعدة ملزمة لعدم توافر ركن الجزاء فيها. فالدولة وحدها تحتكر القوة المادية ومن غير المعقول أن تستعمل هذه القوة ضد نفسها وتعاقب نفسها إذا خالفت تلك القواعد. بل تسترشد بها كتوجيهات سياسية وليس قواعد قانونية ملزمة.

المدرسة الاجتماعية:

تؤيد المدرسة الاجتماعية (الفرنسية) الطبيعة القانونية للقواعد الدستورية، ويرى أحد أعلامها الفقيه الفرنسي ليون ديجي (Léon DUGUIT 1859 - 1928) أن كل قاعدة قانونية تحمل في طياتها الجزاء الخاص بها المختلف عن القواعد القانونية الأخرى، ولا تصلح الصورة المعتادة للجزاء المادي المباشر باستعمال القوة لكل القواعد القانونية خاصة تلك التي تخاطب الحكام، لأن ذلك يعد انقلابا أو ثورة عليهم، ولكن الجزاء في هذه الحالة هو جزاء غير مباشر يتمثل في رد الفعل الاجتماعي واستنكار أفراد المجتمع لتلك المخالفات والتعدي عند مخالفة الحاكم لقواعد وأحكام الدستور بالمظاهرات والاحتجاجات أو بأي وسيلة أخرى.

فالجزاء حسب أنصار هذه المدرسة، يختلف باختلاف نوع القاعدة القانونية وتختلف صوره بما يتناسب مع مضمون القاعدة القانونية والمصالح التي يحميها. وبالتالي فالقاعدة الدستورية تتوافر على ركن الجزاء وتتحقق فيها جميع خصائص القاعدة القانونية.

الرأي الراجح حول طبيعة القاعدة الدستورية:

يرى غالبية الفقه الدستوري أن القاعدة الدستورية تتوافر فيها خصائص قاعدة قانونية كاملة؛ فهي عامة ومجردة تخاطب الأفراد بصفاتهم كرئيس الجمهورية لا بذواتهم بأسمائهم وألقابهم، كما أنها قاعدة

المجموعة الثانية والرابعة

سلوك اجتماعي تنظم علاقة الأفراد ببعضهم البعض وعلاقتهم بالسلطة العامة في الدولة، ويترتب على مخالفتها العديد من الجزاءات منها ما هو منصوص عليه في الوثيقة الدستورية وهي عديدة، ومنها ما هو غير منصوص عليه فيها تفرضه الأعراف ومنطق الأشياء وقوتها:

جزاءات منصوص عليها في الوثيقة الدستورية:

هذه الجزاءات كثيرة ومتعددة تتضمنها الوثيقة الدستورية (الوثائق الدستورية) أهمها:

- الرقابة المتبادلة بين السلطات الثلاث، خاصة الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية. لضمان احترام كل سلطة لاختصاصات المحددة دستوريا وعدم تعدي إحداها على الأخريين.
- النص على وسيلة الرقابة على دستورية القوانين، مهما كان نوعها رقابة سياسية أم قضائية، لإلغاء القوانين المخالفة للدستور أو الامتناع عن تطبيقها دون إلغائها. حماية لهذا الدستور والمحافظة على سموه موضوعا وروحا وتجعل جميع السلطات ملتزما بالحدود المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية.
- الجزاء السياسي المتمثل في تجريد الحكام من ثقة الشعب وعدم تجديد انتخابهم لعدة عهدات بناء على تقييم أدائهم ومدى محافظة هؤلاء الحكام على حقوقه وحرياته ومصالحه المختلفة والتزامهم بقواعد وأحكام ونصوص الدستور في علاقاتهم بالسلطات والوفاء بالتعهدات التي قطعوها على أنفسهم وأدوا اليمين الدستورية بناء على ذلك. ويمكن للشعب أن يعزل الحكام قبل استكمال العهدة الرئاسية إذا رأى صاحب السيادة أن الأمر لا يحتمل التأخير لجور الحكام أو خيانتهم لبلدهم وتهديد مصالحه.

جزاءات غير منصوص عليها في الوثيقة الدستورية:

توجد كذلك عدة جزاءات غير منصوص عليها في الدستور، ومن خلال استقراء التاريخ والأعراف وتجارب الدول في ممارسة الحكم والسلطة، كل ذلك يؤثر في باقي الدول وفي أنظمتها الدستورية وتستفيد من بعضها البعض، وأهم هذه الجزاءات غير المنصوص عليها:

المجموعتان الثانية والرابعة

- رد الفعل الاجتماعي لمخالفة القاعدة الدستورية كمراقبة الرأي العام عن طريق الإعلام والأحزاب السياسية والمظاهرات التي تبين سخط الشعب وترسل رسائل واضحة للحكام لاحترام الدستور وعدم الطغيان والظلم. وقد نص الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن في مادته الثانية على الحق في مقاومة الطغيان والظلم.

تستند القواعد القانونية العادية (الفرع) في إصدارها إلى القواعد الدستورية (الأصل) وتستمد منها صفتها الإلزامية، ومنطقيا لا يتصور أن يكون الفرع متمتعا بالصفة القانونية ويحرم منها الأصل.

تعريف القانون الدستوري:

عرفت مادة القانون الدستوري عدة مراحل قبل الاستقرار على تدريسها في كليات الحقوق، فقد قررت الجمعية التأسيسية الفرنسية في 1791/09/26 وجوب تدريس مادة الدستور الفرنسي على طلبة كليات الحقوق، ولم ينشأ كرسي القانون العام بكلية الحقوق إلا سنة 1819م، ثم أنشئ كرسي القانون الدستوري بكلية الحقوق بباريس سنة 1834م وشغله الأستاذ **بلغرينو روسي** (Pellegrino rossi) الإيطالي الأصل الذي درس في جامعة بولوني (Bologne) بإيطاليا حيث كان القانون الدستوري يدرس هناك منذ زمن طويل.

كلمة دستور فارسية الأصل تعني "**الإناء الكبير**" يأخذ منه عند الحاجة، وتعني "**الوزير**" لأنه من أسس الحكم، وتعني "**الدفتر أو السجل**" الذي تجمع فيه قوانين الملك وضوابطه أو تكتب فيه أسماء الجند ومرتباتهم. يقابل الكلمة في اللغة اللاتينية اصطلاح (constitution) التي تعني التأسيس أو البناء أو التنظيم أو التكوين. دخلت هذه المادة العالم العربي بداية القرن العشرين عن طريق مصر وكانت تعرف بـ "القانون الأساسي" أو "القانون النظامي" أو "نظام السلطات العامة"، ثم شاع في باقي البلدان العربية بعد سنة 1923م. القانون الدستوري كفرع من فروع القانون ظهر بعد ظهور الدساتير المكتوبة.

توجد عدة تعاريف للقانون الدستوري ذات طابع شكلي أو موضوعي.

المجموعتان القانونية والرابعة

التعريف الشكلي للقانون الدستوري:

يعرف القانون الدستوري وفقا للمعيار الشكلي بأنه: "مجموعة القواعد القانونية التي تتضمنها الوثيقة الدستورية ويتبع في وضعها وتعديلها إجراءات خاصة مشددة تختلف عن إجراءات القوانين العادية" كما يعرف بأنه "علم الدساتير المكتوبة".

تعريف المعيار الشكلي تحدث تطابقا بين القانون الدستوري والدستور.

- ينتقد المعيار الشكلي من خلال:
- توجد بعض الدول ليس لها دساتير مكتوبة كإنجلترا.
- الدساتير المكتوبة لا تضم كل القواعد الدستورية، بل توجد في وثائق وقوانين أخرى كالقوانين العضوية.
- تتضمن الوثيقة الدستورية بعض القواعد ذات طبيعة غير دستورية.
- التعريف الشكلي له خلفية سياسية تجعل الدول الغربية التي ظهرت بها الدساتير المكتوبة هي فقط الأنظمة الديمقراطية.
- التركيز على شكل القانون نهمل جوهر ومضمون القاعدة القانونية.
- لم يعد الفقه يأخذ بهذا المعيار.

التعريف الموضوعي للقانون الدستوري:

المعيار الموضوعي (المادي) يعتمد على المواضيع أو المواد التي يعالجها القانون الدستوري.

لم يتفق الفقهاء حول موضوع القانون الدستوري لذلك تعددت التعاريف حسب الموضوع والزاوية التي ينظر منها له:

- الدولة: مجموعة القواعد التي توضح شكل الدولة ونوع الحكومة، والتي تحدد المبادئ الأساسية لاختصاصات ونشاط السلطة العامة.
- الاتجاهات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يستند إليها نظام الحكم.
- السلطة العامة: مجموعة القواعد التي تنظم السلطة العامة المركزية في الدولة.

المجموعتان الثانية والرابعة

- الحريات الفردية: هو الأداة التي تكرس الحريات العامة وتضمنها (المذهب الليبرالي).
- **الاتجاه التوفيقي:** يرى أن القانون الدستوري يعالج الموضوعات السابقة معا. حيث يرى (أندري هوريو) أن القانون الدستوري موضوعه الإحاطة القانونية بالظواهر السياسية بالتوفيق بين السلطة العامة من جهة والحريات الفردية في الدولة من جهة أخرى.

تمييز القانون الدستوري عن مصطلحات دستورية أخرى:

تمييز القانون الدستوري عن الدستور: الدستور هو الوثيقة القانونية (الوثائق) التي تصدرها هيئة خاصة وفقا لإجراءات خاصة ورأينا التعريف الشكلي للقانون الدستوري بأنه مجموعة القواعد القانونية الواردة في الوثيقة المسماة الدستور. ووفقا لذلك فإن القانون الدستوري ينحصر في شرح أحكام ونصوص وثيقة الدستور، والدستور هو المصدر الوحيد له. وفي هذه الحالة يتطابق المصطلحان.

لكن الدستور يختلف عن القانون الدستوري وفقا للمعيار الموضوعي ويعد الأول أحد مصادر الثاني.

تمييز القانون الدستوري عن النظام الدستوري: يقصد بالنظام الدستوري ذلك النظام الذي يحقق خضوع السلطة لقواعد تحكم وسائل ممارستها، دون أن يكون في استطاعة هذه السلطة تعديل تلك القواعد أو الخروج عليها.

وحتى يوصف نظام سياسي ما بأنه نظام دستوري لا بد من توافر الشروط الآتية:

- احترام مبد المشروعية.
- تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات.
- تطبيق الدستور بصفة مستمرة وسليمة.
- حماية الحقوق الأساسية للمواطنين.
- وجود هيئة تكفل احترام مبادئ الدستور وعدم الخروج عن أحكامه.

المجموعتان الثانية والرابعة

علاقة القانون الدستوري بفروع القانون الأخرى:

أولا ـ علاقة القانون الدستوري بفروع القانون العام:

علاقته بالقانون الدولي العام: يهتم القانون الدستوري بنشاط الدولة سياسيا في المجال الداخلي، بينما يهتم القانون الدولي العام بنشاط الدولة خارجيا (يختلفان من حيث المجال).

رغم هذا الاختلاف، لكنهما يشتركان في عدة مواضيع أهمها:

- قواعد الجنسية وتحديد مركز الأجانب وتنظيم حقوقهم.
- تعيين الممثلين السياسيين ومراكزهم في الدولة وبيان حقوقهم وواجباتهم.
- تنظيم تمثيل الدولة في الخارج.
- تصديق البرلمان على المعاهدات وقوتها في الدولة.
- الموافقة على إعلان الحرب وإبرام السلام.
- الاتجاهات السياسية لنظام الحكم في الدولة لها الأثر على علاقة الدولة بغيرها من الدول.

علاقته بالقانون الإداري:

القانون الدستوري يضع المبادئ الأساسية في الدولة (الحكومة) وعلى ضوء ذلك تعمل الإدارة.

مجال القانون الدستوري هو التنظيم السياسي للدولة (الأعمال الحكومية)، بينما مجال القانون الإداري ينحصر في نشاط السلطة التنفيذية (الأعمال الإدارية).

علاقته بالقانون المالي:

ينظم القانون المالي الميزانية العامة في الدولة (الإيرادات والنفقات)، وتقوم السلطة التشريعية بالموافقة عليها ومراقبة الحكومة في تنفيذها، ويوافق على فرض الضرائب.

علاقته بالقانون الجنائي:

ينظم القانون الجنائي العلاقة بين الفرد والدولة ويحدد الجرائم والعقوبات المقررة لها، والقانون الدستوري يعالج نظام الحكم في الدولة ويحدد الأسس التي يقوم عليها، والنصوص الدستورية تتضمن فلسفة الدولة في التجريم والعقاب.

المجموعتان الثانية والرابعة

القانون الجنائي هو الذي يحمي نظام الحكم من الاعتداء عليه بما يقرره من عقوبات لذلك (كالخيانة والتجسس والنيل من هيبة الدولة ورموزها...).

يعمل القانون الدستوري على تحديد نطاق القانون الجنائي بتحديد محل الحماية الجنائية وتحديد العفو عن العقوبة.

قد يخضع العمل الواحد لقواعد وأحكام القانون الدستوري والقانون الجنائي كالقيام بانقلاب ضد الحكومة.

ثانيا ـ علاقة القانون الدستوري بفروع القانون الخاص:

الدستور يترك العلاقات الخاصة تنظم بشكل حر، والقوانين الضابطة لتلك العلاقات يغلب عليها الاستقرار والثبات كالقانون المدني والقانون التجاري وقانون الأحوال الشخصية وغيرها.
يتضمن الدستور الأسس العامة للتنظيم الاقتصادي والاجتماعي كالنص على أن حق الملكية مضمون وضمان حق الإرث وحماية الأسرة ورعايتها، وترجع إلى القوانين الخاصة تجسيد هذه المبادئ وتفصيلها.

مصادر القانون الدستوري:

مصدر الشيء هو أصله وما يكون بدايته ويبعثه إلى الوجود.

تستعمل كلمة مصدر في القانون بمعنيين أساسيين:

- بمعنى مادي وهي الوقائع الطبيعية والأحداث التي تتسبب في وجود حقوق والتزامات بين أفراد المجتمع كالميلاد والوفاة، وهي متعددة.
- وبمعنى شكلي وهي النصوص والوثائق المختلفة المتضمنة القواعد القانونية كالتشريعات المختلفة، وأحكام القضاء وآراء الفقهاء التي تتضمن حلولا قانونية أو تفاسيرا للقواعد القانونية الغامضة. ويحددها المشرع.

تصنف مصادر القانون الدستوري في:

المجموعتان الثانية والرابعة

أولا ـ التشريع (بمعناه الواسع).

ثانيا ـ العرف.

ثالثا ـ السوابق القضائية.

رابعا ـ الفقه.

أولا ـ التشريع:

يقصد به كل النصوص القانونية المكتوبة الصادرة عن السلطة العامة في الدولة مهما كانت طبيعتها، وهي:

الدستور: وهو الوثيقة المكتوبة التي تعد القانون الأساسي الأسمى في الدولة، توضع وفقا لإجراءات خاصة من قبل هيئة خاصة وتعدل وفقا لإجراءات خاصة، تجعلها تختلف عن القوانين العادية. ويلحق بالدستور كل تعديل أو تفسير لأحكامه ونصوصه.

القوانين العضوية (الأساسية): هي القوانين التي تصدر عن السلطة التشريعية وفقا لإجراءات خاصة تهدف إلى تنظيم مسائل دستورية تتعلق بالسلطة العامة وتحديد اختصاصاتها. فهي قوانين مكملة للدستور عادة.

القوانين العادية: تعالج مسائل ذات طبيعة دستورية مثل قانون التظاهرات.

المراسيم واللوائح التنظيمية: تصدر عن السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية، رئيس الحكومة،...) تهدف إلى تنفيذ القوانين، تعمل على تفسيرها وبالتالي تعد مصدرا للقانون الدستوري. كمراسيم هيكلة الحكومة وتحديد اختصاصات الوزراء وحالات الطوارئ والحصار والحرب وغيرها.

ثانيا ـ العرف:

العرف لغة هو ما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم.

ويعرف اصطلاحا بأنه التصرف الذي يطبق بشكل ثابت ومطرد أمام مشكل (كلما تكرر) ما باعتباره سلوكا واجبا وملزما.

المجموعتان الثالثة والرابعة

يعرفه فقهاء القانون الدستوري بأنه: عادة درجت عليها هيئة حكومية في الشؤون المتصلة بنظام الحكم في الدولة بموافقة غيرها من الهيئات الحكومية ذات الشأن (أو دون اعتراض)، ولتلك العادة ما للقواعد الدستورية كقاعدة عامة من جزاء (في نظر تلك الهيئات).

يجب عدم الخلط بين "العرف الدستوري la coutume constitutionnelle" والدستور العرفي "la constitution coutumière":

- الدستور العرفي: هو مجموعة العادات الناشئة عن العادات والأعراف والتقاليد والسوابق المتعلقة بالسلطة التي لم تدون بعد في وثيقة مكتوبة، وهو خاص بالدول التي لا يوجد بها دساتير مكتوبة كإنجلترا مثلا.
- العرف الدستوري: هو مجموعة العادات الناشئة عن العادات والأعراف والتقاليد والسوابق المتعلقة بالسلطة التي توجد في ظل دستور مكتوب، ويكون لهذه القواعد دورا مفسرا أو مكملا أو معدلا لأحكام الدستور.

أركان العرف الدستوري:

الركن المادي: يتمثل في العادة التي تتبعها وتسير عليها هيئة من هيئات الدولة في أمر له طابع دستوري دون أن معارضة من قبل هيئات الدولة الأخرى. وحتى يقوم الركن المادي لا بد من توفر الشروط الآتية:

- تكرار التصرف أو العادة بحيث يترسخ في ضمير الجماعة وجوب احترامها. وهذا التكرار هو إقرار بنشوء هذا العرف وإلزاميته.
- العمومية: جميع هيئات الدولة المعنية تلتزم بمضمونها، وإذا أبدت إحدى الهيئات رفضا انتفت صفة العمومية عن هذه العادة.
- الوضوح: تكون العادة واضحة ومحددة ينفي الجهالة بشأنها ويمنع الخلط في تفسير مضمونها.
- الثبات والاطراد: أي يستقر على اتباعها ذوو الشأن (دون الخروج عليها)، وأن يتكرر العمل بها بصورة تؤكد ثباتها واستقرارها.

المجموعتان الثانية والرابعة

الركن المعنوي: أن يتولد في ضمير الهيئات الحاكمة أن ذلك التصرف أو السلوك أو الحل هو قاعدة قانونية ومخالفته يترتب عليه الجزاء القانوني.

أنواع العرف:

- العرف المفسر.
- العرف المكمل.
- العرف المعدل.

أ ـ العرف المفسر:

يهدف أساسا إلى توضيح ما يكتنف نصوص الدستور من غموض أو إبهام، فهو لا ينشئ قاعدة قانونية جديدة بل يوضح النص الغامض دون أن يأتي بحكم جديد يغاير حكم الوثيقة الدستورية.

ومن أمثلة ذلك ما ورد في المادة الثالثة من الدستور الفرنسي لسنة 1875م التي أشارت إلى أن "رئيس الجمهورية يكفل تنفيذ القوانين" دون تحديد وسيلة ذلك، فثار التساؤل حول سماح النص لرئيس الجمهورية إصدار لوائح أو مراسيم لتنفيذ القوانين، وقد جرى العرف على تفسير النص بالسماح لرئيس الجمهورية لإصدار اللوائح أو المراسيم التنفيذية على الرغم من عدم وجود نص صريح بذلك.

ويمكن أن ينص الدستور على الجهة التي يوكل لها أمر تفسير النصوص والأحكام الوثيقة الدستورية.

وللعرف المفسر القيمة القانونية ذاتها للنص الدستوري الذي فسره، فهو لم ينشئ قاعدة دستورية جديدة بل فسر ووضح النص الدستوري المدون.

ب ـ العرف المكمل:

عند وجود نقص في أحكام الدستور يتدخل العرف وينشئ حكما جديدا يسد به النقص أو الفراغ الذي تركه المشرع الدستوري.

المجموعتان الثانية والرابعة

ومن أمثلة ذلك عدم نص الدستور الفرنسي لسنة 1875م على الطريقة التي يتم بها عقد القرض العام، وقد كانت الدساتير السابقة عليه (خاصة دستور 1815م) قد نص على أن "عقد القرض العام لا يعقد إلا إذا صدر قانون يأذن به".

يرى غالبية رجال الفقه الدستوري أن العرف المكمل له قوة النصوص الدستورية نفسها مثل العرف المفسر، لأنه يرتكز على تفسير سكوت المشرع الدستوري عن الموضوعات التي أغفل تنظيمها، ولم يتناولها الدستور المدون، وهذا العرف لا يخالف صراحة لنصوص الدستور ولا يعدل أحكامه.

لكن بعض الفقه الدستوري ينكر على العرف المكمل القيمة القانونية للنصوص الدستورية لأن المشرع لا يستطيع إضفاء القوة الدستورية على تشريعاته في ظل دستور جامد وإلا كان عمله مخالفا للدستور، ولأن العرف يمثل إرادة المشرع أو السلطة العامة فإنه يبقى في مرتبة التشريع العادي ولا يرقى إلى مرتبة الدستور.

ج ـ العرف المعدل:

يهدف إلى تعديل أحكام الدستور بإضافة أحكام جديدة أو حذف أحكام معينة منها.

ويميز الفقه الدستوري بين العرف المعدل بالإضافة والعرف الدستوري المعدل بالحذف.

العرف المعدل بالإضافة: يهدف إلى منح هيئة من هيئات الدولة اختصاصا جديدا لم يقرره الدستور، ودون إمكانية تقريره بتفسير نصوص الدستور. ومن أمثلة ذلك ما جرى عليه عمل البرلمان الفرنسي في ظل دستور سنة 1875م في تفويض السلطة التنفيذية إصدار قرارات ومراسيم لها قوة القانون، على الرغم من أن المادة الأولى من التشريع الدستوري الصادر بتاريخ 1875/02/25 كانت تقضي بالاختصاص المطلق للسلطة التشريعية في مجال التشريع.

العرف المعدل بالحذف: يكون بإسقاط اختصاص من اختصاصات قررها الدستور لهيئة من الهيئات العامة في الدولة، إذا لم تستعمل إحدى هذه الهيئات لحق من حقوقها المقررة دستوريا. ويسمي البعض هذا النوع من العرف بالعرف المسقط أو العرف الملغي. ومن أمثلة العرف المعدل بالحذف ما جرى عليه العرف في فرنسا في ظل دستور سنة 1875م من عدم استعمال رئيس الجمهورية لحقه في حل مجلس

المجموعتان الثانية والرابعة

النواب (الجمعية الوطنية) حتى قيام حكومة فيشي سنة 1940م، ما أدى إلى إسقاط النصوص التي تخول لرئيس الجمهورية هذه الحقوق.

اختلف رجال الفقه الدستوري حول مشروعية العرف المعدل والقوة التي يتمتع بها.

وتشعبت آراؤهم إلى ثلاث اتجاهات:

- رأي يرى عدم مشروعية العرف المعدل وعدم تمتعه بأي قيمة قانونية على أساس أن العرف لا يستطيع تعديل نصوص الدستور المكتوب، وهو إعلاء لإرادة الهيئات الحاكمة المتبعة لهذا العرف على إرادة الأمة المعبر عنها في الدستور.
- رأي يقر بمشروعية العرف المعدل على أساس أن هذا العرف ما هو إلا تعبير عن إرادة الأمة وضميرها، وما دامت السيادة للأمة فهي تعد السلطة التأسيسية العليا وبالتالي بمقدورها تعديل نصوص الدستور متى أرادت.
- رأي يفرق بين العرف المعدل بالإضافة والعرف المعدل بالحذف، حيث يعترف بمشروعية الأول ويلحقونه بالعرف المكمل، ولا يعترفون بمشروعية الثاني ويجردونه من أي قيمة قانونية.

والرأي السائد هو عدم الاعتراف بمشروعية العرف المعدل وعدم إعطائه أي قيمة قانونية سواء كان معدلا بالحذف أو بالإضافة.

ثالثا ـ السوابق القضائية:

هي الأحكام التي تصدرها المحاكم بخصوص مشكل معين وتعتمده في كل القضايا المشابهة ويحترم بصفة دائمة. والقضاء كمصدر للقانون الدستوري له دور كبير في البلدان التي تطبق الرقابة على دستورية القوانين عن طريق المحاكم كالولايات المتحدة الأمريكية. ويؤدي هذا الدور الهيئة السياسية (المجلس الدستوري) في البلدان التي تتبنى الرقابة السياسية على دستورية القوانين.

المجموعتان الثانية والرابعة

رابعا ـ الفقه:

يقصد بالفقه آراء رجال القانون المتخصصين الذين يقدمون من خلال بحوثهم ودراساتهم وجهات نظر تكمل وتفسر القانون وأحكام القضاء.

وله دور ثانوي في معظم بلدان العالم.

المجموعتان الثانية والرابعة