

جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

محاضرات مقياس: القانون الدستوري
مقدمة لطلبة السنة الأولى ليسانس
السداسي: الأول

من اعداد : د . بن مسعود
أحمد أستاذ محاضر قسم أ

السنة الجامعية 2021 – 2022

مقدمة:

في جميع المجتمعات البشرية كانت السلطة دائماً منظمة من خلال عدد من الإجراءات وفي المجتمعات الحديثة تخضع السلطة لسيادة القانون بحيث يجب أن تتسجم مع الإطار القانوني الذي يحدد معاييرها وضوابطها الدستور والذي هو الإطار القانوني للدولة.

ان هدف القانون الدستوري هو دراسة الدولة في حقيقتها، أي وضعها وتنظيمها والعلاقات بين الحكام والمحكومين.

وهكذا يُعرّف مارسيل بريلو القانون الدستوري بأنه مجموعة القواعد القانونية المتعلقة بالمؤسسات التي يتم من خلالها إنشاء السلطة أو نقلها أو ممارستها في الدولة.

إنه قانون يعيش في وسطنا وفيما. على هذا النحو يهم كل من رجال القانون والمواطن ويستفيد بالتأكد من دراسة الواقع .

يهتم القانون الدستوري كذلك بشرح الظاهرة الدستورية يأخذ القانون الدستوري أيضاً في الحسبان في دراسته التاريخ، والسياق الاجتماعي، وتطور الأيديولوجيات، ودور الأحزاب السياسية وهذا يسمح بفهم أفضل لعمل المؤسسات. علاوة على تعزيز الديمقراطية وسيادة القانون وخاصة تعميم العدالة الدستورية، ويظهر القانون الدستوري اليوم باعتباره قانون الحريات وهو تقنية الحرية.

ان القانون الدستوري هو فرع حديث العهد نسبياً مقارنة بالمواد الأساسية التي يتم تدريسها في كليات الحقوق.

ويعود تاريخ القانون الدستوري الذي يعد علم قانوني يدرس قواعد تطور السلطة السياسية للدولة إلى ملكية يوليو (1830 إلى 1848) ، وبشكل أكثر تحديدًا في عام 1834 أين تم انشاء أول كرسي للقانون الدستوري في فرنسا برئاسة جيزو وزير التعليم العالي في عهد حكومة الملك لويس فليب الأورلياني.

تم ادخال الفرع في كليات الحقوق وتم دمج له لأول مرة في دراسات الدكتوراه في عام 1879 ، قبل أن يتم تسجيلها في برنامج اليسانس تخصص القانون في عام 1889.

بموجب مرسوم 2 مارس 1954 بشأن اصلاح نظام اليسانس في القانون ، أصبح القانون الدستوري موضوعًا سنويًا مع إضافة عبارة "المؤسسات السياسية" حيث يتم تدريس مقرر "القانون الدستوري والمؤسسات السياسية" في السنة الأولى ليسانس حقوق.

ومن أجل معالجة هذه المسائل يتم تقسيم الدروس الى:

فصل تمهيدي: الدولة والقانون

الفصل الأول: النظرية العامة للدولة

الفصل الثاني: النظرية العامة للدساتير

فصل تمهيدي: الدولة والقانون

قبل التطرق الى الموضوعات المتعلقة بمادة القانون الدستوري خاصة المسائل التي لها صلة بأصل نشأة الدولة والنظرية العامة للدساتير تستلزم المنهجية العلمية الموضوعية الاشارة الى بعض النقاط المتعلقة بالدولة كفكرة ،والى القانون كظاهرة اجتماعية وهو ماسيتم توضيحه.

المبحث الأول: الدولة

يتم التطرق في هذا المبحث الى فكرة الدولة ثم الى مسألة المغزى من العلاقة بين الحكام والمحكومين القانون وهذا قبل نتناول النظرية العامة للدولة والدساتير بهدف تبيان العلاقة بين ضرورة القانون والدولة كإطار للقانون الدستوري.

المطلب الأول: فكرة الدولة

إن ضرورة الانتماء الى الجماعة بهدف الاحتماء بالنظام الجماعي ، الذي من خلاله يمكن الموازنة بين مختلف القوى المتصارعة اكتشفه الانسان من خلال فطرته عبر مختلف العصور ،ذلك أن اختفاء السلطة العامة قد يترتب عنه عبثية اجتماع الأفراد على صعيد واحد ، حيث أنه سريعا ما تتحرك فيهم دوافع الغرائز الفردية وبالتالي تتحكم فيهم منهج القوة من جديد هو ما يهدد اجماعهم بالتفكك والانهيـار وعلى هذا الاساس قيل بأنه لا جماعة من غير حكومة أي سلطة.

وفي داخل كل جماعة سياسية تتم التفرقة بين الحكام والمحكومين حيث لا يتصور أن يكون جميع الأفراد حكاما ومحكومين في نفس الوقت ، بل ان وجود السلطة التي تحكم وتنظم الجماعة السياسية أمر مفروض ،وبمعنى آخر تنشأ السلطة السياسية مع نشأة وظهور الجماعة، ففي هذا المقام يمكن القول بأن السلطة السياسية ظاهرة اجتماعية في المقام الأول لأنه لا يتصور وجودها خارج الجماعة .¹

دائما وفي هذا السياق يؤكد البعض أن كل مجتمع ومهما كانت درجة التطور التي يمر بها يوجد فرد أو مجموعة من الأفراد يملكون قوى كبرى أو سلطة يستعطون بواسطتها فرض ارادتهم على باقي الأفراد داخل المجتمع.

بل يمكن لهؤلاء الأفراد استعمال القسر المادي لإكراه الآخرين اذا اقتضى الأمر ذلك وهذا من أجل فرض ارادتهم العليا.

إن التمييز بين الحكام والمحكومين موجود في كل المجتمعات كبيرة أم صغيرة، سواء كانت بدائية أم متقدمة مادام أنه توافر لبعض الأفراد امكانية فرض ارادتهم على باقي أفراد المجتمع ، وهذا يستطيع الحكام من فرض ارادتهم عن طريق الاقناع ،أو ما يعرف برضا المحكومين.

غير أنه يعتبر رضا المحكومين وقبولهم السلطة مسألة هامة خاصة من الناحية الدستورية لأنه بمثابة الأساس أو التبرير السياسي للسلطة وهذا الرضا ينصب أساسا على المؤسسات والتنظيمات التي يتولى من خلالها الحكام السلطة لا على أشخاص الحكام.²

¹ عادل الحيارى ،القانون الدستوري والنظام الدستوري،بدون ذكر دار النشر وسنة النشر، ص 14.

² طعيمة الجرف،مبدأ المشروعية،وضوابط خضوع الدولة للقانون ،القاهرة،1973،ص 36.

المطلب الثاني: علاقة الحكام بالموظفين

بسبب التحولات التي عرفتتها المجتمعات خاصة على الأصعدة الاقتصادية والاجتماعية وما صاحب ذلك من تحولات شملت دور الدولة ، لم تعد مهمة الحكام الدولة قاصرة على حفظ النظام الداخلي والأمن الخارجي وإيجاد مؤسسات يحتكم اليها الناس عندما تثور بينهم نزاعات ، بل صار على يقع على عاتقهم التزام بضرورة التدخل في أغلب المجالات من أجل ايجاد حياة أفضل وأكثر تناسقا واقرب للعدل والمساواة .

ومن أجل القيام بهذه المهام أوكل الحكام لعدد من الأفراد القيام بوظائف معينة شريطة أن يكون هؤلاء الأفراد تحت متابعة وسلطة الحكام.

ولذلك فان هؤلاء الأفراد يعدون بمثابة وكلاء لا يتمتعون بسلطة سياسية بل يزاولون اختصاصا ، أي أهلية محددة في نطاق ماعهد اليهم من طرف الحكام.

المبحث الثاني: القانون

مما لا شك فيه أن القانون يشكل أو يعد ظاهرة اجتماعية حتمية تضبط العلاقات بين الأفراد داخل المجتمع حيث لا يتصور وجود مجتمع بدون قواعد وضوابط تجنب الاضطراب والفوضى.

علاوة عن ذلك يجب معرفة أقسام القانون المختلفة لتحديد موقع القانون الدستوري من هذه التقسيمات وعلاقة القانون الدستوري بفروع القوانين المختلفة.

المطلب الأول : مغزى القانون

لا يمكن لأي تجمع بشري أن يعيش بدون حد أدنى من القواعد المشتركة المفروضة على الجميع وعليه يبدو أن شمولية الظاهرة القانونية وثباتها بغض النظر

عن النظام السياسي، أو الإيديولوجية، أو شكل التنظيم الاجتماعي تشهد على حتميتها وفائدتها.

لقد وجد الانسان منذ القدم ليعيش في الطبيعة ويسعى بكل السبل من أجل أن يسخر الطبيعة لخدمته والاستقرار والاستمرار في العيش وتحسين نمط عيشه .

هذا ويحكم علاقة الانسان بالطبيعة موقفين : شعور الانسان بالضعف أمام الطبيعة ، والرغبة في السيطرة عليها في نفس الوقت .

ولكي يستجيب الانسان لشعوره بالضعف ويضمن حاجاته الحيوية والنفسية لجأ الى العيش مع الآخرين من أبناء جنسه ولكي يحقق رغبته الملحة في السيطرة على الطبيعة لجأ الانسان كذلك أيضا الى التعاون مع الآخرين من أبناء جنسه وبالتالي الى العيش معهم ³.

ان الحديث عن القانون يفهم منه مستويين متابين :

القانون هو عامل للتنظيم الاجتماعي، بمعنى منظومة من الحلول والقواعد المنظمة للمجتمع باسم جملة من القيم، وبهذه الصفة فهو ملازم لحياة الأفراد اليومية، وهو متصل بنشاطهم وتصرفاتهم.

وفضلا عما سبق القانون هو معرفة تخصص ذهني يتولى ادراك ودراسة منظومة القواعد ، ثم ان القانون يشكل محلا وموضوعا للعلم القانوني ، وهو في ذات الوقت موضوع حقيقي للممارسات الاجتماعية الملموسة.

القانون اذا هو وسيلة لوضع سلوك الانسان في المجتمع في اطرار ، والقانون يشترك في هذا مع جملة من القواعد النابعة من الضمير مصدرها الدين والأخلاق

³ نفس المرجع.ص 77.

والآداب ،ولكن الفارق بين القانون وبين القواعد الأخرى هو أن القواعد التي يفرضها الضمير جزاؤها داخلي أي التأنيب الذاتي ، أما القانون فان قواعده مفروضة من الخارج اذ تفرضها الدولة وتضمن احترامها بتوقيع الجزاء على من يخالفها .⁴

خلاصة القول القواعد القانونية ضرورة حتمية لكل المجتمعات على اختلاف أنظمتها السياسية والاجتماعية والاقتصادية ، وأيا كانت درجة تقدمها وكما تطورت المجتمعات وتنوعت أنشطتها وتشابكت مصالحها كلما زادت الحاجة الى القواعد القانونية التي تلبي احتياجات المجتمع ، كما أن هناك تلازما بين القانون والمجتمع ، وهو تلازم وثيق وجودا وعدما فحيثما وجد المجتمع استلزم الأمر وجود القانون وبانتفاء الجماعة تنتفي الحاجة الى القانون ، فلا قانون بلا مجتمع ، ولا مجتمع بلا قانون .

المطلب الثاني: أقسام القانون

فكرة تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص مسألة قديمة تعود الى الرومان ، حيث أن القانون الخاص يشمل القواعد القانونية التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم ، أو بينهم وبين الدولة بوصفها شخصا عاديا يباشر معاملات مع الأفراد كتلك التي تقوم بين الأفراد وبعضهم البعض ، وليس بصفتها شخصا اعتباريا.⁵

وبدوره ينقسم القانون الخاص الى عدة فروع : القانون المدني ، والقانون التجاري ، والبحري ، وقانون المرافعات المدنية والتجارية والقانون الدولي الخاص .

أما القانون العام فهو الذي يحكم الأشخاص العامة في الدولة، الدولة والجماعات المحلية، والولايات، وأخيرا المؤسسات العمومية التي تعد مرفقا علما تتمتع بالاستقلالية.

⁴ سعاد الشرقاوي، القانون الدستوري وتطور النظام السياسي المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 55.

⁵ عادل الحياوي، المرجع السابق، ص 23.

باختصار يمكن تعريف القانون العام بأنه هو قانون الدولة بوصفها سلطة عامة تعمل من أجل الصالح العام وتعلو على المصالح الخاصة.

وينقسم القانون العام بدوره الى قانون عام خارجي وهو يضم القانون الدولي العام ، وقانون عام داخلي يشمل القانون الدستوري، والقانون الاداري ، والقانون المالي والقانون الجزائي أو قانون العقوبات .

المطلب الثالث: القانون الدستوري وفروع القانون العام الداخلي

يعد موضوع الدولة أساس العلاقة بين القانون الدستوري بفروع القانون العام الداخلي ن حيث يهتم كل فرع منها بجانب من جوانب نشاطات الدولة ، وفي كثير من الحالات تتداخل المواضيع التي تدرس في هذه الفروع ويصعب معها التمييز بينها.

الفرع الأول: العلاقة بين القانون الدستوري والقانون الاداري:

يجمع الفقه⁶ على أن القانون الدستوري يعد الأساس الضروري للقانون الاداري ، على اعتبار أن القانون الدستوري يعد في قمة النظام القانوني الداخلي للدولة، وبالتالي يعد المقدمة الضرورية لكل فروع هذا النظام.

غير أن مسألة التمييز بين القانونين تعد من المسائل الصعبة، وهذا بسبب التداخل بين القانون الدستوري والقانون الاداري.

ولقد شغل هذا التداخل اهتمام الفقه خاصة في فرنسا بغية ايجاد فيصل بينهما ، وعلى هذا الأساس اتجه الفقه في فرنسا الى اتجاهين :

الأول : يتزعمه فيدال والذي يرى أنه على الرغم من صعوبة التفرقة بين القانونين ، الا أن لكل تخصص موضوعاته الخاصة به، فإذا تعذر ايجاد الخط الفاصل

⁶ قزو محمد أكلي، دروس في الفقه الدستوري والنظم السياسية، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص10

بينهما فإنه ليس من المصلحة هدم التفرقة بينهما لأنها أصبحت من التقاليد المكرسة ، وبالتالي يمكن تعريفهما من خلال المسائل التي يحتويها كل منهما.

الثاني : يتزعمه الفقيه جيز وحسب رأيه فإن التفرقة لاتقوم على أساس علمي مقبول وليست لها أية دلالة قانونية منضبطة.

إلا أنه يمكن القول بأن القانون الدستوري يهتم ببحث التنظيم السياسي للدولة من حيث تكوين السلطات الثلاث والعلاقة بينهما ، في حين يبحث القانون الاداري في أعمال السلطة التنفيذية الادارية دون الحكومية.

أما من حيث تدرج القواعد القانونية يحتل القانون الدستوري قمة الهرم القانوني في الدولة لأنه يقرر المبادئ الأساسية التي لايمكن أن تتعدها القوانين الأخرى بما فيها القانون الاداري الذي يحكم بعض المسائل المتفرقة في المبادئ التي أقرها الدستور⁷

الفرع الثاني :العلاقة بين القانون الدستوري وقانون العقوبات

مما لاشك فيه أن لكل تخصص مجاله ودوره ، إلا أن هناك روابط قوية بين القانون الدستوري القانون الجنائي ، حيث أن القانون الجنائي يبين الأطر الرئيسية لحماية نظام الدولة داخليا وخارجيا ، كما يحدد الكيفية التي من خلالها يتم حماية النظام السياسي من الاعتداء عليه ، وعلى الحريات العامة وحقوق الأفراد أي كان مصدر هذا الاعتداء .

الى جانب ذلك فإن من بين أهم مظاهر الاتصال بين القانونين النص في الوثيقة الدستورية على القواعد والمبادئ الرئيسية للقانون الجنائي ، والمثال على ذلك النص على شخصية العقوبة ، والنص على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، وعدم رجعية القوانين الجنائية ، والنص على حق الدفاع وكفالته.

⁷ طعيمة الجرف، القانون الدستوري، مكتبة النهضة الحديثة، القاهرة، 1964، ص 43،

الفرع الثالث: القانون الدستوري والقانون المالي:

يشمل موضوع القانون المالي الاهتمام بتنظيم ميزانية الدولة ،أي تنظيم إيرادات الدولة ونفقاتها ، وبالرغم من وضوح التفرقة في الوقت الراهن بين القانون الدستوري والقانون المالي ، إلا أن بينهما روابط متعددة .

وتتمثل الصلة بينهما في الأحكام الخاصة بموضوعات المالية العامة، وتحديد دور البرلمان في الوظيفة المالية العامة، حيث أن هذا الأخير هو الذي يوافق ويقر الميزانية العامة ن كما يتولى مهمة مراقبة مدى تنفيذها ومساءلة السلطة التنفيذية عن ذلك.

الفرع الرابع:علاقة القانون الدستوري بالنظم السياسية

تجب الإشارة الى أن كليات الحقوق بفرنسا قد قامت سنة 1954 باجراء تعديل لمادة القانون الدستوري ،حيث أصبح يطلق عليها اسم القانون الدستوري والنظم السياسية وجرت بعض كليات الحقوق بالجامعات العربية على تبني هذه التسمية⁸. ولعل الدافع وراء ذلك هو اعطاء دفعة أكاديمية وعلمية وبحثية لمادة النظم السياسية وربطها بالقانون الدستوري ،وهو بمثابة التأكيد على الطابع السياسي له الى جانب أن دوره يتحدد بالنشاط السياسي في الدولة.

ومن هذا المنطلق فان النظم السياسية أو المؤسسات الدستورية تشمل قواعد القانون الدستوري لأن مبادئ القانون الدستوري تبقى مستمرة وقائمة حتى باختفاء واضعها ،حيث أن مجرد اقرار هذه المبادئ يمنحها الاستقلالية وتشكل كيانا في الحياة العامة ونظامها مرتبط بالدولة والأحزاب السياسية والنقابات والجمعيات.

⁸ ابراهيم درويش، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص46.

الفصل الأول: أصل نشأة الدولة

لقد تعددت النظريات التي قيلت بخصوص تفسير أصل نشأة الدولة ، وتبرير أساس السلطة السياسية وإعطاء أساس شرعي وقانوني لظاهرة خضوع المحكومين للحكام ، وهو ماسيتم التطرق اليه.

المبحث الأول : النظريات التيقراطية أو نظريات المصدر الالهي للسلطة

المبحث الثاني : نظريات العقد الاجتماعي أو النظريات الديمقراطية

المبحث الثالث : نظريات القوة والتغلب التطور التاريخي والتطور العائلي

المبحث الرابع: النظريات المجردة

المبحث الأول : النظريات التيقراطية أو نظريات المصدر الالهي للسلطة

تذهب هذه النظريات الى أن أساس السلطة السياسية ومصدرها ليس من صنع البشر ولا يرجع الى اختيارهم وإرادتهم ، وإنما الى أساس غيبي مستمد من قوى إلهية أعلى من البشر أو أن الارادة الالهية هي التي تتدخل بطريقة مباشرة، أوغير مباشرة في اختيار الحكام حسب الاتجاهات والنظريات التي قيلت في هذا الصدد .

وتشمل هذه النظريات مايلي :

المطلب الأول :نظرية الطبيعة الالهية

وترى هذه النظرية الى أن الحكام لا يستمدون سلطتهم من الله فحسب وإنما هو من طبيعة الهية أو أنهم الهة يعبدون ويعلون فوق البشر وتقدم اليهم القرابين ، وبالتالي يجب على المحكومين أن يطوعهم طاعة مطلقة .

وقد وجدت هذه النظرية تطبيقات مختلفة حيث اعتنقها فراعنة مصر طوال العصور المختلفة لهم وفي اليابان حيث كان الامبراطور اله بعدد وهذا حتى سنة 1947.⁹

المطلب الثاني : نظرية الحق الالهي المباشر

ومفاد هذه النظرية أن الحاكم هو بشر إلا أن الله اصطفاه واختاره من الناس وأودع في يده السلطة وخصه بممارستها ومن ثم فان السلطة التي يمارسها الحكام طبقا لهذه النظرية من الأمور التي تخرج من نطاق البشر ولا دخل لهم في تحقيقها .

⁹ لتفاصيل أكثر ،راجع،قزو محمد أكلي،المرجع السابق،ص 20 ، 21.

ولقد سادت هذه النظرية في القرون الوسطى وأدى الى تدعيمها ما كان يمارسه ملوك فرنسا من استبداد وتسلط تطبيقا للقول المأثور أن ملك فرنسا لا يستمد ملكه إلا من الله وسيفه.

وعرفت هذه النظرية صدا في عهد لويس الرابع عشر والذي يرى أن سلطة الملوك مستمدة من الله ، فالله لا الشعب مصدرها وهم مسئولون أمام الله وحده عن كيفية استعمالها.¹⁰

ولقد شكلت هذه النظرية أساسا كغيرها من النظريات التيقراطية لتبرير استبداد وتسلط الملوك على شعوبهم دون أن يكون للشعوب الحق في الاعتراض أو مساءلتهم.

المطلب الثالث : نظرية الحق الالهي غير المباشر

- ترى هذه النظرية أن الحاكم من البشر كما ذهبت النظرية السابقة ، إلا أنها تختلف عنها في أن أنصار هذه النظرية يقررون أن الله لا يتدخل في اختيار الحاكم مباشرة وإنما يختاره بطريقة غير مباشرة نتيجة كون العناية الالهية توجه ارادة المحكومين بحيث تنتهي الى شخص، أو أسرة معينة تتولى أعباء الحكم ومن ثمة فان الحاكم يختار من السماء ولكن بطريقة غير مباشرة ، فالمحكومين ليسوا أحرار في هذا الصدد وإنما الحاكم مفروض عليهم .

النقد الموجه للنظريات التيقراطية

لقد تلاشت هذه النظريات نتيجة وعي الشعوب ماعدا النظرية الأخيرة ، وأهم نقد وجه لها ان هذه النظريات أنها تساعد وتكرس الاستبداد من جانب الحكام وإهدار

¹⁰ محمد فؤاد النادي، الوجيز في الأنظمة السياسية والدستورية، بدون ذكر دار النشر ، 2001، ص 73،

حقوق الشعوب ، حيث أن السلطات المطلقة للحكام تجعلهم في منأى عن محاسبتهم لأنهم غير مسئولين إلا أمام الله وحده.

المبحث الثاني : نظريات العقد الاجتماعي أو النظريات الديمقراطية

تقوم هذه النظريات على أساس أن سلطة الدولة مصدرها الشعب والجماعة ، وبذلك لا تكون السلطة الحاكمة مشروعة إلا اذا كانت وليدة الارادة الحرة للجماعة التي تحكمها ، وأساس هذه النظرية فكرة العقد الاجتماعي الذي مؤداه أن نشأة الدولة تم نتيجة لنوع من التعاقد أو الاتفاق بين أفراد المجتمع الذين كانوا يعيشون حياة الفطرة على ايجاد سلطة عليا في المجتمع تقوم بتحقيق السلام والأمن والعدل بين أفرادها أي الانتقال الى الحياة المدنية.¹¹

أ هوبز : يرى أن الطبيعة البشرية تقوم على الأنانية ، والتي نتج عنها صراع وتناحر بين الأفراد والجماعات ، وبغية الخروج من هذه الوضعية تم الاتفاق بين الأفراد على منح السلطة لشخص واحد أو هيئة يكون لها الأمر دون مناقشة لأن الحاكم ليس طرفا في العقد ن مقابل تنازل الأفراد عن كامل حقوقهم ن وهذا من أجل ضمان الأمن والسلم والاستقرار والعدل ، والواقع أن هذه النظرية تميل الى الاستبداد والحكم المطلق.

ب نظرية لوك :

¹¹ سعيد بوالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية، الجزء الأول ،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2000، ص38 ومابعدها، بوكرا ادريس ،أحمد وافي، النظرية العامة للدولة والنظام السياسي الجزائري، المؤسسة الجزائرية للطباعة،الجزائر،1992،ص43،

تتفق نظرية لوك مع هوبز في أن الأفراد كانوا في حالة الفطرة ثم انتقلوا الى المجتمع المنظم بعد العقد ن لكن يختلف معه في حالة الأفراد في مرحلة الفطرة التي لم تكن فوضى ، وانما حياة عدل ومساواة في ظل القانون الطبيعي .

أما الدافع الى العقد فهو الرغبة في الانتقال الى حياة أفضل وأكثر تنظيماً من خلا لإقامة سلطة تحكمهم ، كما أن الأفراد لم يتنازلوا عن جميع حقوقهم للحاكم الذي هو طرف في العقد .

ج روسو:

يذهب روسو الى أن حياة الأفراد الطبيعية البدائية كانت تتميز بالعدالة والمساواة والحرية ، غير أنه وباكتشاف الزراعة والاختراعات ظهرت الملكية الفردية التي نتجت عنها فوارق اجتماعية بين الأفراد فانهارت بذلك المساواة وتحولت حياتهم الى فوضى وشقاء ، وهو ما دفع الأغنياء الى البحث عن وسيلة تكفل لهم الخروج من هذه الوضعيات ، فاستمالوا الفقراء من اجل اقامة مجتمع قاعدته العقد،الذي هو حسب البعض اتفاق بين رعايا الدولة في المستقبل المتفقين في وقت معين على التنازل عن حرياتهم وعلى اقامة سلطة سياسية تحكمهم.

ان أهم نقد وجه لهذه النظريات أنها أكبر أكذوبة سياسية ناجحة حيث لم يثبت تاريخياً أن الأفراد اجتمعوا فينا بينهم للتعاقد ، بل ان هذه النظريات كانت مبرراً للحكم المطلق والمستبد.

المبحث الثالث: نظريات القوة والتغلب التطور التاريخي والتطور العائلي

المطلب الأول: نظرية القوة والتغلب

ترى هذه النظرية أن أساس السلطة السياسية واصل نشأة الدولة يعود الى القوة والقهر وهي تنطلق من غريزة الانسان في السعي للقوة والرغبة في فرض سيطرته على الآخرين ، والذي يؤكد ذلك هو الحروب والصراعات بين القبائل والعشائر في المجتمعات البدائية ، التي استطاع شيوخ القبائل من خلالها فرض سلطتهم على الأطراف المغلوبة وكانت تلك البداية الأولى لنشأة الدولة الحديثة.

وعندما نشأت الدولة فانها استطاعت التخلي عن قوتها لأنها بحاجة اليها بغية فرض سيادتها داخليا وخارجيا، وعليه فان الدولة نظام من صنع القوي ، وأن سلطة الدولة المتمركزة في يد أقلية من الأفراد لهم القوة والنفوذ بغض النظر عن طبيعة هذه القوة ، مادية كانت أم، معنوية أم دينية أم فكرية أم اقتصادية.¹²

على الرغم من أن التاريخ يدعم نسبيا هذه النظرية إلا أنها تعرضت الى انتقادات شديدة حيث أنه وان كانت القوة تلعب دورا هاما في تشكيل الدولة إلا أنها ليست العامل الرئيس لذلك حيث أن التعاون ورغبة الانسان في التعاون والعيش مع غيره والاستقرار والأمن عوامل مهمة في نشأة الدولة.

المطلب الثاني: نظرية التطور العائلي

ومفاد هذه النظرية أن الأسرة هي الخلية الأولى في المجتمع نشأت لتلبية حاجات فطرية يتصف بها الانسان وتوسعت الى أن ظهرت العشائر ثم القبائل فالقرى فالمدن ، والتي بتطورها تحت الحاجة الى التنظيم الدقيق وتلبية الحاجات الأساسية ظهرت الدولة.

¹² بوكرا ادريس ، أحمد وافي، المرجع السابق، ص47، 48.

واستنادا الى هذه النظرية يمكن القول بأن العائلة هي البداية الأولى لظهور الحكومة نظرا لما تتسم به العائلة من مقومات أساسية في ممارسة الحكم ويستدل على ذلك بعض الفقهاء بالدولتين اليونانية والرومانية التي كانت السلطة فيهما بأيدي رؤساء العائلات¹³.

بالرغم من ما في هذه النظرية من حقائق حول أصل ونشأة الدولة إلا أنها تعرضت الى عدة انتقادات ذلك أن الحياة البدائية الأولى كانت قائمة على الشيوع ، كما أن سلطة العائلة تختلف في طبيعتها عن سلطة الدولة كون هذه الأخيرة تبقى مستمرة بعد زوال الأشخاص الحاكمين.

المطلب الثالث: نظرية التطور التاريخي

تعد هذه النظرية من أكثر النظريات اعتمادا عند الفقهاء المعاصرين ، حيث رفض الفقه الحديث ماسبقها من نظريات .

ومؤدى هذه النظرية أن الدولة قد اعتمدت في قيامها على عوامل عدة ، وهذه العوامل تختلف من دولة الى أخرى وذلك باختلاف تاريخ وطبيعة هذه الدول وظروفها الاقتصادية والاجتماعية ونتيجة تفاعل تلك العوامل المختلفة ظهر على مر الزمن احداث ترابط بين أفراد الجماعة ورغبة في تحقيق الأغراض المشتركة لهم ثم تطورت تلك الجماعة فصارت دولة على نحو ما نراه اليوم.¹⁴

وعلى هذا النحو يرى أنصار هذه النظرية ضرورة تكييف نشأة الدولة تكييفا قانونيا لأنها وليدة ظروف وتطورات طويلة، حيث أنه لا يمكن رد أصل نشأة الدولة

¹³ سعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص 51.

¹⁴ ابراهيم عبد العزيز شبحا، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص 207.

¹⁴ قزو محمد أكلي:، المرجع السابق، ص 30.

الى عامل معين بالذات دون غيره كالعقد الاجتماعي، أو القوة والغلبة، أو التطور العائلي.

المبحث الرابع: النظريات المجردة

يشير الفقه الدستوري الحديث الى بعض النظريات التي لم تشهد تطبيقاً في الواقع وهذا تحت تسمية النظريات المجردة، وتشمل هذه النظريات: نظرية النظام القانوني لكلسن، ونظرية تأسيس السلطة للفقيه جورج بيردو ونظرية المؤسسة للفقيه موريس هوريو، وأخيراً نظرية الوحدة للعالم الألماني جيلينك.¹⁵

المطلب الأول : نظرية النظام القانوني للفقيه كلسن

وفي تحليله للنظام القانوني للدولة ذهب كلسن إلى أن الدولة عبارة عن نظام قانوني يتكون من مجموعة من القواعد القانونية التي تتدرج فيبينها بشكل هرمي، إذ تتوزع على طبقات أو درجات مختلفة موضوعية بعضها فوق بعض، وترتبط كذلك ببعضها بصورة تدرجية، بحيث لا تستمد إحداها صحتها ما لم تكن قد أنشئت بطريقة معينة من قاعدة قانونية تعلو عليها في المرتبة، وبذلك تكون هذه القاعدة الأخيرة أساساً لصحة القاعدة الأولى.

ووفقاً للتصور الكليني يأتي في قمة الهرم القانوني القواعد الدستورية -باعتبارها القاعدة العليا في المنظومة القانونية الوضعية- والتي تتحدر منها جميع القواعد القانونية الأخرى المكونة للنظام القانوني السائد وتهيمن عليها.¹⁶

إن السؤال الذي يثار هنا: ما هي القاعدة التي يستند عليها الدستور في صحته وقانونيته؟ وقد أجاب الاستاذ كلسن على هذا التساؤل بأن الدستور يستمد صحته

¹⁶ فكرة الدستور لدى كلسن، <https://org.doi.10.17656.jlps/10113>.

¹⁶ منذر الشاوي، فلسفة القانون، دار الثقافة، عمان الأردن، 2009، ص 47.

من قاعدة أخرى تعلو عليه، بيد أنها لا وجود لها في الحقيقة والواقع، بل هي القاعدة المفترضة، وهي التي يسميها كلسن السنة الأساسية.¹⁷

إلا أن هذه النظرية قد تعرضت للنقد ذلك أن وجود القواعد القانونية الوضعية أي صحتها لا يمكن أن يقام على مجرد فرضية غير موجودة، فالوجود لا يمكن أن يقام على اللاوجود، أو أن اللاوجود لا يمكن أن يكون أساسا للوجود.

المطلب الثاني: نظرية تأسيس السلطة للفقهاء جورج بيردو

يعني تأسيس السلطة نقل سند السلطة الى شخص من يتولاها وإيداعها في هيئة أو مؤسسة، كما يقصد به نقل سند السلطة من الانسان الى وحدة مجردة لها طابع الدوام والاستقرار وهذه الوحدة هي المؤسسة، وينطبق هذا المعنى على سلطة الدولة باعتبارها مؤسسة المؤسسات.

ويؤكد في هذا السياق الفقيه بيردو أن تأسيس السلطة أي نقل السلطة من شخص الحكام الى الدولة كوحدة مستقلة لا يتم في لحظات وإنما هو حصيلة تطور وتكيف تدريجي من الاطارات القانونية استجابة لأمال الجماعة، وأيا كانت سرعة هذا التطور فان نتيجتان تترتان على اكتماله:

الأولى هي فصل السلطة عن أولئك الذين يمارسونها، والنتيجة الثانية هي ظهور الدولة باعتبارها مؤسسة تمسك بالسلطة السياسية.¹⁸

إلا أن هذه النظرية قد تعرضت الى نقد شديد وهذا بسبب الخلط بين الدولة والسلطة العامة وأشكال ممارستها.¹⁹

¹⁸ سعاد الشرقاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 97.

¹⁹ قزو محمد أكلي، المرجع السابق، ص 31.

المطلب الثالث : نظرية المؤسسة للفقيه مورييس هوريو

حسب الفقيه مورييس هوريو الدولة مؤسسة مثل المؤسسات الأخرى الاقتصادية والاجتماعية، تنشأ من خلال اتفاق جماعة من الأفراد تجمعهم فكرة مشتركة مهي انشاء نظام اجتماعي وسياسي بطريقة قانونية.²⁰

ويتم تشكيل الدولة في مرحلتين:

الأولى تتمثل في تقبل أفراد الجماعة لمشروع اقامة الدولة المعتمد على فكرة مجموعة مثقفة.

المرحلة الثانية تتمثل في دعوة الأفراد للمساهمة في تحقيق المشروع من أجل اقامة الدولة وهذا مفاده أن العملية تمر بمراحل معقدة، والتي تتمثل في مرحلة الفكرة الموجهة والسلطة المنظمة، ثم انجاز المشروع من خلال انضمام المنخرطين.²¹

المطلب الرابع : نظرية الوحدة للعالم الألماني جيلنيك

يتميز جيلنيك بين العقد المبرم بين الأفراد بغية الحصول على مصالح مادية كعقد البيع والشراء، والذي يتحصل أطراف العقد فيه على أشياء مختلفة ولا يترتب عنه انشاء دولة، أما عند اتجاه مجموعة من الارادات من أجل تحقيق غرض واحد وهو انشاء دولة انشاء قانونيا وموضوعيا فهذا هو الفيرينبرغ.²²

²⁰ نفس المرجع

²¹ سعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص48.

²² قزو محمد أكلي، المرجع السابق، ص33.

إلا أن هذه النظرية تعرضت الى انتقادات كون العقد القانوني لا يكون إلا من خلال وجود نظام قانوني قائم وسابق عن تنظيمه الى جانب أن هذه النظرية خالية من الأساس الواقعي.²³

المبحث الخامس: تعريف الدولة وأركانها

إن الدولة هي الموضوع الرئيسي في القانون الدستوري فكرة وحقيقة في آن واحد وتنظيم في الوقت الحاضر إنها حقيقة يمكن إدراكها بسهولة وعلى الفور نحن لا نلمسها، لكن وجودها حساس وملمس في الحياة اليومية. تبقى الحقيقة أن هذا الواقع معقد للغاية لقد نشأت مشكلة الدولة وظهرت وظلت مطروحة في كل مكان تقريباً.

في الواقع لم تكن الدولة موجودة دائماً إنها عبارة عن شكل تاريخي من التنظيم يتوافق مع درجة معينة من تطور الحضارة البشرية. يظهر تعقيد الدولة أخيراً في تعريفها الدقيق بمعنى أنها ليست حقيقة محايدة. يمكن أن يكون لكلمة "دولة" ثلاثة معانٍ مختلفة:

بالمعنى الواسع، فإنها تشمل مجتمعاً بشرياً محلياً جغرافياً ومنظماً سياسياً يكون له عموماً أمة كدعم اجتماعي لها.

بمعنى أكثر تقييداً تشير الدولة داخل هذا المجتمع السياسي المنظم إلى السلطات العامة ، أي الحكام وليس المحكومين على سبيل المثال سنتحدث عن مكانة رئيس الدولة في النظام السياسي.

كما يعرفها البعض بأنها عبارة عن ذلك الشخص المعنوي الذي يمثل أمة تقطن أرضة معينة ، والذي بيده السلطة العامة ، أو كما يسمونها السيادة.

²³ غريبي فاطمة الزهراء، أصول القانون الدستوري والنظم السياسية، دار الضحى للنشر والتوزيع، الجلفة، الجزائر، 2015، ص52.

بمعنى ثالث أضيق يمكن للدولة أن تعرّف نفسها ضمن السلطات العامة بالسلطة المركزية فيما يتعلق بفئاتها التي تمثلها المجتمعات المحلية سنتحدث على سبيل المثال عن إشراف الدولة على المناطق والبلديات والمجتمعات الريفية.²⁴

في القانون الدستوري يمكن استخدام الدولة أحياناً بمعنى ما وأحياناً بمعنى آخر لكن المعنى الواسع هو الأفضل في تفسير نشأة ظاهرة الدولة. يُنصح في هذا المستوى بفهم عناصرها قبل النظر في أشكالها المختلفة.

المطلب الأول: عناصر الدولة

ليس كل مجتمع بشري دولة. يخضع وجود الدولة لعناصر اجتماعية يكون لم شملها ضرورياً (السكان والإقليم والسلطة).

بالإضافة إلى هذه العناصر المادية، هناك خصائص قانونية تسمح بتحديد سماتها بشكل أفضل.

الفرع الأول: الشعب

تقدم الدولة أولاً وقبل كل شيء كمجتمع بشري لا يمكن أن تكون هناك دول بدون سكان مثلما تختفي الدولة إذا اختفى أو هاجر جميع سكانها.

كعنصر من مكونات الدولة، يظهر السكان كحقيقة ديمغرافية وقانونية من جهة، ومن جهة أخرى واقع اجتماعي يمثله الأمة.

²⁴ محمد فؤاد النادي، المرجع السابق، ص15. ومابعداها

أولاً: التمييز بين المدلول الاجتماعي والسياسي لمصطلح الشعب

الشعب هو قبل كل شيء مجموعة من الأفراد الخاضعين لوضع قانوني وعبرة عن مجتمع بشري يعيش في منطقة محددة، وهو يتكون من الرجال والنساء في مراحل مختلفة من حياتهم : الطفولة ، والمراهقة ، والنضج ، والشيخوخة.

بغض النظر عن كونهم يتمتعون بممارسة حقوقهم المدنية أم لا فكل الأفراد الذين يحملون جنسية الدولة يشكلون أفراد الشعب بمدلوله الاجتماعي.

ان العامل العددي لا يحدد في تعريف السكان. لا ينص القانون الدولي على أي حد أدنى مطلوب لتأسيس دولة بشكل صحيح.

عدد السكان ضروري حتى تكون هناك دولة مهما كان عددها، وهكذا في مجتمعات الدول غالباً ما نرى دولاً من بضعة آلاف من المواطنين تتعايش، والبلدان ذات الكثافة السكانية الضخمة مثل جمهورية الصين الشعبية. الذي يتجاوز كثيراً المليار نسمة.

أما الشعب بمدلوله السياسي فالمقصود به مجموع الأفراد المتمتعين بالحقوق السياسية وبذلك يخرج عن هذا المدلول الأطفال المحرومون من أداء الحقوق السياسية لأسباب تتعلق بالناحية العقلية أو لأسباب أدبية²⁵.

نلاحظ أن المدلول الاجتماعي للشعب أوسع من مدلوله السياسي .

في النهاية الانتقادات الموجهة إلى "الدول الصغيرة" ليست ذات صلة من الناحية القانونية. جميع الدول متساوية في القانون الدولي، لكن العدد الكبير من السكان يظل عامل قوة في العلاقات الدولية.

²⁵ ابراهيم عبد العزيز شيجا، المرجع السابق، ص210.

ثانياً: التفرقة بين الشعب والسكان

يمكن فهم الشعب على أنه جميع الأشخاص الطبيعيين الذين يعيشون بشكل دائم على أراضي الدولة التي تمارس الدولة سيادتها الشخصية عليها.

يسلط تصنيف الأشخاص الخاضعين لسلطة الدولة الضوء على الطبيعة غير المتجانسة للسكان. هذا في الواقع يتكون من أفراد الدولة والأجانب الذين يعيشون على أراضيها.

يرتبط السكان عادة بالدولة حسب الجنسية نحن نميز بين السكان المواطنين والأجانب المواطنون هم أفراد تربطهم الدولة ارتباط قانوني الجنسية ويتجسد هذا الارتباط إلى طريقتين رئيسيتين: حق الأرض (حق الأرض) ورابطة الدم²⁶.

الجنسية هي الرابطة القانونية لارتباط شخص بالدولة المواطنون مجموعة من الأفراد المستقرين والموحدين الذين يمثلون الفردية بالنسبة للآخرين إلى حد تكوين أمة.

من ناحية أخرى فإن الأجانب هم أشخاص لديهم علاقات مع دول أخرى ، وبالتالي لا يحملون جنسية الدولة المستقبلية.

أخيراً يجب الآن تحديد مفهوم الشعب فيما يتعلق بمفهوم الأمة الذي يستخدم أحياناً بدلاً منه، الأمة.

²⁶ محمد فؤاد النادي، المرجع السابق، ص15. ومابعدا

ثالثاً: الفرق بين الشعب والأمة.

الشعب هو مجموعة بشرية كاملة، أما الأمة مجموعة بشرية يتم تكيفها وفق مفاهيم متعارضين، الأول، ذاتي، من أصل فرنسي وقائم على الرغبة الجماعية في العيش.

في الواقع وفقاً لإرنست رينان ، مع الأخذ في الاعتبار تعريف ميشيل ، "الأمة هي روح ، مبدأ روحي ... " هذا المفهوم الذاتي الراسخ في التاريخ، وبالتالي فإن الأيديولوجية تأسست بناء على إرادة العيش معاً.

وعلى عكس المفهوم الذاتي فإن المفهوم الموضوعي من أصل ألماني ناتج عن عناصر موضوعية مثل الجغرافيا واللغة والدين والعرق، لكن المفهومان متكاملان.²⁷

أما النظرية المادية تستند الى النواحي الاجتماعية والاقتصادية، فوحدة المصالح الاقتصادية هي التي تقرر العلاقات جميعها بين الأفراد وتصهرهم في نظام اجتماعي موحد.

الفرع الثاني: الإقليم

يحدد الإقليم الإطار الذي تمارس فيه الدولة سلطتها حصراً لذلك لا يمكن أن تكون هناك دولة حقيقية بدون أرض و المساحة الإقليمية هي منطقة ولاية الدولة، أي المساحة التي تضمن الدولة تنظيم الأنشطة بجميع أنواعها وتمارس سيادتها الكاملة. وبالتالي إذا تمكنت الدولة من تقادي من الخسارة المؤقتة لأراضيها (دولة محتلة في حالة الحرب المدنية) ولكن لا يمكن أن تكون هناك دولة في حالة الخسارة الدائمة للأراضي. وهذا يعني أن السكان الرحل لا يشكلون عمومًا دولة.

²⁷ محمد رفعت عبد الوهاب، الأنظمة السياسية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص26،

أولاً: أهمية الإقليم

يعمل الإقليم كمقياس وحد لسلطة حكومة الدولة الإقليم هو مجال اختصاص الدول. ويشكل البعد المكاني الذي تمارس فيه سلطة الدولة لأنه هو الذي يحدد إطار اختصاص الدولة.

في الواقع، يخضع كل من يعيش على أراضيها، على الصعيدين الوطني والدولي لسلطة الدولة.

الاستثناءات الوحيدة هي:

البعثات الدبلوماسية في الدول الأجنبية التي هي أجزاء من أراضي الدولة الممثلة، مما يفسر حرمة هذه الدول.

استثناءات سيادة الدولة على أجزاء معينة من أراضيها.

- التنازل الصريح عن السيادة بعد اتفاق مع دولة أخرى.

ان الإقليم هو الدائرة التي تمارس فيها سلطة الدولة داخليا وتحدد الحد المادي لسلطة الحكام. فهو يسمح للدولة بحماية استقلالها من خلال وضع الحدود التي ستكون قادرة من وراءها على الدفاع عن نفسها بشكل أكثر فعالية ضد الاعتداءات الخارجية.

ثانياً: مشتملات الإقليم

ويشمل إقليم الدولة له ثلاثة جوانب:

أ/الإقليم البري : يشمل التربة وباطن الأرض ،يتعلق الأمر بالتربة التي يستقر عليها شعب الدولة لتحديد حدودها يمكن للدولة الاعتماد على المعطيات الطبيعية أو الاصطناعية.

ظهرت نظرية "الحدود الطبيعية" في عهد الملك (لويس الرابع عشر) والتي تعتبر أن أراضي كل دولة كانت "مصممة مسبقاً" أو "محددة" بشكل طبيعي (بحيرات أو أنهار أو جبال أو بحر)، وبالتالي فإن قراءة الخريطة الجغرافية وحدها ستكون كافية لإثبات وجود الدولة²⁸.

قد تكون نظرية الحدود الطبيعية ذات أهمية استراتيجية أو اقتصادية، لكن ليس لها أي صلة قانونية.

لقد تم التذرع بها دائماً بمعنى أحادي الجانب لخدمة الأيديولوجيات التوسعية أو الإمبريالية. في الواقع ، لم يكن لأي دولة حدود طبيعية كاملة ،خاصة وأن الممارسة تظهر وجود مناطق ممزقة.

بصرف النظر عن العناصر الطبيعية ، يمكن ترسيم الحدود بطرق مختلفة: بالاتفاق بين الدول ،أو حتى باستخدام خطوط مصطنعة مثل المتوازيات (مثل خط العرض الذي يفصل بين الكوريتين).

ب/ الإقليم البحري:

طرح البحر مشاكل كثيرة بسبب الثروة التي يمكن أن يحتويها والتي ترغب الدولة الساحلية في الاحتفاظ باستغلالها تكمن جذور العديد من النزاعات في الأراضي البحرية في القضايا الاقتصادية للمناطق المتنازع عليها²⁹.

²⁸ O. Pfersmann, in L. Favoreu et alii, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2002, p. 68, n° 99.

²⁹ J. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 18^e éd., 2002, p173

تمارس الدولة سلطات مماثلة لتلك التي تبسطها على الاقليم البري وعلى جزء من المجال البحري الذي هو بالفعل أرض مغمورة، ويشمل الاقليم البحري:

(1)المياه الداخلية:

هنا تتوافق مع المياه التي تغمر سواحل الدولة حيث تشمل الموانئ والطرق والمرافئ والمسافات البادئة للسواحل المتعرجة والخلجان التاريخية.

تشبه المياه الداخلية أراضي الدولة التي تمارس السيادة الكاملة عليها.

(2)البحر الإقليمي:

يتكون البحر الإقليمي من المنطقة البحرية الملاصقة للمياه الداخلية التي تمتد عليها سيادة الدولة. حددت في البداية عند 3 أميال بحرية حدود البحر الإقليمي.

تم تثبيت البحر الإقليمي من قبل الدول وهذا بعد الاتفاقية الدولية لسنة 1982 ب 12 ميلا على العموم ستة أميال للمياه الداخلية تمارس فيها الدولة سيادتها المطلقة، و6 أميال أخرى لا يفيد سيادة الدولة فيها الا المرور البريء وذلك من خلال توافر شروط معينة والمثال على ذلك أن تكون السفينة مدنية.³⁰

وتمارس الدولة الساحلية سلطات حصرية هناك من الناحية الاقتصادية (صيد الأسماك، استغلال الموارد المعدنية)، وكذلك فيما يتعلق بالضبط (الملاحة والجمارك والصحة العامة وحماية البيئة والأمن).

(3)المنطقة المجاورة:

هي منطقة وسيطة بين البحر الإقليمي وأعالي البحار وهي محددة ب 12 ميلا بحريا بعد البحر الاقليمي وهي لا تخضع للسيادة الإقليمية للدولة الساحلية التي لا

³⁰ قزو محمد أكلي، المرجع السابق، ص49.

تمارس ولايتها هناك ،ولا حتى تحت "حقوقها السيادية"، ومع ذلك تمارس الدولة هناك اختصاصات تتعلق بمنع التعديات على قوانين وأنظمة الجمارك والضرائب والصحية والهجرة وقمع انتهاكات هذه القوانين والمخالفات نفسها التي تُرتكب على أراضيها أو في بحرها الإقليمي.

4) المنطقة الاقتصادية الخالصة:

تمتد على مساحات بحرية شاسعة متاخمة للبحر الإقليمي تمارس عليها الدولة "حقوقا سيادية" واستكشاف واستغلال الموارد الاقتصادية فيما يتعلق بحقوق وحرية الملاحة ،أو مد الكابلات وخطوط الأنابيب البحرية المعترف بها في دول أخرى، وحدودها محددة بـ 200 ميل بحري بعد المنطقة المجاورة.

ج: الاقليم الجوي

أخيراً لدينا المساحة الجوية وهي تشمل الكتلة الهوائية بين الحدود النظرية التي تشكل الحدود الرأسية للحدود البرية أو البحرية.

وتتعلق سيادة الدولة أيضاً بالمجال الجوي الذي يعلو الأراضي والمياه الإقليمية المجاورة لها خارج الفضاء الخارجي، أي حتى الارتفاع الذي يمكن للدولة أن تدافع فيه عن نفسها. والمحدد بـ (حوالي 80 كم).

ثالثاً : طبيعة حق الدولة على الاقليم

لقد اختلف الفقهاء في تكييف طبيعة حق الدولة على إقليمها، فذهب جانب من الفقه الى القول بأنه حق سيادة، ولكن هذا الرأي تعرض لنقد شديد ذلك أن السيادة تمارس على أشخاص لا على أشياء، وعليه فان القول بأن حق الدولة على اقليمها

حق سيادة مفاده أن الدولة ستمارس سلطتها على الأفراد الذين يعيشون على الاقليم لا على الإقليم نفسه³¹.

وفي هذا الاطار ذهب فقهاء القانون الدولي الى تكييف ذلك الحق بأنه حق ملكية، ولكن هذا الرأي بدوره تعرض للنقد، حيث استنادا اليه يمنع الأفراد من حق تملك العقارات، ومع ذلك يمكن تبرير هذا الرأي على أساس أن ملكية الدولة للإقليم ملكية من نوع خاص خاضعة للقانون الدولي العام، وأن هذه الملكية لا تمنع من قيام الملكيات الفردية للعقارات ولكنها تسمو عليها³².

والرأي الحديث والراجح لدى معظم الباحثين مفاده أن حق الدولة على إقليمها لا يعدو أن يكون مجرد حق عيني نظامي، أي أنه حق على الأرض الوطنية يتحدد مضمونه بمتطلبات السيادة الوطنية وما تفرضه من اجراءات رقابة وادارة للشئون العامة³³.

الفرع الثالث: السلطة السياسية

لا يؤدي اجتماع السكان والإقليم بحكم الواقع إلى وجود دولة ذلك أن مادية الدولة مشروطة بوجود سلطة سياسية تمارس على الشعب وعلى الاقليم، والسلطة في الحقيقة هي العنصر الأساسي للدولة.

فهي تضمن فعاليتها مع ضمان تماسكها واستمراريتها القانونية في الزمان والمكان، والسلطة في حد ذاتها ظاهرة متأصلة في حياة المجتمع ولها خصائص محددة عندما يتعلق الأمر بسلطة الدولة³⁴.

³¹ ثروت بدوي، المرجع السابق، ص 32

³² نفس المرجع.

³³ بوكرا ادريس، احمد وافي، المرجع السابق، ص 23.

³⁴ Otto Pfersmann, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 72

أولاً: المقصود بالسلطة السياسية

السلطة هي قدرة خاصة تسمح لحاملها بالتنبؤ والقيادة واتخاذ القرار وتنسيق أنشطة الأفراد والجماعات الخاضعة لسلطته، ولقد تطورت السلطة قبل أن تحصل على خصائصها الدائمة.

أ/تطور السلطة السياسية

السلطة هي نتيجة لعملية تاريخية طويلة في الأصل كانت موزعة، ثم أصبحت شخصية قبل أن تصبح مؤسسة.

1) السلطة الموزعة:

وهذا الشكل يتوافق مع الشكل البدائي للسلطة قبل ظهور الأشكال التنظيمية للمجتمعات البشرية كانت مشتتة في جميع أنحاء المجتمع الجميع يأمر ويطع في نفس الوقت.

وكانت السلطة مع ذلك موجودة بمعنى وجود آليات للعقوبات يمكن أن يتم تشغيلها تلقائياً في حالة حدوث خرق عقوبات مالية (غرامات) ،أخلاقية (استنكار) ،استبعاد من الجماعة ،إلخ. معاقبة مخالفة القواعد الاجتماعية.

2) السلطة الشخصية:

وتستند السلطة الشخصية أو الفردية على العلاقات الشخصية بين الحاكم ورعاياهو تتجسد القوة في شخص صاحبها ،وتحترم فضائله الشخصية : قوته البدنية ، ومكانته الطبيعية ، وقوته المادية أو الخفية ، إلخ.

يجب تمييز السلطة الشخصية عن تشخيص السلطة إن إضفاء الطابع الشخصي على السلطة ظاهرة موجودة في الديمقراطيات المعاصرة تجد أساسها في صعود السلطة في أيدي سلطة مؤسسة.

3) السلطة المؤسسة:

يقال إن السلطة مؤسسة عندما يتم فصلها عن شخص صاحبها للإشارة إلى كيان مستقل وتوجد السلطة في حد ذاتها مستقلة عن وكلائها ويتم توزيعها وفقاً لقواعد عامة وغير شخصية وموضوعية تحدد طريقة اكتسابها وشروط ممارستها. وهكذا فإن انفصال السلطة عن الأفراد الذين يتولون مهمتها مؤقتاً يضمن استمرارها بمرور الوقت تتميز السلطة الآن عن وكلائها الذين هم فقط الممارسون المؤقتون لها³⁵.

ثانياً: الخصائص المميزة لسلطة الدولة

سلطة الدولة واقعية وتتأرجح بين الفعلية والقانونية إنها في الواقع مدنية ومؤقتة من ناحية، وحصريّة من ناحية أخرى.

سلطة مدنية ومؤقتة

سلطة الدولة هي سلطة مدنية و سلطة مؤقتة.

هذا الطابع الخاص يقوم على مبدأ الفصل بين السلطات المدنية والعسكرية و السلطة المدنية المنظمة من أجل السلم يمارسها المدنيون، على عكس القوة العسكرية، وهي موجهة نحو الدفاع عن البلاد، وبالتالي فإن السلطات العسكرية منفصلة عن السلطات المدنية التي تخضع لها.

Ibid ³⁵

هذه هي الطريقة التي يُمنح بها رئيس الدولة وهو سلطة مدنية ، لقب رئيس القوات المسلحة.

السلطة الحصرية:

تمتلك سلطة الدولة احتكارًا مزدوجًا لنشر ثقافة سيادة القانون والإكراه المنظم.

احتكار إرساء قواعد القانون:

وبالتالي فإن الدولة ليست وحدها لوضع قواعد القانون توجد سلطة معيارية في جميع المنظمات الاجتماعية المجتمع والنقابات والجمعيات إلخ، ومع ذلك فإن قانون الدولة فوق القواعد القانونية الأخرى التي تتبثق جميعها من القواعد الصادرة عن الدولة.

الأمر متروك للدولة، التي تحافظ على المصلحة العامة والضامنة للنظام العام، لتوجيه وتحديد حقوق الفاعلين الاجتماعيين الآخرين حسب الحاجة. الأمر متروك لها كذلك للتحكيم في نهاية المطاف في أي نزاعات.

إذا لم تكن الدولة تحتكر السلطة المعيارية، فلها حق الأمر والطاعة "سلطة القانون" (، الدولة ، في نطاقها الإقليمي ، هي الكيان الوحيد القادر على وضع قواعد السلوك وضمان احترامها بالنسبة للمخاطبين بها³⁶.

احتكار الإكراه المنظم

تحتكر الدولة سلطة الإكراه التي تمكنها من تنفيذ قراراتها وجعلها تعلو على القرارات الأخرى. وإجبار المحكومين على الامتثال بالقوة إذا لزم الأمر.

ان وجود سلطة الإكراه يعد عنصر أساسي في تعريف الدولة.

³⁶ Carré de Malberg R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Dalloz, 2003, (1vol.), 1525 p., fac-similé de l'édition en 2 vol. de 1920-1922, Paris, Sirey, 837 p. 638

أخيرًا لدى الدولة نظام عقوبات منظم و أكثر تعقيدًا من نظام المنظمات الاجتماعية الأخرى تظهر الطبيعة المنظمة للإكراه من خلال وجود نظام قضائي مع ضمانات قضائية وجهاز قمعي لمعاقبة المخالفين لقانونها.

ويعتبر رضا المحكومين وقبولهم للسلطة مسألة ذات أهمية كبرى من الناحية الدستورية لأنه يعد أساس التبرير السياسي للسلطة.

ذلك أن رضا المحكومين بالسلطة هو الذي يسبغ عليها صفة المشروعية ويجعلها سلطة قانونية، ومن هذا المنطلق يتم التساؤل عن الفرق بين السلطة الشرعية والسلطة المشروعة؟.

ان السلطة الشرعية هي السلطة التي تصل الى سدة الحكم وفقا للقانون الساري المفعول في الدولة، فعندما يقال أن هذا العمل شرعي أي يتطابق مع القانون بصفة عامة، ويقال كذلك شرعية دستورية عندما تتطابق أعمال السلطة مع الدستور³⁷.

أما السلطة المشروعة فهي صفة تطلق عادة على سلطة يعتقد الأفراد بأنها جاءت استنادا الى ما يؤمنون به من قيم ومعتقدات، وهي تحل عند غياب الشرعية الدستورية، وعلى هذا الأساس تستعمل عبارات المشروعية التاريخية، والمشروعية الثورية وغيرها وفي هذا الاطار السلطة تحمل شعرات ومبادئ معينة وتعتمد على المرجعية الفكرية أو الايديولوجية أو التاريخية لإرضاء الشعب³⁸.

³⁷ قزو محمد أكلي، مرجع سابق، ص52.

³⁸ نفس المرجع، ص53.

المطلب الثاني: الخصائص القانونية للدولة

وتشمل الخصائص الرئيسية والأساسية لدولة الشخصية القانونية والسيادة.

الفرع الأول: الشخصية القانونية

الدولة كيان يتمتع بوجود متميز عن الأفراد الذين يؤلفونها، أو الحكام الذين يعبرون عن إرادتها و من أجل ضمان استمراريته وجعلها مركزاً لصنع القرار تم إنشاء الدولة كشخصية اعتبارية.

تمنحها الشخصية القانونية وجوداً قانونياً مماثلاً لوجود الأشخاص الطبيعيين بينما تقدم لها نفس إمكانيات التصرف.

أولاً: أساس الشخصية القانونية

الشخصية القانونية هي صفة ترتبط بالأشخاص الطبيعيين والاعتباريين تمنحهم الأهلية ليكونوا أصحاب حقوق والتزامات وان يكونوا موضوعاً للحقوق من خلال القيام بالتصرفات، ومن خلال التمتع بذمة مالية.

تتكون من الممتلكات الخاصة عن طريق إدارة الميزانية، الى جانب التمتع بأهلية التقاضي.

وبحسب الفقيه كاريه دي مالبيرج ، فإن الدولة هي "كائن قانوني يتم فيه تلخيص الجماعة الوطنية بشكل مجرد " ويكون موضوعاً للحق يحمل اسم الشخص الاعتباري على عكس الشخص الطبيعي.

الشخصية القانونية وهي خيال قانوني تجعل من الممكن إنشاء الدولة كمركز للحقوق والمسؤوليات.

ومن ثم يُعترف به على أنه يتمتع بالأهلية القانونية التي تمنحه سلطة الرغبة والتصرف نيابة عن الجماعة، وبالتالي المشاركة بنفس الطريقة التي يشارك بها الشخص الطبيعي.

وبالتالي، فإن هذه الشخصية القانونية تمكنه من تولي مسؤولية مصالح الأمة بشكل دائم

وتتبع الشخصية القانونية للدولة من تأسيس السلطة و لا ينبغي هنا الخلط بين الدولة و الشخصية الاعتبارية وسلطاتها التي تجسدها والتي تستمد صلاحياتها من الدولة.

ثانيا: النتائج المترتبة عن الشخصية القانونية

للاعترااف بالشخصية القانونية في الدولة مزايا معينة.

(أ): تمنح الشخصية الاعتبارية الدولة التمتع بالحقوق والالتزامات

يمكن للدولة امتلاك الممتلكات والتعاقد وإدارة المرافق وتمويل مختلف المرافق. وللقيام بالتزاماتها المالية، لديها موارد تستمدّها من مجالها أو من الضرائب وتظهر هذه الموارد والنفقات في ميزانيتها. لا يمكن للدولة التمتع بذمة مالية إلا لإنجاز مهمتها لأنها تعتبر شخصية اعتبارية.

(ب): تضمن الشخصية وحدة الدولة ودوامها واستمراريتها

تتفصل الدولة من حكامها المؤقتين والأجيال التي تخلف بعضها البعض إنها دائمة لأن التغييرات التي تحدث في تكوينه أو اتجاهه لا تؤثر على وجوده ولا على مدة قراراته.

تبقى القوانين أو المراسيم نافذة على الرغم من أي تغيير يطرأ على شكل الدولة أو نظام الحكم فيها، وذلك ما لم تقم الدولة بإصدار تشريعات أخرى تلغي التشريعات الأولى أو تعدلها.

ج): ضمان استمرار عمل السلطات

إن الشخصية القانونية المنسوبة إلى الدولة تجعل من الممكن التخلي عن المفهوم الوراثي للسلطة لصالح مفهوم وظيفي، وهكذا لم يعد للحكام حق شخصي في ممارسة السلطة السياسية، بل يتمتعون باختصاص فقط. تُنسب أفعالهم إلى الدولة التي يتصرفون باسمها.

أخيرا في القانون الدولي تعد الشخصية القانونية أساس المساواة بين الدول إذا كانت كل الدول مختلفة مادياً، يبقى أنها متساوية قانوناً يأخذ القانون الدولي الدول فقط في الاعتبار كأشخاص اعتباريين ليس بصفاتهم أصحاب سلطة.

كذلك تبقى حقوق والتزامات الدولة في المجال الدولي قائمة طالما أن الدولة باقية ، وهذا يعني أن كل تغيير في شكل الدولة ،أو تغيير نظام الحكم فيها ،أو أيضا أن كل تغيير في أشخاص حكامها لا يؤثر أبداً في بقاء حقوق الدولة والتزاماتها الدولية ، فتبقى هذه الحقوق والتزامات كما هي برغم هذه التغييرات.

الفرع الثاني : السيادة

لقد ذكرنا عند تعريف الدولة أن وجود السلطة السياسية يعد ركنا من أركانها فهل المقصود من ذلك أن الدولة لا تختلف عن الجماعات الأخرى لأنها تقتض جميعاً قيام سلطة تنظمها؟

الواقع إن الجواب عن ذلك يتمثل في أن السلطة التي تتمتع بها الدولة لها طابع خاص وصفات ذاتية تميزها عن غيرها من السلطات العامة والخاصة على السواء ويطلق على هذه الخاصية تسمية السيادة³⁹.

وعليه تعد السيادة صفة أساسية للدولة وهي شرط ضروري وكاف لوجودها وعليه نتناول تعريفها ثم نبين مصدر السيادة كخاصية من خصائص الدولة.

أولاً: تعريف السيادة

يعرف الفقيه Laferrière السيادة كسلطة قانونية أصلية وغير مشروطة وعليها، وهو يشير بهذا إلى أن الدولة تستمد قوتها من نفسها فقط، وأنها قائمة على القانون وليس لها مثيل، ولا تخضع لأي سلطة أخرى والسيادة هي سمة قانونية للدولة، وهي تترجم استقلالها وتبرر القوانين السيدة التي تسمح لها بتنظيم نفسها بحرية دون أي تدخل من سلطة أخرى.

وبالتالي فإن السيادة تتضمن سلطة عليا، وليست تابعة، وليست محدودة، وتشمل مظاهر السيادة، السيادة الداخلية والسيادة الخارجية.

داخليا ومقتضاها أن يكون لسلطة الدولة دون سواها السلطة الكاملة والمطلقة على الاقليم ومن يستقرون على هذا الاقليم، وذلك دون أن تشاركها أو تحد من سلطتها أو تقيدها أي سلطة أخرى فارادتها هي الارادة العليا التي تسمو على كل الارادات في داخل الدولة، وهي التي تستطيع أن تصدر أوامر نهائية لايتوقف نفاذها على ارادة أي سلطة أخرى⁴⁰.

³⁹ بوكرا إدريس أحمد وافي، المرجع السابق، ص28.

⁴⁰ محمد فؤاد النادي، المرجع السابق، ص25. وما بعدها

إذا يتعلق الأمر بالسيادة داخل الدولة بموجب هذا الشكل من أشكال السيادة والذي يعني كذلك أن السيادة المطلقة للسلطة السياسية.

ومع ذلك فإن تفوق السلطة السياسية ليس في القدرة المطلقة ولا التعسف ، ومن الواضح أن السلطة العليا تظل خاضعة للقانون بمعنى أدق سيادة القانون.

أما في المجال الخارجي وعند الحديث عن سيادة الدولة فهي مرادفة للاستقلال، وبالتالي لا يمكن لأي قيد خارجي عن الدولة أن يفرض عليها احترام القواعد أو المعايير القانونية.

وهي تعني في الواقع المساواة بين جميع الدول ذوات السيادة ، ومن ثم فلا تعد دولة كاملة السيادة تلك التي لا تتمتع باختصاص خارجي كامل كالدول المحمية التي تتنازل طبقا لمعاهدة تعقدها مع دولة أخرى الدولة الحامية ، وكذلك الوضع بالنسبة للدويلات الداخلة في تكوين الدولة الاتحادية لأن هذه الدويلات وان كانت تتمتع باختصاصات داخلية معتبرة ، إلا أن الحكومة المركزية هي التي تتفرد دونها بالقيام بالاختصاصات الخارجية.

مما سبق يترتب على ذلك أن السيادة تسمح للدولة ليس فقط أن يكون لها سلطة التنظيم الذاتي (تمتلك الدولة اختصاص اختصاصها) ولكن أيضاً لتطوير نظامها القانوني من خلال الدستور.

مع ذلك، تجدر الإشارة إلى أن التأكيدات المتعلقة بهذين الشكلين من السيادة بعيدة كل البعد عن أن يكون لها في الأزمنة المعاصرة الطابع المطلق الذي كان يُنسب إليها منذ فترة طويلة.

إن تطور الحقوق والحريات المعترف بها للإنسان وتعدد المنظمات والهيكل القانونية العابرة للحدود الوطنية تشكل قوة معتبرة لمنافسة سلطة الدولة.

ثانيا: مصدر السيادة

بدأت مسألة تحديد صاحب السلطة السياسية تثار منذ عصر النهضة في القرن السادس عشر ، لكنها وصلت إلى ذروتها مع عصر التنوير (القرن الثامن عشر) مع استبدال السيادة بالسيادة النظرية، غير أن الفقه الدستوري يتناول موضوع مصدر السيادة من خلال نظريتين ، نظرية سيادة الأمة، ونظرية سيادة الشعب.

أ): نظرية سيادة الأمة

إن مبدأ السيادة الوطنية هو بالأساس فرنسي وترجع للفقيه SIEYES الذي أعطاه تعبيراً ملموساً

كما أن نجاح هذه النظرية هو أنها تظهر كتوجه حقيقي، كما يتضح من المادة 3 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في 26 أغسطس 1789، والتي تنص صراحةً على أن: "مبدأ كل سيادة يكمن أساساً في الأمة. لا يمكن لأي جسم أو فرد أن يمارس سلطة لا تنبع منها صراحة".

الى جانب جعل هذه النظرية الأمة المصدر الوحيد وصاحب كل سلطة داخل الدولة. الآن الأمة هي فكرة مجردة وخيال قانوني خالٍ من أي مضمون مادي.

الأمة عبارة عن كائن جماعي لا ينفصل عن الأفراد الذين يؤلفونه، وهي هيئة قانونية لها وجودها كائن حقيقي متميز عن أعضائها، وهي أيضا تجمع بشري يرتبط فيه الأفراد بروابط موضوعية مثل العرق أو الدين أو العادات أو التقاليد (المفهوم الألماني) و / أو الروابط الذاتية مثل الإرادة المشتركة للعيش معاً لتحقيق المثل العليا (مفهوم فرنسي)⁴¹.

⁴¹ CADART (J.); Institutions politiques et droit constitutionnel, 2 vol., Paris, LGDJ, 3è éd, 1991.p65.

هذا التجمع الإنساني كله ينتج كيانًا مشخصًا هو الأمة صاحبة الحقوق والواجبات

انها تشمل حسب البعض الأحياء والأموات، وحتى أولئك الذين سيموتون و هذا الجسم الأخلاقي والجماعي له "ذاته المشتركة ، حياته وإرادته" (روسو). وهو صاحب السيادة الحصري لأنه تتبثق منه جميع السلطات التي تمارس بداخله⁴².

النتائج المترتبة عن نظرية سيادة الأمة

تضم نظرية السيادة الوطنية السلطة السيدة في جسم الأمة بما يتعارض مع المفاهيم الثيوقراطية، أو المطلقة للسلطة فإن نظرية سيادة الأمة المقترنة بفكرة التمثيل لا تؤدي بالضرورة إلى النظام الجمهوري.

يمكن أن يُعهد بممارسة السيادة إلى ملك يمثل الأمة بشكل شرعي دون حتى أن يتم انتخابه كما هو الحال في بريطانيا،إسبانيا بموجب إمبراطورية دستور 1791 .

لكن الأمة هي خيال قانوني خالٍ من أي أساس مادي. نظرًا لعدم قدرتها على التعبير عن رغباتها الخاصة، فهي ملزمة باللجوء إلى من يمثلها، وهم أشخاص طبيعيون مخولون بالتصرف باسمها ونياية عنها⁴³.

طبيعة سلطة الاقتراع

المنتخب هو وكيل عن الأمة يعمل باسم الأمة ويتحمل كل تبعات الأفعال التي يلتزم بالقيام بها.

ان عملية اختيار المنتخب ليست حقًا ،ولكنها أهلية بسيطة تمنحها الأمة لمن تعتبره الأقدر والأكثر ملائمة وهذا يعني أولئك الأشخاص الذين لديهم صفة مواطن الأمة.

⁴² Carré de Malberg R.,op,cit,p343,

⁴³ ARDANT (Ph.), Droit constitutionnel et institutions politiques. Travaux dirigés, l'examen oral,es épreuves écrites, les sujets théoriques, les cas pratiques; Paris, LGDJ, 9 è éd. 1997.p176

ثم نتحدث عن "الانخاب وظيفه" التي تبرر القيود المفروضة على حق التصويت. وبالتالي في ظل سيادة الأمة يمكن أن يكون الاقتراع عاما، أي مفتوح للجميع، أو مقيدا، أي أن ممارسته تقتضي توفر بعض الامتيازات كالقيود المالية أو العلمية.

نظام المنتخبين

في ظل نظرية سيادة الأمة لا يمثل المنتخبون دائرة انتخابية إقليمية أو مجموعة عرقية أو حزب سياسي. ولكن يمثلون الأمة بأسرها.

النيابة وطنية لذا فإن أي تعديل إقليمي ليس له تأثير قانوني على التمثيل الوطني، وعلى العكس من ذلك لا يُطلب من المرشحين في الانتخابات الوطنية (الانتخابات الرئاسية والتشريعية) تقديم على أي دليل يثبت صلتهم على بالدائرة الانتخابية التي يسعون للحصول على الأصوات داخلها.

وتعد نيابة الممثل المنتخب وطنية ويُفترض أن يكون الشخص المختار وكيلاً للأمة بأكملها.

وهذه النيابة غير قابلة للإلغاء خلال فترة المجلس التشريعي حتى لو استقال الممثل من حزبه، أو رفض الوفاء بالتزاماته الانتخابية، لا يمكن أن تنتهي فترة ولايته إلا في الحالات التي ينص عليها الدستور صراحةً حل المجلس، أو الوفاة، أو الاستقالة، أو العجز الدائم للممثل المنتخب.

وتضمن النيابة التمثيلية استقلالية وكرامة الممثل الذي يقدر مصالح الأمة بضميره وتمنح الممثل المنتخب سلطة تقديرية تخوله التصرف كما يشاء دون التقيد بأي شكل من الأشكال التعليمات المحددة من طرف الناخبين.

ب):نظرية سيادة الشعب

تنسب صياغة نظرية السيادة الشعبية إلى الفقيه جان جاك روسو،الذي يعتبر فكره المعقد والمتناقض أحياناً مصدر المفهومين لسيادة الشعب.

ومع ذلك كان نجاح نظرية السيادة الشعبية على الأقل في فرنسا وفي البلدان ذات التقاليد القانونية والسياسية الفرنسية، غير أنه أثرت هذه النظرية على دستور السنة الأولى في 1793/06/24 الذي يكرسها صراحة بالنص في المادة 25 منه على أن "السيادة للشعب ... لا يمكن لأي جزء من الشعب ممارسة سلطة الشعب كله.

نظرية السيادة الشعبية تجعل المواطنين ،أو الشعب هو المالك الحصري للسلطة السيدة و تقوم السيادة الشعبية على مراعاة الأشخاص الملموسين ،والموجودين بموضوعية⁴⁴.

على عكس نظرية سيادة الأمة التي تجعل من الأمة فكرة مجردة ،فإن الشعب حقيقة ملموسة لأنه يتكون من رجال ونساء وأطفال حقيقيين من بلد معين في وقت معين .

السيادة من اختصاص كل فرد ،الذي هو في نفس الوقت موضوع وحامل لجزء من السيادة يسمح له بالمشاركة في كل شيء لهذه الأسباب نتحدث عن سيادة مجزأة ومقسمة ومشاركة بين جميع الأفراد الذين يشكلون الشعب لأن كل مواطن يحمل جزءاً بسيطاً من التفويض الذي يمنحه المحكومين للحكام⁴⁵.

⁴⁴ CADOUX (Ch.); Droit constitutionnel et institutions politiques, 2 volumes, Paris, Cujas, 4éd., 1995,p65.

⁴⁵ ARDANT (Ph.),opcit,p126.

نتائج نظرية سيادة الشعب

ترتبط نظرية السيادة الشعبية ارتباطاً وثيقاً بفكرة الديمقراطية، مما يجعل كل مواطن عضواً فاعلاً في الجسم الاجتماعي، وتهتم كذلك بالدرجة الأولى بتعزيز وحماية المواطن من خلال نظام مشاركة مباشر ونشط وفعال.

إنها تؤدي منطقياً إلى الديمقراطية المباشرة من حيث أن التنظيم المؤسسي للسلطة الذي تتطوي عليه يجعل المواطن مصدر ونهاية أي منظمة مجتمعية.

إن السيادة الشعبية التي تعكس الإرادة الآنية للمواطنين الموجودين لا يمكنها إلا التحرك والتعبير عن نفسها والازدهار في إطار نظام جمهوري.

في الواقع إنها تهدف إلى الترجمة الموضوعية لإرادة المواطنين الذين يعيشون في لحظة معينة من التطور الاجتماعي.

طبيعة سلطة الاقتراع

يتم تقاسم السيادة بين مختلف مكونات الجسم الاجتماعي، ولا يمكن استبعاد مواطن من التعبير عن الإرادة الوطنية لسبب أو لآخر. فالانتخاب حق يهدف إلى ضمان المشاركة الأساسية لكل مواطن في ممارسة حقه في السيادة.

يعد الانتخاب حقاً لكل مواطن بصفته صاحب جزءاً من السيادة و لا يمكن حرمان أي فرد بسبب السن المطلوب والقدرة العقلية لممارسة حق الانتخاب كون هذا الأخير ليس وظيفة ، فالمواطن حر في ممارسة هذا الحق أم لا، والسيادة الشعبية بطبيعتها الحال تتماشى منطقياً والاقتراع العام.

العلاقات بين الحكام والمحكومين

يؤدي مبدأ السيادة الشعبية إلى الديمقراطية المباشرة. يشارك الشعب مباشرة في ممارسة السلطة السياسية من خلال تعيين ممثليه أو من خلال المشاركة في عملية صنع القرار.

السيادة الشعبية تعترف بنظام التمثيل السياسي. ومع ذلك ، فإن الممثلين مرتبطون بوكالة إلزامية مع الناخبين تسمح لهم بإعطاء التوجيهات السابقة التي يطلب منهم تطبيقها و يجوز عزل النائب المنتخب إذا لم يحترم تعليمات الناخبين. يعد الممثل المنتخب مسئولا مباشرة أمام الناخبين الذين يمكنهم الاتصال منه أو معاقبته لأنه قبل كل شيء ممثل للناخبين في دائرته الانتخابية.

ويعد كذلك القانون تعبيراً عن إرادة الأغلبية حيث يتعين على الأقلية الاذعان لرأي الأغلبية⁴⁶.

أخيرا فإن أهم نقد وجه لنظرية سيادة الشعب أن هذه النظرية تحمل في طياتها حتمية يمكن أن تجعلها خطرة على المواطنين لدرجة أنه من المحتمل أن تؤدي إلى "استبداد الأغلبية".

يُفترض أن أي قانون أقرته الأغلبية هو قانون جيد، ويعبر عن الإرادة والمصالح العامة، وبالتالي فهو منظم للحرية ويحميها إن الإرادة العامة سوف تماثل مع الأغلبية ، ويمكن للأخيرة أن تستخدم جميع صلاحياتها لفرض ديكتاتوريتها.

⁴⁶ ARDANT (Ph.); Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, LGDJ, 14è éd., 2002,p142.

المبحث السادس: أشكال الدول

تتخذ الدولة من خلا تنظيمها شكلين شكل الدولة الموحدة ، أو البسيطة والدولة المركبة ،أو الدولة الاتحادية.

المطلب الأول: الدولة الموحدة

الهيكل الموحد أو البسيط هو الشكل الأكثر شيوعاً للدولة لأن معظم الدول منظمة وفقاً للنموذج الوحدوي: الجزائر،فرنسا ،إسبانيا ،إلخ.

الفرع الأول: خصائص الدولة الموحدة

تتمحور الدولة الموحدة حول مبدأ الوحدة. تتبع السلطة داخل مجال الدولة من الدولة نفسها التي هي المركز الوحيد للقرار ، الدولة هي سيدة على أراضيها وسكانها. تنقل إرادتها بشكل موحد في جميع أنحاء أراضيها على جميع أنحاء سكانها، والتي تخضع لنفس السلطة الموحدة.

لذلك هناك ميزتان تميزان الدولة الموحدة: البساطة التنظيمية وتعايش العنصر البشري.

أ بساطة التنظيم:

لاتشارك الدولة الموحدة سيادتها مع أي وحدة تعيش على أراضيها حيث يعتبر كياناً موحدًا ومتجانسًا غير متمايز تُسند عليه سلطتها. من خلال أجهزتها في مناطق إدارية تتوافق مع المناطق الإدارية المحلية التي تشكل أطر تطبيق السياسات الوطنية.

نتيجة لذلك فإن الدولة هي واحدة في الهيكل مع تنظيم واحد يضم فقط جهازاً سياسياً واحداً يؤدي جميع وظائف الدولة⁴⁷.

جهاز الدولة فريد من نوعه ويتكون من سلطة تنفيذية واحدة، وبرلمان واحد، وتنظيم قضائي واحدة، ونظام قانوني واحد يمتد اختصاصه دون تمييز إلى الإقليم بأكمله.

وبالتالي لا يوجد سوى منظمة سياسية وقانونية واحدة تتمتع بسيادة كاملة ويعبر عن إرادته الموحدة لجميع أجزاء الإقليم.

وتعود السلطة السياسية في الدولة الموحدة فقط إلى السلطات التي أنشأها الدستور. يمكن للدولة أن تنشئ جماعات ثانوية يمكنها تخصيص سلطات أكثر أو أقل لها. هذه الجماعات هي تابعة لها.

النموذج الموحد عمودي بشكل أساسي بسبب التسلسل الهرمي للعلاقات القانونية التي تحتفظ بها الدولة مع الجماعات الفرعية للدولة .

ب تعايش العنصر البشري:

الدولة واحدة في عنصرها البشري، وهي تمتد سلطاتها على جميع أراضيها دون الاعتراف بأي خلافات بين الأشخاص الخاضعين لولايتها و قراراتها تلزم الجميع مما يؤدي إلى "تجانس في السلطة" في إطار جماعة موحدة، وبالتالي فإن توحيد العمل يضمن تماسك العنصر البشري لأنه يجمع بين مجموعة سكانية مندمجة بشكل جيد والتي تتكامل من خلال خصوصياتها المحلية التضامن القديم⁴⁸.

⁴⁷ HAURIU (Maurice), Précis de droit constitutionnel, 2è éd. 1929, réimprimé en 1965.p67.

⁴⁸ ibid

الفرع الثاني: تنظيم هياكل الدولة الموحدة بين المركزية واللامركزية الادارية

تعرف الدولة الموحدة التقسيمات الإقليمية التي تظهر في شكل العديد من الأشكال بين الأفراد والسلطة المركزية يمكن للبناء القانوني للمجال الإداري أن يتخذ أشكالاً مختلفة.

المركزية الادارية والدولة الموحدة:

في بعض الحالات قد تكلف الدولة الموحدة السلطة المركزية بتوجيه وإدارة جميع الشؤون الوطنية والمحلية هذه العملية تتوافق مع المركزية التي هي عملية تتمثل في تكليف السلطة المركزية بإدارة الشؤون العامة.

في المركزية يتم التعامل مع جميع المشاكل الوطنية أو المحلية من قبل المركز الذي لا يعترف بأي أهلية قانونية للنواحي الأخرى الدولة هي الشخص العام الوحيد ذو الطابع الإقليمي في إقليمها.

لا توجد سلطات محلية أخرى (بلديات، مجتمعات ريفية، إلخ) لا يمكنها تحمل مسؤولية المشكلات الخاصة بمنطقة معينة، وبالتالي فإن الدولة وحدها تضمن من خلال ميزانيتها ومن خلال وكلائها تلبية احتياجات المصلحة الوطنية عن طريق مرافقها المركزية، وتكليف الفروع المحلية لهذه المرافق بحل المسائل ذات الاهتمام المحلي⁴⁹.

ولا تتعارض المركزية مع التقسيم الإقليمي إلى دوائر قد تكون موجودة ولكن ليس لديها إرادة خاصة بها إنها مجرد مناطق نقل بسيطة لإرادة واحدة تبدأ من مركز الدولة وتنتقل إلى أبعد أجزاء التراب الوطني.

⁴⁹ARDANT (Ph.);p184.

اللامركزية الادارية والدولة البسيطة:

في حالات أخرى يمكن أن تشارك الدولة في إدارة الشؤون العامة أشخاص آخرين من خلال إنشاء جماعات محلية تتمتع بالشخصية القانونية التي تُعهد بإدارة الشؤون المحلية أو الخاصة إلى الأشخاص العموميين تحتفظ الدولة بالشؤون الوطنية لنفسها هذه العملية تتوافق مع اللامركزية.

اللامركزية هي عملية عكسية وهي تتمثل في نقل إدارة الشؤون المحلية إلى الجماعات المستقلة والمنتخبة، وفي نظام اللامركزية، لم تعد الدولة هي الشخص العام الوحيد. على العكس من ذلك، فهي تتعايش مع الأشخاص العامين الآخرين التابعين للدولة.

تقوم اللامركزية على أساس تقاسم السلطات بين الدولة التي تتولى الشؤون الوطنية والجماعات اللامركزية التي يُعهد إليها بإدارة الشؤون المحلية البحتة⁵⁰.

وتقوم اللامركزية على ثلاثة شروط :

- وجود مصالح محلية
- الشخصية القانونية،
- التمتع بالسلطات الحقيقية.

المطلب الثاني: الدولة المركبة

يمكن تفكيك الهيكل المادي للدولة يمكن تقسيم الدولة إلى عدة كيانات تتجسد في صورة دول مجردة من بعض سماتها وبينها روابط موحدة.

⁵⁰ Ibid.

تاريخياً تم الانتقال من الأشكال الأولية إلى الأشكال الحديثة للدول المركبة.

الفرع الأول: الأشكال الأولية للدول المركبة

ترتبط الأشكال الأولية للدول بظاهرة الأسرة الحاكمة لدرجة أنها لا تقدم سوى الاهتمام التاريخي اليوم الاتحادات الشخصية تشكل الاتحادات الحقيقية للدول والأشكال الأولية الرئيسية للدول المركبة.

أولاً : الاتحادات الشخصية

تجد الاتحادات الشخصية أساس ميلها إلى الملكيات القديمة. غالباً ما كانت نتيجة لانتقال السلطة الملكية التي يمكن أن يكون لها عرشان يحتلها نفس الملك. وهكذا يمكن أن يكون لملكيتين أو أكثر نفس السيادة الذي كان في كل منها جزءاً من السيادة.

يمكن أن ينتج الاتحاد أيضاً عن النقل الإرادي أو غير الإرادي للسيادة بعد معاهدة دولية.

يجمع الاتحاد الشخصي في شخص من نفس الرئيس دولتين أو أكثر تحتفظ قانوناً بكامل صلاحياتها الحكومية.

الاتحاد موجود في شخص رئيس الدولة الذي له عدة أدوار والذي لا يتدخل أبداً كرئيس للاتحاد ولكن أحياناً كرئيس لدولة وأحياناً كرئيس لدولة أخرى، فقط القواعد الدستورية المتعلقة بنقل السلطة تعد مشتركة بين الدول والوحدة توقف بشكل طبيعي عندما اختلفت هذه القواعد.

ومن أمثلة الاتحاد الشخصي اتحاد بولونيا وليتوانيا الذي قام في عام 1885، والاتحاد الذي قام بين إنجلترا وهانوفر سنة 1714، واتحاد البيرو وكولومبيا وفنزويلا سنة 1813⁵¹.

ثانيا :الاتحادات الحقيقية

على عكس الاتحاد الشخصي الذي يتجسد في شخص رئيس الدولة، فإن الاتحاد الحقيقي هو أن الدول الشريكة فيما يتعلق بهدفها أو نشاطها المشترك.

إنه ارادي أكثر منه عرضي وهو أكثر تكاملاً لأنه يوحد كيانين أو أكثر من كيانات الدولة في شخص رئيس الدولة نفسه الذي يمتلك السيادة والسلطة.

الاتحاد الحقيقي يتعلق بملكية السلطة ،ولكن أيضاً جزئياً يتعلق بممارسة السلطة يستطيع ويؤدي إلى وحدة رئيس الدولة والأجهزة أو الخدمات الإدارية المشتركة.

الاتحاد الحقيقي دبلوماسي بشكل عام، كما يمكن تحقيقه في مجال الدفاع الوطني والمالي فقط حيث تبقى الحكومة متميزة في فروعها الأخرى وخاصة فيما يتعلق بالتشريعات، وتحفظ كل دولة بسيادتها الداخلية.

ومن أمثلة هذا الاتحاد اتحاد السويد والنرويج بموجب معاهدة 1815، الى غاية 1905، اتحاد النمسا والمجر 1867 وانتهى سنة 1918.

ثالثا :الأشكال الحديثة للدول المركبة

يمكن أن تتخذ الدولة المركبة اليوم شكلين مختلفين : الكونفدرالية والفدرالية.

⁵¹ VEDEL, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, Paris, Sirey, 1949, nlle éd., Dalloz, 2002,p148.

الاتحاد الكونفدرالي أوالتعاهدي :

يوجد في تاريخ الدول العديد من الاتحادات الكونفدرالية ،فالاتحاد ليس دولة ولا حتى اتحاد دول حقيقي.

إنه اتحاد للدول بالمعنى المقصود في القانون الدولي توافق فيه الدول الأعضاء على مواءمة سياساتها من خلال التعاون في عدد من المجالات مع الاحتفاظ في المقام الأول بسيادتها.

في الواقع الاتحاد ليس دولة يمكننا التحدث عن كونفدرالية دول ،ولكن ليس عن دولة كونفدرالية لأن هذه المنظمة لا تميل إلى إنشاء إرادة دولة أعلى ولا شخصية دولية ،ولكن فقط وسيلة لممارسة مشتركة للإرادة الخاصة لكل دولة من الدول الكونفدرالية.

يكن القانون التأسيسي للاتحاد في معاهدة أو ميثاق دولي في حين أن الدولة (الموحدة أو الفيدرالية) يتم تأسيسها بموجب الدستور في الكونفدرالية يتم احترام أفراد الدولة بشكل كامل⁵².

لا يمكن فرض أي شيء على دولة ضد إرادتها، علاوة على ذلك فإن الدولة الكونفدرالية لها نظرياً الحرية في الانسحاب من الاتحاد وهذا لا يتصور مع الدويلات الفيدرالية.

الاتحاد ليس تحالفا بسيطا قد يكون له هيئة تنفيذية، أو تشريعية تجتمع بشكل دوري للتعامل مع الشؤون المشتركة المنصوص عليها في الميثاق.

⁵² Ibid,p150.

الهيئات المذكورة أعلاه ليست هيئات تتمتع بإرادتها الخاصة، ولكنها تظهر كنوع من المؤتمر الوطني حيث يتم اتخاذ القرارات بالإجماع، مما يمنح حق النقض للدول الأعضاء.

والقرارات المعتمدة لا تنطبق على الفور في النظام القانوني للدول الأعضاء يجب أن تكون موضع تغطية من خلال التصديق أو الاستفتاء، ويبدو الاتحاد كشكل من أشكال التنظيم الانتقالي إنه غير مستقر نسبياً بمعنى أنه يتطور نحو الاتحاد المركزي أو التفكك.

ومن أمثلة هذا الاتحاد جامعة الدول العربية التي أنشأت منذ عام 1945، والاتحاد الذي قام بين الولايات الأمريكية في إطار الاتحاد الكونفدرالي عام 1781 إلى غاية 1787 بعد التحول إلى اتحاد فدرالي⁵³.

الاتحاد الفدرالي أوالمركزي

الفيدرالية هي فكرة من أصل ليبرالي في البداية كان هناك قبل كل شيء اهتمام باحترام جميع الوحدات التي تشكلت في القاعدة داخل المجتمع المدني يتعلق الأمر باحترام هويات كل منهما.

عكس الكونفدرالية ،تشكل الدولة الفدرالية صيغة متكاملة للغاية للفيدرالية .إنه الشكل الأكثر تفصيلاً ،أودقة للدولة المركبة.

من الواضح أن الدولة تكون فيدرالية عندما تُمنح الوحدات الإقليمية التي تتكون منها في المسائل الدستورية والتشريعية والقضائية مع مثل هذا الاستقلال الذي لا تتمتع به حيث في المجال الدولي.

⁵³ HAURIU (Maurice),p155.

بالتالي فإن الدولة الفدرالية هي دولة مكونة من عدة دويلات أخرى تتشارك معها السلطات التي تمارسها الدولة الموحدة في أماكن أخرى .

مثل الولايات المتحدة الأمريكية. روسيا، الهند، كندا النمسا، البرازيل، الأرجنتين، ألمانيا.

وهكذا يمكن تشكيل الدولة الفدرالية، إما من خلال عملية التجميع (الولايات المتحدة الأمريكية - سويسرا) ويتم ذلك عادة من خلال إنشاء اتحاد كونفدرالي يؤدي إلى الاتحاد؛ إما عن طريق التفكك اتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفياتية السابق قبل ثورة 1917، بلجيكا.

مهما كانت العملية المتبعة يتم إنشاء الدولة الفدرالية بموجب عمل قانوني داخلي وهو الدستور الذي لا يمكن تعديله إلا بموافقة غالبية الدويلات الفيدرالية على الأقل أعضاء الاتحاد الفيدرالي⁵⁴.

تنظيم الدولة الفيدرالية:

تقوم الفيدرالية على ثلاثة مبادئ تسمى أيضاً "قوانين" الاتحاد هذه المبادئ ثلاثة: مبدأ التراكب، مبدأ الاستقلالية ومبدأ المشاركة.

أ- مبدأ التراكب:

الدولة الفدرالية هي نتيجة تنظيم من الدول المستقلة التي قررت التخلي عن سيادتها الدولية لصالح كيان سياسي جديد يتم فرض هذا الكيان السياسي الجديد الذي هو دولة كبرى على الدول الفيدرالية.

⁵⁴ Ibid.

مما سبق النتيجة هي تراكب المؤسسات، وهكذا في نفس النظام القانوني نشهد تعدد الأنظمة القانونية انظام قانوني رئيسي ،نظام الدولة الفيدرالية الذي تخضع لها الأنظمة القانونية الثانوية تلك الخاصة بالولايات الفدرالية.

إضافة إلى ذلك من الناحية العضوية يتم التمييز بين البرلمان الاتحادي والبرلمان في كل ولاية اتحادية ثم السلطة التنفيذية الفيدرالية للولايات الفيدرالية وأخيراً (محكمة اتحادية عليا للسلطة القضائية لكل ولاية من الولايات الاتحادية.

من خلال مبدأ التراكب تظهر ثلاث نتائج قانونية:

في المقام الأول على الرغم من تعدد الدول هناك وحدة الحدود حدود الدولة الفدرالية تشمل جميع أراضي الولايات الفيدرالية.

ثانياً على الرغم من تراكب الأجهزة فإن الدولة الفدرالية فقط هي التي توجد من وجهة نظر القانون الدولي، وبالتالي فإن الدول الفدرالية لا تشكل أشخاصاً اعتباريين بموجب القانون الدولي⁵⁵.

ثالثاً هناك بالتأكيد تراكب بين جنسيات كل دولة ولكن لا توجد جنسية مزدوجة فيما يتعلق بالقانون الدولي الخاص وهذا يعني أن هناك جنسية واحدة، وهي جنسية الدولة الفدرالية التي لها الغلبة على جنسية كل دولة فدرالية.

على الرغم من أن الدولة الفيدرالية تهيمن على التنظيم القانوني والسياسي للوحدات الفيدرالية إلا أنها لا تستوعبها ومن هنا جاء مبدأ الاستقلال.

⁵⁵ AVRIL (P.) et GICQUEL (J.); Lexique de droit constitutionnel, Paris, PUF, 7è.éd., 1998,p333.

ب- مبدأ الاستقلال:

يضمن مبدأ الاستقلال التنظيم الحر للولايات الفدرالية. بمعنى آخر ، يعني هذا "القانون" أن كل دولة عضو في الاتحاد لها نظامها القانوني الخاص ، وينتج عنه توزيع الصلاحيات بين الهيئة الفيدرالية المركزية والهيئات المحلية (الولايات الفيدرالية). حسب المجال هناك عدة تقنيات ممكنة:

أولاً : يحدد الدستور الفيدرالي الصلاحيات لصالح الاتحاد الفيدرالي ثم تعود جميع الصلاحيات الأخرى إلى الجماعات الأعضاء.

ثانياً : يحدد الدستور الاتحادي صلاحيات الحكومة المركزية واختصاصات الولايات على سبيل الحصر.

ثالثاً : تحدد صلاحيات الولايات على سبيل الحصر وتترك صلاحيات الحكومة الفيدرالية دون تحديد.

وهذا التوزيع للسلطات يضمنه الدستور الاتحادي والمحكمة الدستورية (التي تقرر) تنازع الاختصاص.

ج - مبدأ المشاركة

هذا المبدأ يجعل من الممكن إشراك الولايات الفدرالية في القرار الفيدرالي، من الواضح أن مبدأ المشاركة يعني ضمناً تمثيل الكيانات الفدرالية في صنع القرار الفدرالي. هذا "القانون" ، وفقاً للفقهاء كاري دي مالبرج هو المعيار المميز للدولة الفدرالية.

بذلك تشارك الوحدات الاتحادية في السلطة التشريعية الاتحادية. هذا هو ما يفسر أو يبرر نظام الغرفتين أو الطابع المكون من مجلسين للبرلمان الفيدرالي.

ينقسم البرلمان الفدرالي إلى مجلسين: الغرفة الأولى تمثل الشعب والثانية تمثل الدول الأعضاء على قدم المساواة⁵⁶.

ومع ذلك، فإن وجود مجلس دول هو فقط ضمانة كافية إذا كانت هذه الغرفة تتمتع بسلطات حقيقية.

السؤال الذي يطرح هو ما إذا كان يجب أن يكون لمجلس الدول نفس الصلاحيات التي يتمتع بها مجلس الشعب؟.

الحل التقليدي هو تكريس مبدأ المساواة بين الغرفتين، أي إعطاء مجلس الدول سلطات مساوية لتلك التي يمتلكها مجلس الشعب (مثال: سويسرا).

في الولايات المتحدة مجلس الولايات يتمتع مجلس الشيوخ بصلاحيات أعلى من سلطات مجلس النواب، ولا سيما من خلال الصلاحيات المهمة وغيرا لمشاركة، التي يتمتع بها في مسائل التصديق على المعاهدات والتعيين في الوظائف العليا.

⁵⁶ HAURIU (Maurice),p155.

الفصل الثالث: مفهوم الدستور وأنواعه

الدستور كلمة فارسية الأصل لها معنيان: فهي تعني أولاً الأساس أو الأصل ، وتعني ثانياً الاذن أو الترخيص ،وعندما أخذت اللغة العربية لفظ الدستور عن اللغة الفارسية استخدمته في المعنيين المشار إليهما ،ففي لغتنا الدارجة يستخدم لفظ الدستور للحصول على اذن بالمرور،أو دخول مجلس خاص ،أما في اللغة القانونية فان كلمة دستور تعني القانون الأساسي⁵⁷.

أما اصطلاحاً يقصد بكلمة دستور التأسيس أو البناء أو النظام، وعليه يمكن تعريف الدستور بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم أساس الدولة وتحدد تكوينها.

والدستور بالمعنى العضوي في الواقع يمكننا أن نتحدث في اللغة اليومية عن الدستور،ويمكن نقل المصطلح في مجال العلاقات الاجتماعية بمعنى أن لكل مجموعة اجتماعية دستوراً معيناً منذ لحظة وجودها يميزها عن الآخرين.

ويحتل الدستور مكانة سلطة الدولة في المجتمع لأنه "تصرف رسمي يُخضع سلطة الدولة لقواعد تحد من حريتها في اختيار الحكام، وتنظيم وعمل المؤسسات، وكذلك في العلاقات مع المواطنين "

الدستور هو قانون سلطة الدولة وفي الدولة يحدد قواعد اللعبة السياسية من خلال تنظيم أشكال نقل السلطات وممارسة السلطة السياسية في الدولة و يحد من سلطة الحكام.

⁵⁷ سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص21.

من الممكن تعريف الدستور من خلال إرفاق عدد معين من معايير التعريف والبدء في تصنيف الدساتير .

المبحث الأول : معايير تعريف الدستور

يمكن تعريف الدستور فيما يتعلق بموضوعه أو بنظامه القانوني، النهج الأول يتوافق مع المعيار المادي ،والثاني مع المعيار الشكلي .

المطلب الأول: المدلول المادي أو الموضوعي

يعرف الدستور وفق المفهوم المادي على أنه مجموعة القواعد القانونية المتعلقة بوضع السلطة في الدولة، مهما كانت طبيعتها أو شكلها الملموس أو الخاص. يمكن أن تكون هذه القواعد مكتوبة،أو غير مكتوبة.

الفرع الأول: القواعد المكتوبة

تعتبر القواعد المكتوبة المتعلقة بنقل السلطة وممارستها هي الأكثر أهمية من حيث الكمية والنوعية. يمكن العثور عليها في نصوص الدستور، والقوانين الدستورية، والقوانين الأساسية، والقوانين العادية واللوائح الداخلية للبرلمانات.

أ) الدستور:

من الناحية الرسمية يعد الدستور وثيقة مكتوبة تحتوي على القواعد الأساسية المتعلقة بنقل السلطة السياسية للدولة وممارستها.

يتألف الدستور المعتمد بموجب إجراء رسمي ، من ديباجة ومجموعة نصوص دستورية.

ب) القوانين الدستورية: هدف القوانين الدستورية التي تم اعتمادها وفقاً للقواعد الإجرائية لمراجعة الدستور إلى استكمال أو تعديل الأحكام الدستورية القائمة، أو إضافة أحكام جديدة و تصبح جزءاً من الدستور بمجرد التصديق عليها بانتظام. فهي ليست موضع رقابة المطابقة مع الدستور لأنها تعبر عن إرادة السلطة التأسيسية المشتقة.

ج) القوانين العضوية:

يتم وضعهم في التسلسل الهرمي للأعمال القانونية بين القوانين الدستورية والقوانين العادية.، تهدف القوانين الأساسية التي تم تبنيها بموجب شروط محددة للأغلبية، وتخضع لمراقبة دستورية إلزامية ومسبقّة وتهدف إلى توضيح أو استكمال بعض أحكام الدستور.

د) القوانين العادية

القوانين العادية هي تلك التي تتم صياغتها واعتمادها من خلال إجراءات برلمانية تقليدية، أو عن طريق الاستفتاء.

هـ) الانظمة الداخلية المجالس النيابية

تتمتع المجالس البرلمانية بسلطة التنظيم الذاتي التي تمكنها من تحديد الظروف التي تعمل في ظلها. تحتوي هذه اللوائح الداخلية على أحكام تتعلق بالهيكلية الداخلية للسلطة التشريعية، وإدارة المرافق الإدارية أو النظام الداخلي للمجموعة.

الفرع الثاني: القواعد غير المكتوبة

إلى جانب القواعد المكتوبة من المهم الاحتفاظ بجزء من القواعد غير المكتوبة والتي تشمل مايلي :

أ) الاجتهاد الدستوري

يقصد بالاجتهاد الدستوري مجموعة القرارات الصادرة عن المحاكم والهيئات القضائية في المسائل الدستورية، والاجتهاد الدستوري ليس مصدرا رسميا للقانون فقط من خلال توضيح معنى بعض الأحكام أو من خلال تعويض بعض الثغرات أو سكوت في الدستور يصبح مصدراً مادياً حقيقياً.

ب) العرف

يمكن تعريف العرف على أنه القواعد القانونية الناشئة عن اضطراد سلوك الافراد أو السلطات العامة على نحو معين لمدة زمنية معينة حتى يستقر في وجدان الجماعة ويرسخ الإعتقاد بأنه ملزم⁵⁸.

وعليه فانه يتعين أن يتوفر في العرف ركنان: الأول الركن المادي والثاني الركن المعنوي أو الإلزامي.

-**العنصر المادي:** ممارسة متكررة أو السلوك المتكرر والمتواتر بين الأفراد، وعليه يشترط أن يكون السلوك متكررا ومتواترا، ذلك أن السلوك العارض ليس من شأنه أن يتمخض عنه عرف ملزم.

- **العنصر المعنوي :** الاعتقاد بالإلزام أو اقتناع الأفراد باحترام التزام قانوني باتباع الممارسة ويتوفر هذا العنصر برسوخ الاعتقاد في ضمير الجماعة بأن السلوك الذي تواتر العمل به واجب الاتباع باعتباره قاعدة قانونية لا يجوز الخروج عنها.

⁵⁸ محمد فؤاد النادي، محمد عبد الغفار البسيوني، مبادئ القانون، أكاديمية الدراسات المتخصصة، الجامعة العمالية، 2008، ص103.

ولقد عرف في القانون الدستوري بأنه واقع قانوني يحسب له حساب. يمكنه
تكييف القانون مع متطلبات اللحظة وملء الفراغ الدستوري، أو التأثير بشكل كبير
على عمل النظام السياسي.

وهو أيضا عبارة عن عادة مارستها هيئة دستورية بخصوص مواضيع دستورية معينة
وتكررت هذه العادة الى أن نشأ لدى هذه الهيئة شعورا بالزامية هذه القاعدة العرفية.

الفرع الثالث : حدود المفهوم المادي

يأخذ المدلول المادي في الاعتبار تنوع القواعد التي تحكم تطور السلطة السياسية.
لا يمكن أن يقتصر الدستور على بيان الأحكام الواردة في مجم. ويأخذ في الاعتبار
القواعد أو المؤسسات الأخرى التي لم ينص عليها الدستور صراحة بالمعنى الدقيق
لللمة.

هذا المفهوم له عيب رئيسي يتمثل في كونه واسع النطاق للغاية. من خلال اختزال
الدستور في المادة الدستورية، لا يمكن أن يعطيه تعريفا صارما تماما.

من هذا المنظور يدمج الدستور كل ما يتعلق بشكل رئيسي أو عرضي، بشكل
مباشر أو غير مباشر بالتنظيم والوظيفة السياسية.

ان حدود المفهوم المادي يأتي من تعددية وغموض القواعد الدستورية التي لا
تتساوى في الأهمية و من الصعب ضمن هذه الكتلة التمييز بين القواعد الأساسية
والقواعد الثانوية.

بالإضافة إلى ذلك من الناحية المادية فإن الحدود بين الدستور والقانون واللوائح
غير واضحة في بعض الحالات في الواقع تحتوي كل هذه النصوص على أحكام
عامة.

المطلب الثاني: المعيار الشكلي

يعتبر الدستور وفق هذا المعيار وثيقة قانونية تحمل هذا الاسم، وبالتالي يسهل التعرف عليها، ولها قيمة عليا في دولة معينة.

يستلزم المعيار الشكلي الاختصاص والإجراء القانوني لوضع الدستور وكذلك طريقة التعبير عن الدستور. الدستور هو وثيقة تم إعدادها ومراجعتها وفقاً لقواعد الإجراءات الرسمية ووفقاً لقواعد اختصاص متميزة.

يتم تعريف الدستور في نهاية المطاف من حاويه وليس من محتواه أي من خلال الوثيقة.

يصبح الدستور إذن "القانون الأساسي" للدولة وبوضعه في قمة التسلسل الهرمي للمعايير القانونية، فإنه يتمتع بسلطة قانونية أعلى من تلك الخاصة بقواعد القانون الأخرى وبشكل أكثر تحديداً على القوانين العادية.

في الواقع لا تختلف المعايير الدستورية والتشريعية فحسب، بل هي أيضاً تدرجية. منشأ القاعدة الدستورية هو السلطة التأسيسية التي تهيمن على السلطة التشريعية وتتفوق عليها.

حدود المعيار الشكلي

يرتبط المفهوم الشكلي بالجانب العام للشكل وكل ما يتخذه، أي مظهره، ثم يظهر هذا المفهوم الشكلي عيباً في نفس الوقت لأنه شديد التقيد وواسع جداً فيما يتعلق بجوهر الدستور.

هذا المفهوم محدود النطاق لا يأخذ بعين الاعتبار كل القواعد التي تحكم اللعبة السياسية. والدستور ضمن هذا الإطار مقيد بالقواعد المدرجة رسمياً في متن الدستور.

الحقيقة أنه في الممارسة العملية هناك قواعد أو مؤسسات وكذلك أسس للعبة السياسية لا يحكمها الدستور والتي يمكن أن تحجب اللعبة السياسية الحقيقية ، ومع ذلك يعتمد فهم النظام على معرفة القواعد أو الممارسات أو المؤسسات التي لا ينص عليها دائماً النص الدستوري.

لا يحتوي الدستور حسب المعيار الشكلي دائماً على قواعد تتعلق مادياً بالسلطة السياسية.

في الواقع يمكن ادراج بعض النصوص شكلياً في الدستور بعيدة كل البعد عن موضوعات القانون الدستوري .

هذه القواعد ليست "دستورية" بالمعنى المادي للمصطلح بقدر ما لا تتعلق بشروط التطور وممارسة السلطة السياسية.

إن وجود مثل هذه الأحكام "المتطفلة" كما يسميها البعض في النص الدستوري غالباً ما يستجيب للرغبة في منحها قدرًا أكبر من الثبات والرسمية أكثر مما لو تم تضمينها في قانون عادي بسيط.

المبحث الثاني: أنواع الدساتير

الدساتير متباينة نسبياً يمكن تصنيف الدساتير على أساس شكلها أو درجة جمودها.

المطلب الأول: التصنيف على أساس شكل دستور

هذا التصنيف هو الأكثر إثارة للاهتمام الذي يجب تذكره من وجهة نظر النظرية القانونية.

حيث يمكن للمرء أن يميز الدستور المكتوب عن الدستور العرفي.

الفرع الأول: الدستور المكتوب

الدستور المكتوب أو المسطور هو الذي دونت نصوصه وقواعده وأخذت شكلا كتابيا في مجموعة واحدة أو عدة مجموعات.

ولا يقصد بالكتابة الكتابة العادية وإنما المقصود الكتابة الصادرة من السلطة التأسيسية **المشرع الدستوري**، ومن ثم فإن الدساتير المكتوبة تتمثل في مجموعة النصوص الدستورية الصادرة عن المشرع الدستوري، سواء وردت في وثيقة واحدة كما هو الوضع في معظم الدساتير، أو في مجموعة وثائق دستورية، كما هو الحال مع الدستور الفرنسي لعام 1875⁵⁹.

وحتى نهاية القرن الثامن عشر كانت الدساتير العرفية هي القاعدة المتبعة في معظم دول العالم، ولم تنتشر الدساتير المكتوبة إلا في أواخر هذا القرن حيث بدأت في الظهور والانتشار، وكان أول هذه الدساتير دستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادر سنة 1787 ثم انتقلت فكرة الدساتير المكتوبة الى فرنسا ومختلف بلدان العالم، ثم صارت الدساتير المكتوبة القاعدة المتبعة في معظم بلدان العالم، كما صارت الدساتير المكتوبة جزءا لا يتجزأ من النظام القانوني في مختلف دول العالم.

⁵⁹ محمد فؤاد النادي، محمد عبد الغفار البيسوني، مبادئ القانون، أكاديمية الدراسات المتخصصة، الجامعة العمالية، 2008، ص 65

الدستور المكتوب هو أحدث أشكال الدستور حيث يوظف مفهوم "بناء" للقانون، أي من رؤية أكثر عقلانية تسعى إلى بناء القانون وفقاً لمثل أعلى.

يمكن تعريف الدستور المكتوب على أنه وثيقة تحدد وضع السلطة السياسية للدولة ، يتم وضعها بموجب إجراءات قانونية خاصة ويتم قرارها أو تعديلها وفق أشكال رسمية.

الكتابة لها مزايا لا يمكن إنكارها توفر الضمانات عند الشك والحماية من التعسف، تاريخياً كان تثبيت المؤسسات السياسية في نص مكتوب ورسمي قبل كل شيء وسيلة للحد من امتيازات السلطة القائمة.

القاعدة المكتوبة أوضح. وهي بشكل عام خالية من الشك أو الغموض ويسهل إثباتها وتتميز بأنها دائمة ومصونة حتى يتم إلغاؤها أو تعديلها رسمياً.

أخيراً يتجاوز الدستور المكتوب إرادة الحكام الذين يخضعون لمعايير مجردة لا رقابة لهم عليها. إن الكلمة المكتوبة "توقف" تصرفات الحكام في إطار صارم يحد من امتيازاتهم.

الفرع الثاني: الدستور العرفي:

الدستور العرفي يتمثل في مجموعة من الأعراف والممارسات والسوابق الدستورية التي تحكم النظام السياسي في دولة ما، ومن أبرز الدساتير العرفية الدستور الانجليزي.

ويختلف الدستور العرفي عن العرف الدستوري، فالأول يحدد مختلف القواعد الدستورية في الدولة أو معظمها، فالدستور العرفي ترتيباً على ذلك يتحقق إذا كانت

معظم أحكامه تستند الى العرف، في حين أن الثاني يوجد الى جانب الوثيقة الدستورية⁶⁰.

الدستور العرفي ليس من عمل هيئة خاصة يخضع لإجراء معين، ولكن العرف الذي يعتبر مجموعة من الممارسات التي لها قيمة الالتزام القانوني، والعرف يخضع لقاعدة الاستمرارية والثبات والإجماع.

أ الاستمرارية:

الواقعة المعزولة لا تكفي لإنشاء العرف يمكن أن تشكل "سابقة" يجب أن تكون موضوع تكرار مستمر حتى تأخذ وضع العرف، يمكن أن تكون المدة أقصر أو أطول و في القانون الدستوري لا يمكن تحديد المدة الزمنية اللازمة بالضبط.

ب الاضطراد:

يستلزم العرف وجود وقائع واضحة غير عرضة للتفسيرات المتباينة، أو الغموض المحتمل، و يجب أن تكون الممارسة ثابتة.

ج الاجماع:

لا يمكن للعرف كمصدر للقانون أن يتطور ويزدهر إلا إذا كان لدى المجتمع "إجماع" واسع بما فيه الكفاية حول القيم الأساسية للقاعدة العرفية ورأي عام متجانس بدرجة كافية لقبول صياغة قاعدة بدون إجراء رسمي خاص.

⁶⁰ محمد فؤاد النادي، محمد عبد الغفار البسيوني، المرجع السابق، ص 86.

الفرع الثالث: نطاق التميز

الكتابة لا تستبعد بالضرورة العرف الذي يمكن بدوره تدوينه.

أ) العرف في الدستور المكتوب:

يتعارض التقليد القانوني الفرنسي مع فكرة أن العرف يمكنه تعديل الدستور المكتوب. ومثل هذا الموقف يقوم على أساس فكرة سمو الدستور.

ومع ذلك من منظور اجتماعي لا يوجد سبب للخلاف في أن العرف يمكنه في الواقع تعديل الدستور المكتوب.

بشكل عام غالبًا ما تكون هناك اختلاف بين القواعد المكتوبة التي يرغب فيها المؤسس الدستوري توضيحها والممارسة التي يمكن أن تؤدي إلى اختلافات في القاعدة القانونية أو إلى نموذج تنظيمي غير ذلك الذي تم وضعه في البداية بواسطة النص المكتوب.

ب) الكتابة في الدستور العرفي

إن الإجراءات والشكلية التي تحيط بصياغة الوثيقة الدستورية هي أكثر تحديدًا من تلك المكتوبة في تكليف الدستور المكتوب أو العرفي.

في القانون يمكن كتابة العرف دون أن يصبح عرفًا وبالمثل، قد يتضمن الدستور العرفي أحكامًا مكتوبة تم اعتمادها في شكل قوانين عادية.

في بريطانيا على سبيل المثال يتضمن الدستور الموضوعي كلاً من القواعد السياسية ذات الطبيعة العرفية والقواعد الواردة في النصوص المكتوبة.

الفرع الرابع: التكامل بين العرف والكتابة

ظهر التساؤل القانوني حول ما إذا كان العرف كمصدر مادي للقانون يمكن أن يكمل أو يعدل الدستور المكتوب.

أ العرف المكمل:

هو الذي يمكنه ضمن حدود معينة إكمال أو ملء الثغرات أو تطوير منطق النص. يمكن أن يضيف قواعد مفيدة أو منطقية ويجعلها تتطور أو حتى تتعارض مع الدستور المكتوب ولكن ليس بالضرورة مع روحه.

على سبيل المثال ،لم ينظم الدستور الأمريكي لعام 1787 تحديد الفترة الرئاسية ، وقد نتج حكم ولايتين متتاليتين عن سابقة للرئيس الأول ، جورج واشنطن ، الذي لم يرغب في الترشح لولاية ثالثة.

وكان هذا العرف في البداية قد انتهكه روزفلت في عام 1940 قبل تكريسه من قبل التعديل الثاني والعشرون المعتمد في عام 1947.

وبالمثل ، لم ينص دستور عام 1787 على الرقابة على الدستورية ، ولكن تم ممارستها منذ عام 1803 من قبل المحكمة العليا باعتبارها النتيجة المنطقية لسمو الدستور.

ب العرف المعدل:

تظهر مشكلة العرف، والذي يمكنه أن يعدل حكمًا مكتوبًا بينما يعترف بعض المؤلفين بصحتها فإن الغالبية العظمى من الفقه ترفضها تمامًا مستندة إلى مبدأ التسلسل الهرمي للقواعد القانونية.

يمكن اعتبار العرف المعدل قاعدة حقيقية ذات قيمة دستورية. والاعتراف بذلك سيؤدي إلى الاعتراف بقاعدة ذات قيمة أدنى بكثير وهي سلطة التعديل والمراجعة والحرص على إلغاء معيار أعلى من الناحية القانونية وبالتالي إنكار القيمة العليا للدستور وكذلك سموه على قواعد القانون الأخرى.

يمكننا الاستشهاد من بين أمثلة أخرى للممارسات العرفية المخالفة حقاً لمراسيم القوانين الدستورية للجمهوريتين الثالثة والرابعة. انتهكت هذه الإجراءات التي اتخذتها السلطة التنفيذية علناً الدساتير قبل أن تحصل في عام 1958 على تكريس دستوري في شكل أوامر.

لا يمكن للعرف أبداً تعديل أو إلغاء نص دستوري مكتوب ومحدد. غالباً ما تكون أوجه القصور في آليات حماية الدستور في أصل هذا الوضع الذي لا يعكس بأي حال أي إلغاء للقواعد المنتهكة.

تم الطعن في استخدام المادة 11 لمراجعة دستور 1958 في عامي 1962 و 1969 من قبل الطبقة السياسية، وكثير من الفقه وكذلك المجلس الدستوري ومجلس الدولة ولكن تمت الموافقة عليه من قبل الأشخاص الذين تبنا هذه المراجعة.

المطلب الثاني: التصنيف على أساس درجة جمود الدستور

لفهم جوهر هذا التمييز من الضروري أن يضع المرء نفسه ليس عند نشأة الدستور، ولكن عند تطوره عندما يتعلق الأمر بإجراء تعديلات لتكييفه مع الظروف المتغيرة. من هذه الزاوية تقليدياً يتم التمييز بين الدستور المرن والدستور الجامد.

الفرع الأول: الدستور المرن

في تاريخ الدستورية ،اختار عدد قليل من الدول دستوراً مرناً ،يُظهر تاريخ الدول بعض الحالات القديمة للدساتير المرنة:بريطانيا التي لديها دستور عرفي ومرن ،نيوزيلندا التي قررت في عام 1947 تخفيض دستورها إلى مرتبة القانون العادي ، جمهورية الصين الشعبية حيث لم يحدد دستور 5 مارس 1978 شروطاً خاصة لممارسة المؤتمر الشعبي الوطني لسلطته لتعديل الدستور .

والدساتير المرنة هي تلك التي توضع أو تعدل أو تلغى بنفس الطرق التي توضع أو تعدل بها القوانين العادية،وعلى ذلك فإن نفس الاجراءات التي تعدل بها القوانين العادية يكمن بواسطتها تعديل النصوص الدستورية،ومعظم الدساتير المرنة هي دساتير عرفية

ويتم تقييم المرونة فيما يتعلق بسهولة الشروط التي يمكن بموجبها إجراء تغييرات على الدستور . نقول عن الدستور هذا هو مرن عندما يكون إجراء المراجعة سهل التنفيذ عندما يمكن مراجعته بسهولة وفقاً لإجراء لا يختلف عن الإجراء التشريعي العادي.

لا يحتل الدستور المرن مكانة أعلى هرمياً من القانون العادي في كتلة الشرعية. ويقع في نفس المستوى في التسلسل الهرمي للقواعد مثل القانون العادي.

ويسمح الدستور المرن بإعادة تعديل النظام الدستوري دون تفكك للثقافة السياسية المتطورة، ومع ذلك فإن من مساوئه ترك مصير الدولة في أيدي أغلبية برلمانية يمكنها تغيير قواعد اللعبة السياسية بالشكل الذي تراه مناسباً.

الفرع الثاني: الدستور الجامد

وتتمثل في الدساتير التي تشترط إجراءات وأوضاعاً أكثر تعقيداً وتشديداً لتعديل أحكامها من تلك الإجراءات والأوضاع التي تتبع في تعديل القوانين العادية.

لقد ظهرت تقنية الدساتير الجامدة في نهاية القرن الثامن عشر في الولايات المتحدة مع دساتير الولايات الفيدرالية التي سبقت الدستور الفيدرالي لعام 1787. وهي مستوحاة من اهتمامات حماية الديمقراطية والشرعية الدستورية.

الميثاق الأساسي للدولة، الدستور هو نص تمت صياغته بعناية وتحريه بعناية فائقة. إنه في أعلى التسلسل الهرمي للمعايير القانونية، ومن ثم فإن له الأسبقية على جميع الإجراءات القانونية الأخرى للهيئات المنشأة، سواء كانت تشريعية أو تنظيمية.

ويستجيب الجمود الدستوري لهذا الانشغال حيث يُخضع مراجعة الدستور لإجراء صعب بسبب قواعد الاختصاص والإجراءات.

تتم مراجعة الدستور وفق إجراء أعلى من الإجراء المتبع في القانون وينتج عن هذا تمايز عضوي وإجرائي مزدوج (الأغلبية المؤهلة أو الاستفتاء) بين السلطة التأسيسية والسلطة التشريعية.

وهو مستوحى من مخاوف الديمقراطية والشرعية ويهدف الجمود إلى وضع القواعد والمبادئ الأساسية للنظام السياسي بعيداً عن متناول المشرع، ويمنح أسبقية لا جدال فيها بالإضافة إلى تمثيل نموذجي ومعزز للمؤسس الذي وحده لديه القدرة على التأثير على المصير السياسي للمجتمع.

التمييز المرن والجامد له مصلحة نسبية فقط من وجهة نظر رسمية لأنه يخاطر بتكرار التمييز العرقي والمكتوب الدستور العرقي مرن والدستور المكتوب يتميز بجموده، ومع ذلك من وجهة نظر اجتماعية قد يكون التمييز مصطنعاً.

لا توجد علاقة مباشرة بين الطابع الجامد، أو المرن للدستور وما إذا كان مكتوباً، أم عرفياً لأن أحد الفروق يتعلق بالمراجعة والآخر يتعلق بصياغة الدستور.

قد يحدث أن يكون العرف جامداً، وأن جموده يتم التغلب عليه من خلال الممارسات التي تخفف من مضمونه.

المبحث الثالث: أساليب نشأة الدساتير

إن وضع القواعد الأساسية المتعلقة بتفويض السلطة وممارستها هو امتياز يعود إلى السلطة التأسيسية الأصلية حيث تمنح الأخيرة سلطة وضع الميثاق الأساسي للسلطة السياسية للدولة وفقاً لإجراءات تختلف وفقاً للمعتقدات السياسية السائدة في النظام السياسي.

إن المثل الأعلى الديمقراطي يجعل الشعب صاحب السلطة التأسيسية الأصلية ؛ فقط هناك حالات ينقص فيها الطابع الديمقراطي أو يكون ضعيفاً، وهكذا من طبيعة العلاقات بين الحكام والمحكومين تستتبط الإجراءات غير الديمقراطية والديمقراطية لتأسيس الدساتير.

المطلب الأول: الأساليب غير الديمقراطية

هذه الإجراءات توصف على هذا النحو لأنها تستثني الأفراد من عملية صياغة الدستور واعتماده أو تجعل مشاركتهم محض ،في الحالة الأولى لدينا أسلوب المنحة ،وفي الحالة الثانية لدينا أسلوب العقد.

الفرع الأول : أسلوب المنحة

ان الإجراءات الاستبدادية لتأسيس الدساتير بامتياز هي أسلوب المنحة لها مثل الدساتير المكتوبة ،طابع قانوني فوقي يمكن منحها أو التفاوض بشأنها.

ان الدستور الممنوح ليس تعبيراً عن الإرادة الوطنية ولكنه ينطلق من لفظة أحادية الجانب لأصحاب السلطة التأسيسية، وغالباً ما يعكس إرادة صاحب السيادة لمنح دستور لشعبه من أجل السماح لهم بالمشاركة في ممارسة السلطة.

غير أن الواقع بخلاف ذلك حيث تجبر الظروف أياً كانت على النحو السابق الحاكم الى انقاذ نفسه وإنقاذ كبريائه وهذا بعدما أجبرته تيارات التغيير على ذلك التنازل عن سلطانه أو جزء منهن وهو ما أقدم عليه لويس الثامن عشر في فرنسا من اصدار دستور 1814 في شكل منحة.

الفرع الثاني: أسلوب العقد:

يكون الدستور قد صدر في شكل عقد اذا تم وضعه بالاتفاق بين الحاكم من جانب والشعب من جانب آخر ،وعلى هذا النحو لا تتفرد ارادة الحاكم بوضع الدستور كما هو الحال في صدور الدستور في شكل منحة ، لا تتفرد الأمة وحدها بوضع الدستور ، وإنما يكون الدستور تبعاً لطريقة العقد جماع ارادتين ، ارادة الحاكم وإرادة الأمة فهو عمل مشترك بين الحاكم والأمة.

ومن الناحية العملية يقوم ممثلو الشعب الجمعية التأسيسية بوضع مشروع الدستور ثم يعرضونه على الحاكم الذي يوافق عليه ويوقعه وبهذا تلتقي الارادتان ويتم وضع الدستور، ومن الأمثلة عن هذا الأسلوب في نشأة الدساتير الدستور الفرنسي لعام 1830 الذي صدر في أعقاب ثورة يوليو 1830 ضد الملك شارل العاشر ، والدستور العراقي الصادر في 1925، والدستور الكويتي الصادر سنة 1962.

المطلب الثاني : الأساليب الديمقراطية

تجعل الديمقراطية الشعب مصدر كل سلطة سياسية، وبالتالي ، فإن السلطة التأسيسية ،أي المظهر الأساسي للسيادة هي ملك للشعب.

يمكن أن يُعهد بالإعداد الفني للوثيقة الدستورية إلى جمعية منتخبة خصيصًا، أو إلى حكومة، أو وفقًا لعملية مختلطة تستدعي مشاركة الشعب.

الفرع الأول : أسلوب الجمعية التأسيسية

يمكن أن تكون صياغة دستور جديد من عمل جمعية منشأة خصيصًا. يمكن أن يكون هذا التجميع محددًا أو عامًا.

ومؤدى هذه الطريقة أن يقوم الشعب بوضع الدستور بطريق غير مباشر، حيث يقوم الشعب باختيار نواب يقومون بهذه المهمة.

من خلال هذه العملية يتم دعوة أفراد لانتخاب ما يسمى الجمعية التأسيسية التي سوف يعهدون إليها بمهمة صياغة الدستور ،وهي جمعية مخصصة ،أي غير دائمة الوجود تنتهي بميلاد الدستور .

إذا كانت الجمعية التأسيسية سيدة فإنها تصوغ الدستور وتعتمده ؛ أما إذا كانت غير سيدة فهي تضع الدستور ويقره الشعب.

وهذه الطريقة أكثر ديمقراطية وتفضل الطريقتين السابقتين،وهي أكثر الطرق انتشارا،ذلك لأن الشعب هو الذي يهيمن على وضع الدستور ومن ثم تؤكد هذه الطريقة مبدأ السيادة الشعبية.

ويرجع منشأ هذه الطريقة الى الولايات المتحدة الأمريكية عندما اتفق المهاجرون الانجليز سنة 1630 على وضع نظم دستورية للمستعمرة التي كانوا ذاهبين إليها، وتبعهم في ذلك جماعات المهجرين حيث كانت دساتيرهم توضع عن طريق جمعية تأسيسية من بين المهاجرين يصدق عليها ملك إنجلترا.

والمثال على ذلك: الدستور الفرنسي للأعوام 1791 و 1848 و 1875 ؛ الدستور الأمريكي لعامي 1776 و 1787، دستور فيمر الألماني سنة 1919 والدستور النمساوي سنة 1920، والدستور الاسباني سنة 1930.

الفرع الثاني: الاستفتاء الشعبي

ومقتضى هذا الأسلوب هو أن يشترك الشعب في مباشرة السلطة التأسيسية، وذلك باعتباره صاحب المصلحة الأصلي في ذلك، وهذه الطريقة وإن كانت مسابقتها من الطرق الديمقراطية، إلا أنها أكثر ديمقراطية من سابقتها لأنها تتيح للشعب مباشرة عن طريق الاستفتاء الدستوري أن تكون له الكلمة الأولى والأخيرة في وضع الدستور ومن ثم يباشر سلطاته مباشرة دون واسطة.

وغالبا ما يسبق الاستفتاء وضع مشروع للدستور عن طريق لجنة معينة، أو عن طريق البرلمان، أو عن طريق جمعية تأسيسية تنتخب لهذا الغرض، ويعرض بعد ذلك على الشعب في صورة استفتاء عام، فإذا وافق على المشروع غالبية الهيئة الانتخابية أصبح الدستور نافذا⁶¹.

يبدو أنها الطريقة الأكثر ديمقراطية لتأسيس الدساتير لأنها تشرك الأفراد في صياغة الدستور. يتم الانتهاء من مشروع الدستور من قبل الجمعية التأسيسية، ولكن يجب أن يصادق عليه الشعب ليكون كاملاً قانونياً.

⁶¹ محمد فؤاد النادي، محمد عبد الغفار البسيوني، المرجع السابق، ص75.

والمثال على ذلك الدستور الفرنسي الصادر في 27 أكتوبر 1946

كذلك اتبعت هذه الطريقة ايطاليا في دستورها لعام 1948 ، والجزائر في معظم دساتيرها دستور 1976 ،ودستور 1989 ، الدستور الحالي .

سواء كان ذلك من عمل الشعب أم لا، فإن مسودة الدستور لا يمكن أن تنتج آثاراً قانونية إلا بعد أن يصدرها رئيس الدولة.

أخيراً بما أن الدستور لم يُوضع للأبد يجب تعديله من أجل تكيفه مع المتطلبات الجديدة للمجتمع ومن هنا جاءت فكرة مراجعته.

المبحث الرابع: طرق تعديل الدساتير

تطرح مراجعة الدستور مشاكل فنية غالباً ما يكون لها آثار سياسية. من الناحية الفنية، تهدف إلى تصحيح أوجه القصور في الدستور أو الاستجابة لحاجة التغيير التي عبر عنها النظام السياسي.

ومع ذلك يمكن أن يكون انعكاساً سياسياً لهيمنة الطبقة التي تسعى بعد ذلك إلى إدراج المبادئ الأساسية التي توجه أيديولوجيتها.

سبق وأن ذكرنا بأن الدساتير توضع، سواء أكان الأسلوب ديمقراطياً أم غير ديمقراطي، على يد سلطة مختصة وبالتالي يكون الحديث في هذا المجال عن السلطة التأسيسية الأصلية والسلطة التأسيسية المنشأة.

فالسلطة التأسيسية الأصلية هي الجهة التي تكون مسئولة، وبدون أن تنظمها نصوص خاصة أو أن تتلقى اختصاصاتها من نصوص موجودة سابقاً، عن وضع الدستور للبلاد، أما السلطة التأسيسية المنشأة فهي تلك السلطة المختصة بتعديل

الدستور وهي تعمل من خلال نصوص الدستور القائمة والتي تحدد اختصاصاتها بوجه دقيق⁶².

وعليه يجب العودة الى نصوص الدستور ذاته لمعرفة من هي هذه السلطة التأسيسية المنشأة صاحبة الحق في تعديل الدستور.

المطلب الأول : اجراءات التعديل

لا توجد طريقة موحدة فيما يخص تنظيم عملية تعديل الدستور والمراحل التي تمر بها، وهذه الاختلافات بين الدساتير قد تعود لأسباب تتعلق بنظام الحكم في كل دولة وتتعلق كذلك بأسباب الصياغة وطرق اصدار الدساتير.

وتأخذ الدول عادة بمبدأ توازي الأشكال القانونية، وهي فكرة تقوم على مسألة وجوب تعديل الدستور من قبل سلطة تم تكوينها على غرار السلطة التي قامت بوضعه وعن طريق إتباع نفس الاجراءات التي تم إتباعها عند إصداره.

هناك مجموعة متنوعة من إجراءات مراجعة الدستور مهما كان الإجراء المتبع فإنه يتألف دائماً من ثلاث مراحل مبادرة المراجعة والنظر في النص الخاص بالمراجعة الدستورية وإقراره.

الفرع الأول: المبادرة باقتراح التعديل

ويطلق على مبادرة المراجعة سلطة إطلاق التعديل الدستوري. يُمنح الحق في اقتراح تعديل الدستور وفقاً للطابع الديمقراطي أو غير الديمقراطي للأنظمة السياسية أو توازن القوى أو اختلالها.

⁶² عمر خوري، القانون الدستوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص56.

في الماضي كانت المبادرة حصرية إما للسلطة تنفيذية أو للسلطة التشريعية، لكن اليوم مبادرة المراجعة مشتركة بشكل عام وهو ما أخذت به معظم الدساتير الحديثة، ومن بينها الدساتير الفرنسية لعام 1875، 1946، 1958.

ويعود الأساس في تقرير صاحب المبادرة باقتراح تعديل الدستور الى مكانة وثقل الجهة في مواجهة باقي السلطات.

كما أخذ بهذا الأسلوب الدستور الجزائري لعام 1963 والدستور الحالي حيث أسند هذه المهمة بالمبادرة لرئيس الجمهورية والبرلمان.

وتحظى هذه المبادرة كذلك بشعبية في بعض البلدان هذا هو الحال في سويسرا حيث يكفي 100,000 توقيع لبدء إجراء المراجعة.

الفرع الثاني: فحص التعديل

الهدف من هذه المرحلة من الإجراء هو السماح للهيئة المختصة بأخذ مبادرة المراجعة بعين الاعتبار لمناقشة مزايا المراجعة لتقرير ما إذا كان ينبغي متابعة المبادرة أم لا.

بشكل عام عندما يتم تقديم نص للمراجعة الدستورية ويؤخذ في الاعتبار يجب تطويره ، أي صياغته بالشكل المناسب عندها فقط يمكن تقديمه لإقراره.

وكقاعدة عامة تسند معظم الدساتير مهمة اقرار التعديل وفحصه وإعداده للبرلمانات ، مع اشتراط ضرورة توافر شروط معينة ، كاشتراط أغلبية معينة ، أو اجتماع البرلمان بغرفتيه على شكل مؤتمر.

الفرع الثالث : اقرار نص مراجعة الدستور

هذه هي المرحلة الأكثر جدية في عملية المراجعة. كقاعدة عامة الاقرار النهائي هو من تصرف الشعب الذي تم استدعاؤه للاستفتاء ،ومع ذلك وبسبب الطبيعة المرهقة غالبًا ما يكون الأمر متروكًا للبرلمان لاعتماد مراجعة الدستور بأغلبية مؤهلة بمعنى آخر الحل يختلف من دولة إلى أخرى.

بمجرد الموافقة عليه عن طريق الاستفتاء، أو عن طريق التصويت البرلماني يصدر رئيس الجمهورية نص التعديل الدستوري وينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ليكون ملزمًا.

المطلب الثاني: نطاق التعديل الحظر الموضوعي والزمني

سلطة المراجعة محدودة من حيث الغرض والظروف والوقت، فقد يتقرر في الدستور عدم جواز تعديله كلية بصفة دائمة أو مؤقتة، وهو ما يعرف بالحظر الزمني، أو يمنع فقط تعديل بعض النصوص وهو ما يسمى بالحظر الموضوعي. بالتالي فإن بعض مسائل الدستور غير مسموح بها أو محظورة من المراجعة. في الولايات المتحدة الأمريكية ، يُحظر تقويض مبادئ التمثيل المتساوي للولايات الفيدرالية في مجلس الشيوخ.

وهذه المسائل التي يحظر تعديلها تتعلق أساسا بنظام الحكم أو المبادئ كالشكل الجمهوري والتعددية الحزبية والإسلام واللغة العربية والأمازيغية التي تعرف في الجزائر بالثوابت الوطنية ن والتي نص عليها الدستور الحالي.

في بعض الحالات لا يُسمح بمراجعة الدستور إلا بعد فترة زمنية معينة، وقد ينص المؤسس الدستوري على حدود زمنية لتنفيذ المراجعة لتجنب تعديل مفاجئ للغاية. تميل هذه الحدود إلى تجنب المراجعات المتسعة للغاية.

والمثال على ذلك حظر الدستور الفرنسي لعام 1791 مراجعته قبل انقضاء ثلاث فترات تشريعية.

في الجزائر يحظر دستور 1996 تعديله عند تولي رئاسة الدولة بالنيابة في الفترتين المنصوص عليهما في المادتين 88 و 89.

نخلص في الأخير الى أن تعديل الدستور أي دستور لا يتوقف على كونه مرنا أو جامدا ، وإنما يتوقف على مدى اقتناع الجماعة السياسية به ومدى التعديل طبقا للتطورات التي تمر بها وضرورة مواجهة التغير ، فإذا استشعرت الجماعة أنها في حاجة الى تعديل دستورها أقدمت عليه حتى ولو تضمن من النصوص م يحظر هذا التعديل .

ثم ان التعديل هو بالتعريف لمواجهة التطورات والمتغيرات وسد الثغرات التي يمكن أن تنتج من لزومية التغير ، ومن هنا يمكن القول أنه يجب الاستجابة الى التعديل حرصا على الدولة وحرصا على الدستور ذاته فيما يتطلب بالضرورة تعديله.

ومن هنا يمكن القول بأن النصوص التي تحظر التعديل تتنافى مع مقتضيات التغير كما تجافي كذلك المبادئ الدستورية العامة والهامة.

ان أي تعديل أو تغير للدستور يجب أن يصب في اطار تحقيق أهداف الأمة وحماية الحقوق والحريات العامة للشعب وسد الفجوة بين المنجز والمطلوب انجازه ، وبين المطلوب تحقيقه وبين المحقق فعلا.

المبحث الخامس: الرقابة على دستورية القوانين

اعتمد المؤسس الدستوري الجزائري نظام الرقابة السياسية على دستورية القوانين ، وهذا عبر مختلف مراحل تطوره ، حيث أوكل مهمة رقابة دستورية القوانين إلى المجلس الدستوري ، ومن أجل الإحاطة بكل ما يتعلق بنظام الرقابة على دستورية القوانين ، نتناول لمحة تاريخية عن هذا النظام (أولا) ، ثم نتطرق إلى تشكيل الحكمة الدستورية في الجزائر (ثانيا) واختصاصات المحكمة الدستورية (ثالثا)

المطلب الأول: أسس الرقابة الرقابة على دستورية القوانين

أساس سيادة القانون الدستور كقانون أساسي يستحق حماية أكبر، وهذا ما يفسر الرقابة على دستورية القوانين التي يمكن تعريفها بأنها جميع الوسائل والآليات القانونية التي تهدف إلى ضمان توافق قواعد القانون مع الدستور .

يلاحظ في مختلف الأنظمة السياسية باستثناء بريطانيا التي لم تعترف بمراجعة دستورية القوانين لأن لها دستورا عرفيا، أن غالبية الدول اعترفت لمعاصرة بهذه الرقابة.

الفرع الأول: أسس الرقابة

أصبحت الرقابة الدستورية ضرورة قانونية وسياسية من حيث أنها تضمن احترام التسلسل الهرمي للقواعد وتخضع جميع الفاعلين الدستوريين لاحترام القاعدة العليا.

أولا: احترام تدرج القواعد القانونية

سلط هانز كيلسن زعيم المعيارية القانونية الضوء على الفكرة الأساسية التي مفادها أن النظام القانوني ليس نظاما من المعايير يوضع في نفس المرتبة ، ولكنه هرم يتكون من عدد من القواعد القانونية المفصلة بينهما.

يقوم أي نظام قانوني على أساس تسلسل هرمي من القواعد التي تمثلها صورة "هرم" القواعد التي تكون متكاملة بشكل جيد ومتباينة مدمج وهرمي في الجزء العلوي منه يوجد المعيار الأسمى الذي يحكم النظام القانوني بأكمله هذا المعيار الأسمى هو الدستور الذي تخضع له جميع القواعد القانونية الأخرى بشكل مباشر أو غير مباشر .

في كل مستوى من مستويات الهرم يتوسع عدد القواعد وكلما كان المعيار أعلى في التسلسل الهرمي، كلما كان أكثر عمومية وتجريدًا، وبالتالي يستحق أن يتم تجسيده من خلال قواعد التنفيذ التابعة.

ثانياً: خضوع الحكام للقاعدة العليا

الدستور هو الميثاق الذي أعطته الأمة لنفسها، بشكل رسمي ورسمي. إنه مصدر شرعية من هم في السلطة الذين لا يستطيعون التعبير عن أنفسهم بشكل صحيح إلا في الأشكال والشروط التي يحددها.

يتم التعبير عن إرادة صاحب السيادة من خلال الدستور الذي يحدد حقوقه وحياته وكذلك مبادئ تنظيم السلطات القائمة و إن خضوع إرادة الممثلين لإرادة الناخبين لا يجعل الرقابة شرعية فحسب، بل تجعلها أكثر من ضرورية.

هذه الرقابة ضرورية بشكل خاص في الأنظمة التي تعمل وفقاً لمنطق الأغلبية، في الواقع القوانين التي يتم التصويت عليها من قبل الأغلبية السياسية التي تسيطر على البرلمان والحكومة سيكون هذا القانون قادراً على التشريع وعمل كل شيء دون عقاب يمكنه حتى مع الإفلات من العقاب تجاهل الدستور .

الفرع الثاني: أشكال الرقابة على دستورية القوانين

يمكن أن يخضع توافق القانون مع الدستور للرقابة السياسية أو الرقابة القضائية.

أولاً: الرقابة السياسية على دستورية القوانين

تقوم الرقابة السياسية على فكرة تكليف هيئة سياسية بمهمة ضمان دستورية القوانين وفرض عقوبات سياسية على السلطات التي تنتهك القواعد الدستورية، على الرغم من أنه يتوافق مع الشرعية الديمقراطية، إلا أن هذه الرقابة تتطوي على عيوب كان الفقيه الفرنسي سيبس قد اقترح في العام الثالث إنشاء "هيئة قضائية دستورية" تكلفها الأمة بمهمة إلغاء الأعمال المخالفة للدستور، لم يتم اعتماد هذا الاقتراح من قبل البرلمان بحجة أن ذلك سيؤدي إلى سيطرة الهيئة على كل السلطات.

ثم وجدت الرقابة البرلمانية على دستورية القوانين تطبيقاتها الأولى في مجلسي الإمبراطوريتين الأولى والثانية والتي كانت مسئولة عن التحقق من دستورية القوانين التي يمكنهم الحفاظ عليها أو إلغاؤها فقط حرصاً منها على عدم استياء الأباطرة.

حيث تم تكليف مجلس شيوخ الإمبراطورية الأولى بموجب المادة 21 من دستور السنة الثامنة (1789) بالإبقاء على أو إلغاء جميع الأفعال المشار إليها على أنها غير دستورية عند الإحالة إلى المحكمة (هيئة دستورية مكونة من 100 عضو معينين إلى أجل غير مسمى مسئولين عن مناقشة جميع مشاريع القوانين والتصويت لاعتمادها أو رفضها .

هذا ولم لم يمارس مجلس الشيوخ أبداً رقابة حقيقية على دستورية القوانين.

ولقد تكررت التجربة مرة أخرى مع مجلس شيوخ الإمبراطورية الثانية هو الوصي على الميثاق الأساسي والحريات العامة (المادة 25)، ويتألف مجلس الشيوخ من أعضاء غير قابلين للإزالة مدى الحياة ، وكان مجلس الشيوخ عبارة عن غرفة نخبوية للغاية تتكون من والقادة والمواطنين الذين رفعهم الإمبراطور إلى مرتبة عضو مجلس الشيوخ.

لقد مارس مجلس الشيوخ رقابة مسبقة قبل إصدار القانون ويمكنه اتخاذ إجراءات ومعارضة إصدار قوانين مخالفة للدستور ، كما مارس رقابة لاحقة لأنها كانت قادرة على الإبقاء على أو إلغاء جميع الأفعال التي أشارت إليها الحكومة على أنها غير دستورية ، أو صرحت بها التماسات المواطنين (المادة 19 من دستور 1852).

بعد فشل هذه التجربة كذلك أنشئت في دستور 1946 هيئة أطلق عليها اللجنة الدستورية، وفي دستور 1958 أنشئ المجلس الدستوري الذي عن طريقه حاولت فرنسا تجنب عيوب الهيئات السابقة.

ولقد وجهت عدة انتقادات للرقابة السياسية أهمها هو أنه ليس من المؤكد أن الهيئة الرقابية ستقتصر دائماً على الحكم بموجب القانون ، أي التحقق من توافق القانون مع الدستور . على العكس من ذلك قد تميل إلى الانحراف نحو تقييم مدى ملاءمة الإجراء المتصور بحيث لا يعود مصير القانون مرتبطاً بدستوريته بل بتوافق محتواه مع الخيارات السياسية للرقابة.

ثانيا: الرقابة القضائية على دستورية القوانين

تشكل الرقابة القضائية أفضل ضمانة فنية لتطبيق معيار قانوني لأن القاضي يحكم القانون بسلطة الأمر المقضي به ،ولهذه الغاية فإنها تمثل بلا شك خطوة إلى الأمام في حماية الدستور بقدر ما يوفر ضماناً للاختصاص والحياد ومصادقية الرقابة.

تثير الرقابة القضائية لدستورية القوانين سؤالين رئيسيين : تحديد القاضي المختص والإحالة اليه.

يتم تكليف الرقابة القضائية على دستورية القوانين بوجود سلطة قضائية مسؤولة عن التحقق من توافق القانون مع الدستور، للرقابة القضائية على دستورية القوانين طريقتان: المراجعة عن طريق الدعوى الأصلية ،والرقابة عن طريق الدفع.

أ: الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية

المبادرة بالرقابة: الرقابة من خلال الدعوى هي عملية هجومية ، والتي تسمح للشخص الذي يشك من عدم دستورية القانون بمهاجمته عن طريق إجراء قانوني من خلال استدعاء عدم مطابقة القانون للدستور ، وبالتالي فإن الدعوى من أجل عدم دستورية القانون هي عملية موضوعية لأنها موجهة ضد فعل قانوني (القانون) وليس ضد شخص.

وبالتالي فإن الهيئات التي حددها الدستور هي وحدها التي يمكنها اخطار المحكمة المختصة برقابة دستورية القوانين ، وهذا يعني أن الرقابة عن طريق الدعوى هي رقابة مركزية يعهد بها إلى هيئة قضائية خاصة.

عندما تؤدي هذا الرقابة إلى اكتشاف أن القانون يتوافق مع الدستور فقد يتم إصدار القانون فيما بعد.

من ناحية أخرى عندما يتم الاعتراف بأن القانون مخالف للدستور تختلف الحلول حسب الحالات:

في بعض الحالات يُلغى القانون هذا الإلغاء له أثر، أي أنه ملزم للجميع يعتبر القانون غير موجود على الإطلاق هذا هو الحال مع الولايات المتحدة.

في الدول الأخرى لا يمكن إصدار القانون مما يعني أنه ببساطة غير فعال هذا هو حال فرنسا.

إن الرقابة عن طريق الدعوى رقابة نشطة حيث يتعين على البرلمان بعد ذلك إعادة الإجراء التشريعي لاستكمال القانون أو التخلي عن الجزء المُعلن أنه غير دستوري.

ب: الرقابة عن طريق الدفع

نشأ هذا النظام من الرقابة في الولايات المتحدة الأمريكية بمناسبة قضية ماربيري / ضد قضية ماديسون في عام 1803 يمنح هذا النوع من الرقابة سلطة لأي قاضٍ للتحقق من دستورية القوانين ، لذلك فهي رقابة لامركزية على عكس الرقابة عن طريق الدعوى التي تكون مركزيّة.

الرقابة عن طريق الدفع هي الرقابة التي تحدث عرضاً أثناء المحاكمة حيث يثير أحد الأطراف عدم الدستورية من خلال الإشارة إلى القاضي أن القانون الذي ينوي تطبيقه عليه ليس لا يتوافق مع الدستور، وبالتالي فإن هذه الرقابة هي رقابة تمارس على القوانين السارية بالفعل، وهذا هو سبب تسميتها بالرقابة اللاحقة (والتي تحدث بعد صدور القانون).

يشير هذا النظام دعوى عدم الدستورية أمام أي خصم لذلك فهي رقابة ذاتية.

إذا كان القاضي الذي تثار أمامه مسألة عدم الدستورية مختصًا بحل هذه المشكلة وجب عليه وقف تطبيق القانون والتحقق من توافق هذا القانون مع الدستور الرقابة الدستورية للقاضي مسألة أولية.

من ناحية أخرى إذا لم يكن هذا القاضي مختصًا بالبت في مسألة عدم الدستورية بنفسه ، فإنه يرجئ الحكم ويعيد إلى القاضي الدستوري مهمة إجراء الرقابة. تعتبر رقابة عدم الدستورية مسألة أولية للقاضي العادي، تم إنشاء هذا النظام في إيطاليا وفرنسا ، وكذلك الجزائر بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016...

عندما يجد القاضي أن القانون يتوافق مع الدستور في نهاية الرقابة يمكن أن يستمر سريان هذا القانون.

ولكن في حالة إعلان القاضي أن القانون غير دستوري، يتم تكريس حلول مختلفة في بعض الأنظمة القانون خاص ليس له تأثير على المسائل الحالية يستعيد تأثيره الكامل إذا كان في مناسبة محاكمات أخرى إذا لم يرفع أحد المتقاضين عدم دستوريته.

في الأنظمة الأخرى يتم إلغاء القانون، وهذا هو الحال أيضًا بالنسبة لفرنسا من خلال تأثير المسألة الدستورية ذات الأولوية وكذلك في الجزائر.

المطلب الثاني نشأة الرقابة على دستورية في الجزائر

الفرع الأول: ارهاصات الرقابة الدستورية في الجزائر

لقد ظهرت الإرهاصات الأولى لفكرة الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر مع دستور 1963 ، حيث تم إنشاء هيئة سياسية تدعى المجلس الدستوري ، وفي هذا الإطار نصت المادة 63 من هذا الدستور على : " يتألف المجلس الدستوري من الرئيس الأول للمحكمة العليا ، ورئيس الغرفتين المدنية والإدارية في المحكمة العليا، وثلاثة نواب تعينهم الجمعية الوطنية وعضو يعينه رئيس الجمهورية .

ينتخب أعضاء المجلس الدستوري رئيسهم الذي لا يملك صوتا مرجحا "

وحسب نص المادة 64 من نفس الدستور يتولى المجلس الدستوري مهمة الفصل في دستورية القوانين والأوامر التشريعية، وهذا بطلب مقدم من طرف رئيس الجمهورية أو من رئيس الجمعية الوطنية .

ومن المعلوم أن فكرة الرقابة في تلك الفترة قد أفرغت من محتواها، وهذا بسبب الظروف التي كانت سائدة في تلك الفترة بسبب الصراع حول السلطة ، وهذا في ظل التداخل الواضح بين الحزب والدولة ، وهو ما أدى إلى تعليق العمل بالدستور بسبب لجوء رئيس الجمهورية إلى المادة 59 من الدستور التي تمكن الرئيس من اتخاذ التدابير والإجراءات اللازمة لحماية استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية وهذا في حالة الخطر الوشيك الوقوع .

وعلى إثر الانقلاب الذي حدث في 19 جوان 1965 ألغيت كل الأحكام الدستور ، وهذا بموجب أمر 10 جويلية 1965، هذا وفق هذا الأمر ثم التراجع بشكل واضح عن بعض الأفكار والمبادئ، والتي من أهمها سيادة الشعب ، وفكرة الرقابة على دستورية القوانين وعن الدور القيادي الذي كانت تلعبه جبهة التحرير

الوطني في تلك الفترة ، وبالتالي أصبح مجلس الثورة هو مصدر كل السلطات أما في ظل دستور 1976 لم يتم اعتماد نظام الرقابة على دستورية القوانين تحت أي شكل من أشكال الرقابة وسياسة أو قضائية وهذا الرغم من المطالب التي ظهرت أثناء مناقشة الميثاق الوطني وإثرائه في مؤتمر الحزب ⁶³ .

وعلى هذا الأساس ذهب البعض واقتداء بالنموذج الأمريكي في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، إلى القول بإمكانية إعمال هذا النوع من الرقابة في الجزائر في تلك الحقبة ، وهذا استنادا إلى مبدأ سمو الدستور المنصوص عليه في المادة 160 من الدستور وبما أن الدستور جامد ولم يبين الجهة التي توجب احترامه فإنه منطقيا أن يعود الاختصاص لجهة القضاء ، إلا أن هذا الرأي اصطدم بالظروف السياسية التي كانت سائدة في تلك الفترة والتي كانت تهيمن عليها النزعة الفردية في السلطة ⁶⁴ .

ولكن وعلى إثر الأحداث التي عرفت الجزائر في أكتوبر سنة 1988 عاودت فكرة الرقابة على دستورية إلى الظهور من جديد نتيجة إقرار مبدأ الفصل بين السلطات ، وهذا باستناد هذه الوظيفة للمجلس الدستوري ، وهذا النهج المتبع بطبيعة الحال لا يخرج عن التجربة الفرنسية في مجال الرقابة على دستورية القوانين، وإن كان هذا التأثير يختلف من مستوى التشكيل وإجراءات العمل على مستوى هذه الهيئة السياسية ⁶⁵ .

وعلى هذا الأساس تضمن دستور 1989 نظام الرقابة على دستورية القوانين، والتي يتولاها المجلس الدستوري الذي يضمن احترام سمو الدستور ويعمل على مراقبة

⁶³ سعيد بوالشعير ، النظام السياسي الجزائري ، السلطة التشريعية ، الجزء الرابع ، المرجع السابق ، ص 196 .

⁶⁴ سعيد بوالشعير ، المرجع السابق ، ص 197 .

⁶⁵ عمار عباس ، دور المجلس الدستوري الجزائري في ضمان سمو الدستور ، مجلة المجلس الدستوري ، العدد 01 ، الجزائر ، 2013 ، ص 71 .

دستورية القوانين والتنظيمات والمعاهدات ويسهر على صحة عمليات الاستفتاء وانتخاب رئيس الجمهورية والانتخابات التشريعية ويعلن نتائجها ، كما يفصل في مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني ، وهذا حسب المادتين 153، 155 من الدستور .

هذا ولقد أشار الدستور الجزائري لعام 1996 إلى المجلس الدستوري، وهذا في الباب الخاص بالرقابة والمؤسسات الاستشارية في المادة 163 ، والتي تضمنت التنصيب على إنشاء المجلس الدستوري كهيئة سياسية تتولى مهمة الرقابة على دستورية القوانين والتنظيمات والمعاهدات وتضمن احترام الدستور وسموه ، إلا أنه يلاحظ في هذا المجال أن هناك عدة تغيرات طرأت على تشكيل المجلس وصلاحياته وعملية إخطاره ومرد ذلك يرجع أساسا إلى تضمن الدستور لبعض المؤسسات الجديدة يستوجب تمثيلها في المجلس.

أما من جانب الاختصاصات فإن استحداث فئة القوانين العضوية أو النظامية الأثر الكبير في توسيع مجال تدخل المجلس الدستوري ، وهذا بالنظر إلى ما تتطلبه هذه القوانين من رقابة المطابقة مع الدستور⁶⁶ .

الفرع الثاني: تشكيل المجلس الدستوري

تناولت المادة 154 من دستور 1989 تشكيلة المجلس الدستوري، حيث يشكل من 07 أعضاء ، اثنان يعينهم رئيس الجمهورية واثنان ينتخبهم المجلس الشعبي الوطني ، واثنان تنتخبهما المحكمة العليا من بين أعضائها ، كما يعين رئيس الجمهورية رئيس المجلس الدستوري وحدة العضوية في 06 سنوات على أن يجدد نصف أعضاء المجلس الدستوري كل 03 سنة سنوات .

⁶⁶ عمار عباس ، دور المجلس الدستوري الجزائري في ضمان سمو الدستور ، المرجع السابق ، ص 73 .

أما بالنسبة لتشكيلة المجلس في ظل دستور 1996 وحسب نص المادة 164 فإن المجلس يتكون من تسعة أعضاء ، ثلاثة من بينهم رئيس المجلس يعينهم رئيس الجمهورية ، واثنان ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني من بين أعضاءه واثنان ينتخبهما مجلس الأمة من بين أعضائه عضوا واحد تنتخبه المحكمة العليا وعضو واحد ينتخبه مجلس الدولة .

يلاحظ من جانب آخر أن انفراد رئيس الجمهورية بصلاحيته تعيين 03 أعضاء المجلس الدستوري سيكون له أثر كبير على سير وأعمال هذه الهيئة ذلك أن السلطة التقديرية التي يتمتع بها رئيس الجمهورية في هذا المجال تمنح التفوق للسلطة التنفيذية على باقي السلطات، إلى جانب عدم مراعاة شرط الكفاءة لهذا المنصب، وما يزيد من دعم هذا التفوق هو أن رئيس الجمهورية يعين رئيس المجلس الدستوري من بين ثلاث أعضاء الدين يعينهم وليس من أعضاء المجلس مع العلم أن صوت رئيس المجلس الدستوري هو المرجح في حالة تعادل الأصوات⁶⁷.

وفي هذا الإطار ذهب البعض في الجزائر ومن أجل تصحيح هذه المسألة إلى ضرورة أن يكون اختيار رئيس المجلس الدستوري من قبل زملاءه بدل تعيينه من قبل رئيس الجمهورية⁶⁸.

⁶⁷ مسراتي سلبية ، نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر ، دار هومة ، الجزائر ، 2012 ، ص 20 .

⁶⁸ قزو محمد أكلي ، ضرورة التعديل الشامل للدستور ، مقال منشور ، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية ، الجزائر ، العدد الثاني أوت 2008 ، ص 07 .

دائما وفي هذا الإطار يلاحظ طغيان الطابع السياسي بالنسبة لاختيار أعضاء المجلس الدستوري خاصة من جانب الأعضاء الذين يعينهم الجمهورية والأعضاء المختارين من طرف البرلمان حيث يتأثر هؤلاء الأعضاء بالانتماء السياسي والحزبي ، والذي يتضح أثره أكثر عند ممارسة اختصاصهم في مجال الرقابة على دستورية القوانين المطروحة على المجلس ، بل يمتد أكثر إلى مواقفهم⁶⁹.

غير أنه وبموجب التعديل الدستوري لسنة 2020 في الجزائر تم استبدال المجلس الدستوري بهيئة أخرى وهي المحكمة الدستورية، وفي هذا المجال تنص المادة 185 من دستور 1996 على: "المحكمة الدستورية مؤسسة مستقلة مكلفة بضمان احترام الدستور..."

وتتشكل المحكمة الدستورية حسب نص المادة 186 من الدستور من اثني عشر عضوا :

أربعة أعضاء يعينهم رئيس الجمهورية من بينهم رئيس المحكمة، عضوا واحدا تنتخبه المحكمة العليا من بين أعضائها، وعضوا واحدا ينتخبه مجلس الدولة من بين أعضائها، ستة أعضاء ينتخبون بالاقتراع من أساتذة القانون الدستوري.

وعليه يلاحظ من خلال هذه التشكيلة أن المؤسس الدستوري الجزائري قد تفادى كل الانتقادات التي كانت موجهة للرقابة الدستورية عن طريق المجلس الدستوري وعجز هذا الأخير في أن يرسم لنفسه مسارا محددًا كهيئة محايدة مكلفة بضمان احترام الدستور، وبالتالي نعتقد أن هذا التحول الهام في نظام الرقابة الدستورية من شأنه أن يساهم في استقلالية الهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية أن يدعم

⁶⁹ سعيد بو الشعير ، النظام السياسي الجزء الرابع ، المرجع السابق ، ص 208 .

مركزها ودورها الأساسي في حماية الحقوق والحريات العامة حتى تنال ثقة المواطنين وثقة المعارضة خاصة في ظل توسيع آلية تحريك الرقابة من خلال تمكين الأفراد بحقهم في الدفع بعدم الدستورية.

المطلب الثالث: اختصاصات المحكمة الدستورية

عملا بأحكام المادة 190 من الدستور تتولى المجلس الدستوري رقابة دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات ، كما يسهر على صحة عمليات الانتخابات الرئاسية والتشريعية وعلى هذا الأساس يمارس نوعين من الرقابة، الرقابة الاختيارية والوجوبية .

الفرع الأول الرقابة الاختيارية:

ويشمل هذا النوع من الرقابة التي تمارسها المحكمة الدستورية، كل من القوانين العادية، والتعديل الدستوري إلى جانب التنظيمات ثم وأخيرا التي يختص بها رئيس الجمهورية سواء في الظروف العادية أو في الظروف الاستثنائية .

أ/ الرقابة على دستورية القوانين العادية :

يقصد بالقوانين العادية تلك التشريعات التي يرجع فيها الاختصاص للبرلمان وحده ، والتي حددتها المادة 139 من الدستور الحالي ، إلى جانب القوانين التي تختص بها الحكومة، وبمعنى أدق تلك القوانين التي يصدرها المجلس الشعبي الوطني بموجب مشروع قانون تقدمت به الحكومة أو اقترح تقدم به النواب ⁷⁰ .

وعلى أية حال فإن المحكمة الدستورية في هذا المجال تمارس الرقابة السابقة لصدور القانون أو اللاحقة له، إلا أنه لا يمارس هذا الاختصاص بصورة آلية أو

⁷⁰ بوكرا إدريس ، أحمد وافي ، النظرية العامة للدولة والنظام السياسي الجزائري ، المؤسسة الجزائرية للطباعة ، الجزائر ، 1992 ، ص 327 .

تلقائية، بل يجب إخطاره من طرف رئيس الجمهورية، أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة، أو من الوزير الأول، أو رئيس الحكومة حسب الحالة، أو من طرف 40 نائبا، أو 25 عضوا في مجلس الأمة حسب نص المادة 193 من الدستور.

ب- الرقابة على صحة التعديل الدستوري :

في الواقع إن هذا النوع من الرقابة لم يرد النص عليه في المجال أو الباب الخاص بالرقابة على دستورية القوانين في الدستور وإنما في الباب المتعلق بالتعديل الدستوري⁷¹.

وهذا بموجب أحكام المادة 221 من الدستور الجزائري لعام 1996 والتي

تنص على : " إذا ارتأت المحكمة الدستورية أن مشروع أي تعديل دستوري لا يمس البتة المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري وحقوق الإنسان والمواطن. ولا يمس بأية كيفية التوازنات الأساسية للسلطات والمؤسسات الدستورية، وعللت رأيها، أمكن رئيس الجمهورية أن يصدر القانون الذي يتضمن التعديل الدستوري مباشرة دون أن يعرضه على الاستفتاء الشعبي متى أحرز ثلاثة أرباع (3/4) أصوات أعضاء غرفتي البرلمان ."

يفهم من هذا النص أن المبادرة باقتراح التعديل مقررة لرئيس الجمهورية شريطة أن يعرض نص التعديل الدستوري على المحكمة الدستورية لفحصه وإصدار رأيها مع تعليقه ، وبالتالي تعد الرقابة في هذا المجال سابقة أي أنها تتم قبل دخول التعديل الدستوري التطبيق وهي أيضا وجوبية حتى يتسنى لرئيس الجمهورية إصدار

⁷¹ مسراتي سليمة ، المرجع السابق ، ص 122 . 123 .

القانون الذي يتضمن التعديل الدستوري بعد أن يحرز نصاب ثلاثة أرباع أصوات أعضاء غرفتي لبرلمان مجتمعتين.

وفي هذه الحالة لا يعرض النص على الاستفتاء الشعبي والمثال الواضح على ذلك في التجربة الدستورية الجزائرية هو التعديل الدستوري الذي تم إجرائه في 15 نوفمبر ، 2008⁷²، إلى جانب التعديل الدستوري لسنة 2016.

ج) الرقابة على دستورية التنظيمات :

كما أشرنا سابقا فإن التنظيمات تشمل نوعين :

المجال التنظيمي المستقل الذي يعود لرئيس الجمهورية، بموجب أحكام المادة 1/141 من الدستور الجزائري لعام 1996، وعملا بأحكام المادة 190 من نفس الدستور تنصب الرقابة الدستورية على هذا النوع من التنظيمات.

أما النوع من التنظيمات وهو الجانب التنفيذي والذي يختص به الوزير الأول في الجزائر حسب المادة 2/141 من الدستور، فالأمر هنا يتعلق بمراقبة المشروعية أمام القضاء الإداري وليس أمام المجلس الدستوري، كون المرسوم التنفيذي يستند على قانون صوت عليه البرلمان .

وبالتالي فالرقابة تنصب على القانون وليس المرسوم ومبررات اختصاص القضاء الإداري في هذا المجال هو أن الأمر يتعلق بمخالفة القانون أكثر من مما يتعلق بمخالفة الدستور، أما في حالة مخالفة القانون للدستور فإن الاختصاص للعلم هنا يعود إلى المحكمة الدستورية وهذا بعد إخطار من طرف الجهة المخول لها دستوريا إخطار المحكمة الدستورية⁷³.

⁷² مسراتي سليمة ، المرجع السابق ، ص 123 .

⁷³ بوكرة ادريس ، أحمد وافي ، المرجع السابق ، ص 133 .

وفي هذا الإطار أكد الأمين العام السابق للمجلس الدستوري احمد بن هني⁷⁴ :
أنه من الأخرى أن يمارس المجلس الدستوري رقابته على النصوص الكاشفة أو
المبينة للتنظيم المستقل على أن يمارسها على النصوص التي تطبق القوانين الموافق
عليها من طرف البرلمان، لأن هذه الأخيرة تكشف عن الرقابة الشرعية أكثر منها
عن الرقابة الدستورية.

وبالتالي فان يتعلق في هذه الحالة بمراقبة الشرعية أمام القضاء الإداري وليس
أمام المجلس الدستوري لان المرسوم التنفيذي محل النظر يستند على قانون صوت
عليه البرلمان والأجدر أن تنصب الرقابة الدستورية على هذا القانون وليس على
المرسوم " .

وأخيرا تجب الملاحظة في مجال اختصاص المجلس الدستوري لمراقبة النصوص
التنظيمية أن المجلس الدستوري لمراقبة النصوص التنظيمية أن المجلس الدستوري
منذ إنشائه حتى اليوم لا يراقب هذه النصوص، وبالتالي فان مهمته في هذا المجال
تكاد تنحصر في رقابة البرلمان كي لا يحتاج الاختصاص أو المجال الخاص
بالسلطة التنفيذية⁷⁵ .

الفرع الثاني:- الرقابة الوجوبية

وهذا الشكل من الرقابة يشمل أساسا فئة القوانين العضوية المنصوص عليها
في المادة 123 من الدستور إلى جانب رقابة الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان.

⁷⁴ نقلا عن مسراتي سليمة ، المرجع السابق ، ص 125 .

⁷⁵ أمين شريط ، مكانة البرلمان الجزائري في ظل اجتهاد المجلس الدستوري ، مجلة المجلس الدستوري عدد 1 ، 2013 ، ص 15 .

أ- الرقابة على القوانين العضوية

تنص المادة 2/140 من الدستور 1996 على "يخضع القانون العضوي قبل إصداره لمراقبة مطابقته للدستور من طرف المحكمة الدستورية".

يفهم من هذا لنص أن الرقابة على القوانين العضوية هي رقابة وجوبية وإلزامية وليست تلقائية ذلك أن رئيس الجمهورية هو الذي يقوم بتحريك هذا النوع من الرقابة، والذي يلتزم بإحالة مشروع القانون العضوي قبل إصداره للمحكمة الدستورية⁷⁶.

ولكن يجب في هذا المجال التمييز بين رقابة المطابقة المنصوص عليه في المادة 2/140 ورقابة الدستورية الواردة ذكرها في المادة 190، وعليه ذهب جانب من الفقه إلى القول أن المطابقة يقصد بها وجوب التقيد العام شكلا وموضوعا بأحكام النصوص الدستورية، حيث لا يجوز تخطيها نصا وروحا، وبالتالي فرقابة المطابقة على القوانين العضوية وجوبية وقبلية لكون هذه القوانين :

- محددة الموضوع : إذا أن مجالها محدد على سبيل الحصر
- تمييز هذه القوانين بطابعها التكميلي للدستور لأنها تتناول موضوعان تخص مؤسسات الدولة وتنظيمها وعملها وكل ما يتعلق بالحياة السياسية والنظام المالي والأمن الوطني .

وعلى هذا الأساس فإن موضوعات رقابة المطابقة محددة على سبيل الحصر وبعد الخروج عن مجالها خرقا لأحكام الدستور⁷⁷.

وعليه يمكن القول أن رقابة الدستورية أوسع شكلا ومضمونا، حيث أنها تشمل القانون في مضمونه الموضوعي سواء كان تشريعيًا أو تنظيميًا وهذا تماشيا مع فكرة المدلول المادي للقانون.

⁷⁶ مسراتي سليمة ، المرجع السابق ، ص 133 .
⁷⁷ سعيد بوشعير ، النظام السياسي الجزائري ، الجزء الرابع ، المرجع السابق ، ص 253 .

والى جانب ذلك فإن الاختصاص التشريعي العادي، قد يكون مستندا إلى نص دستوري صريح أو استنتاجا، وهذا بسبب ارتباط مواضيع عدة مع المصطلح الدستوري المستعمل، وبالتالي يمتد في بعض الأحيان إلى التفاصيل⁷⁸.

ب - رقابة المطابقة للأنظمة الداخلية لأنظمة غرفتي البرلمان :

تنص المادة 6/190 من الدستور الجزائري لسنة 1996 على " تفصل المحكمة الدستورية في مطابقة النظام الداخلي من غرفتي البرلمان للدستور، حسب الإجراءات المذكور في الفقرة السابقة " .

وبناء على هذا النص تخضع الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان لرقابة المطابقة الوجوبية، وهي مثل الرقابة على القوانين العضوية ليست تلقائية، إذ أن رئيس الجمهورية هو الذي يقوم بتحريكها، وهو بذلك يكون قد ساير النهج الذي اعتمد المؤسس الدستوري الفرنسي في هذا المجال.

وبالنظر إلى الاستقلالية أو الحرية التي يتمتع بها البرلمان بغرفتيه في المواد أنظمتها الداخلية، فإن احتمال تضمين هذه الأنظمة أحكاما مخالفة للدستور أمر وارد الوقوع، وحفاظا لهذه الاستقلالية من جهة احتمال التعارض من جهة أوجب الدستور إخضاع الأنظمة الداخلية للغرفتين لرقابة المطابقة وهذا قبل الشروع في العمل بهما

79

في العمل بهما، وعلى هذا النحو فإن الدستور الجزائري لسنة 1996 ، جاء واضحا وفاصلا في مسألة إلزامية و أسبقية الرقابة على النظام الداخلي لكل غرفة في البرلمان، وإلى جانب الإخطار الوجوبي من قبل رئيس الجمهورية للمحكمة الدستورية.

⁷⁸ سعيد بوشعير ، النظام السياسي الجزائري ، الجزء الرابع ، المرجع السابق ، ص 260 .

⁷⁹ سعيد بوشعير ، النظام السياسي الجزائري ، الجزء الرابع ، المرجع السابق ، ص 260 .

وهذا بخلاف الوضع في ظل دستور 1989 أين كانت هذه الفكرة المتعلقة بالرقابة الإلزامية والسابقة التي يمارسها المجلس الدستوري محل غموض وجدل كبير عند بعض الفقهاء⁸⁰.

ج — الرقابة على الأوامر المتخذة بموجب المادة 142 من الدستور:

الى جانب الرقابة الوجوبية على دستورية القوانين العضوية تمارس المحكمة الدستورية في الجزائر رقابة دستورية الأوامر التشريعية التي يتخذها رئيس الجمهورية. وفي هذا المجال اشترطت المادة 2/142 من الدستور على رئيس الجمهورية أن يخطر وجوبا المحكمة الدستورية بشأن دستورية الأوامر التي يتخذها، والتي تفصل فيه في أجل عشرة أيام، وبالتالي يتضح أن المحكمة الدستورية تمارس رقابة وجوبية وسابقة على هذه الأوامر وهذا قبل عرضها على البرلمان ليوافق عليها.

الفرع الثالث: الدفع بعدم الدستورية كآلية للرقابة اللاحقة للمحكمة الدستورية

في ظل لتعديل الدستوري لسنة 2016، تم التأكيد على أن المجلس الدستوري يحتكر مجال الرقابة على دستورية القوانين، حيث قام المؤسس الدستوري الجزائري نقلا عن التجربة الدستورية الفرنسية لسنة 2008 بممارسة الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين من خلال تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية كحق يمارسه المواطن دفاعا عن حقوقه وحرياته⁸¹.

ولقد أكد التعديل الدستوري لسنة 2020 على نفس التوجه، ولقد أشارت المادة 195 من الدستور الجزائري لعام 1996 فضلا عن بعض الأحكام الواردة بالمواد 13 و 14 و 17 والمواد من 20 الى 24 من القانون العضوي 18-16 الذي يحدد

⁸⁰ سعيد بوالشعير ، المرجع السابق ، ص 247 .

⁸¹ عرايسية أحمد، ضمانات تطبيق القاعدة الدستورية في النظام الدستوري الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة علي لونيسي، البلدة 2، الجزائر، 2021/ص 133.

شروط وكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الى جانب المواد 13 و 20 و 29 و 29 مكرر من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري⁸²، الى النظام القانوني للدفع بعدم الدستورية.

أ - الضوابط الشكلية لممارسة الدفع بعدم الدستورية

تتمثل الضوابط الشكلية لممارسة الدفع بعدم الدستورية بشكل قانوني في العناصر التالية:

1- وجوب اثاره الدفع بعدم الدستورية أمام جهة قضائية:

لقد اشترط المؤسس الدستوري الجزائري اثاره الدفع بعدم الدستورية أمام احدى جهات القضاء على مختلف درجاتها بما في ذلك المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية في عند فصلها في المنازعات الانتخابية، وبهذا الشرط تصبح المنازعة الدستورية قائمة وغير مجردة لارتباطها بنزاع مطروح أمام الجهات القضائية⁸³.

وعليه يتضح بأن الدفع بعدم الدستورية يثار فقط أمام كافة الجهات القضائية العادية والإدارية على المستوى الوطني وبمختلف درجاتها بمناسبة حكم تشريعي أو تنظيمي ينتهك حقوق وحريات يحميها الدستور يتوقف عليه مآل النزاع وفي مختلف مراحل الدعوى⁸⁴.

⁸² النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الصادر بموجب المداولة المؤرخة 17 أكتوبر 2019، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 65، بتاريخ 14 أكتوبر 2019

⁸³ عمار عباس، انفتاح القضاء الدستوري على تلمتقاضين ومساهمته في تنقية النظام القانوني من القوانين الماسة بالحقوق والحريات في الدساتير الجزائرية وفي الدساتير المغاربية، مجلة المجلس الدستوري، عدد، 07، الجزائر، 2016

⁸⁴ عرايسية أحمد تقي الدين، مرجع سابق، ص 139

2- الدفع بعدم الدستورية يثيره أطراف الدعوى

يثير موضوع الدفع بعدم الدستورية كل من تأسس في الدعوى من اللذين يحق لهم صفة ومصلحة في النزاع لأنه حق شخصي مقرر لفائدة المتقاضين وليس للمحكمة أن تفرضه على الأطراف عملاً بأحكام المادة 02 من القانون العضوي 16/18 وعليه لا يمكن إثارة الدفع من أي طرف خارج عن الخصومة⁸⁵.

ب . الضوابط الموضوعية لممارسة الدفع بعدم الدستورية

عملاً بأحكام المادة 195 من الدستور والمادة 08 من القانون العضوي 16/18 لا يمكن قبول أو إحالة عريضة الدفع بعدم الدستورية على الجهات المختصة، إلا إذا احترمت جملة من الضوابط :

1- أن يتوقف مآل النزاع عن الحكم التشريعي أو التنظيمي المعارض عليه:

يتضح من خلال هذا الشرط أن النزاع القائم أمام قاضي الموضوع يتوقف حسمه في الحقيقة على الحكم التشريعي أو التنظيمي المعارض عليه من جانب أطراف الدعوى أو كل ذي مصلحة.

2- ألا يكون الحكم التشريعي أو التنظيمي متمتعاً بالقرينة الدستورية :

والمقصود بذلك ألا يكون الحكم التشريعي أو التنظيمي المدفوع بعدم دستوريته قد سبق القضاء بتطابقه مع الدستور، في أسباب ومنطوق قرار صادر من المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية، ومعنى ذلك أن الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي

⁸⁵ نفس المرجع، ص 140.

سبق وقضت المحكمة الدستورية بتطابقه مع الدستور يكتسب قرينة الدستورية ،أو ما يسمى في الفقه الفرنسي براءة الدستورية⁸⁶.

3- أن يكون الحكم التشريعي أو التنظيمي ماسا بالحقوق والحريات:

يتضح من نص المادة 195 من الدستور أن اعمال الدفع بعدم الدستورية مرهون بانتهاك الحكم التشريعي أو التنظيمي للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور للطرف في الدعوى الذي أثار الدفع بعدم الدستورية بمناسبة الفصل فيها. ويعني ذلك أن القواعد الدستورية التي يمكن الاستناد اليها في الدفع بعدم الدستورية هي القواعد الدستورية التي تضمن حقوق وحريات الأفراد⁸⁷.

4. جدية الدفع وتميزه بعدم الدستورية:

ويبرز هذا الشرط أهمية كبيرة في مدى ارتباط الدعوى الفرعية بالحكم التشريعي أو التنظيمي من حيث حقيقة وجدية انتهاك هذا الأخير للحقوق والحريات المثار بشأنه الدفع،حيث يعتبر شرط الجدية عامل أساسي وجوهري في تصفية الدفوع بعدم الدستورية الموجهة للمحكمة الدستورية للفصل فيها⁸⁸.

وعلى هذا الأساس يتعين على الجهة التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية أن تتثبت من جديته،وذلك من خلال تبيانها لوجود تعارض بين الحكم التشريعي أو التنظيمي والنص الدستوري ولو ثبت ذلك من الظاهر.

⁸⁶ أحمد الغفلول ، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي ، ط2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2013 ، ص225.

⁸⁷ نفس المرجع، ص153.

⁸⁸ عراسية أحمد تقي الدين، مرجع سابق، ص144.

والهدف من هذا الشرط هو ضمان أن اثاره الدفع لم تكن بغرض التسوية أو تطويل
أمد النزاع، بل كانت سببا ادعاء حقيقي بأن النص المدفوع بعدم جديته ينطوي مساس
بحق أو بحرية

الفهرس

01	مقدمة
03	فصل تمهيدي : الدولة والقانون
03	المبحث الأول: الدولة
03	المطلب الأول : فكرة الدولة
05	المطلب الثاني :علاقة الحكام بالموظفين
05	المبحث الثاني : القانون
05	المطلب الأول :مغزى القانون
07	المطلب الثاني: أقسام القانون
08	المطلب الثالث: القانون الدستوري وفروع القانون العام الداخلي
11	الفصل الأول: أصل نشأة الدولة
12	المبحث الأول: النظريات التيقراطية
12	المطلب الأول: نظرية الطبيعة الإلهية
12	المطلب الثاني: نظرية الحق الإلهي المباشر
13	المطلب الثالث: نظرية الحق الإلهي غير المباشر
14	المبحث الثاني : نظريات العقد الاجتماعي
16	المبحث الثالث: نظريات القوة والتغلب التطور العائلي التطور التاريخي
16	المطلب الأول: نظرية القوة والتغلب
16	المطلب الثاني : نظرية التطور العائلي

17	المطلب الثالث: نظرية التطور التاريخي
18	المبحث الرابع: النظريات المجردة
18	المطلب الأول: نظرية النظام القانوني
19	المطلب الثاني: نظرية تأسيس السلطة
20	المطلب الثالث: نظرية المؤسسة
20	المطلب الرابع: نظرية الوحدة للعالم الألماني جليك
21	المبحث الخامس: تعريف الدولة وأركانها
22	المطلب الأول: عناصر الدولة
22	الفرع الأول: الشعب
25	الفرع الثاني: الإقليم
30	الفرع الثالث: السلطة السياسية
35	المطلب الثاني: الخصائص القانونية للدولة
35	المطلب الأول: الشخصية القانونية
37	المطلب الثاني: السيادة
46	المبحث السادس: أشكال الدول
46	المطلب الأول: الدولة الموحدة
49	المطلب الثاني: الدولة المركبة
58	الفصل الثالث: مفهوم الدستور وأنواعه
59	المبحث الأول: معايير تعريف الدستور
59	المطلب الأول: المدلول المادي أو الموضوعي
63	المطلب الثاني: المعيار الشكلي
64	المبحث الثاني : أنواع الدساتير
65	المطلب الأول : التصنيف على أساس شكل الدستور
70	المطلب الثاني : التصنيف على أساس درجة جمود الدستور
73	المبحث الثالث : أساليب نشأة الدساتير

73	المطلب الأول: الأساليب غير الديمقراطية
75	المطلب الثاني: الأساليب الديمقراطية
77	المبحث الرابع: طرق تعديل الدساتير
78	المطلب الأول: إجراءات التعديل الدستوري
80	المطلب الثاني : نطاق التعديل
82	المبحث الخامس: الرقابة على دستورية القوانين
82	المطلب الأول: أسس الرقابة على دستورية القوانين
89	المطلب الثاني: نشأة الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر
93	المطلب الثالث: اختصاصات المحكمة الدستورية
93	الفرع الأول: الرقابة الاختيارية
97	الفرع الثاني: الرقابة الوجوبية
100	الفرع الثالث: الدفع بعدم الدستورية كآلية للرقابة اللاحقة للمحكمة الدستورية