

المقرر الدراسي لمادة القانون الدستوري

1 - وصف المادة :

نستعرض من خلال دراسة هذه المادة التعريف بالدستور ومكانته وخصائص قواعده ونطاق تطبيقه (تنظيم الدولة وتوزيع السلطة فيها)، وكذلك الضمانات المقررة لضرورة احترامه بوصفه القانون الأساسي للدولة. ولكن قبل ذلك يجب أن نتطرق إلى بعض عناصر النظرية العامة للدولة لأنها تشكل نطاق تطبيق الدستور والدولة هي أسبق في الوجود فلا بد من أن يأخذ الطالب فكرة عامة حول نشأتها أركانها وأهم خصائصها القانونية وأنواعها وهذا وفقا للمقرر الدراسي الرسمي.

المؤسسة	جامعة الإخوة منتوري (قسنطينة 1)
الكلية والقسم	الحقوق، قسم القانون العام
الفئة المستهدفة	طلبة السنة الأولى (جدع مشترك)
الحيز الزمني	010 حصص، تدوم كل حصة ساعة ونصف
نوع الدروس / الأستاذ	تطبيق / د. سلطان عمار
السيرة الذاتية للأستاذ	أستاذ سابق في التعليم الثانوي ومفتش سابق لرخص السياقة، حائز على شهادة الماجستير تخصص الإدارة العامة وإقليمية القانون (2012) ودكتوراه العلوم في القانون الدستوري (2018)، وشهادة التأهيل الجامعي (2021).
زمن الوجود	الأربعاء من 12 و 30 د إلى 14 بقاعة الأساتذة للمكتبة
البريد الإلكتروني	soltan.amar@yahoo.com
وقت التواصل	الخميس ابتداء من الساعة السادسة صباحا.

2 - الأهداف العامة للمادة :

يهدف هذا المقرر إلى تمكين الطالب من أن :

- يستوعب مفهوم الدولة، نشأتها و تطور ها.
- يحلل مفهوم الدولة إلى الأركان الأساسية.
- يستنتج الخصائص القانونية للدولة و وظائفها.
- يستوعب ماهية الدستور (المفهوم الشكلي + المفهوم الموضوعي) وخصائص قواعد القانون الدستوري.
- يفرق بين مختلف أنواع الدساتير و المعايير المعتمدة في ذلك و كذا أساليب نشأة ونهاية الدساتير.
- يطبق مكتسباته المعرفية على الدستور الجزائري فيقوم بتحليل بعض النصوص واستنتاج الأحكام و المبادئ المتعلقة بها.
- يتعلم المبادئ الأولية لمنهجية إجراء الأبحاث العلمية المتخصصة من خلال مناقشة الأبحاث التي تعرض دوريا وتقوم من جهة الشكل والمضمون في الحصص التطبيقية.

3 - برنامج اللقاءات :

محاوّر البرنامج	الأهداف الخاصة	عناصر المحور	نشاطات التقييم
المحور الأول : نشأة الدولة	أخذ فكرة عامة حول مختلف النظريات المفسرة لأصل نشأة الدولة	- مقدمة : مراجعة سريعة للنظريات غير العقدية : النظريات الدينية، نظريات القوة و الغلبة، نظريات التطور - النظريات العقدية: العقد الاجتماعي عند كل من هوبز، جون لوك، جاك روسو.	- إعداد جدول يلخص ويستنتج أهم عناصر النظريات الديمقراطية. - نقد عام
المحور الثاني : مفهوم الدولة وأركانها 1. الشعب 2. الإقليم 3. السلطة السياسية	- تحليل مفهوم الدولة إلى عناصرها الأساسية إنطلاقاً من تعريف أحد الفقهاء	- مفهوم الدولة- ركن الشعب - مفهوم الشعب و تمييزه عن المصطلحات الشبيهة - مفهوم الإقليم ومجالاته وطبيعة علاقة دولة به - السلطة السياسية - مفهومها وخصائصها أنواعها، الشرعية/المشروعية	. تقييم: صياغة عناصر الدولة في معادلة رياضية - تقييم حول الشعب
المحور الثالث : الخصائص القانونية للدولة 1. الشخصية المعنوية للدولة 2. السيادة.	- استيعاب معنى الشخصية المعنوية والآثار المترتبة عنها - إدراك مفهوم السيادة ومصدرها و ما يميزها عن السلطة السياسية	- أهمية الدولة - الرأي المنكر - الرأي المؤيد - الآثار المترتبة عن الشخصية القانونية - مفهوم السيادة . مصدر السيادة - الآثار المترتبة عنها.	1 - تقييم حول آثار الشخصية القانونية للدولة 2 -تقييم : بحث في مصدر السيادة المعتمد في الدستور الجزائري.
المحور الرابع : مفهوم الدستور	- معرفة معنى الدستور لغة و اصطلاحاً - التمييز بين المعيار الشكلي (العضوي) والمعيار الموضوعي (المادي)	- تمهيد : معنى الدستور . - تعريف الدستور (معيار شكلي/ معيار مادي) - طبيعة قواعد القانون الدستوري . - خصائص القواعد الدستورية . - مبدأ تدرج أصناف القوانين	. نقد المعيارين . - استنتاج : علاقة المفهوم الشكلي للدستور بالمفهوم وفق المعيار المادي
المحور السادس : نشأة الدساتير و نهايتها.	- تمكين الطالب من معرفة نطاق سريان الدستور من حيث الزمن و أساليب إنشاء الدساتير و نهايتها	- نشأة الدستور بالأسلوب غير الديمقراطي - نشأة الدستور بالأسلوب الديمقراطي - نهاية الدستور بأسلوب قانوني - نهاية الدستور بأسلوب غير قانوني.	- تطبيق يخص البحث في طرق نشأة و نهاية مختلف الدساتير الجزائرية.
المحور السابع : أنواع الدساتير	-استيعاب أسلوب الدراسة وفقاً لمنهجية : الشكل / الموضوع	- من حيث الشكل : د عرفي/ د مدون - من حيث المحتوى: د برنامج/ د قانون - من حيث إجراءات التعديل: د مرن/ جامد	- تطبيق حول تصنيف الدستور الجزائري من بين الأنواع المذكورة
المحور الثامن: الرقابة على دستورية القوانين	- التطبيق العملي لمبدأ سمو الدستور - احترام الشرعية الدستورية	- مفهوم الرقابة - الرقابة القضائية - الرقابة السياسية - الرقابة في الجزائر (المحكمة الدستورية)	- تقييم: البحث في رقابة الدستورية التي يمارسها المجلس الدستوري الجزائري

4 - قائمة المراجع

- بوالشعير سعيد، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، د م ج، الجزائر، 1998.
- بوكرا إدريس، الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات السياسية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003.
- ديدان مولود، مباحث في القانون الدستوري على ضوء التعديل الدستوري الأخير (2016)، طبعة 2017، دار بلقيس للنشر، الدار البيضاء (الجزائر)، 2017.
- رابحي أحسن، الوسيط في القانون الدستوري، دار هومة للنشر، الجزائر، 2012.
- سليمان محمد الطماوي، الأساليب المختلفة لرقابة دستورية القوانين، مجلة العلوم الإدارية، ع 2، ديسمبر 1990.
- سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة و في الفكر السياسي الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.
- شريط لمين، الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات الدستورية المقارنة، ديوان م ج، الجزائر، 2002.
- عصام علي الدبس، القانون الدستوري و النظم السياسية، دار الثقافة للنشر، عمان، 2014.
- غريبي فاطمة الزهراء، أصول القانون الدستوري والنظم السياسية، دار الخلدونية، الجزائر، 2015.

5 - مختصر للدروس التطبيق

الفصل الأول :

النظرية العامة للدولة

نتطرق من خلال هذا الفصل بداية إلى أصل نشأة الدولة (المبحث الأول)، ثم مفهوم الدولة وأركانها (المبحث الثاني) قبل التطرق إلى الخصائص القانونية للدولة (المبحث الثالث).

المبحث الأول :

أصل نشأة الدولة

من أصعب مواضيع النظرية العامة للدولة ذلك المتعلق بأصل نشأة الدولة لأنه يستلزم البحث في أعماق التاريخ وسبر أغوار الحضارات القديمة، لذلك كان محل خلاف بين كل الفقهاء الذين تطرقوا إليه وتعددت الآراء حوله إلى درجة التناقض، نحاول في هذه الدراسة المتواضعة الإلمام بأهم النظريات وأكثرها شيوعاً. والأكيد أن الدولة لم تنشأ صدفة بل كان ذلك نتيجة توافر مجموعة عوامل مختلفة أو عامل مبدئي أعتبر بمثابة الدافع الأساسي لميلاد هذا الكيان الإجتماعي المنظم. والظاهر أن هذا الدافع الذي يتعين البحث عنه كان قويا جدا وذو أهمية خاصة ما دام أنه أستطاع في الأخير أن يحول حياة البشر من الفوضى إلى النظام. وقد اختلف الفقهاء في إيجاد اللغز الذي كان وراء قيام الدولة وأعدوا لذلك نظريات كثيرة وتصورات مختلفة نجملها اختصارا في النظريات غير العقدية (المطلب الأول) والنظريات العقدية أو الديمقراطية (المطلب الثاني).

المطلب الأول :

النظريات غير العقدية

تعددت الآراء والنظريات المفسرة لأصل نشأة الدولة واختلفت إلى حد التناقض وكل فريق يرى صواب رأيه. والملاحظ أن فقهاء القانون الدستوري اختلفوا حول تصنيف هذه النظريات وتقسيمها وفقا لمعايير متعددة، فأوجدوا نظريات كثيرة جدا ومتنوعة لا نستطيع الإحاطة بها جميعا لذلك نتعرض لأهمها بشكل مختصر مركزين على أسس كل منها والنقد الموجه إليها، وعليه نستعرض النظريات الدينية، نظريات القوة والغلبة ونظريات التطور.

1 - النظريات الدينية: (نظرية تأليه الحكام - نظرية الحق الإلهي نظرية التفويض الإلهي غير المباشر)

2 - نظريات القوة والغلبة : (نظرية ابن خلدون، النظرية الماركسية)

3 - نظريات التطور : (نظرية التطور العائلي نظرية التطور التاريخي)

المطلب الثاني :

النظريات غير العقدية (الديمقراطية)

مع انتشار الأفكار الليبرالية في أواخر القرن السابع عشر بدأت تظهر ملامح النظريات الديمقراطية المفسرة لأصل نشأة الدولة والمعارضة بطبيعتها للديكتاتوريات الملكية والمطالبة بسيادة الشعب وحرية في اختيار من يحكمه. وعليه فقد رأى أصحاب هذا الإتجاه أن الشعب هو مصدر السلطة وبالتالي فهو وراء نشأة الدولة، فالدولة الديمقراطية هي وصف لنقل السلطة من الشعب إلى الحاكم. ومن ثم فإن السؤال المطروح بهذا الصدد يتعلق بتحديد الواقعة الموضوعية التي انتقلت بموجبها السلطة من الشعب إلى الحاكم والمفضية إلى قيام الدولة. وكان جواب رواد الإتجاه الديمقراطي أن نقطة التحول مصدرها العقد الإجتماعي أي تطابق إرادات الأفراد لنقل حياتهم الفطرية إلى حياة جماعة منظمة. والملاحظ أن هؤلاء الفلاسفة وإن اتفقوا في أساس نشأة الدولة فقد اختلفوا في تحديد أطراف الإتفاق ومضمونه والحالة التي كان عليها الأفراد قبل الإتفاق وهذا ما سنتعرض له وفق التفصيل التالي :

الفرع الأول : العقد الاجتماعي عند توماس هوبز

كان هوبز (مفكر إنجليزي 1588 - 1679) ربيباً للملك شارل الأول و معلماً للملك شارل الثاني كما تأثرت فلسفته بثورة البرجوازية في القرن الـ17 وبالاضطرابات السائدة حينها في إنجلترا، عايش سقوط الملكية وإعدام الملك شارل الأول عام 1649 وقيام نظام جمهوري، وكانت علاقة هوبز بالأسرة المالكة قوية لذلك فقد كان من أنصار الحكم المطلق في عصره ومؤيداً لحكم آل ستوارث. أساس نظريته أن السلطة أسندت إلى هيئة حاكمة لم تكن طرفاً في العقد الاجتماعي ولم تلتزم أمام الجماعة بأية عهود ولم توافق على أي شروط، بل أن الجماعة هي التي تنازلت عن حقوقها الطبيعية في سبيل الخروج من حالة بؤس أفرادها والعنف والإضطراب قبل العقد إلى حالة السلم النظام والإستقرار بعد العقد. ذلك أن البشر حسب هوبز أنانيون بطبعهم معتدون ذوي نزعة حيوانية وأن التعاقد هو الذي نقلهم من هذه الحالة إلى حالة التحضر حالة النظام والسلم.

يترتب عن هذا التصور من هوبز أن الملك يضع ما يشاء من القوانين دون حسيب ولا رقيب فسلطته يجب أن تكون قوية مطلقة بلا حدود وتستوجب الخضوع الكامل من المحكومين وكان مبرره لتبني هذا الموقف الخوف من عودة الجماعة إلى زمن الفوضى، ذلك الزمن الذي كان يعيشه الإنسان البدائي حسب تصور هوبز. ومن هذا المنطلق أمكن الكاتب للحاكم سلطات مطلقة بلا حدود وقوة جبارة لا تضاهيها قوة أخرى لذلك شبهه بالتنين « The Leviathan » (وهو عنوان كتابه).

نقد النظرية :

كان هوبز مقرباً من العائلة الملكية وقد عايش سقوط الملكية وقيام الجمهورية والتي لم تكن أبداً موفقة بل أكثر ديكتاتورية وفوضى مما عجل في سقوطها، وهو الأمر الذي يفسر دعوته لترسيخ سلطة الملك المطلقة، وعليه فلن تجد الديكتاتورية أفضل من هوبز مدافعاً. كما أن الرجل ينطلق من فرضية غير مؤكدة وهي أن الإنسان متوحش بطبعه عارضه فيها الكثير من الفلاسفة.

الفرع الثاني : العقد الاجتماعي عند جون لوك

جون لوك (1632-1704) طبيب وكيميائي إنجليزي ومؤسس المدرسة التجريبية قبل أن يتحول إلى مفكر وفيلسوف. كان لوك ابن محامي مشهور في بريطانيا و لقد داع صيته في الدعوة إلى الحرية السياسية والإقتصادية أساس الحقوق المدنية من أجل حكومة قانونية. ساند لوك ثورة البرلمان و حكم الجمهورية لذلك فإن أفكاره لا بد وأن تصطدم بالعائلة الملكية (آل ستوارث) المتوجة بعد الجمهورية و كذا مع الأرستقراطية و رجال الكنيسة لكنها لقيت صدى واسعا في إنجلترا وغيرها.

يرى الرجل على عكس هوبز أن الحالة التي كان عليها الإنسان قبل الدولة حالة فطرية ساد فيها العدل والمساواة في ظل القانون الطبيعي وأن الأفراد في سعيهم لتحقيق المزيد من السعادة خاضوا تجربة الانتقال من الحالة الطبيعية الأولى الخيرية إلى الحالة المدنية للتمتع بقدر أكبر من النظام وضمان إستقرار الوضع في ظل سلطة رعية تضمن باستمرار تأطير هذه الحياة. ومن ثم فإن الأفراد تنازلوا حسب لوك عن بعض حقوقهم فقط عند تعاقدهم مع من يحكمهم، والحاكم طرف في العقد وبالتالي فهو ملزم بإحترام هذه الحقوق وعدم التعسف في حكمه بل عليه التقيد بقوانين الكيان الحضاري الجديد (الدولة)، وإلا عارضته المجموعة دفاعا عن النظام العام المتفق عليه عند التعاقد.

نقد النظرية : ساهمت أفكار لوك في تقييد سلطة الحكام ونشر مبادئ الديمقراطية والحرية، وترتب عليها حق الشعوب في مقاومة الحاكم بل وعزله إذا ما جاوز السلطة المخولة له بمقتضى العقد و استبد بالحكم. لكن النظرية لم تسلم من النقد من جهة الدافع إلى التعاقد ما دام أن الإنسان كان يعيش في حالة سلم ومساواة وحرية قبل العقد، كما لم يبين لنا لا مكان ولا زمان الواقعة التي ترتب عليها تولي الحاكم للسلطة بموجب العقد المبرم مع الجماعة.

الفرع الثالث : العقد الاجتماعي عند جون جاك روسو

روسو أديب وفيلسوف فرنسي (1712 - 1778) من أشهر مفكري القرن الـ18 على الإطلاق، كان له الأثر الكبير في تطور الفكر السياسي الحديث وإرساء أسسه من خلال تصورات وكتابات حول الفرد والمجتمع والدولة، ومن مؤلفاته كتاب أصل عدم المساواة بين الناس، حديث في التربية، واعترافات. وأما مؤلفه الأشهر فهو العقد الاجتماعي إذ يعتبر إنجيلا للثورة الفرنسية لما جاء به من مبادئ الحقوق والحرية والمساواة. والكثير من الفقهاء يعتبر أن نظرية روسو هي أساس المجتمع السياسي المعاصر وأصل مشروعية الدولة وفكرة القوانين فهي النواة الأولى للديمقراطية الغربية.

أساس نظرية روسو أن الإنسان كان خيرا بطبعه ولكن بظهور الزراعة وبعدها الصناعة تجلت معهما النزعة نحو الملكية الفردية، مما ترتب عنده زوال أسس المساواة وتحولت سعادة الإنسان من السلام إلى الخصام مما دفع الجماعة إلى البحث عن حل رادع للخروج من حالة النزاع واللامنظام إلى حالة النظام والقانون. وقال روسو بفكرة العقد الاجتماعي أي اتفاق مجموع الأفراد فيما بينهم دون الحكام على التنازل عن جميع حقوقهم الطبيعية لكيان المجتمع الممثل للإرادة العامة للأمة بهدف الانتقال إلى حياة مدنية منظمة تضمن للفرد حقوقه المدنية الأساسية. وفي رأي روسو أن الحاكم لم يكن طرفا في العقد بل هو مجرد وكيل عن الجماعة (الأغلبية) الأصلية، ومن ثم فإن فكرة الأغلبية هي أساس السلطة التي تعمل لصالح إرادة المجموع وعليه فإن لهذه الأغلبية الحق في مقاومة السلطة وعزل الحكام إذا ما انحرفوا عن بنود التعاقد وأهدافه.

نقد النظرية : أسهمت نظرية روسو في تطور مفهوم الديمقراطية أين لا تقوم السلطة إلا على أساس موافقة الشعب فهو صاحب السيادة. وكان لأفكاره دور كبير في القضاء على الإستبداد ولقد تجسدت في الكثير من دساتير الدول الحديثة وإعلانات حقوق الإنسان. لكن النظرية تقوم على الافتراض فقد بدأ كتابتها بقوله إنني أفترض، لذلك فقد اعتبرها بعض مفكري عصره

بأكبر أذوبة سياسية ناجحة. أما الأستاذ بالشعير فيقول بقيامها على الخيال، فلم يثبت تاريخيا وقوع إجتماع بين الناس أبرموا خلاله عقدا لإقامة مجتمع سياسي. كما أن العقد الإجتماعي يفنقر إلى الطابع القانوني، فلا يمكن إبرام عقد إلا إذا كان هناك نظام قانوني قائم سابق عليه.

ومن جهة أخرى فإن رواد النظريات العقدية لم يتطرقوا بالدراسة إلى تجربة رائدة عاشها المجتمع الإنساني في المشرق الإسلامي بالرغم من كونها ثابتة تاريخيا تتمثل في نظام البيعة والتي اعتبرها بعض الفقهاء عقدا يجمع جماعة المسلمين بالخليفة. والدولة الإسلامية الأولى (في قرنها الأول) قامت في الواقع على أساس البيعة مجسدة عقدا اجتماعيا كبيرا حدث قبل 10 قرون من أن يفترضه فلاسفة الغرب، وهي أسلوب واقعي تركز ميدانيا لما يقرب من قرن من الزمن. كما أن الإنسانية عاشت تجارب عديدة من أنظمة الحكم المتطورة في زمانها من خلال الحضارات المختلفة في مشارق الأرض ومغاربها، إلا أن فلاسفة الغرب تعمدوا طمسها.

- تقييم :

تصور جدولاً تلخص فيه الفكرة المشتركة بين رواد النظريات العقدية المفسرة لأصل نشأة الدولة والفروق بينها فيما يخص أطراف العقد حالة الجماعة قبل العقد وكذا الحالة بعد العقد.

جدول موجز لأهم عناصر النظريات العقدية

الفكرة المشتركة : أصل الدولة إتفاق الجماعة على التنازل عن بعض أو كل حقوقها الطبيعية لصالح الحاكم			
صاحب النظرية	الحالة قبل العقد	الحالة بعد العقد	أطراف العقد
توماس هوبز	حياة متوحشة يسودها قانون الغابة	التنازل عن جميع الحقوق للحاكم فلا يجوز مناهضته أو عزله	الجماعة فيما بينها (الحاكم ليس طرفا في العقد)
جون لوك	حالة خيرية (عدل ومساواة في ظل القانون الطبيعي)	التنازل عن بعض الحقوق للحاكم ويجوز عزله ومعارضته	الجماعة و الحاكم
جون روسو	حالة سلم تحول إلى فوضى بسبب الملكية الخاصة	التنازل عن جميع الحقوق لصالح وحدة الجماعة	مجموع الأفراد والجماعة (الحاكم ليس طرفا بل وكيل)

المبحث الثاني :

مفهوم الدولة وأركانها

لأن اختلف الفقهاء بشكل واضح حول أصل نشأة الدولة فإنهم يكادون يجمعوا حول السمات الأساسية للدولة وصفاتها، فهذه الظاهرة موجودة منذ أمد بعيد ولطالما عاش الإنسان تحت سلطان دولة من الدول في حدودها وفي نطاق قوانينها. وجل التعريفات التي حاولت الإمام بموضوع الدولة تدور حول جماعة من الأفراد تقيم على أرض معينة وتخضع إلى سلطة ما مهما كان نوعها ومدى شرعيتها. لكن الإشكالات التي تعترض هذا الموضوع تتعلق خاصة بتحديد المفاهيم القانونية لكل عنصر من عناصر الدولة، ومن ثم يجب التعرض أولا إلى مفهوم الدولة (المطلب الأول) قبل التطرق إلى أركان الدولة (المطلب الثاني).

المطلب الأول :

مفهوم الدولة

أضحت الدولة تعبر اليوم عن المجتمع السياسي المنظم الذي يمثل نقطة إلتقاء الإطار الاجتماعي بالإطار السياسي والإطار الإقتصادي لحياة الأفراد، وهذه الجوانب المتعددة لظاهرة الدولة هي التي جعلت منها فكرة واسعة جدا وغامضة رغم تداولها بشكل واسع من الناحية القانونية. ولا شك أن مفهوم الدولة ذو أهمية بالغة في عالم اليوم لما لها من أثر على حياة الأفراد وحياتهم ومصيرهم. وبالنسبة لطالب الحقوق فإن معرفة مفهوم الدولة يكتسي أهمية خاصة فعليه أن يحيط بفكرة الدولة إحاطة تامة ومن ثم يميز القانون العام عن القانون الخاص والآثار المترتبة عن ذلك. كما عليه أن يعرف دوافع ومبررات وجود السلطة والمرافق العمومية وأهميتها في مجتمعنا المعاصر وهذا لن يتأتى إلا بالمعرفة الكاملة للدولة.

الفرع الأول : المعنى اللغوي

يستعمل مصطلح الدولة في اللغة العربية للتعبير عن حالة الإنتصار في الحرب نوبة يعد الإنهزام، فيقال كانت لنا عليهم الدولة، وفي الحرب يقال الدولة للجيشين مرة نصرا ومرة هزيمة. ويستعمل اللفظ للدلالة أيضا على القوة والغلبة فيقال أدالنا الله من عدونا، اللهم أدلني على عدوي وأنصري عليه. أما في العصر الحديث فإن اللفظ غلب عليه الدلالة على المجتمع السياسي المنظم والمستقر وهذا لتقادي حياة الفوضى. وهذا المعنى عبرت عنه اللغة اللاتينية بمصطلح (STATO) والذي انتقل فيما بعد إلى اللغات الأوروبية بألفاظ مشتقة مثل (state) في الإنجليزية و(ESTATOS) في اللغة الإسبانية ومصطلح (état) في اللغة الفرنسية.

الفرع الثاني : المعنى الإصطلاحي

1 - في العصور القديمة :

عرف هذا المصطلح منذ العصور القديمة بمعنى الكيان البشري المنظم، فقد رأى أرسطو 383 - 322 ق م بأن الدولة تستمد قوتها من ثروتها ومن عدد سكانها وكان يقصد بالدولة مدينة أثينا لا غير. ولم يختلف الرومان عن اليونان فقد اعتبروا روما هي الدولة، وسميت بمدينة النظام « State city » بمعنى أن كلا من اليونان والرومان احتكرا صفة الدولة ومعناها على مجتمعاتهم دون غيرهم من الأمم. بل أن الكثير من فلاسفة الإغريق احتكر القيمة الإنسانية على شعوبهم فقط وصفة المواطنين على الرجال الأحرار من قومهم وأطلق اسم البربر على بقية الشعوب. وكان أفلاطون صاحب المدينة الفاضلة استكثر أن تتمتع الأعراف الأخرى (البرابرة) بأي شكل من أشكال حسن المعاملة ويقصر هذا الحق على الإغريق فحسب.

2 - في العصر الحديث :

أصبح يقصد بلفظ الدولة في العصر الحديث النظام أو الحالة المستقرة للمجتمعات أي ذلك الكيان الاجتماعي المؤطر سياسيا، ومن بين التعريفات المهمة قول الطماوي أن الدولة تمثل مجموع كبير من الناس يقطن على وجه الاستقرار إقليما معينا و يتمتع بالشخصية المعنوية و النظام و الاستقلال السياسي. وقد عرف الفقيه أندري هوريو الدولة على أنها مجموعة بشرية مستقرة على أرض معينة وتتبع نظاما اجتماعيا وسياسيا وقانونيا معينا يهدف إلى الصالح العام ويستند إلى صلاحيات الإكراه. أما الأستاذ فؤاد العطار فيرى أن الدولة ظاهرة سياسية وقانونية تعني جماعة من الناس تقطن رقعة جغرافية دائمة ومستقرة وتخضع لنظام سياسي. أما الفقيه دي مالبارغ فيرى أن الدولة هي مجموعة من الأفراد تستقر على إقليم معين تحت تنظيم خاص يعطي جماعة معينة فيها سلطة عليا تتمتع بالأمر والقهر.

ومما تقدم نستخلص أهم عناصر الدولة المتفق عليها من جل فقهاء العصر الحديث وهي الجماعة البشرية، الجغرافيا أو الأرض، والسلطة السياسية أو النظام القانوني. كما أن الإستقرار عنصر مهم جدا على هذا الوضع لمدة طويلة فلا يكفي توافر العناصر السابقة لمدة قصيرة للقول بقيام دولة من الدول. ويترتب على عنصر الإستقرار اعتراف الغير بهذا الوجود للجماعة على الإقليم بنظام قانوني يحكمها أو ما يعرف في القانون الدولي بالإعتراف الدولي ويمكن أن يكون علنيا أو ضمنيا عن طريق التعامل التجاري وإبرام المعاهدات وتبادل البعثات وغيرها.

- تقييم : إنطلاقا مما تقدم من الدراسة حاول صياغة أهم عناصر الدولة في معادلة رياضية بسيطة.

$$\text{الدولة} = \text{الشعب} + \text{الإقليم} + \text{السلطة السياسية} + \text{الزمن (الإستقرار)}$$

المطلب الثاني :

أركان الدولة

إنتهينا في السابق إلى أن الدولة كيان إجتماعي منظم و مستقر في أغلبيته على رقعة جغرافية محددة تحكمه سلطة سياسية سواء كانت شرعية أم لا، و منه فإن العناصر الأساسية للدولة ثلاث هي: الشعب الإقليم والسلطة السياسية. و لكي يتم استيعاب مفهوم الدولة بشكل أفضل نتطرق بالدراسة و التحليل لكل ركن من هذه الأركان بداية بالركن الأول المتمثل في الشعب (الفرع الأول) ثم ركن الإقليم (الفرع الثاني) و أخيرا ركن السلطة السياسية (الفرع الثالث).

الفرع الأول : الشعب

1 - مفهوم الشعب:

يقصد به مجموعة بشرية تقيم في غالبيتها على أرض الدولة وترتبطهم بها رابطة قانونية سياسية تسمى الجنسية. ولا يشترط الفقه الدستوري في ركن الشعب عدد معين، فقد لا يتجاوز عدد أفراد الشعب الواحد بضع آلاف مثل بليز موناكو البحرين ... كما يمكن أن يتجاوز شعب الدولة الواحدة المليار نسمة مثل الصين والهند. وغالبا ما يسود الإنسجام المعنوي بين أفراد الشعب قائما على عدة عناصر موضوعية مثل العرق اللغة والدين وغيرها من العوامل لكن هذه العوامل ليست حاسمة في تحديد مدلول الشعب، فالدولة يمكن أن تقوم في مجتمع متعدد الأعراق والأديان لأن الأساس هو الولاء للدولة الواحدة بحكم جنسيتها التي يحملونها ويضلون تابعين لها بشكل دائم ومستمر. ولمصطلح الشعب مفهوم سياسي ومفهوم اجتماعي.

أ - المفهوم الإجتماعي للشعب :

الشعب الإجتماعي ذلك المجتمع الذي يحمل جنسية الدولة، أي كل الأفراد بمختلف أعراقهم وأعمارهم بغض النظر عن أية معايير أخرى للتعرف. ويكفي توافر شرط الجنسية التي من خلالها يتمتع الأفراد بالحقوق ويلتزموا بالواجبات إزاء الدولة. وبصيغة أخرى الشعب الإجتماعي يشمل كل مواطني الدولة الحاملين لجنسيتها سواء كانوا مقيمين في الداخل أم في الخارج.

ب - الشعب بالمفهوم السياسي :

يقتصر هذا المفهوم على مجموعة الأفراد من شعب الدولة الذين يحق لهم ممارسة الحقوق السياسية وبالأخص حق الانتخاب وفقا للنظام الإنتخابي للدولة، ومن ثم فإن كل فرد يحمل الصفة السياسية لمعنى الشعب هو بالضرورة فردا من أفراد

الشعب الإجتماعي وليس العكس. وعلى العموم فمهما اختلف النظام الإنتخابي للدولة فإن حيز الشعب السياسي أضيق من حيز الشعب الإجتماعي، ذلك أن الشعب السياسي ما هو إلا جزء من الشعب الإجتماعي.

2 - التمييز بين مصطلح الشعب وما يشبهه من المصطلحات :

أ - السكان : مصطلح ذو معنى أشمل يستغرق كل الأفراد المقيمين داخل إقليم الدولة سواء كانوا مواطنين أم أجنب، بمعنى أن معيار الإقامة الشرعية هو أساس تمييز سكان الدولة. ومنه فإن مدلول السكان يعني الأجنب أيضا متى كانوا مقيمين إقامة شرعية (بإذن أو رخصة من الدولة).

ب - الأمة : هي ظاهرة طبيعية اجتماعية تطلق على جماعة من الناس يقطنون على أرض معينة ويشتركون في مقومات طبيعية مثل الأصل واللغة أو مقومات عقائدية مما يجعلهم يستهدفون غايات مشتركة ومصير مشترك وهو ما يوحدتهم معنويا ووجدانيا، والدولة يمكن أن تكون تجسيدا قانونيا لأمة ما أو جزء من الأمة. وجدير بالذكر أن توافر مقومات الأمة ليست شرطا من شروط قيام ركن الشعب، وهذا لا يمنع من توافر الظاهرتين معا في شعب ما مما يجعل منه أكثر تماسكا وتضامنا. ويرى أحد الفقهاء أن الأمة حقيقة إنسانية إجتماعية لكن الدولة حقيقة إنسانية قانونية (سياسية). وقد اختلف الفقه في تحديد مفهوم الأمة وفي تمييز الشعب عن الأمة وتمييز الدولة عن الأمة وفي أيهما أسبق، وهذه المواضيع مفصلة في الكثير من الكتب يرجى الاطلاع عليها.

الفرع الثاني : الإقليم

يعتبر الإقليم الركن الثاني من أركان الدولة ويقصد به الرقعة الجغرافية التي يستقر فيها الشعب بصفة دائمة وهو الإطار العادي لممارسة السلطة لعمالها واختصاصاتها، أي أن الدولة صاحبة السيادة ولا تنازعها دولة أخرى اختصاصاتها التشريعية الإدارية و القضائية. و يستوي أن يكون الإقليم ضيقا مثل الغاتيكان غرونادا البحرين و غيرها من الدول أو واسعا مثل روسيا كندا الصين، ويمكن أن يكون متصلا أ ومنفصلا. ويشمل إقليم الدولة البر أو اليابسة وما فوقه وماتحته وطبقات الجو التي تعلوه والمياه الإقليمية البحرية إذا كانت دولة ساحلية مع ما تحتها وما فوقها.

1 - خصائص الإقليم :

يكون الإقليم ثابتا أي برا فلا تصلح المسطحات المائية أن تكون لوحدها إقليما ولا المحطات الفضائية، ويكون الإقليم محددًا سواء كانت الحدود طبيعية مثل الجبال الأنهار البحار والأخاديد، أو اصطناعية كالأسلاك الشائكة والأسوار، أو تكون وهمية (حسابية) مثل خطوط الطول ودوائر العرض المجسمة فوق خريطة الكرة الأرضية. كما يكون الإقليم شاملا للمجالات البرية والبحرية والجوية على التفصيل التالي :

أ - المجال البري للإقليم :

هو عبارة عن المساحة الأرضية في اليابسة وكل ما تحتها من ثروات إلى عمق يصل إلى مركز الكرة الأرضية، ويعتبر أهم مجال في إقليم الدولة و أساس قيام ركن الإقليم. و كثير ما تقع النزاعات بين الدول حول الحدود المشتركة بينها، ولتقادي ذلك تلجأ معظم الدول إلى عقد اتفاقات بينها لترسيم الحدود المشتركة بينها.

ب - المجال البحري للإقليم :

ويعني بدهاءة الدول المطلة على البحر ويمتد من الساحل إلى مسافة 12 ميلا بحريا (حوالي 22 كلم)، ولقد حدد هذا المجال على إثر الإتفاقية الدولية لقانون البحار الموقعة في جمايكا سنة 1882 لتقادي النزاعات بين الدول خاصة الدول

المتطورة تكنولوجيا التي تسعى إلى تقليص هذا المجال. وسيادة الدول مطلقة في هذا النطاق فلا يسمح لبقية الدول عبوره أو الصيد فيه إلا برخصة مسبقة ويسمى بالبحر الإقليمي، تمارس الدولة عليه السيادة الكاملة من استغلال للثروات والموارد حية أم لا إلى ما تحت قاع البحر، وتنظم حركة الطيران فوق المجال الجوي لهذا الإقليم البحري وهو يقع أيضا تحت سيادة الدولة. يجاور البحر الإقليمي مجالا بحريا (يقتسم مناصفة بين الدول المتجاورة) لا تمارس الدولة المجاورة سيادتها على هذا النطاق بل تمتلك حقوقا اقتصادية لذلك تسمى بالمنطقة الاقتصادية الخالصة، فتقوم الدولة باستغلال الثروات البحرية فيها إلى غاية قاع البحر التي تخضع لأحكام خاصة بالجرف القاري. وللدولة الولاية في تنظيم الإستغلال البحري الأجنبي فتعطي تراخيص بذلك خاصة للدول الحبيسة (الساحلية) تسمح فقط بصيد الموارد الحية. وبما أن سيادة الدولة على هذه المنطقة اقتصادية فقط فإنه يجوز للسفن الأجنبية الملاحة بحرية وحق العبور، أما الصيد والبحث العلمي فبترخيص.

ج - المجال الجوي :

يمتد نطاق المجال الجوي إلى كل ما يعلو المجالين البري والبحري، ولقد أبرمت بهذا الصدد اتفاقية لتسهيل الملاحة الجوية في فرنسا سنة 1919 ثم هافانا سنة 1928 و شيكاغو سنة 1944 أين تأكدت سيادة الدول على مجالها الجوي بكل ارتفاعاته، و لا يسمح للطائرات الأجنبية عبور المجال الجوي إلا بترخيص. و أمام التطور التكنولوجي الهام أصبح هذا المجال عرضة للإنتهاك من قبل الأقمار الصناعية للتجسس و المراقبة و هو ما يتطلب تنظيم دولي للفضاء.

2. طبيعة حق الدولة على إقليمها :

اختلف الفقه حول تكييف أساس العلاقة الموضوعية التي تربط الإقليم بالدولة بين من اعتبر حق الدولة حق ملكية ومن يرى بأن حق الدولة هو حق سيادة و جانب آخر اعتبر حق الدولة على إقليمها حق عيني نظامي. أما الرأي الأول فيقول أن الإقليم هو جزء من أملاك الدولة فيمكنها أن تتصرف فيه كما تشاء، إلا أن هذا الرأي انتقد من حيث أنه يؤدي إلى التضارب بين ملكية الدولة للإقليم بشكل عام و بين ملكية الأفراد الخاصة الواقعة على العقارات بما يصل إلى تنازع شخصيتين مختلفتين على ملكية واحدة. أما الرأي القائل بأن حق الدولة على إقليمها هو حق سيادة فتعرض للنقد لأن الدولة تمارس السيادة على الأفراد لا على الإقليم.

وأما الفقه الحديث فينحو عموما نحو القول بأن حق الدولة على إقليمها هو حق عيني نظامي ذو طبيعة خاصة، إذ يمثل الإقليم الإطار المادي المحدود الذي يسمح للدولة ببسط سلطتها على الأشخاص وعلى الأملاك العمومية وممارسة سيادتها. ولا يمكن للدولة التصرف في الإقليم إلا بشكل استثنائي وبضوابط قانونية صارمة. ويعتبر هذا الرأي أقل النظريات انتقادا وأكثرها حجة واعتمادا.

الفرع الثالث : السلطة السياسية

بعض الفقهاء جعل من السلطة أساس قيام الدولة وأهم عنصر فيها على الإطلاق مهملين إلى حد ما بقية عناصرها، إذ أن الشعب والإقليم عناصر طبيعية منطقية، ومن تحصيل الحاصل الكلام عنها. أما السلطة السياسية فهي العنصر الفاصل في قيام الدولة من عدمه، بل أن الكثير من الناس يخطئ بين مفهوم الدولة ومفهوم السلطة السياسية. وتجدر الإشارة إلى أن السلطة ظهرت في كل التنظيمات بمجرد تمكن شخص أو مجموعة من فرض إرادتها على الغير والتمكن من إصدار الأوامر وخضوع الغير لها.

1 - تعريف السلطة السياسية :

يرى الفقيه بيردو أن الدولة ما هي إلا تنظيم لسلطة القهر وهي كذلك عنوان السلطة المطلقة. والواضح من هذا التعريف إقتصار قيام الدولة على عنصر السلطة مما يبين أهميتها الخاصة، فالسلطة السياسية ضرورية لأداء الدولة لوظائفها الداخلية والخارجية مما يتطلب استحوادها على وسائل القوة والقهر. وتجدر الإشارة إلى أن مصطلح السلطة يختلف عن مصطلح السيادة، فالسيادة خاصة لاحقة للدولة إذ يمكن تصور دولة بلا سيادة أو ناقصة السيادة، ولكن لا يمكن تصور دولة بدون سلطة سياسية فالجماعة البشرية موجودة دائما مثلها مثل الإقليم وأما السلطة فهي الركن الثالث الذي تقوم عليه الدولة. ومن جهتها عرفت إحدى الدراسات السلطة السياسية وفقا للمعيار العضوي بأنها تلك الهيئة المنتمية إلى الشعب السياسي التي تتولى مهمة الإشراف على شعب الدولة وعلى الإقليم وهي لوحدها تحتكر وسائل القوة وحق استعمالها لفرض النظام واحترام القانون

2 - صور السلطة السياسية :

تختلف صور وأشكال السلطة السياسية من دولة لأخرى من جهة ومن زمن لآخر من جهة ثانية، لكنها لا تخرج عن إطار التصنيف المبين أسفله وفقا للتطور التاريخي، فهي لا تعدو أن تكون سلطة معنوية بسيطة تمارسها الجماعة على الفرد أو سلطة مطلقة لشخص واحد على باقي الجماعة أو سلطة يمارسها حاكم كوكيل عن الجماعة لفائدتها وتحت مراقبتها وهي ما تسمى بالسلطة المؤسسة وهي الصورة الأحدث والأكثر تعبير عن المبادئ الديمقراطية.

أ - سلطة الجماعة :

في القديم كان الإنسان كعضو في الجماعة مرتبط بها ارتباطا وثيقا بالرغم من إمكانية تعارض مصالحه الخاصة مع مصالح الجماعة، ذلك أنه إذا ما قرر التمرد على الجماعة أو الخروج عن أعرافها يمكن أن تتبذه الجماعة أو يتعرض إلى الطرد وهو أشد أنواع العقوبات المعنوية. ولتفادي ذلك يخضع الفرد إلى سلطة الجماعة فيتصرف بما يرضيها ويضحي ببعض خصوصياته من أجل بقاء رابطته بالجماعة.

ب - السلطة المجددة في شخص :

هي سلطة مرتبطة بشخص الحاكم يمارسها كإمتياز لما يتمتع به من نفوذ وخصائص ذاتية، ومن نماذجها السلطة التي يرثها الحاكم أبا عن جد أو السلطة التي يستولي عليها القائد العسكري. وهذا النوع من السلطة ساد في العصور القديمة والوسطى وأستمرت بعض نماذجها إلى العصر الحديث بل، في الواقع، إلى العصر المعاصر وإن قلت حدته ولم يصرح به علنا لكن بعض الممارسات توحى بذلك.

ج - السلطة المؤسسة :

هي السلطة القائمة على رضى المحكومين وفقا للدستور القائم و الذي وافق عليه بواسطة الاستفتاء أو السلطة التأسيسية التي انتخبوها من أجل وضع دستور للبلاد. وعليه فإن الحاكم يمارس السلطة لا كإمتياز ولكن كوظيفة أسندت إليه لمدة محددة من قبل صاحب السيادة (الشعب). وفي هذا النوع فإن الوسيلة التي يتم من خلالها ممارسة السلطة هو الانتخاب وبه يتم تكوين المجالس والهيئات النيابية. وكنتيجة لظهور السلطة المؤسسة يستقر النظام وتبرز القواعد القانونية الملزمة للجميع نظرا لقيامها على أساس المصلحة العامة، ومن جهة أخرى تستطيع السلطة السياسية أن توفق بين سيادة القانون والتطور التاريخي للمجتمع.

3 - التفريق بين مصطلحي الشرعية والمشروعية :

أ - مصطلح الشرعية (la légalité) :

يعني الإستناد إلى النصوص القانونية في كل تصرفات السلطة السياسية وممارساتها وأعاونها. ففي المجال الدستوري فإن السلطة الشرعية هي السلطة التي تصل إلى الحكم وفقا للقانون ساري المفعول في الدولة وأيضا الحكم وفقا للقانون، وعليه فإن الشرعية الدستورية هي تطابق أعمال السلطة مع الدستور. أما الشرعية الجزائية فمقتضاها عدم جواز معاقبة أي شخص لا حبسه ولا تغريمه ولا حرمانه من أي من حقوقه إلا بنص من قانون العقوبات، وأساس الشرعية الجزائية ما نصت عليه المادة الأولى من قانون العقوبات : « لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون ». ومن ثم فإن الشرعية تعني ضرورة التمسك بحرفية النص القانوني واحترامه في فحواه وفي معناه.

ب - مصطلح المشروعية (la légitimité) :

هي صفة أو صورة تطلق على السلطة التي يعتقد المحكومون أنها جاءت ترجمة لما يرضونه من قيم ومبادئ بالرغم من كونها غير شرعية. وغالبا ما يكون لمثل هذه السلطة مرجعيات تستند إليها في غياب الشرعية الدستورية كالمشروعية التاريخية والمشروعية الثورية والمشروعية الإيديولوجية والكاريزماتية أي المشروعية المرتبطة بزعيم يلقي الرضى والتأييد من شعبه. وعليه فهناك خلافا بين الشرعية والمشروعية من حيث الطبيعة وليس من حيث الدرجة، إذ أن الشرعية الدستورية تعني المفهوم القانوني الدقيق الذي لا يقبل الاختلاف، في حين أن المشروعية مفهوم فضفاض غير دقيق يمكن الاختفاء وراءه وإقناع الشعوب بشرعية السلطة السياسية باستعمال كل الوسائل مثل الإعلام والدعاية. وقد نصت الكثير من المواثيق الجزائرية على المشروعية الثورية التاريخية كأساس للحكم.¹

4 - خصائص السلطة السياسية :

- سلطة دائمة لا تزول بزوال الأشخاص.
- سلطة أصلية وأصيلة مستقلة داخليا وخارجيا ليست نابعة من سلطة أخرى ولا تابعة.
- سلطة عليا وعامة ذات إختصاص شامل للإقليم ولكل أفراد الشعب.
- تحتكر تسخير و استعمال القوة العسكرية لفرض إرادتها في الداخل وحماية حدود البلاد.
- سلطة مدنية تخضع لها المؤسسة العسكرية تبعية المرؤوس للرئيس.
- تحتكر صلاحيات سن القوانين وإصدار اللوائح التنظيمية وحق توقيع الجزاء في حالة مخالفة النظام وهذا على أساس المصلحة العامة للمجتمع.

5 - تقييم : اذكر بعض الأمثلة لشعوب الدول التي تتشكل من عدة أمم و للأمم مقسمة بين عدة شعوب و نماذج من الدولة الأمة.

- الشعب الأمريكي و الهندي يتشكل من عدة أمم و أعراق مختلفة، أندونيسيا، جنوب إفريقيا ...
- المسلمين، العرب، الأكراد، الطوارق ... هي أمم مفرقة على عدة شعوب أو دول.
- الدولة الأمة : فرنسا، إيطاليا، ألمانيا، اليونان ...

¹ - أنظر لمزيد من التفصيل : بوالشعير سعيد، مرجع سابق، ص 89 و ما يليها.

المبحث الثالث :**الخصائص القانونية للدولة**

بإلتزام الأركان الثلاثة للدولة يتشكل كيان معنوي للدولة يصنع عليها الشخصية الافتراضية المستقلة عن أشخاص السلطة السياسية مما يلزمها القيام بوظائفها و يحق لها ممارسة سيادتها على إقليمها وسنّها لقوانينها الخاصة وربطها لعلاقات مع السلطات السياسية للدول الأجنبية وكذلك ممارسة مختلف المهام المكلفة بها، وتتمثل الخصائص القانونية للدولة أساسا في الشخصية المعنوية (المطلب الأول) وخاصة السيادة (المطلب الثاني).

المطلب الأول :**الشخصية القانونية للدولة**

من المسلم به في الوقت الحاضر أن الوحدات الإقليمية للدولة تتمتع بالشخصية المعنوية التي تمكنها من التسيير الإداري المستقل نسبيا مع وجود الرقابة الوصائية وكذا استقلالية مالية وأهلية للتقاضي، وهذه المبادئ تطبع الشخص المعنوي بالمرونة في أداء مهامه وتميزه عن بقية مؤسسات الدولة كما تخفف من إجراءات البيروقراطية. وإذا كانت الدولة هي التي تعطي لهذه الوحدات الشخصية القانونية عن طريق القانون فمن الذي يمكن الدولة من اكتساب الشخصية القانونية؟ هذا ما سنجيب عنه من خلال العناصر الآتية.

1 - مفهوم الشخصية المعنوية :

بمنح الشخصية المعنوية للدولة تكون أهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات شأنها شأن الأفراد الطبيعيين مما يجعلها متميزة عن الأفراد المسميين لها من جهة ولها ذمة مالية خاصة من جهة ثانية. ومنه فإن الشخص القانوني قد يتخذ صفة الشخص الطبيعي، ويمكن أيضا أن يتخذ صفة مجموعة من الأشخاص أو الأموال أو جمعيات وشركات ومؤسسات مختلفة أحدثت من أجل هدف معين واصطلح الفقه القانوني على تسميتها بالأشخاص المعنوية، فهل هذا الطرح ينطبق على الدولة أيضا؟ انقسم الفقه إلى فريقين: منكر للشخصية القانونية للدولة ومؤيد لها.

أ - الإتجاه المنكر للشخصية القانونية للدولة:

ذهب بعض الفقهاء إلى إنكار فكرة الشخصية المعنوية للدولة، واعتبروها محض خيال، فالدولة عندهم هي عبارة عن مجموعة من الحكام والمحكومين، وما إرادة الدولة إلا إرادة الفئة الحاكمة التي تعمل على حمل الفئة المحكومة على طاعتها. ومن ثم فإن الدولة عندهم هي ظاهرة اجتماعية طبيعية تنشأ بصفة تلقائية عند الاختلاف السياسي الذي يؤدي إلى بروز فئتين إحداهما حاكمة تباشر إختصاصات السلطة العامة وأخرى محكومة عليها واجب الطاعة. ومن أبر رواد الرأي المنكر للشخصية القانونية الفقيه الفرنسي دوجي الذي اعتبرها نتيجة افتراضية بحتة أعتد بها لتبرير وتأسيس كيان وهمي. وبالرغم من أهمية هذا الإتجاه الفقهي في مجال القانون العام إلا أن القانون الوضعي وغالبية الفقه استقر على تأييد فكرة الشخصية المعنوية للدولة.

ب - الإتجاه المؤيد للشخصية القانونية للدولة:

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن الدولة وحدة متميزة عن الأفراد المكونين لها، وقد تم ابتكار هذه الشخصية المعنوية لتمييز بعض التجمعات البشرية المنظمة التي تسعى إلى تحقيق مصلحة مشروعة عن الأشخاص المسميين لهذه الكيانات مثل الشركات، الولايات، البلديات والدولة على رأسها طبعاً. وعلى العموم فإن الدولة هي التي تعطي الشخصية القانونية لبعض

وحداتها الإقليمية، وبعض المؤسسات الاقتصادية والاجتماعية الخاضعة لسلطتها، فكيف يعقل ألا تتمتع هي نفسها بهذه الصفة؟ ويقول أحد الفقهاء أنه لا يكفي في الدولة توافر الأركان الثلاثة السالفة الذكر لكي تباشر القيام بمهامها بل يجب أن تكون متمعة بالشخصية الخاصة بها المنفصلة عن الأشخاص المكونين لها و التي تبقى ملازمة لها ما دامت قائمة.

وقد لاقت فكرة الشخصية المعنوية إنتقادا كبيرا بحجة أن الشخصية القانونية التي تكسب الأهلية في التصرفات لا تكون لغير الكيان الآدمي. والظاهر أن هناك خلط بين المدلول اللغوي للشخص الذي يعني الفرد الطبيعي، والمدلول الاصطلاحي القانوني والذي يعني كل كيان له أهلية التصرف كوحدة منفصلة عن كيان الأشخاص المكونين له. وعليه فالعبرة بأهلية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات سواء كان هذا الشخص القانوني بدني حقيقي أو شخص معنوي افتراضي.

2 - النتائج المترتبة عن الإعراف بالشخصية المعنوية للدولة:

- حكام الدولة يمارسون وظيفة (مؤسسة الدولة) وليسوا مالكين لها (شخصنة الحكم) .
- استقرار الدولة واستمراريتها بغض النظر عن زوال الحكام أو تغييرهم، وقرارات الحكام تصدر باسم الدولة وكذا القوانين، فهي ملزمة باحترامها كل حين.
- استقلالية الذمة المالية للدولة عن ذمة أشخاص الحكام، فخزينة الدولة ليست ملكا لهم، وهم يتقاضون منها رواتب كغيرهم من موظفي الدولة.
- المساواة بين الدول من الناحية القانونية بغض النظر عن المعطيات الأخرى.

- **تقييم:** بعد انتخاب رئيس جديد للدولة أراد أن يتملص من اتفاق أبرمته الدولة مع دولة أخرى في زمن الرئيس السابق مدعيا أنه غير ملزم به، ما مدى شرعية هذا التصرف؟

المطلب الثاني :

خاصية السيادة

يحظى موضوع السيادة بأهمية خاصة في مجال نظرية الدولة باعتباره عنصر أساسي يميز الدولة عن غيرها من التجمعات، فالدولة تتميز ليس فقط بالشخصية المعنوية وأركانها الثلاث و إنما أيضا بالسيادة المطلقة على إقليمها وشعبها ولا ينازعها في ذلك أحد. كما يعتبر هذا الموضوع من أعقد موضوعات القانون العام وأكثرها التباسا. فما المقصود بمصطلح السيادة؟ ما خصائصها؟ وما مصدرها؟

1 . مفهوم السيادة :

رغم الأهمية الكبرى لفكرة السيادة كمبدأ دستوري أساسي تبني عليه الدول الحديثة نظمها السياسية فقد اختلف الفقه حول مدلولها بسبب تباين مظاهرها وتعدد جوانب النظرة إليها. سلطة أمرة قاهرة لا تقاوم تضمن تنفيذ أوامرها من حيث سيطرتها على القوة العسكرية. وفي الفقه الدستوري التقليدي تعرف السيادة على أنها سلطة الدولة العليا التي لا يسمو عليها شيء ولا تخضع لأحد وهو ما يجعلها تفرض على الجميع سلطانها. وأما الأستاذ رابحي فعرفها بأنها السلطة العليا التي تسمو على الجميع داخل حدودها وتتعامل في الخارج على قدم المساواة مع السيادة المماثلة.

ورغم أن هذا التعريف يتسم بالشمولية إلا أنه يخلط نوعا ما بين مفهوم السيادة ومفهوم السلطة السياسية. ولتقادي هذا الخلط وفي مقارنة مع السلطة السياسية يقول أحد الفقهاء أن السيادة هي سمة تتصف بها الدولة قد تفقدها الدولة بدون أن تزيل

وجودها في حين لا يتصور وجود دولة بدون سلطة سياسية. وعلى العموم فإن الإختصاص القانوني قد قلص من إطلاق السيادة وعموميتها وأعطى للقضاء إمكانية إلغاء بعض التصرفات التي لا تحترم قواعد الإختصاص.

2 - خصائص السيادة :

- شاملة لجميع الأفراد المقيمين على إقليم الدولة.
- دائمة ترتبط بالقدرة على صناعة القواعد القانونية التي تسمح بتأسيس مشروعيتها.
- إرادة مجردة عن أشخاص الحكام فالسيادة وصف لعنصر موضوعي غير شخصي
- ذات سلطة عليا وقاهرة تحوز على القوة الضرورية لفرض إرادتها.
- وحدة السيادة لا تقبل التجزئة وغير قابلة للتفويض أو التصرف فيها.

3 - مصدر السيادة:

إن كانت السلطة السياسية تمارس السيادة من الناحية القانونية، فما هو منهل السيادة من الناحية السياسية؟ وبعبارة أخرى ما هو مصدر السيادة؟ إنقسم الفقه إلى اتجاهين بين من يقول بسيادة الأمة و من يقول بسيادة الشعب.

أ - نظرية السيادة الوطنية (سيادة الأمة):

قامت على أنقاض نظرية السيادة المطلقة ومن ثم فإن السيادة ليست للحاكم بل للأمة باعتبارها كائنا مجردا عن الأشخاص المكونين لها فلا يمكن تجزئتها بين الأفراد، فهي وحدة واحدة ولكنها من حيث الممارسة تعهد إلى هيئة تستخدمها لصالح الكل كما ذهب إلى ذلك روسو في كتابه العقد الإجتماعي. ولقد عرفت هذه النظرية رواجاً كبيراً في العصر الحديث وكانت أساس لقيام العديد من الأنظمة السياسية خاصة في أوروبا، وكان البرلمان هو أداة الصراع ضد أنظمة الحكم المطلق.

وأهم الآثار المترتبة عن اعتناق نظرية سيادة الأمة تتمثل في أن الأمة لا تقتصر على جيل واحد بل تمتد في الزمن إلى الماضي وإلى المستقبل، ولا تصلح هذه النظرية للتطبيق في النظام الجمهوري بل فقط في النظام الملكي، و أن حق الانتخاب مقيد بشروط معينة وليس متاح لجميع المواطنين، كما أن النائب في البرلمان يمثل المجموعة الوطنية بأكملها ووكالته عامة للأمة جميعاً. وعليه فإن القانون الصادر عن البرلمان يعبر عن الإرادة العامة للأمة وبالتالي لا يجوز الطعن فيه، فلا مكان لرقابة دستورية القوانين، وقد أدى هذا الأمر إلى تعظيم القوانين وسمو البرلمان مما نتج عنه ديكتاتورية البرلمان كبديل عن ديكتاتورية الحكام.

ب - نظرية سيادة الشعب :

تشارك مع النظرية السابقة من حيث أن السيادة ليست للحاكم وإنما للجماعة، وقد كانت الإنتقادات الموجهة للنظرية الأولى هي السبب في اللجوء إلى مقتضيات هذه النظرية. وأساسها أن السيادة في الدولة مصدرها مجموع أفراد شعبها كأعضاء في الجماعة، بحيث تتوزع على كل فرد من الأفراد بالتساوي، فهذه النظرية تتجه إلى أفراد الشعب بصورته الحقيقية وليس كوحدة فلسفية لا تقبل التجزئة فجاءت مطالبة بتمكين الشعب من ممارسة سيادته الفعلية في اختيار ممثليه عبر آلية التمثيل النسبي وتكريس معنى الشعب السياسي وتوسيع نطاق الهيئة الناخبة فلا تقتصر على الطبقة البرجوازية.

وأهم النتائج المترتبة عن هذه النظرية أن الانتخاب حق لكل مواطن بدون قيد إلا ما نص عليه القانون والإقتراع عام ومباشر، ومن ثم فإن هذه النظرية تصلح للتطبيق في كل من النظام الجمهوري والنظام الملكي. ومقتضى سيادة الشعب تمنع

مصادرة إرادة الأجيال فهي تقيد سيادة الأغلبية في الجيل الحاضر فقط. والنائب في البرلمان يمثل دائرته الانتخابية فقط مما يستدعي وكالة إلزامية خاصة بينه وبين الناخب. وأخيرا فإن القانون الصادر عن البرلمان هو تشريع الأغلبية فعلى الأقلية احترامه مع الحق في معارضته عبر آلية الرقابة على دستورية القوانين بما يعني زوال فكرة قداسة القانون وعصمته.

النقد الموجه للنظرية :

لاقت النظرية رواجاً كبيراً من الناحية الفكرية والدستورية وقد تبنتها جل الدساتير الحديثة لكونها أكثر تعبيراً عن مبادئ الديمقراطية وأكثر واقعية، كما أنها تتماشى مع الديمقراطية المباشرة وكذلك شبه المباشرة بمظاهرها المختلفة حسب بعض الفقه. ومع هذا فلم تسلم من النقد خاصة فيما يتعلق بالوكالة الخاصة بين النائب ودائرته الانتخابية التي يمثلها مما أدى إلى عدم استقرار النائب بفعل عزله وكذلك تغليب المصالح المحلية على المصالح الوطنية وانتهى الأمر إلى استبدال هيئة الناخبين بالناواب. ولتفادي هذه السلبيات لجأت بعض الدساتير إلى المفاضلة المرنة بين النظريتين ومحاولة دمج بعض مبادئ كلا منهما على غرار دستور فرنسا لسنة 1946 ومختلف الدساتير الجزائرية ومنها دستور سنة 1996.

- **تقييم :** من نتائج نظرية سيادة الشعب أن الطبقة البرجوازية هي فقط من تتمتع بحق الانتخاب لأن هذا الحق مقيد بشروط ينص عليها القانون، هل هذا صحيح؟

- **واجب منزلي:** بحث في مصدر السيادة المعتمد في الدستور الجزائري.

الفصل الثاني :

النظرية العامة للدستور

سلطنا الضوء في ما تقدم على أهم النظريات المفسرة لأصل نشأة الدولة مع استعراض أهم الانتقادات الموجهة لكل منها، وعلى العموم فقد أخذنا فكرة عامة عن أصل نشأة الدولة مفهومها والأركان التي تقوم عليها من جماعة بشرية وإقليم وسلطة سياسية. وأن الأوان للإنتقال إلى موضوع يكتسي أهمية خاصة ألا وهو دستور الدولة بإعتبارهاضباط العلاقات بين الأفراد والمجتمع فهو يهدف إلى التوفيق بين السلطة والحرية في إطار الدولة. فما المقصود بمصطلح الدستور؟ وما يميزه؟ كيف ينشأ وكيف ينتهي؟ ما أنواع الدستور؟ وما هي الرقابة على دستورية القوانين؟ تلك هي أهم مواضيع الفصل الثاني التي نتطرق إليها تباعاً بداية بأساليب نشأة ونهاية الدساتير (المبحث الأول)، ثم أنواع الدساتير وخصائص قواعد القانون الدستوري (المبحث الثاني)، وأخيراً الرقابة على دستورية القوانين (المبحث الثالث).

- تمهيد : مفهوم الدستور

يقصد بكلمة الدستور لغة القانون الأساسي وهي كلمة ذات أصل فارسي، وهي دخيلة على اللغة العربية وذات دلالة واسعة تتصرف إلى كل تنظيم يعنى بمجموعة بشرية. ويقابلها لفظ (constitution) باللغتين الإنجليزية والفرنسية (constitucion) بالإيطالية ولفظ (verfassung) باللغة الألمانية. وحسب الأستاذ بالشعير فإن الدستور هو مجموعة القواعد الأساسية التي تبين كيفية تكوين وتنظيم الجماعة. أما اصطلاحاً فقد اختلف الفقه حول تحديد مفهوم الدستور تبعاً لاختلاف زوايا النظر إلى هذا الموضوع الشائك والبالغ الأهمية. لكن أغلب الدراسات تستند في تحديد مفهوم الدستور إلى أحد المعيارين (شكلي/موضوعي). يستند المعيار الشكلي على المظهر الخارجي للوثيقة الرسمية المعنونة بالدستور، أما المعيار الموضوعي فيهتم بالمضمون و موضوعات القانون الدستوري.

أ - تعريف الدستور وفقا للمعيار الشكلي :

يعتمد هذا المعيار أساسا على الشكل الخارجي و الهيئة التي تصدر الدستور فيسمى أيضا بالمعيار العضوي وعلى أساسه يقصد بالدستور تلك الوثيقة التي تبين نظام الحكم في الدولة وتوزيع السلطات العامة فيها، وهي من وضع سلطة تأسيسية أعلى من السلطة التشريعية، وبالتالي فلا يمكن تعديل قواعد الدستور إلا بإتباع إجراءات خاصة. وعليه فكل ما تضمنته الوثيقة من قواعد وأحكام يدخل ضمن نطاق الدستور مهما كانت طبيعته وبخلاف ذلك فلا يدخل ضمن نطاق الدستور أية قواعد أو نصوص لا تتضمنها هذه الوثيقة.

نقد المعيار الشكلي:

التعريف الشكلي لا يصلح إلا للدساتير المكتوبة دون العرفية، ورغم أن الدستور الإنجليزي كان الأسبق في الوجود فإنه لا يعترف له بصفة الدستورية. الدساتير المكتوبة نفسها لا تضم كافة القواعد الدستورية، فبعضها يمكن أن يوجد خارج الوثيقة الدستورية مثل القوانين العضوية في فرنسا وفي الجزائر أيضا. كما أن إعطاء الطبيعة الدستورية لبعض القواعد لمجرد النص عليها في الدستور قد يجانبه الصواب ومثال ذلك نص الدستور السويسري على أحكام صرع الحيوانات ومنع دبحها، ونص الدستور الجزائري على أن اللغة العربية هي اللغة الوطنية و الرسمية ونص الدستور الفرنسي لسنة 1848 على إلغاء عقوبة الإعدام في الجرائم السياسية. ومن ثم فإن الكثير من الفقهاء يعيب على هذا المعيار تغليب مظهر القانون دون جوهره مما ينال من روحه وغايته.

ب - تعريف الدستور وفقا للمعيار الموضوعي :

يشمل مفهوم القانون الدستوري طبقا لهذا المعيار جميع القواعد والأحكام المنظمة لعمل السلطات العامة في الدولة. فجوهر تكليف القواعد والأحكام هو الفيصل الحقيقي في تعريف القانون الدستوري بغض النظر عن مصدرها ومكان وجودها في الدستور أو خارجه. والمعيار الموضوعي يركز على موضوع القاعدة القانونية و محتواها ولهذا يسمى أيضا بالمعيار المادي، وعليه فإن القانون الدستوري وفقا لهذا المعيار هو "مجموعة القواعد القانونية الأساسية التي تحدد النظام السياسي في الدولة، أي شكل الدولة ونظام الحكم فيها وتنظيم السلطات فيها والعلاقات بينها وبين الأفراد".

نقد المعيار الموضوعي:

عمليا يصعب تحديد القواعد الدستورية تأسيسا على مدى ارتباط موضوعاتها بالدستور. ويتسم تعريف الدستور وفق هذا المعيار بالاتساع والمرونة مما يفتح المجال إلى التأويلات حول مختلف القواعد الدستورية التي تجد مصدرها خارج الدستور. وإذا اعتبرنا أي نص يوجد خارج الدستور بأنه قاعدة دستورية فيجب إحاطته بنفس العناية التي يحظى بها الدستور من طريقة الإصدار والتعديل والسمو، وهذا الأمر في غاية الصعوبة إذ يتطلب لتحديد مفهوم الدستور الدراسة القبلية لكل المنظومة القانونية للدولة للفصل فيما هو دستوري وما ليس بدستوري.

نتيجة:

لنقادي النقائص المتعلقة بكل المعيارين ينبغي لتحديد مفهوم الدستور التوفيق بين المعيارين، وعموما يجب التفريق بين مصطلحي الدستور والقانون الدستوري. ولعله من الصواب اعتبار المفهوم الشكلي للدستور مصدرا من مصادر القانون الدستوري وفق ما ذهب إليه الأستاذ بوالشعير.

3 - تمييز القانون الدستوري عن المصطلحات المشابهة :

يعتبر مصطلح الدستور أسبق وجوداً من مصطلح القانون الدستوري، وإذا احتكنا إلى المعيار الشكلي فسيكون للمصطلحين نفس المعنى لكن بالاحتكام إلى المعيار الموضوعي فإن القانون الدستوري أوسع وأشمل بإعتباره علم يدرس النظرية العامة للدولة والدستور والنظم السياسية بما فيها النظم الحزبية والانتخابية بحيث يتعدى الدستور إلى موضوعات أخرى. واختصاراً يمكن القول أن الدستور هو الوثيقة المعنونة كذلك أما القانون الدستوري فهو الجانب التحليلي لهذه الوثيقة. والتحليل ينطلق من الوثيقة لكنه يتعداها إلى الفقه والمقارنة والتطبيق العملي والنقد.

أما مصطلح النظام الدستوري فيعرف من الناحية القانونية بأنه دراسة مجموع القواعد التي تحدد نظام الحكم في دولة معينة. أما بالمفهوم الليبرالي فقد تم ربط فكرة النظام الدستوري بالطابع الديمقراطي تأثراً بالفلسفة الفرنسية حسب بعض الفقه، بحيث أن الدول غير الديمقراطية لا تملك نظاماً دستورياً لأن دستوراً لا يكبح سلطان الحاكم ولا يكفل حقوق وحرّيات المحكومين، بمعنى أنه ليس كل دولة لها دستور هي دولة دستورية. ومن ثم فإن الدولة لكي تصبح ذات نظام دستوري بالمفهوم الغربي (régime constitutionnel) يجب أن تتوافر فيها شروطاً معينة سواء على مستوى النصوص (الدستور) أو على مستوى الممارسات، بحيث يكون دستور الدولة وضع بالإرادة الحرة للشعب و أن يكون الوصول إلى السلطة وفقاً لأحكام الدستور ويتم إعمال الفصل الحقيقي بين السلطات و استقلالية القضاء لكي يكفل حماية الحقوق و الحريات الفردية و الجماعية. و باختصار يجب أن تكون دولة قانونية كما تقدم و رأينا.

4 - طبيعة قواعد القانون الدستوري: في إطار هذا العنوان يمكن التساؤل: هل القاعدة الدستورية تتضمن عنصر الجزاء أم لا؟

1 - إتجاه منكر لأنه لا يمكن إلزام الحكام بها ولا معاقبتهم لمخالفتها.

2 - اتجاه مؤيد على أن طبيعة الجزاءات خاصة تتماشى وطبيعة القواعد الدستورية وتتمثل في الرقابة المتبادلة بين السلطات والرقابة على دستورية القوانين ويمكن للشعب أن يمارس جزاء على المخالفين للدستور من خلال عدم انتخابهم مجدداً أو الثورة عليهم أو التعبير عن الرفض بالمظاهرات أو بأي وسائل أخرى.

المبحث الأول :

نشأة و نهاية الدساتير

تتميز الوثيقة الدستورية بالنسبية والتحديد الزمني على غرار سائر الأعمال البشرية وسائر أنواع النصوص القانونية، ومن ثم فإن كل دستور هو صالح لفترة معينة مهما طال قبل أن يناله التعديل أو الإلغاء وهذا تبعا للمتغيرات السياسية الاقتصادية والاجتماعية في كل البلدان، وكل جيل له ميولاته وطموحاته وأولوياته ومهما كان الدستور جيداً ومتكاملاً فهو في النهاية اجتهاد بشري تطرأ عليه الحاجة إلى التغيير والتطوير. و في الواقع كل دستور له بداية وله نهاية، وعلى هذا الأساس نتناول في هذا المبحث طرق نشأة الدساتير (المطلب الأول)، ثم طرق وأساليب نهايتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول :

أساليب نشأة الدساتير

يرى بعض الفقهاء أن أول وثيقة دستورية هي تلك التي أعدها رسول الله محمد (ص) إثر انتقاله إلى المدينة لتنظيم أحوال دولة الإسلام الأولى، فقد نصت على العديد من الحقوق والحريات ووضحت وضعية اليهود كأقلية غير مسلمة تعيش في بلاد الإسلام (أهل الذمة) وكان لها أبعاد سياسية واجتماعية واقتصادية. والحقيقة أن هذا العهد هو أول دستور مكتوب وضع بقرون

من الزمن قبل ذلك الذي أصدره ملك إنجلترا سنة 1215 لصالح النبلاء والمسمى بالعهد الأعظم. أما في العصر الحديث فإن تاريخ بروز الحركة الدستورية يعود إلى القرن السابع عشر عندما وضع مؤيدو كرومويل دستورا لم يصادق عليه لكن بعض مبادئه اعتمدت فيما بعد لتنظيم السلطة وأخذ بها مؤسسوا الدستور الأمريكي. على كل حال يهمننا معرفة أساليب نشأة الدساتير، والغالب فقها تقسيمها إلى أساليب غير ديمقراطية (الفرع الأول) وأخرى ديمقراطية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الأساليب غير الديمقراطية

أ - أسلوب المنحة :

يلجأ الحاكم إلى هذا الأسلوب عندما يحس بالغيان الاجتماعي وظهور بوادر الثورة عليه فيستبق الأحداث مبادرا إلى التنازل عن بعض سلطاته مانحا بعض الحقوق لرعاياه في شكل هبة منه كصاحب السلطة المطلقة. لحقيقة أن الملوك لا يلجأون إلى هذا الأسلوب إلا عند تأكدهم من قوة الشعب وتزايد الضغط عليهم فهم يتنازلون عمليا لا يمنحون، ولهذا فإن هذا الأسلوب غير ديمقراطي. ومن هذا القبيل الميثاق الأعظم الذي منحه الملك جون سنتير للنبلاء في إنجلترا سنة 1215، ودستور فرنسا الذي وضعه لويس 16 بعد سقوط حكم نابليون، ودستور إمبراطور اليابان وغيره. وكان هذا الأسلوب الوقائي سائدا في القرون الوسطى وهو بمثابة النواة الأولى للانتقال من النظام الملكي المطلق إلى النظام الملكي المقيد في مسلسل الصراع الطويل بين الشعوب المحكومة ضد الحكام والملوك والأباطرة. ويمكن أن ينشأ الدستور بهذا الأسلوب أيضا إثر حدث هام مثل الاستقلال أو إنتهاء الحرب.

ب - أسلوب الاتفاق :

ينشأ الدستور في هذه الحالة بعد ثورة شعبية أو انقلاب غير تام على نظام الحكم أو بتأثير وضغط من الشعب فيكون الحاكم مخريرا بين قبول شروط الشعب كاملة أو التثني عن الحكم، ومن الطبيعي أن يتشبث الحاكم بمركزه ويلجأ إلى المناورة والتفاوض، لكن موقفه التفاوضي ضعيف وإرادته معيبة ومن ثم يدعن لإرادة الشعب أو ممثليه في وضع دستور للنظام الجديد خير له من أن يفقد سلطته. ومن الأمثلة دستور فرنسا لسنة 1830 وقانون الحقوق في إنجلترا في 1689، الكويت 1962 ودستور البحرين لسنة 1973. ودساتير ثورات الربيع العربي مثل تونس 2012.

الفرع الثاني : الأساليب الديمقراطية

يلعب الشعب في العصر الحديث دورا متزايدا في إعداد القواعد الأساسية للدستور بطرق متحضرة تتيح له بصفته صاحب السيادة إبداء رأيه في القانون الأساسي الذي يحكمه، ويتم ذلك وفق تقنيات وإجراءات خاصة من خلال الجمعية التأسيسية أو من خلال الاستفتاء.

أ - الجمعية التأسيسية :

تنتخب من قبل الشعب فهي تمثله وتتوب عنه في وضع دستور الدولة ويصبح نافذا بمجرد إقراره بالأغلبية من أعضاء الجمعية المنتخبة. ظهرت هذه الطريقة أول الأمر في الولايات المتحدة الأمريكية بعد استقلالها سنة 1787 ثم اعتنتها فرنسا وانتشرت بالخصوص بعد الحرب العالمية الثانية. ولقد أضحت هذا الأسلوب تقنية عالمية نظرا لما توفره من ضمانات لتجسيد وترجمة الإرادة الشعبية.

ويمكن أن تكون الجمعية غير خالصة، فتمتد اختصاصاتها إلى التصويت على التشريعات وإنشاء الحكومة (الأنظمة النيابية) ومثالها الجمعية التأسيسية لسنة 1789 في فرنسا إثر الثورة، ودستور إيطاليا (1948)، ودستور اليونان لسنة 1975. وفي الجزائر حدد القانون الصادر في 20/09/1962 عقب الاستفتاء المفضي إلى استقلال البلاد ثلاث مهام رئيسية للجمعية التأسيسية وهي إعداد دستور الدولة، تعيين حكومة مؤقتة، والتشريع باسم الشعب الجزائري.

ب - أسلوب الاستفتاء :

من خلال هذا الأسلوب يشارك الشعب في صياغة الوثيقة الدستورية بطريقة غير مباشرة عن طريق ممثليه، لكن الإقرار النهائي للدستور لا بد أن يشارك فيه الشعب مباشرة بحيث يعرض عليه المشروع الذي أعدته الجمعية المنتخبة أو اللجنة المتخصصة لإعلان رأيه فيه بالقبول أو الرفض في طريقة الاستفتاء الدستوري أو التأسيسي. وغالبا ما يتم إقرار الدستور وفق الأغلبية المشروطة، ويكون الاستفتاء إما لإقرار تعديل دستوري أو لتأسيس دستور جديد برمته لسبب ما. ويرى روسو مشككا في نظام الديمقراطية غير المباشرة أنه يجب الرجوع إلى الشعب كلما أمكن ذلك لإقرار القوانين الهامة وعلى رأسها الدستور قانون القوانين. ومن عيوب هذا الأسلوب أن السلطة هي التي تعد مشروع الدستور وتروج له فلا يخفى تأثيرها على محتواه، ولتفادي ذلك يتم اللجوء إلى هيئة منتخبة لإعداده ثم يلجأ إلى الاستفتاء لإقراره مثلما كان الأمر في دستور فرنسا لسنة 1946.

المطلب الثاني :

طرق نهاية الدساتير

يعتبر التعديل الدستوري إلغاء لبعض أحكام الدستور، لكن هذا الإلغاء الجزئي سواء رافقته إضافة أم لا يختلف تماما عن عملية الإلغاء الكلي لوثيقة الدستور، يحدث ذلك عندما يتضح عجز ما يتضمنه من مبادئ عن مسايرة التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية في الدولة بحيث لا تكفي التعديلات الجزئية لمواجهتها. وغالب الفقه يجمع على أن نهاية الدستور تكون بطريق ثوري غير قانوني (الفرع الأول)، أو بطريق عادي قانوني (ثانيا).

الفرع الأول : الطريق غير القانوني

يتم وقف العمل بالدستور إثر عملية انقلاب عسكري أي اغتصاب السلطة الشرعية من قبل الجيش وهو عمل غير قانوني لأن السلطة العسكرية تابعة للسلطة المدنية واغتصابها للسلطة يعني ضرب الدستور ونهاية العمل به إلا إذا أعلنت القيادة الجديدة (العسكرية) إقرار العمل بالدستور واحترامه. والانقلاب العسكري كان شائعا في أمريكا الجنوبية وإفريقيا، لكنه يتضاءل بإطراد وآخر انقلاب حدث في مصر سنة 2013 وكان دمويا، وحدث في الجزائر انقلاب سنة 1965 وإن سمي بالتصحيح الثوري. وينتهي العمل بالدستور أيضا إثر الثورة الشعبية على الحكام وإسقاط أنظمتهم ويكون الأمر عموما عقب تسلط الحاكم واستبداده وظلمه فلا يجد الشعب إلا الانفجار الذي يسقط الحاكم والنظام والدستور معا.

وما يفرق الانقلاب عن الثورة هو الهدف من الحركة بحيث تهدف الثورة إلى إقامة نظام سياسي اجتماعي واقتصادي جديد على أنقاض النظام القديم بينما يهدف الانقلاب إلى استبدال حاكم بآخر و تغيير في الأوضاع السياسية فقط. ويمكن أن تقترن الثورة بالانقلاب العسكري فيحدث مثلا انقلاب مع التأييد الشعبي فيصعب وصف الوقائع، والظاهرة الأسبق تكون في الوصف أصدق. وتجدر الإشارة إلى عملية تعطيل العمل بالدستور مؤقتا وتجميده نظرا لظروف خاصة تمر بها الدولة (حالة الحرب مثلا)، وتكون قانونية ينص عليها الدستور نفسه (المادة 96 من دستور 1996)، كما يمكن أن تكون غير قانونية إثر انقلاب أو ثورة إذا تمت العودة إلى أحكام الدستور، وهو ما يختلف عن إنهاء العمل بالدستور.

الفرع الثاني: الطريق القانوني

ينتهي الدستور قانونا إما باعتماد الدولة لدستور جديد مما يعني منطقيا نهاية العمل بالدستور القديم، وإما بتعديل أحكام هامة من قبل السلطة التأسيسية أي الأحكام التي كانت محظورة من المراجعة الدستورية في ظل الدستور السابق، وهو ما يعتبر إلغاء قانوني للدستور المنتهك حظره. مثال ذلك نص دستور 76 على أن الإختيار الإشتراكي لا رجعة فيه، وبما أن دستور 89 راجع هذا الإختيار وتخلى عنه فهذا يعتبر إلغاء لدستور 1976. وتجدر الإشارة إلى أن نهاية الدستور لا تعني نهاية العمل بالنصوص القانونية الأخرى، فحتى عن طريق الثورة أو الإقلاّب لا يعقل أن ينتهي العمل بكل المنظومة القانونية للدولة لمجرد إسقاط الأشخاص الممارسين للحكم، ويمكن تعديل هذه القوانين إثر اعتماد الدستور الجديد.

- **تقييم** : تكليف الطلبة بالقيام ببحث حول بداية و نهاية مختلف الدساتير الجزائرية منذ الاستقلال.

المبحث الثالث :

أنواع الدساتير والمراجعة الدستورية

تختلف الدساتير من دولة لأخرى من حيث شكلها ومحتواها ومن حيث مصادرها ومكانتها ومن حيث طريقة التعديل علاوة على ما تقدم من طرق النشأة والإلغاء، وهو الأمر الذي يرد عادة في متن الدستور نفسه. وعليه نتعرض بإيجاز لمختلف أنواع الدساتير (المطلب الأول) قبل التعرض إلى موضوع المراجعة الدستورية (المطلب الثاني).

المطلب الأول :

الأنواع المختلفة للدساتير

هناك عدة تقسيمات للدساتير وفقا لمعايير عديدة وأغلب الفقه يتفق على اعتماد 3 معايير أساسية للتقسيم هي معيار الشكل (الفرع الأول)، ومعيار المحتوى (الفرع الثاني)، و معيار طريقة التعديل (الفرع الثالث).

الفرع الأول : من حيث الشكل :

يكون الدستور مكتوبا أو عرفيا مع ملاحظة أن وجود دستور مكتوب لا يعني بالضرورة إنعدام قواعد دستورية عرفية، وبالعكس إذا كان دستور الدولة عرفيا فهذا لا يعني عدم وجود بعض القواعد المكتوبة.

أ - الدستور العرفي :

يغلب عليه الطابع العرفي غير المدون، فيتشكل الدستور من مجموعة أعراف دستورية تنتهجها السلطات العامة في الدولة في ممارساتها لمدة طويلة ومستمرة حتى ينتج عن تكرارها تواترا يكسبها قوتها الإلزامية. ويرى جانب من الفقه أن كل الدساتير كانت في البداية عرفية قبل أن يشملها التدوين. ويعتبر الدستور البريطاني نموذجا للدساتير العرفية، وهذا لا ينفي وجود بعض القواعد الدستورية المتفرقة مقننة مثل وثيقة العهد الأعظم لسنة 1215 وقانون توارث العرش لسنة 1781. وجهت عدة انتقادات للعرف الدستوري لعل أبرزها موقف مدرسة الشرح على المتون الفرنسية المنادية بهجر العرف والاتجاه إلى التشريع، إذ ترى أن العرف ما هو إلا وسيلة واقعية تتغدى على القبول العام لها لتبرير الأحداث التي تفتقر للأسس القانونية. ويؤخذ على الدستور العرفي بطء تعديله فيتجاوز الزمن، إذ أن العرف يعدل بعرف آخر يتطلب زمن طويل لتكريسه، و يؤخذ على العرف أيضا الغموض مما يؤدي إلى سوء تأويله من قبل السلطة وعدم الاستقرار القانوني بصفة عامة لذلك فإن أغلب الفقه يؤيد فكرة الدستور المدون وهو الأمر المكرس من قبل الأغلبية المطلقة من الدول.

ب - الدستور المدون :

يتسم هذا النوع بالرسمية إذ تتولى سلطة تأسيسية تقنيه فتصادق عليه مدونا في وثيقة مقننة، وهذا التقنين هو الذي يعطيه صفة التدوين وليس الكتابة في حد ذاتها. ينشأ عن الدستور سلطات مؤسسة ينص عليها كما ينص على طريقة تعديله وتنظيم السلطات وأهم المبادئ التي يقوم عليها المجتمع. وإذا استثنينا بريطانيا فإن كل دول العالم اليوم تعتقد الدستور المدون، وقد انتشرت حركة التدوين بعد إنجاز الدستور الأمريكي و بعد إصدار دستور فرنسا بعد الثورة. وعادة تلجأ الدول حديثة العهد بالاستقلال إلى إعداد دستور مدون لتنظيم شؤونها و طلبا للاستقرار السياسي والاجتماعي.

وبعض الدول المركبة الفدرالية لا يمكن أن تقوم تستمر بدون دستور مكتوب ينظم توزيع الصلاحيات بين السلطات المحلية لدول الاتحاد والسلطة المركزية لدولة الاتحاد الناشئة. وعليه فالدستور بهذه الصفة هو القانون الأساسي للدولة يقيد الحكام و يضمن الحريات الفردية والجماعية ويضمن إلى حد ما سيادة الشعب، فهو أدعى إلى الإحترام وأضمن للإستقرار السياسي و الإجتماعي. ويتميز الدستور المدون بالدقة والوضوح، وعمليا يمكن حمل الوثيقة المكتوبة في الجيب بما يعني سهولة الانتشار وإمكانية دراسته و تحليله من الفقهاء. وفي إطار الشكل أيضا يمكن أن يكون الدستور موجزا يقتصر على ذكر المبادئ العامة تاركا التفاصيل للقوانين وهو ما يضمن الثبات والاستقرار لنظام الحكم، ومن نماذجه الدستور الأمريكي (14 مادة). أما بعض الدساتير فتكون أطول وأكثر تفصيلا وربما أكثر وضوحا ولكنها تكون عرضة للتعديل كل حين وأغلب الدول تتبنى هذا النموذج من الدستور.

الفرع الثاني : من حيث المحتوى :

يقسم الدستور وفقا لمحتواه إلى دستور برنامج ودستور قانون، يطغى على النوع الأول الطابع البرامجي المحدد للنظام الاجتماعي والاقتصادي للدولة كما هو شائع في دول العالم الثالث وفي دستوري الجزائر لسنتي 63 و76، وأما النوع الثاني فيغلب عليه الطابع القانوني السياسي وهو النوع الأكثر نضجا إذ يرتكز على مبادئ الديمقراطية ويكرس مبادئ دولة القانون : السيادة للشعب، الفصل بين السلطات والرقابة المتبادلة فيما بينها، ضمانات الحريات الفردية والجماعية وضمن احترام القانون، وأغلب الدول في العصر الحالي تتبنى مثل هذا النوع ولو نظريا. كما أن بعض الدول عمدت إلى دستور توافقي بين النوعين يراعي متطلبات البرنامج العام للدولة والتأسيس القانوني فيها، وغالبا ما يكون ذلك قبل التحول إلى دستور برنامج.

الفرع الثالث : من حيث طريقة التعديل

نميز بين الدستور نوعين أساسيين من الدساتير هما الدستور المرن والدستور الجامد.

أ - الدستور المرن :

هو الذي يتم تعديله وفق نفس إجراءات تعديل القوانين العادية أمام نفس الجهة أي البرلمان وبذلك تختفي أية تفرقة بين القواعد الدستورية المرنة والتشريعات العادية إلا من ناحية طبيعة الموضوعات التي يعالجها كل منهما. ومن بين الدساتير المرنة الدستور الإيطالي لسنة 1848 والدستور السوفييتي لسنة 1918 والدستور الإيرلندي لسنة 1922 ودستوري فرنسا لسنتي 1814 و1830. ويعتبر البرلمان صاحب الدور الأساسي في تعديل الدساتير المرنة، ومن ثم يعاب على هذا النوع من الدساتير تأثره بالأغليات البرلمانية والأهواء السياسية والحزبية. وكثرة المراجعة تؤدي إلى تضخم الدستور من جهة وإلى فقدانه لمكانته وسموه من جهة أخرى، لذا فإن الدستور المرن يشكل الاستثناء في العصر الحالي، إذ ينحصر العمل به حسب أحد الفقهاء في 4 دول هي بريطانيا، الصين، إيسلندا وإسرائيل.

ب - الدستور الجامد :

هو الذي يخضع إلى إجراءات خاصة تختلف عن إجراءات المصادقة على القوانين العادية، ويهدف التصعيب في عمليات المراجعة الدستورية إلى تفادي التعديلات المتسارعة وتجنب العبث به من قبل الحكام، وهو وضع أصلا لضبط سلطات الحكام وتقييدهم، وهذا من أجل المحافظة على مكانته وسموه واستقرار الأوضاع الدستورية والسياسية في الدولة. وعلى العموم إجراءات تعديل الدستور الجامد يحددها الدستور نفسه في فصل خاص مع وجود اختلافات بسيطة بين دولة وأخرى، وهي تمر بمراحل إقتراح مشروع التعديل، المصادقة عليه من الجهة أو الجهات المختصة، الاستفتاء عليه من الشعب وأخيرا إقراره النهائي.

يترتب عن العمل بالدستور الجامد إقرار مبدأ سمو الدستور بحيث تحتل قواعد الدستور المرتبة الأولى في سلم تدرج النصوص القانونية فيخضع القانون الأدنى إلى القانون الأعلى منه فلا يجوز أن يتعارض تشريع عادي أو فرعي مع أحكام الدستور. وهكذا يصبح الدستور هو مصدر كل النشاطات القانونية في الدولة فهو يحتوي على قواعد قانونية أساسية تنقيد بمضمونها القوانين العادية واللوائح و إلا عدت غير شرعية، وبذلك يتحقق تطبيق مبدأ الشرعية. يترتب عن سمو أيضا أنه لا يجوز إلغاء أو تعديل قواعد دستورية إلا بقواعد دستورية أخرى، وأخيرا تقرير مبدأ الرقابة على دستورية القوانين للتأكد من احترام التشريعات المختلفة لأحكام الدستور.

المطلب الثاني :**المراجعة الدستورية**

بداية نؤكد أن المراجعة الدستورية هي تغيير أو تعديل جزئي لأحكام الدستور بالإضافة أو الحذف، بحيث أن التغيير الكلي لا يعد مجرد تعديل بل إلغاء لكامل الدستور السابق، لذلك نبين أن التعديل يختلف عن عملية إنشاء دستور جديد وإلغاء الأول. وللعلم فإن إجراءات تعديل الدستور تختلف حسب طبيعة الدستور، فإذا كان مرنا أمكن تعديله بيسر بنفس طريقة تعديل القانون العادي، وإذا كان جامدا فإن الإجراءات تكون خاصة ومعقدة ينص عليها الدستور نفسه، وأغلب دساتير الدول حاليا هي من النوع الجامد. ويمكن للدستور أن ينص على حظر التعديل لمدة معينة أو حظر تعديل بنود محددة، ويهدف التصعيب في المراجعة الدستورية إلى تفادي التعديلات السريعة غير المدروسة من جهة وتجنب عبث الحكام بالدستور من جهة ثانية.

1 - تحديد السلطة المختصة بالتعديل:

عندما تقوم دولة ناشئة بوضع دستورها أو عندما تغير دولة ما دستورها فإن هذا الأمر تتولاه هيئة تسمى في الفقه الدستوري بالسلطة التأسيسية الأصلية مهما كانت هذه الهيئة، وعادة ما توضح الدساتير عند وضعها شروطا وكيفيات تعديلها والجهة التي تتولى ذلك والتي تسمى حينئذ بالسلطة التأسيسية المشتقة أو الفرعية أو المنشأة. ومن ثم فإن هذه السلطة منبثقة من ذات الدستور المراد تعديله فهي منشأة بأحكامه وفرعا مشتقا من السلطة التأسيسية الأصلية التي أوجدتها وخولت لها اختصاص تعديل الدستور الذي وضعت سابقا، وعليه تستمد هذه الهيئة سلطتها وقوتها من الدستور وتنقيد بأحكامه.

ولا شك من اختلاف دساتير الدول في تحديد السلطة التأسيسية المشتقة بحسب طبيعة النظام السياسي في الدولة، ففي النظام البرلماني مثلا تشارك الحكومة البرلمان في عضوية هذه السلطة، وفي الدول المركبة تشارك دويلات الاتحاد في عملية تعديل الدستور. وبعض الدساتير تأخذ بقاعدة توازي الأشكال بحيث أن الجهة التي وضعت الدستور هي نفس الجهة التي لها حق تعديله، لكن معظم الدساتير المعاصرة لا تأخذ بهذا الأسلوب حتى لا تعقد كلية مسألة تعديل الدستور على رأي الأستاذ بوالشعير. كما يذهب بعض الفقه إلى القول بضرورة الرجوع إلى الشعب بإعتباره صاحب السيادة في وضع الدستور وفي

تعديله، وهو ما أخذ به الدستور الفرنسي لسنة 1958، ونظرا لصعوبة وكلفة الاستفتاء يلجأ إسناد حق التعديل إلى جمعية تأسيسية منتخبة لهذا الغرض وهو الحل الذي اعتمده أغلب دساتير الولايات الأمريكية و دول أمريكا اللاتينية.

2 - حدود التعديل الدستوري :

عادة ما تعتمد السلطة التأسيسية الأصلية عند وضع الدستور إلى فرض مجموعة من القيود التي يتعين على السلطة التأسيسية المنشأة مراعاتها عند إجراء عملية المراجعة و إلا كانت المراجعة باطلة مخالفة لقواعد الدستور. وبقدر ما تكون القيود كبيرة والمراجعة الدستورية أصعب بقدر ما يكون الدستور أكثر جمودا، وقد قسم الفقه القيود الواردة على عمليات تعديل الدستور إلى نوعين أولهما حظر أو قيد موضوعي وثانيهما حظر أو قيد زمني.

أ - الحظر الموضوعي :

في هذه الحالة يرد القيد على بعض مواد الدستور ذات الموضوعات المهمة بحيث ينص الدستور على عدم جواز تعديلها مطلقا وهذا هو الجمود المطلق الجزئي، أما الجمود الكلي المطلق أي منع حظر تعديل كامل مواد الدستور حظرا مؤبدا فيتفق الفقه على اعتباره باطل لا يعتد به، إذ أن الدستور وإن كان ساميا فهذا لا يعني أنه خالد لا يتغير بل أن بعض المستجدات تقتضي تعديله من أجل تكييفه مع الظروف المحيطة بالمجتمع. ويهدف الحظر الموضوعي إلى حماية بعض القواعد المهمة للأنظمة السياسية وضمان استقرار الدولة نظرا للارتباط المتين لهذه القواعد المحظورة من التعديل بقيم المجتمع ومبادئه.

ومن الدساتير التي منعت بعض النصوص بصفة دائمة نذكر الدستور الأمريكي لسنة 1787 الذي منع المساس بحق التمثيل المتساوي للولايات داخل مجلس الشيوخ وكذلك الدستور الألماني لسنة 1949 الذي حرم تعديل مبدأ النظام الفدرالي للدولة الألمانية. أما الدستور المغربي لسنة 1996 فيحظر تعديل المواد المتعلقة بالنظام الملكي للدولة والنصوص المتعلقة بالدين الإسلامي، والكثير من الدول منعت المساس بالشكل الجمهوري للدولة مثلا كالدستور الجزائري الحالي (في المادة 212) والتي منعت أيضا المساس بالدين الإسلامي واللغة العربية... الخ. وأما الدستور المصري لسنة 1923 فقد منع في مادته 156 تعديل الأحكام الخاصة بشكل السلطة النيابي البرلماني وبناظر وراثته العرش.

ب - الحظر الزمني :

ويتحقق بسريان الجمود المطلق على جميع مواد الدستور ولكن لفترة زمنية محدودة لا يجوز خلالها إجراء أي تعديل على نصوص الدستور. وعادة تلجأ الدول الناشئة إلى هذا النوع من الحظر بقصد تحقيق الاستقرار والثبات لنظامها السياسي والقضاء على المعارضة أو التخفيف من حدتها على الأقل خلال هذه المدة الزمنية وضمان تكريس أحكام الدستور، وبنفاذها على الجميع تكسب بعض القوة والاحترام وإظهار مدى صحة وصواب المبادئ التي جاءت بها هذه الدساتير الجديدة. ويهدف هذا الحظر أيضا إلى تقادي التعديلات الدستورية المتسارعة والمفاجئة للدستور. ومن أمثلة هذا النوع من الحظر ما قرره الدستور الفرنسي لسنة 1791 من منع تقديم أي اقتراح بتعديله لمدة 4 سنوات، والدستور اليوناني لسنة 1927 لمدة 5 سنوات. ومن تطبيقات هذا النوع في الدول العربية منع اقتراح تعديل الدستور الكويتي لسنة 1962 لمدة 5 سنوات، ونص المادة 151 من دستور سوريا لسنة 1952 على منع تعديل الدستور لمدة 18 شهرا من تاريخ نفاذه.

3 - القيمة القانونية للحظر :

انقسم الفقه الدستوري إلى عدة اتجاهات بين من يرى بأنها تتمتع بالقوة القانونية والسمو مثل باقي قواعد الدستور وأن الشعب حر في إقرار ذلك من أجل ضمان الاستقرار النظام السياسي للدولة، ومن يرى بأن الحظر الزمني مقبول أما الحظر

الموضوعي فلا يجوز لأن من خلاله تصدر السلطة التأسيسية الحالية حرية السلطة التأسيسية المقبلة بما يعني الاعتداء على سيادة الشعب. أما الاتجاه الثالث وهو الغالب فقها فيرى أن الحظر بنوعيه يفترق لأي قيمة قانونية لأن جمعية تأسيسية معينة لا يمكن أن تكون إرادتها أعلى من إرادة جمعية تأسيسية لاحقة، لذا فإن هذه النصوص لا تعدو أن تكون مجرد طموحات أو رغبات للمؤسسين. ومن ثم يجب أن يكون الدستور في جميع أجزائه قابلاً للتعديل بطريقة مشروعة، وأنا أميل إلى هذا الرأي.

4 - إجراءات تعديل الدستور :

القاعدة العامة أن السلطة التأسيسية المنشأة بنص الدستور نفسه هي التي تقوم بإقتراح تعديل الدستور وهذا وفقاً للكيفيات والإجراءات المنصوص عليها دستورياً. والأمر يختلف طبعاً من بلد لآخر، لكن أهم الإجراءات التي يمر بها التعديل الدستوري تدور بين الاقتراح والإعداد والإقرار.

أ - إقتراح التعديل : ويكون من اختصاص السلطة التنفيذية أو من البرلمان أو يشتركان معا في ذلك، ويمكن أيضاً أن يشرك الشعب في الأمر بصفة ما وهذا حسب طبيعة كل نظام سياسي. والإقتراح يمكن أن يكون مجرد تحريك لآلية التعديل ويمكن أيضاً أن يكون مرفقاً بمشروع لتعديل الدستور.

ب - إعداد التعديل : قد يكون الإعداد من نفس الجهة المقترحة للتعديل أو من هيئة منتخبة أو هيئة مختارة من السلطة التنفيذية أو من ممثلي الشعب المنتخبين (البرلمان). ويعتبر هذا الإجراء مؤشراً على قوة وغلبة الجهة المباشرة له ومكانتها.

ج - إقرار التعديل الدستوري : هو الإجراء الذي يحول النصوص المقترحة من مجرد مشروع إلى نصوص دستورية سارية المفعول تلغي ما يتعارض معها من أحكام في الدستور المعدل، ويكون الإقرار النهائي للتعديل من قبل البرلمان المجتمع في شكل مؤتمر أو من قبل الشعب بواسطة الاستفتاء.

5 - تقييم : البحث في إجراءات التعديل الدستوري في الجزائر وفق الدستور الحالي (دستور سنة 2016).

المبحث الرابع :

الرقابة على دستورية القوانين :

لئن كانت التشريعات تهدف إلى إقامة العدل والمساواة بين الأشخاص و إلزام الهيئات المختلفة المكلفة سواء بإعداد القانون أو بتطبيقه باحترام القانون، فإن هذا الأمر يفترض وجود قواعد قانونية أسمى وضوابط ملزمة لهذه السلطات تكون ضماناً لعدم تعدي هيئة منها على أخرى أو على الأفراد. وللمعالجة إشكالية الرقابة على دستورية القوانين نقسم دراستنا هذه إلى مطلبين نستعرض في البداية الرقابة الدستورية بألية قضائية (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى الرقابة الدستورية بألية سياسية (المطلب الثاني).

المطلب الأول :

الرقابة على دستورية القوانين بألية قضائية

يوفر القضاء للمتقاضين ضمانات الحياد والاستقلالية وحقوقاً للدفاع، ويضمن علانية الجلسات وإمكانية الطعن في أحكامه لدى جهة قضائية أعلى، لذلك فإن تكليف هيئة قضائية بالإشراف على عملية الرقابة على دستورية القوانين ليس بالأمر الغريب، فهي عملية ذات طبيعة قانونية يقوم بها قاض متمرس ونزيه جوهرها التحقق من تطابق وتقييد القانون الصادر عن السلطة التشريعية مع قواعد وأحكام الدستور. وتجدر الإشارة أن الحاجة إلى رقابة دستورية القوانين تكون فقط بالنسبة للدساتير

الجامدة، أما الدساتير المرنة فتعدل بسهولة بنفس طريقة تعديل القوانين العادية. ونميز بين طريقتين للرقابة القضائية على دستورية القوانين أولهما الدعوى الأصلية وثانيهما الدعوى الفرعية نستعرضهما في (الفرع الأول)، ثم نستعرض الأساليب الأخرى لرقابة الدستورية في المحاكم الأمريكية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : طريقتي الرقابة القضائية على دستورية القوانين

الطريقة الأولى تتميز بأنها هجومية وتباشر عن طريق الدعوة الأصلية، إذ يبادر كل من يرى نفسه متضررا من قانون ما إلى المحكمة المختصة فيطلب منها إبطال القانون الذي يراه مخالفا لأحكام الدستور فإذا ثبت للمحكمة عدم دستورية القانون أصدرت حكما بإبطاله سواء بالنسبة للمستقبل أو بأثر رجعي حسبما تنص عليه مختلف دساتير الدول، وميزة هذه الطريقة هي حل مشكل الدستورية بصورة حاسمة وجذرية ونهائية، فيبطل القانون ويلغي في مواجهة كافة وتلتزم جميع محاكم الدولة بعدم تطبيقه فلا تثار مشكلة دستوريته مرة أخرى.

أما الطريقة الثانية فهي دفاعية عن طريق دفع فرعي بمناسبة نزاع ما مرفوع أمام القاضي فيدفع أحد أطراف القضية بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه عليه، فإذا تبين للقاضي أن هذا الدفع مؤسس فإنه يستبعد تطبيق القانون المعني في النزاع المطروح أمامه. وحجية حكم القاضي هنا نسبية لا تتعدى إلى نزاع آخر أو محاكم أخرى، فيستطيع نفس القاضي تطبيق نفس القانون على أطراف أخرى في قضية مماثلة مرفوعة أمامه، كما تستطيع المحاكم الأخرى تطبيق هذا القانون ما لم يدفع طرف ما بعدم دستوريته. وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية مهد طريق الدفع الفرعي ومنشأه وهو الأسلوب الغالب فيها، والغريب أن هذه الطريقة لم ينص عليها الدستور الأمريكي ولا أي تعديل من التعديلات التي تعرض لها، وإنما قررتها المحكمة الفدرالية العليا كمبدأ قضائي يستند على فكرة الدستور الجامد للولايات المتحدة سواء الدستور الاتحادي أو دساتير الولايات ومن ثم شاع هذا المبدأ وطبقته مختلف المحاكم الأمريكية على إختلاف مستوياتها.

ويعود الفضل في نشأة طريقة الدفع الفرعي إلى القاضي بالمحكمة العليا الفدرالية للولايات المتحدة الأمريكية جون مارشال في حكمه الشهير في قضيته " ماربوري ضد ماديسون" سنة 1803، فكان أول حكم تصدره المحكمة الاتحادية العليا. استند قاضي القضاة في تأسيس حق المحاكم الأمريكية في رقابة مدى دستورية القوانين على مبدأين أولهما علو الدستور الجامد على القوانين، وثانيهما أنه من طبيعة وظيفة القاضي أنه عندما يعرض عليه نزاع يتعارض فيه نص قانوني أدنى مع نص أعلى أن يرجح حكم النص الأعلى واستبعاد تطبيق النص الأدنى مرتبة. وعليه فإن القاضي يمتنع عن تطبيق القانون المطعون في دستوريته احتراما وتغليبا لحكم الدستور، وهو في عمله هذا يفصل في قضية تنازع القوانين. وكان لهذه القضية صدى كبير وأثر طيب ولقي القبول في الأوساط السياسية والقانونية خاصة من حيث تمسكه بإحترام الدستور الاتحادي في زمن لم تبسط بعد السلطة الاتحادية سلطانها وقانونها على جميع الأقاليم.

وبما أن الامتناع عن تطبيق قانون مخالف للدستور لا يؤدي إلى إلغاء هذا القانون لأن هذه مهمة سلطة أخرى غير قضائية، فإن القانون المستبعد يبقى قائما وتستطيع محكمة أخرى أن تعتبره دستوريا وتطبيقه، وهذا الأمر يؤدي إلى تناقض الأحكام القضائية ويضر بمصداقية العدالة. ولتخفيف حدة التناقض فإن رفع الأمر إلى المحكمة الاتحادية العليا وحكمها بعدم دستورية القانون واستبعاده عن التطبيق يؤدي عمليا إلى إلغاءه وليس على السلطة التشريعية (الكونغرس) إلا سحبه كما ذهب إلى ذلك أحد الفقهاء، وهذا اعتبارا لمكانتها فالمحاكم الأدنى درجة تنقيد بأحكام المحكمة العليا إن على مستوى الولايات أو على المستوى الفدرالي، فإذا حكمت بعدم دستورية قانون ما وامتنعت عن تطبيقه، تمتنع عمليا بقية المحاكم عن تطبيقه.

وهذه الطريقة برغم عيوبها فهي تمنح لكل فرد حق الدفع بعدم الدستورية على مستوى كل المحاكم، فهي تتلاءم مع أسلوب لامركزية التسيير، ولتبرير هذه الطريقة ذهب الأستاذ فؤاد العطار إلى القول: "إن امتناع القاضي عن تطبيق القانون الذي يقدر عدم دستوريته هو أحد الالتزامات التي تقع على عاتقه لأنها تنبثق مباشرة من وظيفته بتطبيق القانون، حيث يتعين عليه حل مشاكل تنازع القوانين لكي يتوصل إلى تحديد القانون واجب التطبيق في النزاع المعروف عليه، ولما كان هذا هو واجب القضاء، كان من المنطقي أن تعترف بهذا الحق لجميع المحاكم على اختلاف درجاتها". ونشير أن طريقة الدفع هذه تبنتها بعض الدول في دساتيرها منها دستور اليابان لسنة 1946 وكذلك الدستور الحالي الصادر سنة 1963 ودستور البرتغال (1933)، أيرلندا (1937) ودستور رومانيا (1938). والملاحظ أن بعض الدول قد مزجت بين أسلوب الدعوى الأصلية وأسلوب الدفع الفرعي، في حين تبنت دول أخرى أسلوب الدعوى الأصلية في المحكمة العليا في نظامها القانوني مثل سويسرا في دستور 1874، كوبا دستور 1934، كولومبيا (1986)، السنغال (1960) ... الخ.

المطلب الثاني :

الرقابة على دستورية القوانين بألية سياسية

تتولى الرقابة السياسية هيئة دستورية بنص صريح يحدد معالمها العضوية والوظيفية وقد تكلف بمهام أخرى إضافية، وتتولى السلطات السياسية إختيار أعضائها، ورقابتها وقائية تسبق صدور القانون فتحول دون صدوره إذا خالف نصا في الدستور. ومن صور الرقابة السياسية إحداث لجنة برلمانية مثلما كان سائدا في دول شرق أوروبا، أو لجنة سياسية تمثل فيها مختلف سلطات الدولة. ومن بين التجارب الرائدة في الرقابة السياسية التجربة الفرنسية العريقة في الزمن، فلم يكن المجلس الدستوري أول هيئة لرقابة دستورية القوانين، بل كان حلقة ضمن سلسلة من اللجان السابقة له المكلفة بذلك، فهو محصلة أو نتيجة ممارسة امتدت لما يقارب القرنين من الزمن ووليد بيئة فرنسية خاصة.

الرقابة في ظل دستور فرنسا الحالي (1958)

حدد المؤسس الدستوري من خلال دستور 1958 للبرلمان مجالات حصرية يشرع فيها بنص المادة 34، وجعلت المادة 37 المجالات الأخرى التي لم ترد في نص المادة 34 من اختصاص السلطة التنظيمية للحكومة تشرع فيها بواسطة اللوائح المستقلة (règlements autonomes). ورغم أهمية التحول السياسي عبر هذا الدستور من نظام برلماني إلى نظام رئاسي، فإن فقيه فرنسا اللامع يقول: "إن موطن التجديد الحقيقي هو إنشاء المجلس الدستوري لأن فرنسا سبق لها وعرفت الانتخاب المباشر لرئيس الدولة عبر دستور الجمهورية الثانية (1848)، فاستحداث المجلس الدستوري يعتبر بمثابة ثورة قانونية (Une révolution juridique)".

وتعتبر الرقابة على دستورية القوانين أهم اختصاص يمارسه المجلس الدستوري، وقد نصت عليه المادتان 61 و 62 من دستور 1958، وقد فرق الدستور في سابقه هي الأولى من نوعها بين نوعين من القوانين العضوية منها والعادية، ويختلف نوعي القانون هذين شكلا ومضمونا. وعليه فإن إجراءات رقابة المجلس عليهما تختلف بحسب نوع القانون العضوي (أولا) أو القانون العادي (ثانيا).

- أولا : رقابة القوانين العضوية

القوانين العضوية أعلى مرتبة من القوانين العادية فهي قوانين مكملة للدستور، حدد لها الدستور الموضوعات المتعلقة بها بنصوص صريحة على سبيل الحصر منها القوانين الخاصة بالغرفة النيابية الثانية، تنظيم سير العمل بالمجلس الدستوري،

تمويل الحملات الانتخابية الرئاسية والتشريعية، النظام القضائي، وكذلك شروط انتخاب مواطني دول الاتحاد الأوروبي المقيمين بفرنسا في المجالس البلدية.¹، وأقر لها إجراءات للمصادقة أكثر صعوبة. والدستور هو مرجع تحديد معالم القوانين العضوية ومجالاتها هي تلك المواضيع ذات الأهمية البالغة بالنسبة للدولة. ونظرا لهذه الأهمية فإن المادة 61 من الدستور أوجبت عرضها إجباريا على المجلس الدستوري قبل إصدارها بهدف التأكد من مدى مطابقتها للدستور فور المصادقة عليها.

- ثانيا : رقابة القوانين العادية

حرص دستور سنة 1958 على حصر المجالات التي يشرع فيها البرلمان بشكل يحد من سلطته ويطلق يد السلطة التنفيذية للتشريع وفقا للنظرة الجديدة للمؤسس الدستوري والتي كان للرئيس ديجول دورا هاما في صياغتها، وعليه فإن عرض القانون العادي لفحص الدستورية جازيا بناء على طلب أو طعن يتقدم به إلى المجلس الدستوري رئيس الجمهورية أو رئيس حكومته أو رئيس الغرفة النيابية الأولى أو الثانية. وحكمة الإخطار هي تقادي إتهال عبء المجلس الدستوري من جهة، ومن جهة أخرى تخوف المؤسس من هيمنة المجلس الدستوري وانحرافه وهذا لما كان شائعا من تجاوزات المحكمة العليا الأمريكية وتحولها إلى حكومة القضاة حسب بعض الفقه. والأصل أن مناقشة القانون العادي في البرلمان يكون بمشاركة الحكومة ومراقبتها فيفترض موافقته للدستور.

حدد الدستور للمجلس الدستوري مدة شهر لاتخاذ قراره يوقف خلاله إصدار القانون ويكون قرار المجلس مسببا ويتمتع بحجية ملزمة لكل السلطات ولا يمكن الطعن فيه من أية جهة كانت. ولا يتقيد المجلس بأوجه الطعن المثارة في قرار الإحالة إليه، بل يتصدى لكل نصوص القانون ويمكنه أن يكتشف أوجها أخرى للمخالفة. ولرئيس الجمهورية بعد ذلك إصدار القانون بدون المواد المخالفة للدستور، وحسب المادة 10 من الدستور إذا لم يمكن فصلها فله أن يحيل القانون إلى البرلمان لتكاملته بنصوص تحل محل المواد المخالفة للدستور.

هذا ويستثني من رقابة المجلس الدستوري القوانين الإستثنائية التي أقرها الشعب في استفتاء دعا إليه رئيس الجمهورية، والمجلس الدستوري نفسه هو الذي رفض مراقبتها في قرار له أصدره في 6 نوفمبر 1962 مبررا ذلك بأن القوانين التي أيدتها الشعب في استفتاء عام تمثل التعبير المباشر عن السيادة الوطنية. كما يخرج من اختصاصه رقابة القانون المعدل للدستور إذا لجأ رئيس الجمهورية إلى البرلمان من أجل تعديل الدستور وفق إجراءات خاصة، ولأستاذ فرانسوا لوشير (كان عضوا في المجلس الدستوري) رأيا مخالفا، فهو يرى أن لا مانع للمجلس من رقابة الناحية الشكلية والشروط الإجرائية وفقا للمادة الدستورية 89 الخاصة بتعديل الدستور.

وختاما فإنه رغم ما قيل في تشكيلية المجلس الدستوري وفي إمكانية إفلات بعض القوانين من المراقبة الدستورية إذا سارع رئيس الجمهورية إلى إصدارها فور المصادقة عليها وإحالتها إليه، ومن حرمان الأفراد من حق الطعن في القوانين (تداركه المؤسس الدستوري في تعديل سنة 2008)، فإن المجلس الدستوري يؤدي دورا هاما في الحياة السياسية الفرنسية، ونشاط المجلس وفاعليته في الرقابة هو الذي أكسبه الاحترام. ورغم أن واضعي دستور 1958 كان همهم تحجيم دور السلطة التشريعية وفرض الرقابة على أعمالها، وفي المقابل إطلاق يد السلطة التنفيذية، إلا أن المجلس استطاع فرض حماية الحقوق والحريات وخاصة حينما اعترف بالقيمة الدستورية لمبادئ ونصوص إعلان حقوق الإنسان وكذلك المبادئ الأساسية التي أقرتها قوانين الجمهورية، واعتبر المبادئ التي أحالت إليها مقدمة دستور 1958 أجزاء لا تتجزأ من الدستور. وأول قرار هام كرس ذلك هو قرار 16 جويلية 1971 الخاص بحرية تكوين الجمعيات.

وتوالت القرارات من المجلس لتؤكد دستورية حق المساواة، واحترام حق الملكية وألغى قوانين عديدة تهدرها أو تنتقص منها. وهكذا فرض المجلس نفسه وتجاوز الدور الذي أراده له المؤسس الدستوري، وأصبح دوره يقارن بدور المحكمة الأمريكية العليا، بل هناك من الفقهاء من يقول أنه يصدر قرارات قضائية، ومن يقول أنه هيئة شبه قضائية، وكثير من الفقهاء يستعمل للدلالة على المجلس الدستوري مصطلح القاضي الدستوري (Le juge constitutionnel). وعلى كل حال فإن المجلس الدستوري يعتبر تجربة رائدة وإماتيازا فرنسيا خالصا يحرص عليه الفرنسيون، وليس أدل على نجاحه تبنيه من قبل الكثير من النظم الدستورية خاصة الفرنكوفونية والمستعمرات الفرنسية السابقة وبالخصوص الإفريقية منها.

- تقييم: مقارنة آلية الرقابة القضائية مع آلية رقابة المجلس الدستوري.

- واجب منزلي: ابحث بإختصار في نوع الرقابة الدستورية التي تمارسها المحكمة الدستورية في الجزائر.

عناصر البحث: تشكيلة المحكمة، طريقة عملها (الإخطار)، رقابة القوانين العضوية، رقابة القوانين الفرعية.

الخاتمة:

يتفق أغلب الفقه على أن نظرية التطور التاريخي هي أفضل ما قيل في موضوع أصل نشأة الدولة، وأما النظريات الموصوفة بالديمقراطية فهي برغم أهميتها لا تغدو أن تكون تصورات لبعض الفلاسفة والفقهاء وأكثر ما يؤخذ عنها أنها غير ثابتة تاريخيا بخلاف نظام الخلافة في الإسلام مثلا. ومن ثم فإن الزمن هو العامل المهم في تطور المجتمع البشري وتنظيماته المختلفة، فقد تطورت الدول سواء في أشكالها أو في وظائفها وتطورت السلطة السياسية من نظام الحكم المطلق إلى الحكم المقيد فنظام الحكم الدستوري أين تكون القواعد القانونية هي المحددة لضوابط العلاقة بين الحكام والمحكومين. ومن بين النقاط التي يجمع حولها فقهاء القانون الدستوري أركان الدولة وتمتعها بخصائص قانونية تتمثل في الشخصية الاعتبارية وسيادتها على إقليمها.

وعلى إثر ظهور الدستور بصفته القانون الأساسي للدولة تبلورت العلاقة بين الحكام والمحكومين فأصبح الأول مطالب بالرجوع إلى الأخير لأخذ الشرعية منه وممارسة السلطة بإسمه و لصالحه، فلا يكاد يخلو دستور دولة في العصر الحاضر من أهم المبادئ الدستورية: السيادة للشعب، الفصل بين السلطات، تدرج المنظومة القانونية في الدولة، سمو الدستور وضمان احترامه من الجميع، ضمان الحريات العامة والفردية للمواطنين، مبدأ الشرعية... الخ. وعلى العموم ينص الدستور على أساليب ممارسة الشعب لسيادته وعلى كيفية إعداده وإجراءات تعديله وعلى الهيئة المكلفة بضمان احترامه والهيئات الأخرى المكلفة بإعداد القانون وتطبيقه وضمان احترامه، فيوزع الصلاحيات بين السلطات الثلاث في الدولة و ينص أيضا على أهم المبادئ والأسس التي تقوم عليها الدولة و شكل الدولة و نوع السلطة السياسية و حدود اختصاصاتها و كيفية ممارستها للسيادة.

من إعداد الأستاذ الدكتور: سلطان عمار