وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد لمين دباغين- سطيف 2
كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات في مقياس القانون الدستوري

السداسي ألول

اسم ولقب الأستاذ: قدور ضريف				
المقياس: القانون الدستوري		تطبيق	x	محاضرة

نوع الوثيقة – محاضرة
الفئة المستهدفة من الطلبة: ليسانس
المستوى : السنة الأولى ليسانس
المجموعة : الثالثة ج الأفواج: من الفوج 29 إلى الفوج 42
التخصص : حقوق تاريخ تسليم الوثيقة: الاثنين 08 فيفري 2021

مقدمة:

الإنسان كائن اجتماعي بطبعه لا يستطيع العيش بمفرده ويسعى إلى المحافظة على وجوده من خلال مجتمع من الأفراد يعيش معهم، لأن الله سبحانه وتعالى خلق الإنسان وجعل طبيعته لا تمكنه من العيش بمعزل عن الناس، ولا يمكن أن يقوم وحده بسد حاجاته، بل هو مضطر إلى أن يعيش في جماعة يتفاعل معها وتتفاعل معه، فيتبادل مع هذه الجماعة المنافع، وبهذا تنشأ بين أفراد هذه الجماعة علاقات متعددة، اجتماعية، واقتصادية، وسياسية، وثقافية، وغيرها ، وهذه العلاقات لا يمكن أن تقوم إلا وفق ضوابط تحكمها، حتى لا يختل توازن هذه الجماعة، وهذه الضوابط هي النظم والقوانين، فبدون القانون تصبح الأمور فوضى تسير وفق الأهواء والرغبات الفردية، وحالة عدم وجود القانون حالة لا يمكن أن يتصور دوامها لأن مجرى السنن الكونية يحتم وجود قانون، ولو افترض وجود حالة الفوضى فلا بد أن يكون الحكم للقوة، فيتحكم الأقوياء بالضعفاء، وفق ما يريدون ويشتهون فيكون هناك قانون القوة أو الغابة، بغض النظر عن كون هذا القانون سليما وموافقا للحق أو بعكس ذلك. ومن هنا يتبين أن القانون ضرورة اجتماعية لا بد منه ليحكم نشاط الأفراد وينظم علاقاتهم.

المحور التمهيدي:

مفاهيم ضرورية حول القانون الدستوري

سوف نتولى من خلال الفصل التمهيدي التطرق إلى عدة مفاهيم نراها ضرورية حتى يتمكن دارس الحقوق الغوص في مختلف مواضيع مقياس القانون الدستوري.

المبحث الأول:

موضع القانون الدستوري ضمن تقسيمات القانون:

سوف نبين التقسيمات المختلفة للقانون ثم نتطرق إلى موضع القانون الدستوري.

المطلب الأول: التقسيمات المختلفة للقانون: يقسم الفقهاء القانون من حيث طبيعة الرابطة التي تحكمها قواعده إلى قسمين هما القانون العام والقانون الخاص.

الفرع الأول: القانون العام: القانون العام هو مجموعة من القواعد تنظم الارتباط بين طرفين أحدهما أو كلاهما ممن يملكون السلطة والسيادة، ويتصرفون بهذه الصفة أي بصفتهم أصحاب سلطة وسيادة وهم الدولة أو أحد فروعها (البلدية، الولاية ومختلف الأشخاص العامة ذات الطابع الإداري) ولهذا وصف القانون العام بأنه قانون سيطرة وإخضاع، وبدوره ينقسم القانون العام إلى قسمين **قانون عام خارجي** والذي يسمى بالقانون الدولي العام، يتكفل بتنظيم العلاقات الناشئة بين أشخاص القانون الدولي (الدول والمنظمات الدولية) و **قانون عام داخلي** ينقسم إلى عدة فروع منها القانون الدستوري.

الفرع الثاني: القانون الخاص: يعرف القانون الخاص بأنه مجموعة القواعد التي تهتم بتنظيم الروابط الناشئة بين طرفين لا يعمل أيهما بوصفه صاحب سيادة أو سلطة على الآخر، كالأفراد والأشخاص المعنوية الخاصة أو الدولة – أو أحد فروعها – حين تمارس نشاطا يماثل نشاط الأفراد[1] مثل القواعد المنظمة ما يعرف بالأحوال الشخصية وكذلك أحكام المعاملات والعقود وغيرها أو كأن تبيع الدولة أرضا تملكها، أو تستأجر منزلا.

المطلب الثاني: موضع القانون الدستوري: يعتبر الدستور أو القانون الدستوري – كما قلنا – فرع من فروع القانون العام الداخلي، والدستور لأي دولة كانت يعبر عن فكر تلك الدولة المعبر عن اتجاهها السياسي والاجتماعي والاقتصادي، لاسيما وأن الدستور هو القانون الأسمى المهيمن والموجه لمختلف قوانين تلك الدولة ونظمها.

(1) د. حبيب إبراهيم الخليلي ، المدخل للعلوم القانونية طبعة ثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، ص 58 .

وبالتالي فالقانون الدستوري هو مجموعة القواعد التي تبين شكل الدولة، ونظام الحكم فيها، وسلطاتها، وطريقة توزيع السلطات، وبيان اختصاصاتها، ومدى ارتباطها مع بعضها، من حيث التعاون أو الرقابة، وكذلك بيان حقوق المواطنين وواجباتهم تجاه الدولة وسلطاتها العامة [1] .

الفرع الأول: المواضيع التي يتناولها القانون الدستوري: القانون الدستوري يهتم بتنظيم كل ما له علاقة بنظام الحكم داخل الدولة من خلال لمواضيع التالية:

شكل الدولة، هل هي بسيطة أو مركبة، **نظام الحكم في الدولة** هل هو نظام ملكي أو نظام جمهوري، **السلطات العامة في الدولة** : التشريعية، التنفيذية والقضائية و **اختصاصات هذه السلطات** و**نوع العلاقة فيما بينها** هل هناك فصل مطلق بين هذه السلطات أو فصل مرن، **تحديد النظام السياسي المطبق في الدولة** (برلماني، رئاسي، مجلسي، شبه رئاسي)، **الحقوق والحريات الفردية وضماناتها** ، وهي الحريات الشخصية، والتملك، والمسكن، والرأي، والتعليم، والمساواة أمام القضاء، والوظائف العامة، الالتزامات العامة [2] .

الفرع الثاني: نشأة وتطور القانون الدستوري: يطلق على العلم الذي يهتم بدراسة الدستور اسم القانون الدستوري، غير أن التاريخ يحدثنا بأن الظاهرة الدستورية حديثة وأن اصطلاح القانون الدستوري لم يكن معروفا في الكثير من الدول حتى أوائل القرن التاسع عشر [3]، حيث أنه لم يعرف اصطلاح القانون الدستوري إلا في سنة 1797 في ايطاليا التي تقرر بها تدريس مادة القانون الدستوري بكليات الحقوق.

وقد تم كذلك تدريس هذه المادة بكليات الحقوق بالجامعات الفرنسية لأول مرة سنة 1834 عندما قرر وزير التعليم الفرنسي آنذاك **'جيزو'** تدريس هذه المادة، وكان أول أستاذ للقانون الدستوري في كلية الحقوق بجامعة باريس هو البروفيسور **'روسي'** خريج جامعة بولوني الايطالية، وكان ذلك في عهد الملك **'لويس فيليب'** ، وفي سنة 1954 صدر مرسوم فرنسي يقضي بإضافة مادة

(1)د. حبيب إبراهيم الخليلي ، المرجع السابق ، ص 182 - 184.

(2) د. عبد العزيز العلي النعيم ، أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة ، ص ص 182 - 184.

3 - حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري، الطبعة الثانية،2013، ص 1.

النظم السياسية إلى القانون الدستوري لتصبح هذه المادة تسمى مادة **القانون الدستوري والنظم السياسية**، وبعد ذلك انتقل تدريس هذه المادة في باقي دول العام بما فيها الدول العربية منها الجزائر بانشاء جامعة الجزائر.

المبحث الثاني:

تعريف الدستور

سوف نتطرق من خلال هذا المبحث إلى المعنى اللغوي للدستور ثم معناه الاصطلاحي.

المطلب الأول: المعنى اللغوي للدستور:

من المعلوم أن كلمة **الدستور** بهذا المصطلح هي كلمة ليست عربية الأصل إذ لا وجود لمعناها في القواميس العربية كما أنه لا وجود لهذه الكلمة في آيات القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة أو في أي بيت شعري من شعر العرب، وبالتالي فأصل هذه الكلمة فارسي تعني الدفتر الذي تجمع فيه قوانين الملك، وتطلق أيضا على الوزير، وهي مركبة من كلمتين " **دست** " بمعنى قاعدة، وكلمة " **ور**" أي صاحب، وانتقلت إلى العربية بمعناها الفرنسي وليس بمعناها الفارسي أي بمعنى القاعدة أو الإنشاء أو البناء عن طريق الدولة العثمانية (التركية) التي استعملت كلمة الدستور بمعنى (قانون، وإذن) إلى أن تطور استعمال كلمة دستور في الدول العربية حتى أصبحت تطلق في الوقت الحالي على القانون الأساسي والأسمى في الدولة[1] .

المطلب الثاني: المعنى الاصطلاحي للدستور:

الدستور بالمعنى الاصطلاحي يعرف بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تتعلق بتنظيم الحكم في الدولة، فتبين شكل الدولة(دولة بسيطة أو مركبة) ونظام الحكم فيها (نظام جمهوري أو ملكي)، وتوزيع السلطات فيها (تشريعية، تنفيذية وقضائية) ، اختصاصات هذه السلطات

(1) د. محمد موسى هنداوي ، المعجم في اللغة الفارسية ، ص 207 ، السيد آدي شير ، معجم الألفاظ الفارسية المعربة ، ص 63 مكتبة لبنان 1970م ، أحمد عطية الله ، المعجم السياسي ، ص 251طبعة ثالثة – دار النهضة العربية 1968م.

والعلاقة فيما بيها، وتحديد النظام السياسي المطبق في الدولة (نظام برلماني رئاسي، مجلسي أو شبه رئاسي) وبيان حقوق المواطنين وواجباتهم داخل الدولة[1] .

وينطبق تعريف الدستور هذا على تعريف القانون الدستوري، لأن القانون الدستوري هو الأحكام الدستورية المطبقة في بلد ما، والدستور المطبق في بلد ما هو مجموعة الأحكام الدستورية الخاصة بهذا البلد.

ويعتبر الدستور أهم القوانين السارية في الدولة، بل هو أساس وجود هذه القوانين كلها، ويجب ألا تخالف القوانين حكما أو أحكاما دستورية.

ولقد شاع القانون الدستوري في كل دول العالم كفرع من فروع القانون العام الداخلي، وبالرغم من المكانة التي احتلها إلا أن الفقه لم يتمكن حتى الآن من الاتفاق على مدلول وتعريف واحد له، بحيث ظهر هناك اتجاه شكلي و اتجاه موضوعي في تعريفه.

الفرع الأول: الاتجاه الشكلي في تعريف القانون الدستوري: يعتمد هذا الاتجاه في تعريف القانون الدستوري على محتوى ومضمون الوثيقة الدستورية بحيث يربط بين الوثيقة الدستورية والقانون الدستوري حيث يمثل القانون الدستوري في مجموعه القواعد الواردة في الوثيقة الدستورية المكتوبة مما أدى بفقهاء القانون عند دراستهم للقانون الدستوري الى الاكتفاء بشرح وتفسير النصوص المكتوبة الموجودة في الوثيقة الرسمية، والتي تسمى الدستور وبالتالي حسب أنصار هذا الاتجاه فان كل القواعد التي تتضمنها الوثيقة تعتبر قواعد دستورية وكل قاعدة لا تتضمنها الوثيقة لا تعتبر قاعدة دستوريه.

مناقشه المعيار الشكلي في تعريف القانون الدستوري

لا شك أن المعيار الشكلي في تعريفه للقانون الدستوري اتسم ببعض المزايا والمحاسن إلا أن ذلك لم يمنع تعرضه لمجموعة من الانتقادات بسبب العيوب والسلبيات التي تكتنفه.

أولا: مزايا وايجابيات التعريف الشكلي للدستور: اتسم المعيار الشكلي بالبساطة والوضوح بحيث حدد هذا الاتجاه وبين أن القواعد الدستورية هي تلك القواعد التي تتضمنها الوثيقة الدستورية، وهنا يسهل الاطلاع عليها ومعرفتها من قبل الجميع حكام ومحكومين.

ثانيا: الانتقادات الموجهة لأنصار التعريف الشكلي للدستور: إن الأخذ بالمعيار الشكلي يؤدي بنا إلى نتيجة غير مقبولة وهي:

---

(1) د. عبد العزيز النعيم ، أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة ، ص 182.

01 – نفي وجود القانون الدستوري في الدول التي ليس لهذا دستور مكتوب و مدون مثل بريطانيا التي لها دستور عرفي غير مدون.

02 – حتى في الدول التي لها دساتير مكتوبة فإن المعيار الشكلي لا يقدم تعريف شامل للقانون الدستوري مادام أن الكثير من القواعد ذات الطبيعة أو القيمة الدستورية لا تستطيع أن تتضمنها الوثيقة الدستورية كلها بل قد توجد أحكامها في قوانين أخرى مثل قانون الانتخاب قانون الأحزاب السياسية...إلخ

03 – إن الاستناد إلى المعيار الشكلي في تعريف القانون الدستوري يؤدي إلى إعطاء ومنح بعض القواعد القيمة الدستورية بمجرد ورودها في الوثيقة الدستورية رغم أنها بحسب طبيعتها وجوهرها ليست لها قيمة دستوريه مادام أنها لا تتعلق بقضايا الحكم وتنظيم السلطات مثال ذلك تضمن الوثيقة الدستورية النص على بعض المسائل والموضوعات العادية كنص الدستور السويدي على تجريم ذبح الحيوانات والدستور الفرنسي الذي نص على كيفيه توزيع مياه الأودية وكذلك النص على منع عقوبة الإعدام فيما يخص الجرائم السياسية في هذه الأمثلة وغيرها فإن القواعد التي تحتويها لا تعتبر قواعد دستورية بحسب جوهرها وطبيعتها لأنها لا تتعلق بتنظيم ممارسه الحكم في الدولة ولكنها بحسب المعيار الشكلي تعتبر قواعد دستوريه.

الفرع الثاني: الاتجاه الموضوعي أو المادي في تعريف القانون الدستوري: يعتمد هذا الاتجاه في تعريفه للقانون الدستوري على محتوى ومضمون القاعدة القانونية بغض النظر عن شكلها ومكان تواجدها، لذلك فإن القانون الدستوري وفقا لهذا المعيار يضم ويشمل مجموعه من القواعد التي تعتبر بحكم طبيعتها وجوهرها قواعد دستوريه وتكون كذلك متى كان مضمونها ومحتواها يتعلق بتنظيم الحكم في الدولة سواء وردت هذه القواعد في الوثيقة الرسمية أو خارجها، وبذلك يشمل القانون الدستوري جميع القواعد ذات الطبيعة الدستورية المتعلقة بنظام الحكم سواء كان مصدرها الوثيقة الدستورية أم القوانين الأخرى عضوية كانت أو عاديه أو حتى العرف الدستوري، هذا الاتجاه يمثل رأي اغلبيه الفقهاء.

المبحث الثالث: مصادر القانون الدستوري :

حسب المعيار الموضوعي أو المادي فـإن القانون الدستوري يتضمن مجموعه من القواعد التي تعبر بحكم طبيعتها أو محتواها دستوري سواء وردت هذه القواعد في صلب الوثيقة الدستورية المكتوبة أو لم ترد فيها، وبذلك تكون مصادر القانون الدستوري التي يستمد منها مادته ومحتواه موجودة في الوثيقة الدستورية أو في القوانين العضوية والعادية أو حتى في العرف الدستوري وهو ما يعبر عنه بالمصادر الرسمية وقد توجد في الفقه والقضاء وهو ما يعبر عنه بالمصادر المادية (التفسيرية).

المطلب الأول: المصادر الرسمية للقانون الدستوري: تشمل المصادر الرسمية للقانون الدستوري التشريع بمختلف أنواعه وكذا العرف الدستوري.

الفرع الأول: التشريع كمصدر رسمي للقانون الدستوري: يتنوع التشريع كمصدر رسمي للقانون الدستوري إلى عدة أنواع وهي:

أولا: التشريع الأساسي (الوثيقة الدستورية): تعتبر الوثيقة الدستورية المصدر للقانون الدستوري وهي تتضمن المبادئ والأحكام الأساسية التي تنظم الحكم في الدولة[1].

ثانيا: التشريعات العضوية: يقصد بها مجموعه التشريعات الصادرة عن البرلمان وهي تتعلق بتنظيم السلطات العامة في الدولة أي أنها ذات طبيعة دستوريه بحكم محتواها وجوهرها وهي تختلف عن القوانين العادية، من حيث مجالاتها إذ أنها تشمل المجالات التالية: القوانين المتعلقة بتنظيم السلطات العمومية وعملها، القوانين المتعلقة بنظام الانتخابات، القانون المتعلق بالأحزاب السياسية، القانون المتعلق بالإعلام، القانون الأساسي للقضاء والتنظيم القضائي، القوانين المتعلقة بالمالية، كما تختلف عن القوانين العادية من حيث أغلبية المصادقة عليها التي تكون بالأغلبية المطلقة لنواب المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة، كما تخضع القوانين العضوية للرقابة الوجوبية بغية تأكد مطابقة نصوصها مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدورها.

ثالثا: التشريعات العادية: التشريع هو سن القواعد القانونية وإكسابها قوتها الملزمة عن طريق سلطة مختصة وفقا لإجراءات معينة [(2)] ولقد ازدادت أهمية التشريع باعتباره مصدرا رسميا للقانون بازدياد التطور التدريجي للمجتمعات، فبينما كان العرف مصدرا رئيسا للقواعد القانونية المنظمة للمجتمع في العصور القديمة أخذ دور العرف يقل تدريجيا، ويزداد دور التشريع، وذلك لانتقال المجتمعات إلى مرحلة التنظيم السياسي وقيام الدولة، وكذلك لأنه أصلح المصادر الرسمية وأكثرها ملاءمة لحاجات الجماعة المتطورة، فالعرف وإن كان يصدر عن الجماعة إلا أنه بطيء في نشوئه وتطوره، فضلا عما قد يشوبه من غموض بجهل قواعده، في حين أن

1 – للمزيد من المعلومات حول الوثيقة الدستورية أنظر ما سبق تفصيله فيما يخص التعريف الشكلي والتعريف الموضوعي الخاص بالدستور.

(2) د. سعد عصفور ، القانون الدستوري والأنظمة السياسية ، القسم الأول، ص ص40 – 41.

التشريع وسيلة ميسرة وسريعة في انتشار القواعد القانونية وتعديلها، ووضوحها، وانضباطها، فالتشريع هو المصدر الرسمي الرئيس للقانون بشكل عام وللدستور بشكل خاص [1] .

الفرع الثاني: العرف الدستوري: يقصد بالعرف الدستوري تواتر العمل من قبل إحدى السلطات الحاكمة في الدولة في موضوع من المواضيع ذات الطبيعة الدستورية وذلك أثناء ممارستها لاختصاصاتها واستقر في ضمير الجماعة كقاعدة ملزمة.

ولكن مع التطور التاريخي وظهور الدساتير المكتوبة وانتشارها في معظم دول العالم، لم يعد العرف مصدرا رئيسا لقواعد الدستور فيما عدا إنجلترا، فلا خلاف في أهمية العرف ومكانته بالنسبة للدول التي ليس لها دساتير مكتوبة، ولكن يختلف الفقهاء حول دور العرف ومكانته واعتباره مصدرا للدستور بالنسبة للدول ذات الدساتير المكتوبة، وهم في ذلك على رأيين: أحدهما: ينكر كل دور للعرف في الشؤون الدستورية والآخر يقر للعرف هذه القواعد بالنسبة لنصوص وثيقة الدستور[2]، وهنا يجب أن نميز بين العرف الدستوري والدستور العرفي.

أولا: العرف الدستوري: هو قاعدة دستوريه نشعر في ظلم وجود دستور مكتوب ويكون هذا العرف إما مفسرا أو معدلا أو مكملا للنصوص الواردة في الوثيقة الدستورية المدونة وبالتالي العرف الدستوري مرتبط بوجود الوثيقة الدستورية.

ومن ثم فإن العرف الدستوري الذي ينشا إلى جانب الدستور المكتوب قد يقتصر دوره في تفسير نصوص هذه الوثيقة المكتوبة أو مكملا لنقص فيها أو معدل لحكم من أحكامها.

01 – العرف المفسر: ويكون الدور المفسر للعرف عندما يكتنف نصوص والوثيقة الدستورية غموضا أو إبهاما يأتي العرف لازالة هذا الغموض أين يعطي تفسير معين لهذا النص يتم العمل به بعد ذلك، والعرف الدستوري المفسر لا يخرج عن دائرة النصوص الدستورية المكتوبة اذ يعمل في نطاقها ومجالها فلا ينشئ قاعده دستورية جديدة أو يلغي قاعدة دستورية موجودة بل يقتصر دوره على تفسير قاعدة دستورية مكتوبة كانت مبهمة وغامضة دون زيادة أو نقصان منها، ويمنح الفقه للعرف الدستوري المفسر نفس القيمة القانونية للنصوص الدستورية المكتوبة لأنه دائما لا يخرج عن نطاقها ومجالها.

---

(1) المرجع نفسه ، ص 40 – 41.

(2) د. محمد حسين عبد العال ، القانون الدستوري ، ص 87 – 89.

02 – العرف المكمل: وهنا يفترض وجود نقص أو قصور في أحكام النصوص الدستورية المكتوبة فيأتي هذا العرف لتكملتها وسد العجز فيها، من خلال تنظيم الموضوع الذي أغفلت وأهملت الوثيقة الدستورية تنظيمه، وهنا لا يقتصر دور العرف في نطاق و مجال النصوص المكتوبة كما هو الحال مع العرف المفسر، بل هو عرف منشأ يتولى إنشاء قاعدة جديدة دون الاستناد إلى نصوص مكتوبة أو قاعدة مكتوبة سابقا.

03 – العرف المعدل: لا يقتصر دور هذا العرف على مجرد تفسير أو تكملة القواعد الدستورية المكتوبة وإنما قد يصل دور العرف إلى حد تعديل هذه النصوص المكتوبة، بالتالي فالعرف المعدل هو ذلك العرف الذي يعدل حكم من أحكام الدستور المكتوب سواء بان يضيف حكما جديدا أو يقوم يحذف حكم من أحكامها، أي أن العرف المعدل نوعان معدل بالإضافة أو معدل بالحذف، إلا أن الرأي الراجح من الفقه الدستوري لا يعترف بأي قيمة قانونيه للعرف المعدل لأنه لا يمكن تعديل أو إلغاء الأحكام الدستورية إلا بصدور أحكام جديدة مكتوبة لان العرف أدنى مرتبة من الدستور.

ثانيا: الدستور العرفي: وهو كذلك مجموعه من القواعد القانونية الناشئة أيضا عرفيا وهي التي تهتم بتنظيم السلطات العامة في الدولة التي لا تملك دستور مكتوبا كما هو الحال في بريطانيا.

أركان العرف الدستوري : من خلال تعريف العرف الدستوري على أنه عادة اعتادت عليها هيئة في تنظيم موضوع أو طبيعة دستورية واستقرت في ضمير الجماعة كقاعدة ملزمة لهم، ومن هذا التعريف نستنتج أن للعرف ركنين هما الركن المادي (التكرار أو العادة) والركن المعنوي وهو (الشعور بإلزامية تلك العادة).

01 – الركن المادي: ويقصد بالركن المادي للعرف ذلك التصرف الايجابي أو السلبي الذي تقوم به إحدى الهيئات الحاكمة كامتناع هذه السلطات الاستعمال الحق من حقوقها الدستورية لشرط أن لا تكون قد خالفت بذلك للنص الوارد في الدستور.

شروط قيام وتوفر الركن المادي للعرف: يكون التصرف ايجابي أو سلبي الذي ينشا عنه الركن المادي للعرف الدستوري بصوره ثابتة وواضحة في شأن من الشؤون الدستورية ويمكن تفصيل هذه الشروط فيما يلي:

ا/التكرار: إن القاعدة لا تنشأ بمجرد تصرف واحد وإنما يلزم لنشأتها تكرار هذا التصرف عدة مرات حتى يعتبر دليل على رسوخها في ذهن الجماعة وتصبح بالنسبة لهم قاعدة دستورية ملزمة واجبه الاحترام والإتباع.

ب / العمومية: يشترط في التصرف الذي يتحول إلى عادة أن يكون عاما أي تلتزم به جميع الهيئات الحاكمة في الدولة دون اعتراض من أي جهة.

ج / الثبات: وهو شرط ملازم لشرط التكرار ومرتبط به أي ينبغي أن يتكرر التصرف بشكل ثابت ومستقر دون انقطاع أي يجب أن يكون مستمرا ومنتظما ولا يلجأ إليه بشكل متذبذب.

د / الوضوح: يجب أن تكون العادة التي عكفت الهيئة الحاكمة على إتباعها على درجه من الدقة والوضوح بحيث لا تحتمل عدة تفسيرات أو تأويلات.

و /القدم: هذا الشرط مرتبط كذلك بعنصر الثبات إذ يجب أن يتوفر العمل بالعادة لمدة طويلة تدل على ثباتها واستقرارها، لكن هناك صعوبة في تحديد مدة معينة من الزمن كدليل على قدم العادة، فكل قاعدة وظروفها الخاصة فهناك قواعد دستورية احتاجت إلى قرون من إتباعها حتى ترسخت وثبتت في ضمير الجماعة وهناك من احتاج إلى 10سنوات أو أقل.

02 – الركن المعنوي للعرف:

المطلب الثاني: المصادر المادية للقانون الدستوري: تشمل المصادر المادية للقانون الدستوري الفقه والقضاء.

الفرع الأول: الفقه: يعتبر الفقه في السابق مصدرا للقانون، أي أن القاعدة القانونية التي مصدرها الفقه تكتسب صفة الإلزام، ومع التطور الذي مر على القانون بفروعه المختلفة، أصبح الفقه مصدرا ماديا للقانون، أي أنه الطريق الذي تتكون به القاعدة القانونية وتستمد منه مادتها وموضوعها، فلم يعد يعتمد عليه في تفسير النصوص التي يسنها المشرع، لذلك يسميه بعض الفقهاء بالمصدر التفسيري [1] فالفقه يمثل الناحية العلمية أو النظرية للقانون، فهو لا يعدو أن يكون مجموعة من النظريات التي ليست لها صفة الإلزام، ويظهر أثر الفقه في مجال القانون الدستوري الإنجليزي أكثر منه في مجالات القوانين الأخرى؛ لأن النصوص الدستورية في إنجلترا قليلة جدا، فتبقى محتاجة إلى أن تدرس من جانب الفقهاء [2] .

الفرع الثاني: القضاء: القضاء مجموعة الأحكام الصادرة من المحاكم أثناء تطبيقها للقانون على المنازعات المعروضة، وهي على ضربين: **أحكام عادية** هي مجرد تطبيق للقانون، وأخرى **أحكام متضمنة لمبادئ** غير منصوص عليها أو حاسمة لخلاف حول النص.

وكان القضاء مصدرا رسميا، وأصبح الآن مصدرا ماديا [3] ويبرز دوره في تفسير النصوص التشريعية كالفقه، ولكنه يختلف عن الفقه في أن الفقيه يفترض أمورا محتملة لم تقع، ويقترح لها حلولا مناسبة ويردها إلى الأصول والنظريات، فالفقه له طابع العمومية، واستباق الأحداث،

---

(1) – سعد عصفور، المرجع السابق ، ص 57 – 60.

(2) – سعد عصفور، المرجع السابق ، ص 60 – 61.

(3) أي أنه مصدر تفسيري للقاعدة القانونية.

ومسايرة التطور، أما القضاء فينظر فقط فيما يعرض عليه من قضايا ويسعى إلى الفصل فيها، على هدي الاعتبارات العملية التي تحتل المكان الأول في ساحته، فالفقه يمثل الناحية العلمية أو النظرية للقانون، والقضاء يمثل الناحية العملية أو التطبيقية، والأحكام الدستورية في بريطانيا تدين كثيرا للسوابق القضائية التي أنشأت أحكاما دستورية جديدة، إما بدعوى وتفسير أحكام دستورية غامضة، وإما لحسم خلاف حول نص دستوري أو بحكم في أمر لم ينص عليه [1]

المحور الأول.

النظرية العامة للدولة

سوف نخصص هذا المحور للتطرق إلى تعريف الدولة وتبيان أصل نشأتها ثم نبين الأركان المادية التي تقوم عليها وبعد ذلك نحدد خصائصها ومميزاتها وأخيرا نتطرق إلى تحديد أنواعها وأشكالها كل ذلك يكون كما يلي:

المبحث الأول:

تعريف الدولة

سوف نبدأ بالتعريف اللغوي للدولة ثم ننتقل إلى تعريفها الاصطلاحي.

- **التعريف اللغوي:** الدولة في اللغة بتشديد الدال مع فتحها أو ضمها، العاقبة في المال والحرب، وقيل بالضم في المال، وبالفتح بالحرب، وقيل بالضم للآخرة وبالفتح للدنيا وجمعها دول بضم الدال وفتح الواو، ودول بكسر الدال وفتح الواو، والإدالة الغلبة، أديل لنا على أعدائنا أي نصرنا عليهم، وكانت الدولة لنا [2] .

ومن هذا المعنى جاء مصطلح الدولة نتيجة لغلبتها، وإلا لما كانت دولة، وقد ورد لفظ الدولة في القرآن الكريم في قوله تعالى: {كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم} [3].

الدولة هي مؤسسه المؤسسات على حد تعبير الفقيه **بريلو** وكلمة الدولة في الأساس هي كلمة لاتينية *status* وتعني الحالة المستقرة الثابتة، وأخذ مفهومها بالظهور في العصر الحديث حينما استعملها **ميكيافيلي** في كتابه الشهير المسمى **بالأمير** الذي عرف مفهوم الدولة بالقول: "**كل هيئه يكون لها سلطه على الشعب فهي الدولة هي إما جمهوريات أو إمارات**"، ودخلت

(1) – سعد عصفور، المرجع السابق ، ص ص 62 - 65.

(2) ابن منظور ، لسان العرب ، جزء أول، ص 1034.

(3) سورة الحشر آية: 7.

كلمة دولة إلى اللغات الأوربية المختلفة ففي اللغة لألمانية تسمى *staat* وبالانجليزية *state*والإيطالية *stato* أما في البلاد الإسلامية والعربية فقد بدأت كلمه دولة بالانتشار في عهد الإمبراطورية العثمانية عندما أصاب هذه الأخيرة التفكك والانقسام.

- **التعريف الاصطلاحي:** اختلف الفقهاء والمفكرين في صياغة تعريف محدد ومتفق عليه للدولة، ومرد هذا الاختلاف يعود إلى الزاوية التي ينظر منها كل فقيه لها كما أن كل فقيه يعتمد في تعريفه للدولة عن فكرة قانونية معينة[1] .

فالفقيه الفرنسي **دوجي** جعل أساس وجود الدولة وقيامها وظهورها مرتبط بانقسام أفراد المجتمع إلى فئتين فئة الحكام وفئة المحكومين سواء هذا الانقسام كان في مجتمع بدائي أو في مجتمع متطور، وعليه اعتبر هذا الفقيه أن القبيلة والعشيرة تنظيمها يتشابه مع الدولة في العصور البدائية طالما كان هناك تمايز واختلاف بين فئتين إحداهما حاكمة والأخرى محكومه.

أما الدولة عند الفقيه **هوريو** فهي ليست مجرد انقسام أفراد المجتمع إلى حكام ومحكومين وإنما ضرورة وصول أفراد الجماعة إلى مرحله متقدمة من التطور الحضاري قوامها الشعور بالصالح العام للجماعة والذي يستند إلى السلطة السياسية المزودة بصلاحية والقدرة على تطبيق الإكراه أو القوه لذلك يرفض **هوريو** اعتبار القبيلة أو العشيرة بمثابة دولة، لأن وجود هذه الأخيرة عنده كذلك بضرورة الفصل بين السلطة السياسية وبين القائمين عليها ورغم هذا الاختلاف في تعريف الدولة إلا أن الفقهاء اتفقوا على أركانها الأساسية التي تقوم عليها من الناحية القانونية وهي الشعب والإقليم والسلطة السياسية، وعند الجمع بين هذه الأركان نصل إلى التعريف الراجح للدولة، وبالتالي يكون تعريف الدولة بأنها " **مجموعه أفراد يعيشون على إقليم معين ويخضعون في تنظيم شؤونهم إلى سلطة سياسيه محددة** "، وفي نفس الاتجاه عرفها الفقيه الفرنسي **جورج بيردو** بأنها مجموعه دائمة ومستقره من الأفراد يملكون إقليما معينا وتقيم سلطة منظمة فيه قصد أن تكون لهم جمله من الحقوق والحريات.

وهذا التعريف يتفق عليه أكثر الفقهاء لأنه يحتوي على الأركان الأساسية التي لا بد من وجودها لقيام أي دولة، وهي الشعب، والإقليم والسلطة السياسية.

المبحث الثاني : النظريات المفسرة لأصل نشأت الدولة

إن البحث في أصل نشاه الدولة يقودنا أساسا إلى البحث عن أصل نشأة السلطة السياسية أي عن مصدر سلطه الحكام، وهذا نتيجة الارتباط السلطة السياسية بالدولة إذ أصبح من المتعذر

(1) د. سعد عصفور ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، القسم الأول ، ص ص 93 - 94.

الفصل بينهما، لذلك فان النظريات التي قيلت بشأن أصل نشأة الدولة تصلح أيضا لتفسير أساس السلطة السياسية في الدولة وبالتالي فالسؤال المطروح يتعلق بمصدر سلطه الحاكم من أين أخذ هذه السلطة وأين وجد منبعها ؟ هل هي نابعة من التفويض الإلهي أو كانت نتيجة وجود عقد اجتماعي بين الحاكم والشعب ظهرت نتيجة لامتلاك القوه والغلبة أو هي نتيجة تطور حدث في الأسرة إلى أن أصبحت دولة ؟ وونظرا للضرورة المنهجية فان بحثنا في أصل نشأة الدولة يجعلنا نتطرق إلى أهم النظريات التي قيلت في هذا الشأن.

المطلب الأول: النظريات التيوقراطية في تفسير أصل نشأة الدولة.

تمثل هذه النظريات أقدم ما قيل بشان تفسير وتوضيح وتبيان أصل نشأة الدولة ، وسميت هذه النظريات بالنظريات الدينية غير أنها في مفهوم الدين الإسلامي تعتبر نظريات غير دينيه بحكم أن الإسلام جاء لمحاربه الحكام الذين ادعوا الالوهية وكذا محاربه استبداد وطغيان الحكام، وترى هذه النظريات أن الدولة من صنع الإله وأن الحاكم في حد ذاته إله يعبد أو انه معين من طرف الإله بصفة مباشرة أو بصفه غير مباشره، إذ أنه يتميز بصفات خارقه ليست لدى كل البشر، وترى هذه النظريات أن الدولة والحكم فيها نظام مقدس فوضه الله لحكم عباده.

واذا اتفقت هذه النظريات على أن مصدر السلطة في الدولة هو الإرادة الالهية التي تعلو على إرادة ومشيئة البشر فإنها اختلفت فيما بينهم حول طريقه اختيار الحاكم مما أدى إلى ظهور ثلاثة اتجاهات تمثل نظريات التيوقراطية وهي كما يلي:

الفرع الأول: نظرية تأليه الحاكم

يرى أنصار هذه النظرية أن الحاكم ذو طبيعة الهية التي تستوجب على كل المحكومين طاعته وعبادته، وقد قامت هذه النظرية في الحضارات القديمة فكان فرعون وهو حاكم مصر اله يعبد أطلق عليه اسم(ر ع) التي تعني في اللغة الفرعونية اله، وبذلك ترجع هذه النظرية أصل نشأة الدولة إلى الإرادة الالهية التي تفوق إرادة ومشيئة البشر فهي ترى تقديس الحاكم وعدم محاكمته أو الخروج على طاعته.

الفرع الثاني: نظرية الاختيار الإلهي المباشر

ترى هذه النظرية أن الحاكم ذو طبيعة بشرية وليس ذو طبيعة الاهية ولكنه يتميز بصفات خارقة جعلت الإرادة الالهيه تختاره بصفه مباشره لتولي السلطة في الأرض، هذه النظريه طبقها بعض ملوك فرنسا حيث نجد أن لويس الخامس عشر أشار في مقدمه مرسوم أصدره سنة 1770 "**إننا لا نتلقى تاجنا (حكمنا) إلا من الله والحق في وضع القوانين يعود لنا وحدنا بدون مشورة أو إشراك من أحد**".

الفرع الثالث: نظرية الاختيار الإلهي غير مباشر

ترجع هذه النظرية أساس السلطة ووجود الدولة إلى الإرادة الشعبية وليس إلى الإرادة الإلهية غير أنها ربطت بين إرادة البشر ومشيئة الله وغايته إذ أن المشيئة الإلهية لعبت دور كبير في توجيه إرادة البشر نحو اختيار من يحكمهم ويدير شؤونهم، حيث أن السلطة الحاكمة بموجب هذه النظرية لا يتم اختيارها مباشرة من طرف الاله وإنما يتم ذلك بصفه غير مباشرة من خلال الدور الذي تلعبه العناية الإلهية في التأثير على إرادة البشر من اجل توجهها ودفعها نحو اختيار حاكم محدد.

نظرة الإسلام في هذه النظريات

لقد حارب الإسلام الحكام الذين ادعوا الإلوهية كما هو الحال مع الفرعون الذي رأى نفسه أنه إله يعبد، كما أن الإسلام لا يبرر استبداد الحكام وطغيانهم على شعوبهم بخلاف هذه النظريات.

المطلب الثاني: نظريات العقد الاجتماعي

في مقابل النظريات التيوقراطية التي أرجعت أصل نشأة الدولة إلى عوامل غير بشرية جاءت نظريات العقد الاجتماعي لترجع أصل نشاه الدولة إلى الإنسان، بحيث ترى بأن الانسان أبرم **عقدا** أو **اتفاقا** بينه وبين الحاكم، وترى هذه النظريات كذلك أن الأفراد كانوا يعيشون على الفطرة لا يخضعون لأية قواعد قانونيه وأن ظهور الدولة بما لها من قوة وسيادة يرجع إلى عقد (اتفاق) ابرم بين هؤلاء الأفراد فاستبدلوا بذلك حياه الفطرة التي كانوا يعيشونها والتي كانت قائمه عن القانون الطبيعي المنظم لحياتهم بقانون بشري الذي نتج عنه ظهور حقوق وحريات لهؤلاء الأفراد.

ويتزعم هذه النظريات مجموعه من الفلاسفة والمفكرين منهم **توماس هوبز وجون لوك وجون جاك روسو** ، وإذا اتفق هؤلاء المفكرين في أن أصل الدولة يعود إلى العقد الذي أبرم بين أفراد الشعب فإنهم اختلفوا في طبيعة الحياة قبل العقد وأطراف العقد والآثار (النتائج) المترتبة عن هذا العقد ويمكن تفصيل ذلك كما يلي:

الفرع الأول: نظرية العقد الاجتماعي لتوماس هوبز 1588/1679

يرى هوبز أن الإنسان كان قبل العقد يعيش حياة الغاب المبنية على الصراعات والنزاعات ومن أجل وضع حد لتلك الحالة الفوضوية والدخول في حياة يسودها الأمن والسلم والاستقرار اهتدى هؤلاء الأفراد إلى فكره العقد الذي بموجبه يتنازل كل الأفراد عن حقوقهم وحرياتهم لشخص غير طرف في العقد يختارونه دون شرط ولكي يتمكن هذا الفرد المختار من تحقيق الاستقرار والأمن يجب أن يتمتع بسلطات تقويه وتدعمه، وبالتالي لا يحق للشعب بعد إبرام العقد واختيار الحاكم أن يثوروا ضده أو يحاسبوه لان السلطة المطلقة أفضل وأحسن للشعب من العودة إلى حياه

الفوضى التي كان يعيشها قبل العقد،وما يلاحظ عن أفكار هوبز انه يبرر استبداد الحكام وبقائهم في الحكم ولو على حساب حرية الأفراد.

الفرع الثاني: نظرية العقد الاجتماعي جون لوك 1632/1704

يختلف جون لوك عن هوبز في تحليل طبيعة البشر قبل العقد أو ما يعبر عنه بحياة الفطرة التي يرى أنها كانت تتسم بالمساواة والسلم والحرية يحكمها القانون الطبيعي، غير أن هؤلاء الأفراد فكروا في إنشاء مجتمع من تنظيم أحسن مما هو عليه الحال ويكون ذلك من خلال إنشاء هيئه حاكمة تقوم بتنفيذ القوانين الطبيعية، لذلك قرروا إبرام عقد فيما بينهم كانت نتيجته ظهور حاكم مهمته تحقيق العدالة والمساواة بين الأفراد، وأطراف العقد عند جون لوك اثنان الأفراد من جهة والحاكم من جهة أخرى، ومن تم تكون سلطته مقيدة بما تم الاتفاق عليه أثناء التعاقد، كما أن لوك يرى أن الأفراد لم يتنازلوا عن جميع حقوقهم كما هو الشأن هند هوبز وإنما تنازلوا عن جزء منها فقط بقدر ما يكون ضروري لإقامة الدولة وعلى الحاكم تسخير جميع جهوده من اجل تحقيق الصالح العام وحريات الأفراد وحقوقهم، وفي حاله عدم التزامه بذلك فإنه يحق للأفراد فسخ العقد وتنحية الحاكم، بل إنه يحق للشعب أن يثور ضده إذا حاول مقاومتهم وعدم الاستجابة لمطالبهم، وبالتالي فانه من مميزات هذا الفيلسوف بخلاف هوبز هو وقوفه إلى جانب الشعب الانجليزي في صراعه ضد الحكام.

الفرع الثالث: نظرية العقد الاجتماعي جان جاك روسو 1712/1773

يرى هذا الفيلسوف أن حياة الأفراد الطبيعية البدائية كانت تتميز بالعدالة الطبيعية والمساواة والحرية غير أنه بعد اكتشاف الزراعة ثم الثورة الصناعية ظهرت الملكية الفردية التي نتج بسببها فوارق بين الأفراد ومن ثم انهارت المساواة وتحولت حياة الأفراد إلى شقاء ومأساة وازدادت بذلك الحروب والغزوات والخلافات بسبب التنافس على الثروة وهو الأمر الذي دفع بالأغنياء إلى البحث عن وسيلة تكفل لهم القضاء على هذه الوضعية فاستمالوا الفقراء من أجل إقامة مجتمع قاعدته العقد الذي يبرم بينهم للمحافظة على أموالهم والقضاء على الحروب والغزوات، فيتنازل فيه كل فرد من أفراد المجتمع على جميع حقوقه الطبيعية ليس من أجل فرد منهم وإنما للجماعة كلها.

نقد نظريات العقد الاجتماعي

إذا كانت فكرة العقد قد أسهمت في تطوير مفهوم الديمقراطية والإرادة الشعبية والقضاء على استبداد الحكام وطغيانهم إلا أنه أعيب عليها من النواحي التالية:

01 - **إنها نظريات غير واقعية:** فهي تقوم على الوهم والخيال إذ لم يثبت من الناحية التاريخية بأنه حدث اجتماع بين الناس فوق إقليم معين لإقامة مجتمع سياسي يفرق

فيه بين الحاكم والمحكوم، وبالتالي فهي نظريات غير واقعية ابتدعها أصحابها بغية إيجاد تبرير لاتجاهاتهم الفكرية والسياسية.

02 - **إنها نظريات غير منطقية:** إن إبرام العقد بغية إنشاء مجتمع منظم بواسطة سلطة سياسية يتطلب قبل ذلك وجود سلطة مسبقة تتكفل بتنفيذ بنود العقد والحرص على تجسيد آثاره القانونية من خلال نصوص قانونية تحدد حقوق وواجبات كل طرف في العقد، غير أن هذه النظريات ترى بأن العقد هو الذي أوجد السلطة السياسية وليس العكس، وبالتالي فهي غير منطقية في طرحها لأنه لا يمكن أن يكون العقد الذي يحتاج إلى حماية من السلطة السياسية لتنفيذ بنوده هو ذاته الذي أنشأ هذه السلطة.

المطلب الثالث: نظريات التطور الاجتماعي لتفسير أصل نشأة الدولة.

حاولت هذه النظريات إرجاع أساس نشأة الدولة لعامل التطور الاجتماعي وقد انقسمت إلى قسمين التطور الأسري والتطور التاريخي.

الفرع الأول: نظرية التطور العائلي : إن أساس وجود الدولة يرجع الى الأسرة التي تمثل الخلية الأولى في المجتمع والتي تطورت إلى عدت أسر أصبحت عشيرة ثم تطورت العشيرة وأصبحت قبيلة واحدة القبائل فيما بينها وضعت لرئيس واحد فظهرت المدينة ومن إتحاد عدة مدن ظهرت الدولة.

نقد هذه النظرية/ إن الأسرة تختلف في تشكيلها وتكوينها عن الدولة إذ أن السلطة في الأسرة هي سلطة شخصية ترتبط بالأب رب الأسرة وجودا وعدما أما السلطة في الدولة فهي فكرة مجردة عن الأشخاص تتجاوز أعمار الحكام وتبقى ما بقيت الدولة كشخص قانوني متميز عن من يمارس السلطة.

الفرع الثاني: نظرية التطور التاريخي : طبقا لهذه النظرية فإن أصل نشأة الدولة لا يرجع إلى عامل واحد بل هي ناتجة عن تفاعل عدة عوامل فيما بينها من القوة والاقتصاد والدين وعامل القرابة بين الأفراد، وبالتالي ترجع هذه النظرية تفسير نشأة الدولة إلى عوامل متعددة وهذه النظرية تعتبر الأقرب إلى المنطق وبالتالي لاقت قبولا واسع لدى الفقه لأنها لا ترجع أصل الدولة إلى عنصر بذاته ومن ناحية ثانية قربها من المنطق ما دام أنها لا تحدد عامل واحد ليفسر أصل نشأة الدولة نظرا لاختلاف الطبيعة والضرورة التاريخية والأحوال الاجتماعية والضرورة الاقتصادية التي ساهمت كلها مجتمعة في نشأة الدولة.

المطلب الرابع: نظريات القوة :

لتفسير أصل نشأة الدولة حاولت هذه النظريات إرجاع أصلها إلى القوة والهيمنة التي يمارسها القوي على الضعيف ويمكن ذكر أهم النظريات فيما يلي:

الفرع الأول: نظرية القوة والغلبة: يرى أنصار هذه النظرية أن الدولة نظام اجتماعي فرضه الغالب على المغلوب فهي تنشأ عندما يفرض القوي سلطته ونفوذه على باقي الأفراد فحياة الإنسان الأولى كان يحكمها قانون الحرب بين مختلف الأسر فإذا انتصر أحد أرباب الأسر أصبح حاكما على أسرته وعلى الأسر المهزومة التي يظهر إليه و القوة لا تقتصر على القوة المادية بل تشمل القوة الاقتصادية و التكنولوجية.

نقد هذه النظرية: إذا كانت القوة عنصر هام من أجل فرض وحدة الدولة و أمنها واستقرارها و بدونها تصبح الدولة فريسة لمختلف العوامل الهدامة غير أن القوة وحدها لا تكفي إذ لابد لها من وجود الحق والعدل إذ بغيابهما يمكن القول بأن دوام الدولة مؤقت غير أنه باتحادها مع الحق يكون أساس دوام الدولة.

الفرع الثاني: نظرية ابن خلدون: اعتمد ابن خلدون في نظريته على العنف الذي يعتبر في نظره أحد ميزات الإنسان الذي يمكن من خلاله المحافظة على بقائه وحياته وعيشه و يرى أن الإنسان كائن اجتماعي يكون دائما في حاجة المجتمع في توفير الغذاء والدفاع عن النفس وفي بعض الأحيان يكون هناك صراع بين الطبقات الأمر الذي يستدعي وجود حاكم يتولى إدارة و تنظيم هذه الجماعة و أهم عناصر تكوين الدولة عند ابن خلدون ما يلي:

أولا/ العصبية: ومنها الشعور بالانتماء إلى أفراد المجتمع يجعل هذا الشعور أفراد الجماعة على البوز والتطور على باقي المجتمعات

ثانيا/ الزعامة: لابد من وجود إدارة لهذه الجماعة التي تتميز بالعصبية و يجب وجود شخص يمتاز بالقوة والبطش مع الكرم والشجاعة وكذا المرونة حتى يرغب أتباعه على طاعته ولابد له أن يبتعد عن كل الصفات التي تجعل منه شخص مستبد بل يجب أن يتحلى بصفات حميدة و يهتم بجميع الرعايا.

ثالثا/ العقيدة الدينية: يرى ابن خلدون أن قيام مجتمع ما على أساس العصبية والعقيدة الدينية سوف يزيد من استقرار وانسجام هذا المجتمع ويعتبر الدين عنده العامل الأساسي الذي يوحد الجماعة و يرى ابن خلدون أن الدين الإسلامي هو الدين الوحيد القادر على إنشاء دول متماسكة تتميز بالقوة والسيطرة.

الفرع الثالث: النظرية الماركسية: يرى كارل ماركس أن الدولة ظهرت نتيجة انقسام المجتمع إلى طبقات متصارعة واستحواذ البعض منها على ملكية الإنتاج والتي استطاعت من خلالها استغلال سائر الطبقات و تسخيرها لخدمتها، فبالتالي فظهور الدولة ووجودها مرتبط بشكل أساسي بالصراع الطبقي وعلى هذا الأساس يرى ماركس أن الدولة ما هي إلا تنظيم مؤقت سوف

تزول بزوال الصراع الطبقي، وذلك عندما تصل الطبقة الكادحة إلى الحكم والقضاء على البورجوازية .

المبحث الثالث

أركان الدولة

تقوم الدولة على توفر ثلاثة أركان أساسية وهي:

1 – المجموعة البشرية: لا يتصور وجود دولة دون وجود مجموعة من البشر، ولا بد أن ينشأ لدى هذه المجموعة، إحساس بضرورة إشباع حاجات شتى، والتعاون على أداء المناشط المطلوبة لإشباع هذه الحاجات، ويتكون شعب أي دولة من وطنيين يتمتعون بجنسية الدولة، وتربطهم بها رابطة الولاء، وأجانب يوجدون على إقليم الدولة لا تربطهم بها سوى رابطة التوطن أو الإقامة حسب الأحوال[1] .

ومن ثم فالشعب يقصد به مجموعة الأفراد المقيمين في إقليم معين يخضعون لنظام سياسي محدد لكن لا يشترط فيهم التجانس كما هو الشأن في أطراف الأمة الواحدة، وللمجموعة البشرية عدة مدلولات يمكن تفصيلها كما يلي:

الشعب الاجتماعي: ويقصد به مجموع الرعايا الذين ينتمون إلى الدولة ويتمتعون بجنسيتها.

المدلول السياسي للشعب: و يقصد به الأشخاص الذين يتمتعون بممارسة الحقوق السياسية كالانتخاب وتولي الوظائف العامة.

مدلول السكان: فهو أوسع من الاثنين لأنه ينطبق على كل الأشخاص المقيمين على إقليم الدولة سواء كانوا وطنيين يحملون جنسية الدولة أو أجانب لا يحملون جنسيتها .

الأمة: ويقصد بالأمة مجموع الأفراد الذين تجمعهم وتوحد بينهم روابط مادية مثل اللغة والدين والأصل أو روابط معنوية مثل الماضي المشترك والرغبة في العيش المشترك.

السؤال المطروح : ما هو العنصر الأساسي و الحاسم في تكوين الأمة ؟

اختلفت المذاهب في تحديد هذا فمنهم من يرى أنه الدين كما هو الحال عند المسلمين أو الأصل الواحد حسب النظرية الألمانية أو إرادة العيش المشترك حسب النظرية الفرنسية .

2 – الإقليم: إذا وجد الشعب فلا بد له من العيش على إقليم ما، يكون مستقرا للشعب ومصدرا رئيسا لثروة الدولة، و من ثم فإن إقليم الدولة هو ذلك الجزء من الكرة الأرضية الذي

(1) المرجع السابق ، ص 95.

تباشر الدولة عليه سيادتها وسلطانها، وهو يشكل العنصر الطبيعي في الدولة والذي يقصد به الحيز الجغرافي الذي ترتكز عليه الدولة لتأكيد استقلاليتها واستقرارها الدائم.

مجالات إقليم الدول : يتكون إقليم الدولة من ثلاثة أجزاء وهي: **الإقليم الأرضي**: وهو الذي يشكل اليابسة يشترط فيه أن يكون ثابتا وطبيعيا وليس اصطناعيا ومتحركا إلا انه لا يشترط فيه أن يكون متصلا يكون قطعه واحدة وهو الغالب، بل قد يكون منفصل الأجزاءا كالباكستان سابقا عندما كانت تتقسم إلى قسمين شرقي وغربي حتى انفصلت باكستان الشرقية وأصبحت دولة مستقلة تسمى بنجلادش فظل اسم باكستان يطلق على باكستان الغربية ، كما انه ليس من الضروري أن تكون مساحته صغير ة أو كبيرة، ويكون تحديد حدود هفي الوقت الحالي بحدود طبيعيه كالجبال والأشجار والأنهار أو اصطناعية كالأسلاك الشائكة أو الأسوار آو تكون حدوده حسابيه ووهمية من خلال خطوط الطول والعرض.

الإقليم المائي: ويشمل المياه الموجودة داخل حدود الدولة من أنهار وبحيرات ونصيب من البحار العامة الملاصقة لإقليم الدولة، وتسمى المياه الإقليمية وقد ثار خلاف في تحديد امتداد المياه الإقليمية أين كانت تحدد بثلاثة أميال بحريةٍ ثم ستة أميال ثم 12 ميلا بحريا، كما ثم الاعتراف للدول بحق استغلال المنطقة الاقتصادية التي تلي المياه الإقليمية أين تمارس فيها الدولة السيادة الوطنية لتمكينها استغلال الثروة الموجودة فيها فقط وبالتالي ليست لها سيادة مطلقة عليها.

الإقليم الجوي: وهو المنطقة التي تعلو الإقليم البري والمائي للدولة مباشره أي أن للدولة سيادة على طبقات الهواء التي تقع فوق الإقليمين الأرضي والمائي حسب ما هو محدد في أحكام القانون الدولي العام[1].

طبيعة حق الدولة على إقليمها: السؤال المطروح كيف يتم تحديد العلاقة بين الدولة وإقليمها ؟ للجواب على هذا التساؤل ظهرت مجموعة من الآراء الفقهية حيث أن الفقه التقليدي ير ى أن علاقة الدولة بإقليمها هي علاقة ملكية حيث أن الدولة تملك إقليمها إلا إن هذا الرأي مهجور بحكم أن القول بمكيه الدولة الإقليمية يؤدي إلى منازعات مع الملكيات الخاصة للأفراد وقد تم الرد على هذا الانتقاد من زاوية أن الدولة لها ملكيةٍ من نوع خاص تختلف وتسمو على ملكي ة الأفراد وذهب الرأي الآخر إلى القول بأن علاقة الدولة بإقليمها هي علاقة سيادة وانتقد كذلك هذا الرأي بحكم إن السيادة تمارس على الأشخاص الموجودين فوق الإقليم وليس على الإقليم بحد

(1) د. يحي الجمل ، الأنظمة السياسية المعاصرة ، مرجع سابق ص 96 ، ص 32 ، دار النهضة المصرية 1969م.

ذاته الاتجاه الراجح التكييف الصحيح للعلاقة بين الدولة والإقليم هو إن الدولة تمارس على إقليمها نوع من الاختصاصات تتفق مع طبيعة الدولة ومع الغرض من وجودها.

3 – **السلطة السياسية (الهيئة الحاكمة)** : لا يكفي لقيام الدولة وجود شعب مقيم على إقليم معين، وإنما يجب إضافة إلى ذلك وجود هيئه حاكمة أو ما يعبر عنه بالسلطة السياسية التي تمارس سيادتها على الأفراد المقيمين على هذا الإقليم، وينبغي التمييز بين صاحب السلطة السياسية التي هي الدولة بما فيها من حكام ومحكومين وبين ممارس السلطة ألا وهو الحاكم أو الفئة الحاكمة، ومن ثم فالسلطة السياسية هي فكرة مجرد عن شخصيه الحاكم إذ ينبغي الفصل بين الأساس وهو السلطة وبين الممارس وهو الحاكم.

مميزات السلطة السياسية: تتميز السلطة باعتبارها ركن من أركان الدولة بالخصائص التالية:

– إنها سلطه أصلية بمعنى أنها لا تتبع ولا تتبع من أي سلطه أخرى مساوية أو موازية لها بل إن جميع السلطات الأخرى تتبع وتتبع السلطة السياسية للدولة.

– لها اختصاص عام بمعنى اختصاصها يشمل جميع نواحي الحياة السياسية الاقتصادية الأمنية والعسكرية وذلك على خلاف باقي السلطات التي لها اختصاص محدد تتكفل بتنظيم جانب من جوانب الحياة وليس كلها.

وركن السلطة هو الذي يميز الدولة عن الأمة، فالأمة تتفق مع الدولة في ركني الشعب والإقليم، ولكنها تختلف عنهما في ركن السلطة السياسية، وإذا ما تيسر لأمة ما أن تقيم سلطة سياسية فإنها تصبح دولة [1] .

الاعتراف الدولي هل هو ركن رابع للدولة: إذا وجدت الأركان الثلاثة السابقة الذكر في دولة من الدول قامت الدولة متمتعة بخصائص ومميزات معينه تختلف عن باقي التجمعات والتكتلات، غير أن هناك جانب من الفقه يضيف ركن رابع للدولة ألا وهو ركن الاعتراف الدولي بها، حيث يرى هذا الجانب أن الدولة لا تكتمل وجودها إلا باعتراف بقية الدول بها، غير أن هذا الرأي غير صحيح ذلك أن عدم الاعتراف الدولي بالدولة لا يعني عدم وجود هذه الدولة وإنما يعني تعطيل نشاطيها السياسي والدبلوماسي مع بقية الدول ومن تم فان الاعتراف يعتبر كاشفا بوجود الدولة منذ اكتمال أركانها الثلاثة وليس منشئا لها.

المبحث الرابع: خصائص الدولة (مميزاتها).

(1) د. سعد عصفور ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، قسم أول ، د. سعد عصفور ، القانون الدستوري ، ص 223.

بعد اكتمال الأركان الثلاثة للدولة تصبح هذه الأخيرة تتمتع بخصائص ومميزات يمكن حصرها في ميزتين أساسيتين تمتعها بالشخصية المعنوية والسيادة.

المطلب الأول: الشخصية المعنوية:

يذهب أغلبية فقهاء القانون إلى الاعتراف للدولة بالشخصية القانونية التي تؤهلها لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات شأنها في ذلك شأن بقية الأفراد الطبيعيين المكونين لها وان كانت مستقلة عنهم، لذلك فالشخص المعنوي عبارة عن شخصية قانونية مختلفة ومتميزة عن الأشخاص الطبيعيين الذين يدخلون في تكوينها والقادر على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات هذه الحقوق الالتزامات ملتصقة بالشخص المعنوي ومختلفة عن حقوق والتزامات الأشخاص الطبيعيين المكونين له وهم الشعب

نتائج الاعتراف بالشخصية القانونية للدولة: يترتب على الاعتراف بالشخصية القانونية للدولة النتائج التالية:

01- قدرة الدولة على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات التي تكون مختلفة عن حقوق والتزامات الأفراد أو الحكام.

02- تعتبر الدولة وحده مستقلة ومتميزة عن الأفراد المكونين لها سواء حكام أو محكومين، وبالتالي فالسلطة التي تمارس الحكم نيابة عن أفراد الشعب إنما تتم ممارستها باسم الجماعة ولمصلحتها وليس للمصلحة الخاصة للحكام أو المحكومين.

3 - إن الاتفاقيات والمعاهدات التي تبرمها الدولة تبقى نافذة مهما تغير نظام الحكم في الدولة.

4- لا يترتب على تغيير الحاكم تغيير القوانين او تعطيل تنفيذها وإنما تبقى هذه القوانين قائمة وسارية ما لم تلغ أو تعدل.

5- إن الالتزامات المالية التي تترتب على الدولة ولصالحها تظل قائمه وواجبه النفاذ بغض النظر عما يلحق النظام الحاكم فيها من تغيير أو تبديل.

المطلب الثاني: تمتع الدولة بالسيادة.

إن أهم ما يميز الدولة عن بقية التنظيمات هو تمتعها بعنصر السيادة التي تجعل منها مؤسسه متماسكة وقويه وقادرة على فرض هيبتها داخليا و في علاقتها الخارجية.

آثار ونتائج تمتع الدولة بالسيادة يترتب على تمتع الدولة بالسيادة النتائج التالية:

1 - تصبح الدولة الجهة الوحيدة التي لها سلطة أصليه لا تستمدها من أية جهة كانت.

2- إن سيادة الدولة هي سيادة عليا لا تسموا عليها أية سلطه في الداخل ولا في الخارج.

3 – الدولة هي التي تحتكر مظاهر السيادة التي تستأثر بها فتحتكر وحدها القوة العمومية من جيش وشرطه ودرك وغيرهم.

4– إن الدولة باعتبارها مالكة السيادة هي التي تحدد على طول إقليمها نوع تنظيمها القانوني دون أن تتأثر في ذلك بإملاءات أية جهة داخلية كانت أو خارجية.

5– إن الدولة هي مصدر جميع السلطات بحيث تنفرد بتحديد اختصاصاتها ومجال نفاذها ويمكن إجمال كل ذلك في مظهرين مظهر داخلي وآخر خارجي.

فبالنسبة للمظهر الداخلي: يقصد به أن للدولة سلطات عليا مهيمنة على كل المتواجدين فوق إقليمها وأن إرادتها تعلو على غيرها من الإيرادات كما أن لها كامل الصلاحية في وضع القوانين وجعلها محترمه من قبل جميع المحكومين سواء برضائهم أو رغما عنهم باستعمال القوة كما أن للدولة الحق في التصرف في أموالها وثرواتها واحتكار مهام الدفاع الداخلي والخارجي والحفاظ على النظام والأمن العام ولا تخضع الدولة في ذلك إلا لإرادتها الحرة المستقلة.

أما فيما يخص المظهر الخارجي للسيادة فيقصد به عدم قدرة أي دولة أجنبيه في التأثير على القرارات التي تتخذها الدولة وعلى الأعمال التي تقوم بها أي تمتعها بالاستقلال الكافي الذي يجنبها الارتباط والتبعية لدوله أخرى.

مصدر السيادة وصاحبها: إذا كانت السيادة صفة ملتصقة بالدولة وخاصية من خصائصها التي تجعل من السلطة فيها تتمتع بالصفة الآمرة العليا الأصلية التي لا تتجزأ فالسؤال المطروح إلى من ترجع السيادة ومن هو صاحبها؟

الجواب: ترجع السيادة إلى وجود مجموعة من العوامل التي تتغير بحسب تطور البشرية فيها قد ترجع إلى العوامل الدينية كما الشأن مع النظريات التيوقراطيه كما قد ترجع الى الشعب حسب النظريات العقدية أو مختلف العوامل الاجتماعية كالقوة والغلبة والتطور الأسري، وبالتالي فالدولة هي صاحبة السيادة أما الحكام فهم مجرد ممارسين لهذه السيادة.

المبحث الخامس

أنواع الدول

يمكن تقسيم الدول إلى عدة تقسيمات حسب الزاوية التي ننظر منها إليها ، فقسمت إلى دول كاملة السيادة وأخرى ناقصة السيادة إلا أن أهم تقسيم لها هو تقسيمها إلى دول بسيطة موحدة وأخرى مركبة.

المطلب الأول: الدولة البسيطة أو الموحدة : وهي تلك الدولة التي تنفرد بإدارة شؤونها الداخلية والخارجية سلطة واحدة أي تمارسها سلطة تشريعية وتنفيذية وق ضائية واحدة، كما تخضع إلى دستور واحد ونظام سياسي واحد.

مظاهر تجسيد وحدة الدولة البسيطة: تتجسد وحدة الدولة البسيطة من النواحي التالية:

من حيث السلطة : حيث تتولى الوظائف العامة في الدولة سلطات واحدة (تشريعية وتنفيذية وقضائية) واحدة ينظمها دستور واحد تطبق أحكامه على كل إقليم الدولة وعلى كافة شعبها.

من حيث الجماعة البشرية : يشكل أفراد الدولة البسيطة وحدة واحدة يخضعون في حياتهم ومعاملاتهم لقوانين وأنظمة موحدة .

من حيث الإقليم : يشكل إقليم الدولة البسيطة وحدة واحدة بجميع أجزائه بحيث يخضع إلى قوانين واحدة بدون تمييز ، بمعنى أن هناك قاعدة ق واحدة تبسيط نفوذها على كل نواحي الإقليم ، غير أن بساطة التركيب الدستوري للدولة البسيطة لا تتطلب بالضرورة بساطة التنظيم الإداري فيها ، فهذا الأخير قد يأخذ نظام التركيز الإداري كما قد يأخذ نظام اللامركزية الإدارية في الدولة الموحدة البسيطة.

المطلب الثاني: الدولة المركبة: وهي تلك الدول التي تنشأ من اتحاد بين دولتين أو أكثر لتحقيق أهداف مشتركة فتوزع سلطات الحكم فيها تبعا لطبيعة ونوع الاتحاد الذي يربط بينها.

الفرع الأول: أنواع الدول المركبة: يقسم الفقهاء الدول المركبة (المتحدة) إلى عدة تقسيمات فهي قد تشكل اتحادات شخصية أو اتحادات فعلية أو اتحادات استقلالية أو مركزية .

أولا: الاتحاد الشخصي : يقوم هذا النوع من الاتحاد بين دولتين أو أكثر تحت عرش واحد مع احتفاظ كل دولة بسيادتها الكاملة وتنظيمها الداخلي المستقل ، ومظاهر هذا الاتحاد لا تتجسد إلا في شخص رئيس الدولة لوحده وبالتالي لا يشكل هذا الاتحاد دولة واحدة بل تحتفظ فيه كل دولة شخصيتها الدولية الكاملة لذلك يكون هذا الاتحاد ضعيف ومؤقت يزول و ينتهي بمجرد انتهاء شخص رئيس الدولة ومن أمثلة هذا الاتحاد نجد : اتحاد بين انجلترا و دولة هانوفر 1848، و الاتحاد الذي وقع بين هولندا و لكسمبورغ 1815 و هذه الأمثلة كلها تاريخية أي أن هذا النوع من الاتحاد لم يعد موجودا في الوقت الحالي.

الآثار الناتجة عن الاتحاد الشخصي: تتلخص الآثار الناتجة عن الاتحاد الشخصي فيما يلي:

-احتفاظ كل دولة بشخصيته الدولية وانفرادها في رسم سياستها الخارجية و تمثيلها الديبلوماسي ومعاهداتها، وبالتالي فالحقوق والالتزامات المترتبة على عاتق أي دولة من دول الاتحاد الشخصي لا تلزم باقي الدول.

-تعتبر الحرب بين بين دول الاتحاد حرب دولية وليست حرب أهلية.

- يعتبر رعايا كل دولة أجانب بالنسبة لأي دولة في الاتحاد أي لا توجد جنسية واحدة تجمعهم.

ثانيا: الاتحاد الحقيقي: يقوم هذا اتحاد بين دولتين أو أكثر بحيث تخضع جميع الدول المنظمة للاتحاد لرئيس واحد مع اندماجها في شخصية دولية واحدة تمارس الشؤون الخارجية و التمثيل

الدبلوماسي باسم الإتحاد ، وهذا مع احتفاظ كل دولة في هذا اتحاد بدستور وقوانينها الداخلية وإدارتها الداخلية مثل اتحاد النمسا والمجر 1867 و بين الدنمارك الأنا 1918.

آثار الاتحاد الفعلي : يختلف الاتحاد الحقيقي أو الفعلي عن الاتحاد الشخصي من حيث أن الدول الداخلة فيه تفقد شخصيتها الدولية وسائر الاختصاصات الخارجية ، ويتشابه معه من حيث احتفاظ كل دولة داخلة فيه بلستقلالها الداخلي وبالتالي يترتب عن اندماج الدول الأعضاء في الاتحاد الحقيقي و فقدانها الشخصية الخارجية وتوحيد السياسية الخارجية والتمثيل الدبلوماسي والقنصلي وتتقيد كل دولة من دول الإتحاد الحقيقي بما تلتزم به دولة اتحاد والاستفادة ما يترتب لها من حقوق.

– تعتبر الحرب بين دول الإتحاد حرب أهلية وليست حرب دولية.

ثالثا: الاتحاد الاستقلالي أو الكونفيدرالي: ينشأ هذا الاتحاد بين دولتين أو أكثر بموجب معاهدة دولية التي تنص على تكوين وإنشاء هذا الاتحاد مع احتفاظ كل دولة داخلة في الاتحاد باستقلال الخارجي وسياستها الداخلية ، بحيث كل دولة تطبق دساتيرها وقوانينها الداخلية على حد ة، لذلك سمي هذا الاتحاد بالتحالف بين الدول وأنه **اتحاد مركب بين الدول وليس دولة مركبة** ، وتعتبر المعاهدة أو الاتفاقية الدولية أساس نشأة هذا الإتحاد ، فمن خلالها تبرز الأهداف والمصالح المشتركة لي تلتزم كل دولة من دول الإتحاد بتحقيقها وبلوغ ها، كأن تكون هذه الأهداف عبارة عن مصالح اقتصادية مشتركة أو مصالح أمنية تتمثل في توحيد الدفاع العسكري على أي اعتداء خارجي كل هذا تعمل على تحقيقه هيئة أو مؤتمر أو مجلس مشترك يتكون من ممثلين عن كل دولة على أساس المساواة بين هذه الدول بغض النظر على قوتها العسكرية أو عدد سكانها أو قوتها الاقتصادية، ولا تعتبر هذه الهيئة المشتركة سلطة فوق الدول بل هيئة سياسية تتكفل برسم سياسة مشتركة بين الدول الأعضاء والتي تتخذ قراراتها بإجماع الدول الأعضاء .

الآثار المترتبة الاتحاد الاستقلالي أو الكونفيدرالي: ينجم عن هذا الاتحاد مجموعة من الآثار والنتائج تتمثل فيما يلي:

•تبقى كل دولة من دول الاتحاد التعاهدي متمتعة بسيادتها كاملة ومحتفظة بشخصيتها الدولية.

–أن الحرب التي تقوم بها دول اتحاد ضد دولة أجنبية عن الإتحاد لا تلزم بقية دول الاتحاد إلا في نطاق الاتفاق بينهما أما الحرب التي تنشأ بين دول الاتحاد فهي حرب دولية وليست حرب أهلية.

– إن رعايا كل دولة من دول الاتحاد يضلون محتفظين بجنسيتهم الأصلية.

رابعا: الاتحاد المركزي أو الفيدرالي: إذا كانت معظم الاتحادات السابقة قد نشأت بموجب معاهدات فإن الاتحاد المركزي ينشأ عن طريق القانون الدستوري ، وهو عبارة عن دولة مركبة يتكون من دويلات اتحدت فيما بينها واختفت شخصيتها الدولي.

01-أساليب نشأة الاتحاد المركزي: هناك أسلوبين ينشأ بموجبهما الاتحاد المركزي وهما:

الأسلوب الأول: نتيجة تجمع رضائي أو جبري بين دول كانت مستقلة فاتحدت فيما بينها فكونت دولة واحدة ومثال ذلك الولايات المتحدة الأمريكية.

الأسلوب الثاني: ينشأ نتيجة لتقسيم مقصود لدولة كانت بسيطة وموحدة مثل روسيا حاليا

02-مظاهر التحاد المركزي أو الفيدرالي:

من الناحية الداخلية : تتكون دولة الاتحاد من عدد من الدويلات التي تتنازل عن جزء من سيادتها الداخلية لدولة الإتحاد و لهذه الأخيرة حكومة اتحادية وسلطة تنفيذية وتشريعية وقضائية اتحادية أو مركزية مع احتفاظ الدويلات بدستورها وسلطاتها الثلاث.

من الناحية الخارجية : تقرر الشخصية الدولية لدولة الاتحاد فقط بخلاف الدويلات التي لا تثبت لها الشخصية الدولية و يترتب على ذلك ما يلي:

- للدولة الاتحادية حق التمثيل الدبلوماسي والانضمام إلى المنظمات الدولية.
- تتولى الدولة الاتحادية وحدها مهمة إعلان الحرب وعقد الصلح وإبرام المعاهدات ولدويلات الاتحاد علم و عملة و جنسية واحدة.

03-كيفية توزيع الاختصاصات بين الدولة الاتحادية والدويلات : يترتب على ازدواج السلطات في الدولة الاتحادية وجود إشكالية تتعلق بطريقة توزيع الصلاحيات بين الدولة الاتحادية وبقية الدويلات، لحل هذه الإشكالية اتخذت الدول الاتحادية ثلاث طرق وهي:

الطريقة الأولى: يتولى الدستور الاتحادي وعلى سبيل الحصر تحديد السلطات والمهام التي تعود لكل من دولة الاتحاد وكذلك الصلاحيات التي تعود للدويلات.

الطريقة الثانية: من خلالها يتولى الدستور الاتحادي تحديد الصلاحيات التي تعود للدولة الاتحادية على سبيل الحصر وما بقي من صلاحيات تمنح للدويلات.

الطريقة الثالثة: يقوم الدستور الاتحادي بتحديد صلاحيات الدويلات على سبيل الحصر تاركا للدولة المركزية ما تبقى من صلاحيات.

المحور الثاني

النظرية للدساتير

بعدما تطرقنا في المحور الأول إلى النظرية العامة للدولة من خلال تركيزنا على التعريفات التي قيلت بشأن الدولة، وكذا أهم النظريات التي فسرت لنا أصل نشأتها كما عرفنا الأركان التي تقوم عليها الدولة وخصائصها ومميزاتها وكذا أشكال الدول سوف نخصص المحور الثاني من هذه المحاضرة للحديث عن مفاهيم متعددة تتعلق بالنظرية العامة للدساتير ترتكز على أنواع الدساتير مبحث أول، طرق وأساليب نشأة الدساتير مبحث ثان، وأخيرا نتطرق إلى أساليب وطرق نهاية الدساتير مبحث ثالث[1].

المبحث الأول:

أنواع الدساتير

يتم تحديد نوع الدستور بالنظر إلى مجموعة من المعايير، غير أن هناك معيارين أساسيين لتحديد نوع الدستور هما: معيار الشكل (الكتابة و التدوين) ومعيار كيفية التعديل وفيما يلي توضيح ذلك:

المطلب الأول: أنواع الدساتير من حيث شكلها: تنقسم الدساتير من حيث الشكل إلى نوعين، وهما الدساتير المكتوبة (المدونة) والدساتير غير المدونة أو العرفية، ويرى البعض [(2)] أن استخدام مصطلح غير المدون أدق، لأنه يشمل المصادر غير التشريعية، سواء تمثلت في العرف أو القضاء.

1 – فيما يخص تعريف الدساتير ومصادرها فيمكن الرجوع لما سبق تفصيله وتوضيحه في المحور التمهيدي من هذه الدراسة ص4 وما يليها.

(2) د. سعد عصفور ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، القسم الأول منشأة المعارف ، الإسكندرية، ص 74 .

ومناط هذا التقسيم هو الكتابة أي التدوين، والمقصود بالتدوين ليس فقط تسجيل النصوص في وثيقة مكتوبة، وإنما المقصود به التسجيل في وثيقة رسمية من سلطة مختصة بسنها وهو ما يسمى بالتدوين الفني أو الرسمي[1] .

ويعتبر الدستور مدونا إذا كان صادرا في أغلبه في وثيقة أو عدة وثائق رسمية عن طريق المؤسس الدستوري، ويعتبر غير مدون إذا كان مستمدا في أغلبه عن طريق العرف أو القضاء، وليس عن طريق التشريع[2].

والحقيقة أن تقسيم الدساتير إلى مدونة وغير مدونة، هو تقسيم نسبي فلا يوجد دستور في العالم إلا ويشمل أحكاما صدرت عن طريق التشريع، وأخرى صدرت عن المصادر الأخرى المتمثلة في العرف والقضاء، ومثال ذلك دستور إنجلترا حيث يعتبر المثال التقليدي للدستور غير المدون، وبالرغم من ذلك فهو يشمل وثائق رسمية لها أهميتها كالعهد الأعظم *Magna Charta* سنة 1215 م، وملتمس الحقوق سنة 1628م *Potition Of Rights* وقانون الحقوق *Bill Of Rights* وقانون توارث العرش *Act Of Settlement Act* سنة 1701 م وقانون البرلمان *Parliament Act* سنة 1911م [3] .

وتؤكد التجارب الدستورية في الدول ذات الدساتير المكتوبة أنه مهما يكن الدستور المدون للدولة مفصلا ، فلا بد أن ينشأ عقب صدوره ظروف وتطورات، تؤدي إلى نش وء أحكام جديدة تفسره، أو تكمله، أو تعدله، يكون مصدرها العرف ، وأغلب دول العالم لها اليوم دساتير مكتوبة ماعدا بريطانيا، حيث انتشرت حركة تدوين الدساتير بعد استقلال الولايات المتحدة الأمريكية ووضعها لدساتيرها المدونة ، حيث يعتبر الدستور الأمريكي الصادر سنة 1787 أول دستور مكتوب في العالم ويليه الدستور الفرنسي الصادر سنة 1791.

(1)د. سعد عصفور ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، القسم الأول ، ص 74.

(2) مرجع نفسه، ص 74.

(3) المرجع نفسه ، ص 75.

المطلب الثاني: أنواع الدساتير من حيث كيفية تعديلها: تنقسم الدساتير حسب هذا المعيار إلى دساتير مرنة وأخرى جامدة، فالدساتير المرنة هي التي يمكن تعديلها بالإجراءات نفسها التي تعدل بها القوانين العادية، والدساتير الجامدة هي التي يتطلب تعديلها إجراءات أشد من الإجراءات التي يعدل بها القانون العادي.

والهدف من جعل الدستور جامدا، هو كفالة نوع من الثبات والاستقرار لأحكامه عن طريق تنظيم يجعل تعديله صعبا وعسيرا وكذا شاقا [1] كما أن جمود الدستور فيه حماية لهواده من العبث والتغيير المستمر، لسبب ولغير سبب.

وتنقسم الدساتير الجامدة إلى دساتير تحظر التعديل، ودساتير تجيزه بشروط خاصة:

الفرع الأول: الدساتير التي تحظر التعديل كلية: وهنا لا تنص الدساتير صراحة على هذا النوع من الحظر، وإنما يتم ذلك من خلال اللجوء إلى الحظر الزمني أو الحظر الموضوعي.

أولا: الحظر الزمني: ويقصد بالحظر به حماية أحكام الدستور- كلها أو جزء منها- فترة من الزمن بغية ضمان نفاذها أطور مدة ممكنة أي لمدة تكفي لتثبيتها ورسوخها قبل أن يسمح باقتراح تعديلها، مثال ذلك دستور الاتحاد الأمريكي الذي حظر تعديل بعض أحكامه قبل سنة 1808.

ثانيا: الحظر الموضوعي: يقصد به حماية أحكام معينة ومواضيع محددة من الدستور بحيث لا يمكن تعديلها مهما حدث ، ويكون هذا عادة للأحكام الجوهرية في الدستور، ولاسيما ما يتعلق منها بنظام الحكم المقرر في الدولة ومثاله الدستور الفرنسي لسنة 1875 الذي نصت المادة الثامنة منه بأنه لا يجوز أن يكون شكل الدولة الجمهوري محلا للتعديل[2] .

الفرع الثاني: الدساتير التي تجيز تعديل ها بشروط خاصة: تختلف هذه الدساتير في كيفية تعديلها والشروط الخاصة بذلك، ويرجع هذا الاختلاف لاعتبارين: أحدهما سياسي والآخر فني، أما الاعتبار السياسي فيتمثل في أن الإجراءات المقررة لتعديل الدستور لا بد وأن ير اعى فيها

(1) سعد عصفور، القانون الدستوري والنظم السياسية ، مرجع سابق ، ص 75.

(2)سعد عصفور، القانون الدستوري والنظم السياسية ، مرجع سابق ، ص 77 - 78.

جانب السلطات التي يقوم عليها نظام الحكم، وأما الاعتبار الفني فيتمثل في أسلوب الصياغة المأخوذ بها عند وضع الدستور، ويظهر جليا أثر هذه الأساليب في ناحيتين هما:

– شرط التماثل في الأوضاع القانونية بين نشأة الدستور وتعديله، مما يؤدي إلى التشدد في إجراء التعديل.

– الاقتصار على تنظيم الأسس الجوهرية في الدستور، مما يؤدي إلى التشدد في إجراءات تعديله، بينما إيراد التفصيلات في الدستور ينتج عنه التيسير في تعديله [1] .

وتجدر الإشارة إلى أن البعض يخلط بين تقسيم الدساتير إلى مكتوبة وغير مكتوبة وبين تقسيمها إلى مرنة وجامدة، معتبرا أن كل دستور مكتوب جامدا وكل دستور غير مكتوب مرنا، وهذا الخلط غير صحيح، لاختلاف هذين التقسيمين من حيث المعيار الذي على أساسه تم التقسيم فهذا مرتبط بالشكل وذاك مرتبط بكيفية التعديل، ومن خلال تتبع بعض التجارب الدستورية المختلفة، نجد أنه قد يكون الدستور مكتوبا ومرنا في الوقت نفسه، كما في دستور فرنسا لسنة 1814م، وسنة 1830م، ودستور إيطاليا لسنة 1848م، ودستور الاتحاد السوفيتي لسنة 1918م، ودستور إيرلندا الحرة لسنة 1922م.

وقد يكون الدستور غير مكتوب أي دستور عرفي وهو في الوقت نفسه دستورا جامدا.

ولعل سبب هذا الخلط هو أن دساتير العالم اليوم أصبحت في الغالب مكتوبة فيما عدا الدستور الإنجليزي، وأنها في الوقت نفسه جامدة فارتبطت لدى القائلين بذلك فكرة الكتابة بالجمود وفي المقابل فكرة عدم الكتابة بالمرونة.

المبحث الثاني

أساليب نشأة الدساتير

قبل التطرق إلى تحديد أساليب نشأة الدساتير فإننا نتطرق إلى تعريف كل من السلطة التأسيسية الأصلية والسلطة التأسيسية المشتقة أو المنشأة.

---

(1) المرجع السابق ، ص 196.

السلطة التأسيسية الأصلية: هي تلك السلطة التي تتولى مهمة وضع الدساتير والتي تكون مهمتها إنشائية لا تستمد وجودها من الدستور وإنما الدستور هو الذي يستمد وجوده منها، وبالتالي فهي تملك مطلق الحرية في وضع الدستور وتنظيم أحكامه دون التزامها بأية نصوص قواعد مسبقة لذلك فهي تسمى أيضا **السلطة المؤسسة.**

السلطة التأسيسية المنشأة أو المشتقة: فهي تلك السلطة التي تنحصر مهمتها في تعديل الدستور القائم حسب القواعد والكيفيات التي حددها الدستور المراد تعديله، فهي سلطة مشتقة من الدستور القائم الذي يحددها لذلك تسمى أيضا **السلطة المؤسَّسة.**

أما بالعودة إلى طرق وأساليب نشأة الدساتير فإنها تنحصر في أسلوبين أساسيين[1] أساليب غير ديمقراطية وأخرى أساليب ديمقراطية وهو ما نتولى تفصيله في المطلبين التاليين :

المطلب الأول: الأساليب غير الديمقراطية في نشأة الدساتير: الأساليب غير الديمقراطية في نشأة الدساتير هي تلك الأساليب التي تسود فيها إرادة الحاكم على إرادة الشعوب أو على الأقل تتلاقى هاتين الإرادتين وتشترك في وضع الدستور، لذلك يمكن تحديد طريقتين غير ديمقراطيين توضع بموجبهما الدساتير هما المنحة والتعاقد.

الفرع الأول: أسلوب المنحة: وهنا يصدر الدستور بإرادة الحاكم المنفردة دون مشاركة من أحد في ذلك، والحقيقة أن هذا الأسلوب يعتبر نقطة تحول من الملكية المطلقة إلى الملكية المقيدة، إذ أن الحاكم يقوم بمحض إرادته أو تحت ضغط أو إكراه الشعب وهو الغالب على منح شعبه دستورا الذي يعتبر تنازلا من جانب الحاكم عن جزء من حقوق السيادة التي يملكها ومثال ذلك الدستور الفرنسي لسنة 1814م حينما منح لويس الثامن عشر ذلك الدستور للأمة الفرنسية عقب سقوط نابليون، والدستور الروسي الصادر سنة 1906م، والدستور الياباني الصادر سنة 1889. السؤال المطروح: هل بإمكان الحاكم العدول عن هذه المنحة من خلال هذه المنحة من خلال سحب الدستور بإرادته المنفردة أيضا ؟

(1) د. السيد صبري والدكتور عثمان خليل، والأستاذان وحيد رأفت ووايت إبراهيم ، ومعظم رجال الفقه الدستوري المصري.

للجواب على هذا السؤال نقول أن الفقه انقسم إلى اتجاهين.

فذهبت فئة قليلة منه إلى القول بجواز حق الحاكم في سحب الدستور الذي منحه بإرادته المنفردة والعدول عنه والعودة إلى الحكم المطلق، لأنه من يملك حق المنح يملك حق السحب، ومثال ذلك قرار ملك فرنسا **شارل العاشر** إلغاء الدستور معللا ذلك بنكران وجحود الشعب الفرنسي لمنحة الحاكم، أما غالبية الفقهاء فهم يرون أنه ليس من حق الحاكم العدول والرجوع عن الدستور الذي منحه لشعبه وإن فعل ذلك فمن حق الشعب الثورة عليه وهو ما فعله الشعب الفرنسي ضد شارل العاشر الذي تراجع عن الدستور الذي منحه.

الفرع الثاني: أسلوب التعاقد: وفق هذه الطريق فإن الدستور يوضع من خلال توافق إرادة الحاكم وإرادة الشعب، وهنا لا تفرد إرادة الحاكم في وضعه كما هو الحال في أسلوب المنحة كما لا تنفرد إرادة الشعب في وضعه كما هو الحال في الأساليب الديمقراطية.

المطلب الثاني: الأساليب الديمقراطية في وضع الدساتير: الأساليب الديمقراطية في وضع الدساتير هي تلك الأساليب التي تسود فيها إرادة إرادة الشعوب على إرادة الحاكم، لذلك يمكن تحديد طريقتين ديمقراطيين توضع بموجبهما الدساتير هما طريقة الجمعية التأسيسية وطريقة الاستفتاء الدستوري.

الفرع الأول: أسلوب الجمعية التأسيسية: بمقتضى هذا الأسلوب فإن الشعب يقوم بانتخاب هيئة أو مجلس تسمى عادة الجمعية التأسيسية تتولى وضع الدستور نيابة عنه، ويعتبر الدستور نافذا بموجب هذه الطريقة بمجرد اقراره من قبل هذه الهيئة، كما هو الحال في ودستور الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1787م، الذي أنشأ عن طريق سلطة تأسيسية منتخبة من الشعب، وأول ما نشأ من ذلك، أسلوب الجمعية التأسيسية في الولايات المتحدة الأمريكية وذلك عند استقلالها عن إنجلترا سنة 1776م، والدستور الاتحادي الذي وضعه مؤتمر فلادلفيا سنة 1787م، ثم أخذ هذا الأسلوب في الانتشار حيث لقي إقبالا كبيرا في فرنسا، إلا أنه ساعد على إقرار الفكرة التي كانت قائمة وقتها في فرنسا والمتضمنة التفريق بين القوانين الدستورية والعادية، عن طريق وجود سلطتين، إحداهما تأسيسية، والأخرى تشريعية، وبعد انتشار مبدأ الديمقراطية لجأ كثير من الدول

لهذا الأسلوب في وضع دساتيرها، وخاصة في أعقاب الحرب العالمية الثانية، كما في دستور ألبانيا لسنة 1946م، ويوغسلافيا لسنة 1946م، وإيطاليا لسنة 1947م [1] .

الفرع الثاني: أسلوب الاستفتاء الدستوري : بمقتضى هذا الأسلوب فإن الشعب يقوم بوضع الدستور بطريقة مباشرة من خلال قيام هيئة خبراء بإعداد مشروع دستور لا يصبح نافذا وساري المفعول إلا بعد عرضه على الشعب في الاستفتاء والموافقة عليه.

وفي الحقيقة يفضل بعض الفقهاء أن يوضع مشروع الدستور من قبل هيئة منتخبة لا من لجنة خبراء حكومية معينة من قبل السلطة التنفيذية ومن ثم عرضه على الاستفتاء الشعبي.

المبحث الثالث:

أساليب نهاية الدستور

يقصد بنهاية الدستور إلغاؤه كليا أو تعديله تعديلا شاملا بخلاف التعديل الجزئي الذي يمس بعض أحكامه فقط وليس كلها، ومن خلال تتبع بعض التجارب الدستورية المختلفة وجد أنه وإن اختلفت الدساتير من حيث كيفية نهايتها، إلا أنه بشكل عام يمكن أن ترجع هذه الكيفية إلى أساليب ثلاثة هي:

المطلب الأول الأسلوب العادي لنهاية الدساتير : في ظل الدساتير المرنة، هناك سلطة واحدة تملك تعديل القوانين جميعا بالإجراءات نفسها، أما في حالة الدساتير الجامدة فإن تعديلها يتطلب إجراءات أشد من الإجراءات المتبعة لتعديل القانون العادي، ومعظم الدساتير الجامدة لا تنظم سوى الكيفية التي تعدل بها تعديلا جزئيا، بحيث تجيز للسلطة المختصة بإنشاء الدستور تعديل بعض أحكامه ولا تجيز لها إلغاءه أو تعديله تعديلا شاملا.

والقاعدة المتبعة أن الشعب باعتباره صاحب السلطة التأسيسية الأصلية هو صاحب الحق فقط في إلغاء دستوره في أي وقت تشاء وأن يضع دستورا جديدا عن طريق جمعية تأسيسية ينتخبها أو استفتاء دستوري أو عن أي طريق دستوري آخر تراه ملائما لتحقيق هذا الغرض.

---

(1) سعد عصفور، المرجع السابق، ص ص 206- 215.

وعلى هذا يكون إنهاء الدستور بالأسلوب العادي أو ما يمكن أن يسمى بالأسلوب السلمي يختلف حسب نوعية الدستور في كل دولة ، هل هو جامد أو مرن وهل ينص على كيفية التعديل والإلغاء في بنوده أو لا ينص [1] .

المطلب الثاني: الأسلوب غير العادي لنهاية الدساتير : ويسميه البعض الأسلوب الثوري يكون ذلك بإلغاء الدستور نتيجة لظروف غير عادية أدت إلى هذا الإلغاء أو إلى تعطيل الدستور.

ويظهر هذا الأسلوب بوضوح في التاريخ الدستوري الفرنسي، فإن الذين يتسببون في هذا الإلغاء أو التعطيل يقصدون تحقيق أهداف مختلفة، سواء أكانت سياسية أم اقتصادية، أم اجتماعية، أم غيرها، يكون سبيلهم إليها تسلم سلطات الحكم، ويؤدي ذلك إلى سقوط الدستور القائم إنشاء دستور جديد، وبغض النظر عن صحة هذا الأسلوب في تحقيق الأهداف، وهل له سند قانوني أو لا، مما هو مجال بحث وخلاف بين فقهاء القانون الدستوري، فإن ما يهدف إليه هو معرفة الأثر المترتب على ذلك المتمثل في نهاية الدستور القائم وقيام بديل له.

والفقهاء القانونيون متفقون على أن إلغاء الدستور لا يلغ القوانين العادية التي صدرت بإجراء سليم في ظل الدستور السابق ما لم ينص على ذلك صراحة أو ضمنا، وكذلك الأحكام الموجودة في الدستور وليست أحكاما دستورية، فإنها تأخذ الحكم نفسه الذي تأخذه القوانين العادية؛ لأن إلغاء الدستور يقصد به تعديل النظام السياسي للدولة، وهذه الأحكام ليست من الأحكام الأساسية، وإنما وضعت في الدستور صيانة لها من التعديل وإعطاءها حصانة شكلية اكتسبتها من وجودها ضمن مواد الدستور، فتبقى هذه الأحكام، وهنا تزول عنها الصفة الدستورية وتعامل مستقبلا معاملة القوانين العادية، ما لم تعد إلى الدستور الجديد بنص صريح[2]

المطلب الثالث: أسلوب العرف لنهاية الدساتير: وذلك أن العرف قد يجرى بعدم تطبيق الدستور نظرا لظروف تقتضي عدم تطبيقه، فالدستور موجود ولم يلغ، ولم يطالب أحد بإلغائه، ولكن يستقر العرف بعدم تطبيق نصوصه، مثل ذلك العرف الذي جرى بعدم تطبيق الدستور الثاني للثورة الفرنسية الصادر سنة

(1) د. سعد عصفور ، القانون ، ص 206 – 215.

(2) المرجع نفسه ، ص 216 – 220.

1793م، ويختلف الفقهاء في أثر العرف على الدستور القائم على رأيين: أحدهما يرى جوازه إذا توافرت أركان العرف المادية والمعنوية، والثاني يرى عدم الجوازويرون أن النصوص الدستورية لا تلغى بعدم التطبيق، وإنما بالطريقة نفسها التي وجدت بها[1]

المبحث الرابع

الرقابة على دستورية القوانين

سمو الدستور يعني أن القواعد الدستورية هي أعلى القواعد القانونية في الدولة، أين تصبح جميع القوانين في الدولة خاضعة للدستور.

إلا أن هذا السمو يصبح دون جدوى ودون فائدة إذا لم يتحقق نوع من ضمان واحترام هذا السمو الذي يتمتع به الدستور، وذلك من خلال ضمان عدم مخالفة المعاهدات والاتفاقيات والتشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية والتنظيمات الصادرة عن السلطة التنفيذية للأحكام والنصوص التي جاء بها الدستور، ولا يتحقق ذلك إلا بوجود هيئة مهمتها التأكد من أن جميع القوانين منسجمة ومتوافقة مع أحكام ونصوص الدستور، وتختلف الدول في تحديد الجهة التي تسند لها مهمة الرقابة مهمة، فمن الدول من يسند مهمة الرقابة إلى هيئة سياسية ومنها من يسندها إلى جهة قضائية، فالنوع الأول يطلق عليه اسم الرقابة السياسية والنوع الثاني يطلق اسم الرقابة القضائية.

المطلب الأول: الرقابة السياسية على دستورية القوانينتعني الرقابة السياسية أن يوكل إلى هيئة سياسية مهمة تولي الرقابة الدستورية، ويرجع الفضل في وجود هذا النوع من الرقابة إلى الفقيه الفرنسي **سايس** الذي استطاع اقناع واضعي دستور السنة الثامنة للثورة الفرنسية بضرورة ايجاد هيئة سياسية مهمتها مراقبة دستورية القوانين، نظرا للسمعة السيئة التي كانت عليها المحاكم قبل الثورة الفرنسية، وكانت نتيجة ذلك تكوين هيئة سياسية لمراقبة دستورية القوانين، وسوف نوضح كيفية ممارسة هذه الرقابة في كل من فرنسا والجزائر.

(1) د. إسماعيل بدوي، مبادئ القانون الدستوري ، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية ، ص 49 ، طبعة دار الكتاب الجامعي – القاهرة 1399هـ.

الفرع الأول: نموذج الرقابة السياسية في فرنساإن معظم الدول التي تبنت الرقابة السياسية على دستورية القوانين أنشأت هيئة سميت **المجلس الدستوري**تتولى مهمة الرقابة على دستورية، وخير مثال ذلك فرنسا التي كانت الدولة السباقة إلى إنشاء المجلس الدستوري ليقوم بهذه المهمة.

أولا: تشكيلة المجلس الدستوري الفرنسي:يتشكل المجلس الدستوري الفرنسي من طائفتين من الأعضاء الطائفة الأولى وهم أعضاء بقوة القانون وهم رؤساء الجمهورية السابقين وهم أعضاء مدى الحياة، والطائفة الثانية هم الأعضاء المعينون وعددهم9 أعضاء آخرين يعين 3 منهم رئيس الجمهورية و3 يعينهم رئيس الجمعية الوطنية (مجلس النواب) و3 يعينهم رئيس مجلس الشيوخ، ويتم اختيار رئيس المجلس الدستوري من بين أعضائه وتستمر مدة عضوية هؤلاء الأعضاء التسعة لمدة تسعة سنوات غير قابلة للتجديد، على أن يتجدد ثلث الأعضاء كل3 سنوات[1].

ثانيا: اختصاصات المجلس الدستوري الفرنسي في مجال الرقابة:الاختصاص الرئيس والأساس الذي يقوم به المجلس الدستوري يتمثل في الرقابة على دستورية القوانين وهي تنقسم إلى قسمين رقابة وجوبية أو إلزامية ورقابة اختيارية.

1 – الرقابة الوجوبية أو الإلزامية:هناك مجموعة من القوانين لا يمكن إصدارها إلا بعد عرضها على المجلس الدستوري لفحص مدى مطابقتها للدستور، وتتمثل هذه القوانين في القوانين الأساسية ولوائح مجلس البرلمان وكذا القوانين الاستفتائية[2]

2 – الرقابة الاختيارية: هذا النوع من الرقابة لا يمارس وجوبيا بل جوازيا، بمعنى أن المجلس الدستوري لا يمكن أن يراقب دستورية القوانين إلا بناء على طلب مقدم اختياريا من قبل جهات معينة تتمثل في رئيس الحمهورية أو رئيس مجلس الوزراء أو رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ أو من قبل 60 نائبا في الجمعية الوطنية أو60 عضوا من مجلس الشيوخ، ويتعلق الأمر هنا بالرقابة على دستورية القوانين العادية وكذا دستورية المعاهدات الدولية، وفي هذه الحالة فإن المجلس يمارس رقابة سابقة ليحول دون إصدار القوانين المخالفة لأحكام الدستور

1 –أنظر المادة 56 من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية.

2 –أنظر المادتين 46 و61 من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية.

الفرع الثاني: الرقابة السياسية في الجزائر تبنت الدساتير الجزائرية الرقابة السياسية على دستورية القوانين وأسندت هذه المهمة للمجلس الدستوري[1] كهيئة مستقلة مهمتها السهر على احترام الدستور تطبيقا لنص المادة 182 من التعديل الدستوري لسنة 2016 الذي أدخل صلاحيات هامة تخص المجلس الدستوري مست صلاحيته وتشكيلته وقواعد عمله.

أولا: تشكيلة المجلس الدستوري الجزائري يتشكل المجلس الدستوري الجزائري من أعضاء معينين وآخرين منتخبين عددهم 12 عضو 4 أعضاء من بينهم رئيس المجلس يعينهم رئيس الجمهورية و2 ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني و2 ينتخبهما مجلس الأمة و2 تنتخبهما المحكمة العليا و2 ينتخبهما مجلس الدولة، يضطلع أعضاء المجلس الدستوري بمهامهم مرة واحدة مدتها 8 سنوات، ويجدد نصف أعضائه كل أربع سنوات[2]

ثانيا: اختصاصات المجلس الدستوري في مجال الرقابة تؤول للمجلس الدستوري الجزائري في المقام الأول رقابة النصوص القانونية للتأكد من دستوريتها ومن مطابقتها لأحكام الدستور، حيث يفصل برأي في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات ويبدي المجلس الدستوري رأيه بعد إخطاره من قبل رئيس الجمهورية وجوبا في دستورية القوانين العضوية بعد مصادقة البرلمان عليها، كما يفصل في مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور، وأخرى اختيارية بعد إخطاره من جهات الإخطار المعروفة وهي رئيس الجمهورية والوزير الأول ورئيسي غرفتي البرلمان و50 نائبا في المجلس الشعبي الوطني أو 30 عضوا في مجلس الأمة، كما أنه يمكن للأفراد اخطار المجلس الدستوري عن طريق آلية الدفع بعدم الدستورية[3]

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على دستورية القوانين يمكن تعريف الرقابة القضائية على دستورية القوانين بأنها تقرير الحق لجهة قضائية بأن تفرض رقابتها على ما تصدره السلطة التشريعية من قوانين

1 – غير أنه بموجب التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020 الذي أنشأ المحكمة الدستورية كهيئة مهمتها مراقبة دستورية القوانين عوض المجلس الدستوري، كما دستور 1976 لم ينص على اسم الهيئة التي تتولى الرقبة على دستورية القوانين.

2 –أنظر المادة 183 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

3 – أنظر المادة 188 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

لتحديد مدى انسجامها ومطابقتها مع أحكام الدستور، بمعنى آخر أن يتولى القضاء فحص دستورية القوانين للتأكد من دستوريتها أو عدم دستوريتها، وتتنوع طرق وأساليب الرقابة القضائية على دستورية القوانين من دولة إلى أخرى، ولكن عموما يعرض الفقه الدستوري لطريقتين رئيسيتين للرقابة القضائية وهما الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية والرقابة عن طريق الدفع الفرعي.

الفرع الأول: الرقابة عن طريق الدعوى الأصليةسوف نتطرق إلى تعريف الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية ثم نتطرق إلى خصائص هذه الدعوى.

أولا: تعريف الدعوى الأصليةيقصد بالدعوى الأصلية تلك الدعوى التي يرفعها صاحب الشأن أمام المحكمة المختصة التي عينها الدستور طالبا إلغاء قانون ما لأنه مخالف لأحكام الدستور، وبالتالي تتميز هذه الطريقة بأنها هجومية يستخدمها الفرد لمهاجمة قانون قبل تطبيقه عليه لأنه يعتقد بأنه مخالف لأحكام الدستور وأن هذا القانون سيمس بمصلحته أو محتمل مساسه بها.

ثانيا: خصائص الدعوى الأصليةتتميز الرقابة القضائية عن طريق دعوى أصلية بعدة خصائص منها:

01- أنها تمارس بواسطة جهة قضائية عليا واحدة فقط في الدولة، غالبا ما تكون المحكمة الفيدرالية أو المحكمة الدستورية العليا.

02 – تعتبر طريقة هجومية لأن المعني يهاجم القانون مباشرة أمام المحكمة بغرض إلغائه بشكل نهائي.

03 – تتميز الدعوى الأصلية بأنها دعوى موضوعية لأن موضوع الدعوى فيها لا يتعلق بشخص معين وإنما يتعلق بقانون محدد.

الفرع الثاني: الرقابة عن طريق الدفع الفرعي:وهو الأسلوب الأكثر شيوعا والأقدم في القضاء الأمريكي، وقد ترسخ هذا الأسلوب واتضح بعد بدء المحكمة العليا الاتحادية الأمريكية وتسليمها بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين منذ عام 1796.

أولا: تعريف الرقابة عن طريق الدفع الفرعييعني هذا الأسلوب من أوجه الرقابة القضائية وجود نزاع مطروح على القضاء، ثم يقوم أحد طرفي النزاع بالدفع بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه على هذا

النزاع، وهنا يتعين على القاضي أن يفحص أولا هذه الدفع فإذا تأكد من مخالفة القانون للدستور يمتنع فقط عن تطبيقه ولا يلغيه، أما إذا تيقن من أنه لا توجد أية مخالفة للدستور فإنه يرفض الدعوى ويصدر حكمه وفقا لهذا القانون، ومن ثم فإن هذا النوع من الرقابة لا يجيز للمتضرر اللجوء مباشرة إلى المحكمة المختصة طالبا النظر في عدم الدستورية وإنما تشترط أن تكون هناك دعوى منظورة أمام القضاء فيأتي الدفع بعدم الدستورية متعلقا بقانون يراد تطبيقه على الطرفين فيقوم أحدهما بالدفع بعدم دستورية القانون أمام المحكمة التي طرح أمامها النزاع.

ثانيا: خصائص الرقابة عن طريق الدفع الفرعيعلى العموم تمتاز طريقة الرقابة القضائية من خلال طريق الدفع الفرعي بالبساطة والمرونة وكذا بمجموعة من الخصائص الأخرى نذكر منها:

01-إنها طريقة دفاعية وليست هجومية حيث تستهدف فقط استبعاد تطبيق القانون في القضية المعروضة على القضاء.

02 – لا تحتاج إلى وجود نص دستوري يقرها حتى تتم ممارستها بل قد يمارسها القاضي حتى في حالة غياب هذا النص مادام أنها تتصل بصلب عمل القاضي.

03 – نتائج هذه الطريقة تلزم فقط أطراف القضية التي عرضت على القاضي ولا يمكن تمديد آثارها إلى غير هؤلاء الأطراف.

04 – إن رقابة الدفع الفرعي تقتضي امتناع المحكمة عن تطبيق نص قانوني ثبتت مخافته لأحكام الدستور دون الغائه.