



جامعة محمد لمين دباغين - سطيف 2
كلية الحقوق والعلوم السياسية



محاضرات في القانون الدستوري

الجزء الأول

" النظرية العامة للدولة والدساتير "

إعداد

الدكتور

ضريف قدور

السنة الجامعية 2022-2023

بسم الله الرحمن الرحيم

{ سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ }

صدق الله العظيم

(سورة البقرة - من الآية 23)

مقدمة

مقدمة:

تقتضي مسألة انجاز محاضرات حول مقياس القانون الدستوري الأخذ بعين الاعتبار جملة من المعطيات والاعتبارات لعل في مقدمتها ضرورة تبسيط اللغة القانونية المستعملة وتناول مفرداتها بشكل سهل سلس بما يضمن فهم واستيعاب المطلع عليها بطريقة سهلة ميسورة بعيدا عن التعقيد والغموض الذي يصعب الفهم ويعرقل وصول مضمون المعلومة للمتلقي، لاسيما وأن محتوى هذه المحاضرات ومضمونها موجه لطلبة السنة الأولى حقوق ويستهدف التمهيد لدراسة القانون الدستوري وتبيان المحاور الكبرى والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها محتوى هذا المقياس المرتبط بمعرفة المفاهيم المتعلقة بتبيان أسس تنظيم الحكم في الدولة من خلال التفصيل في النظرية العامة للدولة والنظرية العامة للدساتير، والتي لا غنى لدارس القانون المبتدئ عن الاحاطة بهما والوقوف عليهما بصورة مجملّة، لكي يتسنى له بعد ذلك اتخاذهما منطلقا للتعمق والتفصيل في دراستها مستقبلا، خاصة وأن المواضيع التي يعالجها هذا المؤلف تغطي كل مفردات المقرر المطلوب تدريسه لطلبة السنة الأولى حقوق وهي في الوقت ذاته تشكل مرجعا مهما لمن يريد مستقبلا التخصص في الدراسات الدستورية.

وهو الأمر الذي اعتادت السير عليه مناهج الدراسة بكليات الحقوق المختلفة، من خلال اعتكافها على تدريس مقياس القانون الدستوري لطلاب السنة الأولى بهذه الكليات، ولعل الغاية المتوخاة من ذلك تكمن في تهيئة أذهان الطلبة الذين تعينهم هذه الدراسة تهيئة تعينهم على استيعاب وفهم محتوى مختلف مقاييس القانون العام المقررة للدراسات القانونية مستقبلا.

ومما لا شك فيه أن القانون يعتبر ضرورة يفرضها المجتمع، بحكم أن الإنسان اجتماعي بطبعه، فهو معد بفطرته لكي يعيش في مجتمع مع بني جنسه من البشر، وهي الحقيقة التي أشار لها القرآن الكريم في قوله تعالى " يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ"¹.

ومن ثم فالمجتمع حتم حتميات الطبع الانساني، ذلك أن بالحياة الاجتماعية وحدها يستطيع الانسان أن يحقق كماله من خلال تعاونه مع غيره.

غير أن العيش في كنف الجماعة من خلال محيط يشمل الكثير من بني البشر يؤدي إلى قيام العديد من العلاقات بين أفرادها وهو الأمر الذي يتطلب وجود وسيلة لتنظيم المصالح المتضاربة والحريات المتعارضة على نحو يحقق الأمن والاستقرار داخل المجتمع، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال وضع قواعد وأسس ومبادئ يسير عليها الجميع على نحو محدد يبين لكل فرد ما له من حقوق وما عليه من واجبات لمنع أي تداخل في المصالح أو تعارض في الحاجيات.

1- الآية 13 من سورة الحجرات.

ومن ثم لا يجب أن يترك أمر تنظيم هذه المصالح اعتباطا لكل فرد ينظمها كما يشاء ويعبث بها كما يريد، إذ بهذا الفعل سوف تسود الفوضى ويعم الاضطراب ويظهر قانون الغاب الذي به القوي يأكل حق الضعيف، مادام أن الإنسان أناني بطبعه يفضل مصالحه وحاجياته على مصالح وحاجيات غيره، وبحب دائما أن يأخذ لنفسه كل شيء ولا يترك لغيره أي شيء.

من كل هذا تبرز الحاجة الملحة إلى وجود قواعد ملزمة تحكم وتنظم علاقات الأفراد وتكبح أنانياتهم، كما توفق بين مصالحهم المتعارضة داخل المجتمع، هذه القواعد أصطلح على تسميتها **بالقواعد القانونية** يعتبر القانون الدستوري أسمى هذه القواعد وأعلاها درجة مادام أنه يهتم بتنظيم العلاقات الناشئة عن السلطات والهيئات الحاكمة، لذلك ستكون منهجية تقسيم هذه المحاضرات موزعة على ثلاث فصول أساسية، خصصنا الفصل الأول منها لدراسة مدخل للقانون الدستوري، وخصصنا الفصل الثاني للتطرق للنظرية العامة للدولة، أما الفصل الثالث والأخير فخصصناه للحديث عن النظرية العامة للدساتير.

على هذا الأساس فإننا إذ نقدم لطلاب الحقوق هذه المحاضرات كمرجع علمي ونحن لعلنا يقين تام من أنها ستكون مرجعا عظيم النفع والفائدة لكل طالب جاد مقبل على العلم، ولكل قارئ يقدر قيمة المعرفة القانونية كرافد رئيسي من روافد الثقافة بمعناها الشامل.

***** وعلى الله قصد السبيل *****

الفصل الأول: مدخل لدراسة القانون الدستوري

الفصل الأول:

مدخل لدراسة القانون الدستوري

منذ نهاية القرن الثامن عشر أضحى المطالبة بوجود دستور في بلاد الديمقراطيات الغربية مطلباً رئيسياً وعملاً أساسياً تتولى القيام به هذه الدول، وابتداءً من تلك الفترة أصبح الدستور المكتوب من الظواهر العادية ليس فقط في الدول الأوروبية وإنما في أغلب دول العالم الثالث، ليشكل في النهاية مجموعة من القواعد الأساسية المدونة في نصوص رسمية يبينهما ويحدد معالمها القانون الدستوري¹.

ومن ثم سوف نخصص هذا الفصل لمفهوم القانون الدستوري من خلال تعريفه لغة واصطلاحاً وكذا محاولة معرفة نشأة وتطور تدريس هذا المقياس في أولى الجامعات التي بدأت تدريسه في العالم وكذا تحديد الطبيعة القانونية للقانون الدستوري (مبحث أول) ثم نتطرق إلى مصادره (مبحث ثان).

المبحث الأول:

مفهوم القانون الدستوري.

يعتبر القانون الدستوري فرع من فروع القانون العام الداخلي يهتم بتنظيم الحكم داخل الدولة اهتمت الجامعات بتدريسه في كليات الحقوق حديثاً، ورغم ذلك شكك البعض في طبيعته القانونية، لذلك سوف نتولى تعريفه في (مطلب أول) ثم نتولى تبيان كيفية نشأة هذا المقياس في مختلف كليات الحقوق (مطلب ثان) وكذا تحديد طبيعته القانونية (مطلب ثالث).

المطلب الأول: تعريف القانون الدستوري.

في البداية نتولى تحديد التعريف اللغوي للقانون الدستوري (فرع أول) ثم نتولى تحديد تعريفه الاصطلاحي (فرع ثان).

1 - نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2011، ص 445.

الفرع الأول: التعريف اللغوي للقانون الدستوري.

حتى يسهل علينا الامام بالمعنى اللغوي للقانون الدستوري فإننا نستهل هذا الفرع بتعريف كلمة دستور أولاً ثم ننتقل إلى تعريف كلمة القانون الدستوري ثانياً.

أولاً: تعريف القانون الدستوري.

من الجانب اللغوي تتشكل كلمة القانون الدستوري من كلمتين هما كلمة القانون باعتبارها مجموعة من القواعد العامة المجردة والملزمة، وكلمة الدستور كقواعد قانونية مؤطرة لنظام الحكم في الدولة تجمع في وثيقة مكتوبة أو تكون في شكل قواعد عرفية غير مدونة.

ومن ثم فالقانون الدستوري هو مجموعة القواعد القانونية التي تتعلق بتنظيم الحكم داخل الدولة، تتولى تبيان شكل الدولة ونظام الحكم فيها تحدد أسس الدولة وتبين تكوينه، هذا المعنى نجده عند الفقيه سالموند *Salmon* الذي يرى أن القانون الدستوري هو " مجموعة القواعد القانونية التي تحدد تكوين الدولة¹، ومن أجل تمكين الطلبة جيداً لمحتوى من الاستيعاب الجيد لمحتوى هذا المقياس لابد من التطرق إلى تعريفه اللغوي ثم نتطرق إلى تعريفه الاصطلاحي.

ثانياً: التعريف اللغوي لكلمة الدستور.

الدستور في اللغة كلمة ليست عربية الأصل بل يعود أصلها الأول إلى اللغة الفارسية، والتي يقصد بها في هذه اللغة الدفتر أو السجل الذي تكتب وتدون فيه أسماء الجند أو تجمع فيه قوانين الملك، وتطلق أيضاً على منصب الوزير في الدولة.

وهي مركبة من شقين كلمة " دست " بمعنى قاعدة، وكلمة " ور " أي صاحب.

تقابل في اللغة الفرنسية كلمة *Constitution* والتي تعني القاعدة أو الأساس أو البناء أو التكوين انتقلت إلى الدول العربية من خلال الدولة العثمانية (التركية) بالمعنى الفرنسي وليس بالمعنى الفارسي ثم تطور استعمالها حتى أصبحت تطلق الآن على القانون الأساسي في الدولة⁽²⁾.

1 - هذا التعريف اللغوي هو الذي دفع بالانجليز إلى عدم الاعتراف بالفرقة بين كل من القانون الإداري والقانون الدستوري، بل ليس عندهم ما يسمى بالقانون الدستوري أصلاً، لأن كلا الفرعين لهما نفس الوظيفة وهي تأطير تنظيم الحكم في الدولة، هذا الاتجاه في تعريف القانون الدستوري أصبح متجاوزاً في الدراسات الأكاديمية في الوقت الحالي، لأنه يوسع مجال القانون الدستوري ليشمل الإداري والجنسية والقضاء . للمزيد من التفاصيل أنظر بالخصوص:

- محمد المساوي، القانون الدستوري والنظم السياسية، الجزء الأول مدخل إلى النظرية العامة للقانون الدستوري، 2017، ص2.

(2) للمزيد من التفاصيل أنظر كل من:

- محمد موسى هندواوي ، المعجم في اللغة الفارسية ، ص 207.

على هذا الأساس فإن المعنى اللغوي لكلمة دستور في اللغة العربية كما في اللغة الفرنسية تعني النظام الأساسي الذي يشمل كل ما يتعلق بتكوين وتأسيس الدولة، وهو بهذا المعنى يتوافر بالنسبة لكل جماعة انسانية منظمة تخضع في وجودها وفي تنظيمها لقواعد محددة، ومن ثم يكون للأسرة دستور وللشركة دستور وللجمعية الخيرية دستور ثم من باب أولى للدولة دستور¹.

بيد أن المدلول اللغوي لكلمة القانون الدستوري والمشار إليها أعلاه يؤدي إلى توسيع مفهوم هذا القانون ليشمل فضلاً عن دراسة نظام الحكم في الدولة دراسة النظام القضائي والاداري والجنسية، وهو ما ينجم عنه أموراً لا تتفق ولا تتسجم مع الاعتبارات العلمية والأكاديمية التي استقرت على تدريس هذه المواد بكليات الحقوق².

حيث أن هذه الأخيرة قد استقرت على أن مواضيع التنظيمات الادارية في الدولة تدخل دراستها ضمن مادة القانون الاداري في حين أن مادة الجنسية تدرس ضمن مواد القانون الدولي الخاص، أما القوانين القضائية فيتولى تدريسها ضمن القوانين الاجرائية سواء ضمن قانون الاجراءات الجزائية أو ضمن قانون الاجراءات المدنية³.

من كل ما تقدم فإن البحث في معنى القانون الدستوري وتحديد مفهومه قد انحصر في الوقت الحالي في التعريف الاصطلاحي وفق معيارين اثنين هما المعيار الشكلي أو العضوي والمعيار الموضوعي أو المادي وهو الأمر الذي نتولى تفصيله في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للقانون الدستوري.

بموجب هذا المعيار فإن القانون الدستوري يعرف بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تهتم بتبيان شكل الدولة ونظام الحكم فيها وكذا تحديد سلطاتها وأهم الاختصاصات التي تتولاها كل

= - السيد آدي شير ، معجم الألفاظ الفارسية المعربة، مكتبة لبنان 1970، ص 63.
- أحمد عطية الله ، المعجم السياسي ، الطبعة الثالثة - دار النهضة العربية 1968، ص 251
1 - جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، ص 8.
2 - للمزيد من التفاصيل أنظر كل من:
- جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 8.
- حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص 39.
3 - جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 8.

سلطة مع تحديد العلاقة القائمة بينها وطريقة توزيع هذه السلطات، كما تهتم بتبيان حقوق المواطنين وواجباتهم⁽¹⁾.

إلا أن تعريفات القانون الدستوري في عموميتها وفي تعدد وجهات النظر حولها بتعد الزوايا التي ينظر منها إلى هذا القانون لا تخرج كما أشرنا آنفا عن المعيارين الاثنين الذين تبناهما الفقه في تعريفه للقانون الدستوري ألا وهما المعيار الشكلي أو العضوي والمعيار الموضوعي أو المادي.

أولاً: المعيار الشكلي أو العضوي لمفهوم لقانون الدستوري.

يعتمد هذا المعيار في تعريفه للقانون الدستوري على الشكل من خلال التركيز على الوثيقة الدستورية وما ورد فيها من قواعد قاغنونية وأحكام عامة، ومن ثم فإن ظهور المفهوم الشكلي للقانون الدستوري كان حديثاً، بدأ فقط مع الانتشار الواسع لحركة تدوين الدساتير التي عرفها العصر الحديث، تلك الحركة التي بدأت في الولايات المتحدة الأمريكية ومنها إلى فرنسا ثم إلى بقية الدول، حيث كان دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1778 أول الدساتير المكتوبة في التاريخ الحديث، تلاه بعد ذلك الدستور الأول للثورة الفرنسية سنة 1971 ثم انتشرت بعد ذلك حركة تدوين الدساتير فعمت بمعظم لاد العالم⁽²⁾.

ومن ثم ووفقاً لهذا المعيار فإن القانون الدستوري ليس سوى الوثيقة الدستورية ذاتها، وبالتالي هو عبارة عن مجموع القواعد القانونية الواردة في الوثيقة التي تحوي النصوص الدستورية وكل قاعدة قانونية لاتضمها هذه الوثيقة لا تعد قاعدة دستورية حسب أنصار هذا الاتجاه³.

ورغم بساطة هذا المعيار في تعريف القانون الدستوري إلا أنه تعرض للعديد من الانتقادات يمكن حصرها فيما يلي:

1 - عبد العزيز النعيم ، أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة، ص 182.

2 - للمزيد من التفاصيل أنظر كل من:

- محمد حسين عبد العال ، القانون الدستوري، طبعة 1975، ص ص 13 - 14.

- عبد الحميد متولي ، القانون الدستوري والأنظمة السياسية ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، ص ص 19 ، 20 .

- الشافعي محمد بشير ، القانون الدستوري والنظم السياسية السودانية ، طبعة 1970، ص ص 7 - 8.

3 - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 447.

01- إن الأخذ بهذا المعيار يؤدي بنا إلى نفي الطابع الدستوري لبعض القواعد القانونية لمجرد عدم ورودها في الوثيقة الدستورية وهذا رغم اتصالها الوثيق بتنظيم السلطات العامة مثل تلك القوانين المتعلقة بالعملية الانتخابية أو المتعلقة بالأحزاب السياسية، وفي المقابل قد تشمل الوثيقة الدستورية على موضوعات لا تعبر في جوهرها وطبيعتها على الموضوعات الدستورية كتلك النصوص ذات الطابع الإداري مثل النص على الوحدات الإقليمية التي يقسم لها إقليم البلاد في صلب نصوص الوثيقة الدستورية أو ذات الطابع الجزائي كالنص على إلغاء عقوبة الاعدام أو حتى ذات الطابع المدني كالنص في بعض الدساتير على طريقة توزيع مياه الأودية على السكان.

02- إن الاعتماد على هذا المعيار في تعريف القانون الدستوري يؤدي بنا إلى نفي وجود قواعد دستورية في الدول التي لا تعتمد في تنظيم سلطاتها على الوثيقة المكتوبة، وبالتالي فهذا المعيار يصح فقط لتصنيف الدساتير المكتوبة، ومن ثم فإن دولة مثل بريطانيا ذات الدستور العرفي لا يعتبر لها دستور وفق أنصار هذا الاتجاه⁽¹⁾، ونفس الشيء فإن الأعراف الدستورية التي تنشأ بجانب الوثيقة الدستورية على وجه العموم لا تدخل في عداد القواعد الدستورية على وفق أنصار هذا المعيار.

نخلص مما سبق إلى أن المعيار الشكلي بقصره مفهوم القانون الدستوري على ما ورد في الوثيقة الدستورية من أحكام قد ساهم في تحديد مدلول هذا القانون بصورة لا تتفق ومقتضى التحديد السليم، وبالتالي فهو لا يصلح أن يكون أساسا سليما يستند إليه في تعريف القانون الدستوري، وهو ما أدى بغالبية الفقه إلى هجر هذا المعيار وتبني معيار آخر غيره ألا وهو المعيار الموضوعي² فهل يصلح أن يكون هذا المعيار أساسا سليما لتعريف القانون الدستوري أم أنه يبقى كالمعيار الذي سبقه بعيدا عن بلوغ هذه الغاية، وهو الأمر الذي نتولى الإجابة عليه في الفقرة الموالية.

1- مصطفى صالح العماوي، التنظيم السياسي والنظام الدستوري، عمان، دار الثقافة، 2009، ص33 وما بعدها، وكذلك المصادر السابقة نفسها.

2 - حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص 48.

ثانياً - المعيار الموضوعي في تعريف القانون الدستوري.

أمام الانتقادات الكثيرة التي وجهت للمعيار الشكلي في تعريف القانون الدستوري برز المعيار الموضوعي أو المادي مركزاً على موضوع القاعدة الدستورية ومحتواها لا على شكلها ومظهرها، ولما كان من المفترض أن يكون موضوع تلك القاعدة هو نظام الحكم في الدولة، فعلى ذلك تعد كل قاعدة قانونية تهتم بتنظيم عمل السلطات العامة وما يتصل بها وسواء كانت هذه القواعد مدونة في الوثيقة الدستورية أم أنها غير مدونة أو أنها واردة حتى في القوانين العادية، من قبيل القواعد الدستورية مادام أن مضمونها ومحتواها يتعلق بالحكم داخل الدولة ويتناول تنظيم السلطات وعملها، وعلى وفق هذا المفهوم لا تعد بعض النصوص المدونة في الوثيقة الدستورية من قبيل القواعد الدستورية لمجرد ورود ذكرها في صلب الوثيقة الدستورية كونها ليست ذات علاقة بالسلطة كذلك المتعلقة بالمسائل الإدارية أو الجنائية أو المدنية، كما تبقى القواعد المتعلقة بتنظيم الحكم داخل الدولة من قبيل القواعد الدستورية حتى ولو ورد النص عليها في خارج الوثيقة الدستورية كورودها في القوانين العادية أو القوانين العضوية كما هو الحال مع قانون الانتخابات أو قانون الأحزاب مثلاً مادام أن مضمونها يتناول تنظيم الحكم داخل الدولة، فضلاً على أن كل الأعراف الدستورية التي تتصل بالحكم وتنظيم السلطة داخل الدولة تعد من قبيل القواعد الدستورية.

على هذا الأساس يمكن تعريف القانون الدستوري وفق المعيار الموضوعي على أنه: "مجموعة القواعد والأحكام العامة التي تبين نظام الحكم في الدولة وماهية مؤسساته الدستورية والسياسية، كما تبين طبيعة علاقة تلك المؤسسات مع بعضها وعلاقتها بالمواطنين وعلاقة المواطنين ببعضهم"¹، وهو التعريف الذي يميل إليه غالبية الفقه الدستوري.

المطلب الثاني:

بدايات تدريس مقياس القانون الدستوري بكليات الحقوق.

إن وجود الدستور ارتبط تاريخياً بوجود المجتمع السياسي منذ القدم من خلال انقسام أفراد المجتمع إلى فئتين فئة حاكمة وأخرى محكومة، غير أن الظاهرة الدستورية تعتبر ظاهرة حديثة نسبياً حيث أن اصلاح القانون الدستوري لم يكن معروفاً في كثير من الدول حتى أوائل القرن التاسع عشر².

1 - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 450.

2 - حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري - النظرية العامة - الطبعة الأولى، دمشق سوريا 2009، ص 35.

ولقد سعى الفقه القانوني والسياسي إلى المطالبة بجعل القانون الدستوري مادة تعليمية لتكون جزء من البرنامج التكويني الخاص بطلبة كليات الحقوق منذ مدة طويلة إلى أن تحقق هذا المطلب من خلال قيام الجامعات الايطالية بتدريسه في كليات الحقوق، أما في فرنسا فإن هذا المسعى لم يتجسد إلا بعدما قررت الجمعية التأسيسية الوطنية الفرنسية في 26 سبتمبر عام 1791 وجوب تدريس القانون الدستوري على طلبة كليات الحقوق بالجامعات الفرنسية إلا أن قرارها هذا لم يتم تفيذه على أرض الواقع إلا في سنة 1819 عندما تم انشاء كرسي القانون العام¹ في كلية الحقوق بجامعة باريس يضم تدريس القانون الدستوري والاداري معا، وبعدها أنشئ كرسي القانون الدستوري سنة 1834 على يد وزير التعليم جيزو في عهد حكومة الملك الفرنسي لويس فيليب فكان أول كرسي للقانون الدستوري بكليات الحقوق بجامعة باريس، وكان الهدف من خلق هذا الكرسي يتمثل في شرح أحكام الوثيقة الدستورية التي تولى الملك لويس فيليب الحكم على أساسها وشرح ضمانات الحقوق الملحقه بها، وكل هذا من أجل تكوين فلسفة وقناعة سياسية تكون في صالح كسب الرأي العام إلى جانب النظام الدستوري الجديد في فرنسا والقائم على الحكم الملكي البرلماني، وقد كلف بتدريس محتوى وبرنامج هذا الكرسي الأستاذ ذو الأصل الايطالي **بلغرينو روسي** الذي سبق وأن درّس من قبل في جامعة بولوني في ايطاليا أين كان القانون الدستوري يدرس بها منذ زمنا طويلا².

غير أن هذا الكرسي لم يلبث تدريسه طويلا إذ سرعان ما أُلقي بمجرد قيام الأمبراطورية الفرنسية الثانية بزعامه **لويس نابليون** سنة 1852 وتم الرجوع مرة أخرى إلى كرسي القانون العام الذي امتزجت فيه الدراسات الدستورية والادارية معا في مادة واحدة تحت هذا المسمى، إلا أنه مع قيام الجمهورية الفرنسية الثالثة في سنة 1875 عاد اصطلاح القانون الدستوري إلى الظهور

1 - يعرف القانون العام بمعناه الواسع بأنه " مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها بصاحبها صاحبة سلطة وسيادة، وهو يشمل عدة فروع منها القانون الدستوري والقانون الاداري وقانون العقوبات والقانون المالي وقانون الاجراءات الجزائية والقانون الدولي العام"، أما القانون العام بمعناه الأكاديمي الدقيق فلا يشمل إلا القانون الدستوري والقانون الإداري. للمزيد من التفاصيل أنظر بالخصوص:

- نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 444.

2 - حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص 35

من جديد كمادة مستقلة وقائمة بذاتها بحيث تقرر تدريسها في قسم الدكتوراه أولا عام 1882 ثم في قسم الليسانس ثانيا عام 1889 ومنذ ذلك التاريخ استقر تدريس مادة القانون الدستوري في الجامعات الفرنسية إلى الآن¹.

ومن الجامعات الفرنسية انتقلت دراسة مادة القانون الدستوري إلى مختلف جامعات العالم. وقد أنشأ أول كرسي للقانون الاداري والقانون الدستوري في الجزائر في المدرسة العليا للحقوق التي أنشأت عام 1880 قبل أن تتحول إلى كلية الحقوق بموجب مرسوم 4 يناير عام 1910، وبموجب القرار الوزاري المؤرخ في 07 أبريل عام 1959 الذي بموجبه أنشأ كرسي القانون الدستوري أصبح مقياس القانون الدستوري يدرس كمادة مستقلة ضمن برنامج الليسانس وتدرس فصليا.

وبعد نيل الاستقلال استمر تدريس مقياس القانون الدستوري في كليات الحقوق بالجامعات الجزائرية إلى غاية صدور المرسوم رقم 222/71 المؤرخ في 25 أوت 1971 الذي أعاد تنظيم الدروس من أجل الحصول على شهادة الليسانس في الحقوق.

وبموجب القرار الوزاري المؤرخ في 20 جوان 1974 تم استبدال تسمية القانون الدستوري بالنظرية العامة للدولة مع بقاء نفس مضمون برنامج القانون الدستوري، أين تم تدريسها لطلبة السنة الأولى في الفصل الثاني، كما كانت تدرس مادة النظم السياسية المقارنة في الفصل الثالث لطلبة السنة الثانية، واستمر الوضع على هذا الحال إلى غاية سنة 1985 أين تم تحويل نظام السداسي إلى النظام السنوي بموجب القرار الوزاري المؤرخ في 17 جويلية 1985، كما تم بموجب هذا القرار دمج مادتي القانون الدستوري والنظم السياسية القارئة وقرر تدريسها لطلبة السنة الأولى كمادة سنوية، كما تم الاحتفاظ بتدريس القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة كمادة سنوية في برنامج الليسانس في كليات الحقوق بموجب القرار الوزاري المؤرخ في 05 جوان 1991 و بموجب القرار الوزاري المؤرخ في 19 سبتمبر 1997.

1 - حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص 36.

وبعد تبني نظام ل م د في برنامج التعليم العالي بعد سنة 2004 تم ادراج مقياس القانون الدستوري ضمن مقرر برنامج الليسانس في الحقوق كمادة فصلية تدرس في الفصل لطلبة السنة الأولى ومادة النظم السياسية تدرس لهم في الفصل الثاني.

كما تم انشاء فرع القانون الدستوري على مستوى الدراسات العليا في كلية الحقوق لجامعة الجزائر عام 1997 وتم اسناد رئاسة الفرع للأستاذ عمار عوابدي أستاذ القانون العام بكلية الحقوق¹.

المطلب الثالث: طبيعة القواعد الدستورية.

ثار جدال فقهي كبير فيما يخص تحديد الطبيعة القانونية للقواعد الدستورية، ومرد هذا الجدل يعود بالخصوص إلى أن قواعد القانون الدستوري تفتقد إلى أهم خاصة يجب أن تتوفر عليها القواعد القانونية ألا وهي خاصة الجزاء التي تكفل تطبيق واحترام القواعد القانونية، كما أنها تفتقد لوجود هيئة منظمة تكفل احترام قواعد، من هنا ظهرت للوجود ثلاث إتجاهات فقهية حاولت كلها أن تعطي تفسيراً صحيحاً لطبيعة القواعد الدستورية، حيث انكر البعض من الفقه على قواعد القانون الدستوري اعتبارها قواعد قانونية بالمعنى الصحيح إلا أن الرأي الرجوع يذهب إلى عكس ذلك في اعتبارها قواعد قانونية بالمعنى الصحيح، مع أن هذا الرأي بدوره غير متفق في تبرير طبيعة الجزاء في القاعدة الدستورية ويمكن ان نوضح هذه الاتجاهات من خلال الفروع الثلاثة التالية⁽²⁾:

الفرع الأول: القواعد الدستورية ليست ذات طبيعة قانونية.

أنكر أصحاب المدرسة الشكلية في فهم وتفسير القاعدة القانونية الصفة القانونية على القواعد الدستورية، وأساس ذلك يكمن في افتقار تلك القواعد لعنصر الجزاء، فالقاعدة الدستورية تفرض قيوداً على السلطة الحاكمة التي تتولى توقيع الجزاء وفرض الطاعة على الأفراد مما يؤدي إلى أن تكون تلك السلطة هي ذاتها مطالبة بتوقيع الجزاء على نفسها إذا ما خرجت على القيود التي تفرضها تلك القواعد، وهو الأمر لم يحصل في كثير من الدول التي يحتكر فيها السلطة شخص

1 - بوكرا ادريس، المبادئ العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016، ص23.

2- للمزيد من التفاصيل أنظر كل من:

- يحيى الجمل: المرجع السابق، ص61 وما بعدها.

- موريس دوفرجيه، المرجع السابق، ص12.

- حسان شفيق العاني، الأنظمة السياسية والدستورية...، مصدر سابق، ص183 وما بعدها.

- عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، مصدر سابق، ص426 وما بعدها.

- عدنان عاجل، القانون الدستوري، مصدر سبق ذكره، ص67 وما بعدها.

واحد أو أقلية أو حزب واحد، حيث يصبح هذا الشخص بعيدا عن أي جزاء قد يصيبه عندما يخالف القاعدة القانونية، ويتزعم هذا الرأي الفقيه الانجليزي "جون أوستن" الذي يرى بأن القانون الوضعي هو أمر أو نهي يصدر من الحاكم السياسي إلى الرعية الخاضعين لسلطته ويقترن بجزء مادي يوقعه على من يخالفه من الرعية.

غير أن قواعد الدستور هي مجرد قواعد آداب مرعية من طرفه تحميها جزاءات أدبية بحتة، لأنه في حال قيام الحاكم بمخالفتها يجعل عمله موصوفا بأنه عمل غير دستوري لا غير دون أن يتعرض هذا الحاكم لأي جزاء مادي ملموس يوقع عليه، وهو الأمر الذي جعل الفقيه "جون أوستن" ينكر على القواعد الدستورية الصفة القانونية¹.

غير أن أهم الانتقادات التي وجهت لهذا الرأي تكمن في أن السيادة في الوقت الحالي أصبحت بيد الشعب ولم تعد كما كان في العصور الوسطى بيد الحاكم الذي أصبح دوره الآن يقتصر فقط على مباشرة بعض الصلاحيات المحددة بمقتضى الدستور والقوانين وأصبحت أعماله القانونية والسياسية هي الأخرى خاضعة للرقابة من قبل السلطة التشريعية أو السلطة القضائية أو حتى من قبل الشعب، وهو ما يشكل نوع من أنواع الجزاء الذي يتعرض له الحاكم الذي لا يتقيد في أعماله بالقواعد الدستورية، بل أنه إذا استحال على هذه السلطات إخضاع الحاكم للجزاء المنظم يأتي الجزاء غير المنظم المتمثل في قيام الشعب بالثورات الشعبية والانقلابات العسكرية وممارسة معارضة الرأي العام التي ينتج عنها في معظم الأحيان استبعاد هذا الحاكم من حكم البلاد².

الفرع الثاني: القواعد الدستورية هي قواعد قانونية بالمعنى الصحيح.

يرى أصحاب هذا الاتجاه الفقهي إلى أن القواعد الدستورية كغيرها من القواعد هي ذات طبيعة قانونية بالمعنى الصحيح تتوفر فيها كل خصائص القاعدة القانونية، بل هي ليست قواعد قانونية فحسب، وإنما تحتل قمة الهرم القانوني في الدولة، كما أنها تعد المصدر لجميع القواعد القانونية، وهنا يتجسد مبدأ سمو الدستور، ولقد انقسم هذا الاتجاه إلى قسمين:

أولاً: الجزاء القانوني ليس لازماً لكسب الصفة القانونية للقاعدة الدستورية.

يرى أنصار هذا الرأي أن الجزاء القانوني غير ضروري لكسب الصفة القانونية للقاعدة الدستورية، إذ يكفي حسبه الشعور لدى الكافة بأن القاعدة الدستورية واجبة الاتباع والاحترام لكي تصبح قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح والدقيق حتى وإن لم تكن متبوعة بجزاء مادي يطبق على كل من يخالف أحكامها³.

1 - حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عناية الجزائر، 2003، ص 20.

2 - مرجع نفسه، ص 21.

3 - مرجع نفسه، ص 21.

غير أن هذا الرأي منتقد لأنه لا يقدم تبريرا صحيحا وتفسيرا مقنعا لاعتبار القاعدة الدستورية قاعدة قانونية رغم تخلف عنصر الجزاء فيها، خاصة وأن الفقه جميعه يشترط وجود الجزاء في القاعدة القانونية بل أنه يجعله ركنا أساسيا وعنصرا جوهريا من عناصره.

ثانيا: ضرورة توفر عنصر الجزاء في القاعدة الدستورية.

إن الرأي الراجح يصر على ضرورة توفر عنصر الجزاء في القاعدة الدستورية كي تكتسب الصفة القانونية، بيد أنه لا يشترط بالضرورة أن يكون الجزاء عبارة عن إكراها ماديا يوقع من طرف السلطة العامة في الدولة، فقد ذهب الفقيه الفرنسي "ليون دوجي" إلى أن الجزاء كما يكون جزءا ماديا فإنه يمكن أن يكون بدوره جزءا معنويا يتجسد في ردة فعل المجتمع عند وجود مخالفة القاعدة الدستورية، كما لا يشترط أن تسهر سلطة عامة في الدولة على تطبيقه بحكم أن القانون أسبق في ظهوره من السلطة العامة، لذلك يكفي وجود عنصر الجزاء في القاعدة القانونية لكنه لا يشترط أن يكون توقيعه منوطا بالسلطة العامة في الدولة¹.

الفرع الثالث: الاتجاه التوفيقي في تحديد الطبيعة القانونية للقواعد الدستورية.

يذهب أصحاب هذا الاتجاه الفقهي إلى محاولة التوفيق بين الاتجاهين السابقين المنكر والمؤيد للطبيعة القانونية للقواعد الدستورية، من خلال القول بأن القواعد الدستورية تتضمن ثلاث أنواع من القواعد القانونية أولها قواعد تتضمن كيفية تنظيم السلطات العامة داخل الدولة والعلاقة بينها وثانها قواعد تتضمن تحديد سبل حماية حقوق وحريات الأفراد داخل الدولة وثالثها قواعد تتضمن توجيهات سياسية للهيئات الحاكمة.

على هذا الأساس فإن الجزاء المترتب على مخالفة القواعد الدستورية يختلف باختلاف هذه القواعد، فهو قد يتمثل في الرقابة المتبادلة بين السلطة التشريعية والتنفيذية من خلال قدرة البرلمان على إسقاط الحكومة وسحب الثقة منها إذا خالفت الأحكام المنصوص عليها في الدستور كما يتمثل في حل البرلمان من قبل السلطة التنفيذية وإجراء انتخابات تشريعية جديدة، أو عن طريق ما يسمى بالرقابة على دستورية القوانين سياسية كانت أو قضائية وما يترتب عنها من إلغاء القوانين التي تكون مخالفة للأحكام الدستورية.

كما تتجسد من خلال امتناع الشعب عن تجديد العهدة الانتخابية للرئيس أو النائب الذي قصر في أداء مهامه الدستورية.

1 - حسني بوديار، المرجع السابق، ص 21.

كما أن الجزاء في القانون بصفة عامة تتعدد صوره إلى جزاءات قضائية وجزاءات سياسية وجزاءات ادارية، فكل قاعدة قانونية تحدد صورة الجزاء حسب طبيعتها ومضمونها وطبيعة العلاقات التي تحكمها¹.

ومن هذا المنطلق فإن القواعد الدستورية هي قواعد قانونية بأتم معنى الكلمة وهي تتوفر على عنصر الجزاء ولكنه جزاء يتماشى مع طبيعتها بحيث يختلف عن الجزاء المادي الذي تتمتع به باقي القواعد القانونية في فروع القوانين الأخرى².

1 - جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، ص 22.

2 - عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، دار المعارف، القاهرة جمهورية مصر العربية، 1996، ص 260 وما بعدها.

المبحث الثاني

مصادر القانون الدستوري

إن مفهوم كلمة مصدر يختلف باختلاف الجوانب والنواحي التي ينظر منها الباحث إليها، فقد يقصد بها الأصل والمنبع الذي تصدر عنه القاعدة القانونية أو يقصد بها المصدر المادي أو الموضوعي وهو عبارة عن مجموع الظروف والعوامل البيئية من سياسية واجتماعية واقتصادية التي أدت إلى احداث وتكوين مضمون ومحتوى القاعدة القانونية، كما قد يقصد بها المصدر التاريخي للقاعدة القانونية وهو الأصل الذي استوحته القاعدة القانونية واستمدت منه حكمها كأن يكون مصدرها دينيا أو نظاما قانونيا معينا، ومن جهة أخرى قد يقصد بالمصدر العامل المنشئ للقاعدة القانونية أو وسيلة اخراجها للناس وهو ما يسمى المصدر الرسمي أو الشكلي للقاعدة القانونية، وأخيرا قد يكون المصدر تفسيريا الذي يقصد به تفسير القاعدة القانونية¹.

ولقد عرفنا فيما سبق أن المعيار الشكلي يقصر مفهوم القانون الدستوري على ما ورد في الوثيقة الدستورية من أحكام ومن ثم فإن هذا المعيار يجعل للقانون الدستوري مصدرا رسميا وحيدا هو الوثيقة الدستورية، في حين أن المعيار الموضوعي ينظر إلى جوهر ومضمون القاعدة لا إلى شكلها فيعرف القانون الدستوري بأنه جميع القواعد القانونية التي تتعلق بتنظيم الحكم بغض النظر عن مكان ورودها سواء داخل الوثيقة أو خارجها أو حتى في العرف ومن ثم مصادر القانون الدستوري بالنظر إلى المعيار الموضوعي تتنوع وتختلف إلى عدة مصادر.

وفي اطار تحديد مصادر القانون الدستوري فإننا سوف نكتفي بدراسة المصادر الرسمية له التشريع والعرف (مطلب أول) ثم ننقل إلى دراسة المصادر التفسيرية الفقه والقضاء (مطلب ثان) أما بقية المصادر فإن مجال دراستها يعود إلى مقياس المدخل للعلوم القانونية.

المطلب الأول: المصادر الرسمية أو الشكلية للقانون الدستوري.

يعرف الفقهاء المصادر الرسمية للقانون على أنها " الوسيلة الشكلية التي تخرج بها القاعدة القانونية لتفرض بها وجودها الملزم على أفراد المجتمع ومؤسساته" كما عرفت بأنها "

1 - جاد جابر نصار، المرجع السابق، ص 35.

الطريق الرسمي الذي تمر به قاعدة السلوك الاجتماعي لكي تدخل في عداد القانون الوضعي " وباختصار هي " الاصل الرسمي للقاعدة الذي يمنح القوة لقواعد القانون الوضعي " ¹.

وقد حدد فقهاء القانون مصدرين رسميين للقانون الدستوري هما التشريع (فرع أول) والعرف (فرع ثان) وفيما يلي استعراض موجز لهذين المصدرين.

الفرع الأول: التشريع كمصدر رسمي للقانون الدستوري.

التشريع هو تلك القواعد القانونية المدونة التي تصدر عن سلطة مخولة أو هو سن القواعد القانونية وإكسابها قوتها الملزمة عن طريق سلطة مختصة وفقا لإجراءات معينة ⁽²⁾ وقد يكون التشريع أساسيا أو عضويا أو عاديا أو فرعيا لذلك فسلطة سنه تختلف باختلاف نوع التشريع المراد وضعه.

ويحدد عادة في الدستور السلطة المختصة بالتشريع، وتسمى السلطة التشريعية وكيفية ممارستها لواجباتها، وكيفية تكوينها، وقد يوجد في الدولة الواحدة أكثر من سلطة تشريعية، ففي الدول التي يكون دستورها غير مرن لا بد من وجود سلطة تأسيسية أو دستورية لإقرار وتعديل الدستور، مختلفة عن السلطة التشريعية المختصة بسن التشريع العادي، وعلى ذلك فإن القواعد الدستورية المدونة في الوثيقة الدستورية هي عملية تشريعية بحتة، لاسيما إذا تبنت مهمة صياغة تلك الوثيقة جمعية أو لجنة متخصصة ومخولة.

مما سبق يتضح لنا أن التشريع يتخذ عدة صور مرتبة فيما بينها بشكل متفاوت حسب قوتها الملزمة وهي متدرجة حسب الترتيب التالي: التشريع الأساسي أو الدستور (أولا) التشريع العضوي والعادي (ثانيا) التشريع الفرعي أو اللائحي (ثالثا)، كل هذا نتولى تفصيله فيما يلي:

أولا: التشريع الأساسي أو الدستور. ويقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تهتم بتنظيم أساس الحكم في الدولة فتنين شكلها موحد دولة بسيطة أو مركبة تتشكل من عدة دويلات، كما تحدد نظام الحكم فيها جمهوري أو ملكي وكذلك نوع نظامها السياسي برلماني أو رئاسي أو مختلط أو مجلسي، وتبين وتحدد السلطات العامة داخل الدولة وكذا والعلاقة القائمة بينها، كذلك تحدد وتبين هذه القواعد حقوق وحرقات الأفراد داخل الدولة كحرية الرأي والصحافة والتنقل، حرية اعتناق الديانة والمساواة في تولي الوظائف العامة وفي تحمل الأعباء العامة كالالتزام بدفع الضرائب والخدمة الوطنية ³.

1 - حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص 77.

(2) - سعد عصفور، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، الجزء الأول، ص 40 - 41.

3- للمزيد من التفاصيل أنظر كل من:

- نزيه رعد، المرجع السابق، ص 63، 64.

والقانون الدستوري حينما يتناول هذه المواضيع فإنه يتناول فيها المبادئ والأسس تاركا التفاصيل والجزئيات للقوانين الأخرى.

ويعتبر القانون الدستوري من جهة أخرى القانون الأساسي والأسمى بالمقارنة مع بقية القوانين داخل الدولة، لذلك فلا بد من حماية أحكامه عن طريق هيئة قضائية أو جهاز سياسي تتولى التأكد من دستورية القوانين فتلغي أي قانون ثبتت مخالفته للدستور، وهو ما يعبر عنه بالرقابة على دستورية القوانين.

01 - طرق وضع الدساتير. تختلف طريقة وضع الدساتير من دولة إلى أخرى ومن زمن إلى آخر، وقد جعلها الفقهاء في أسلوبين رئيسيين هما الأساليب غير ديمقراطية والأساليب الديمقراطية.

أ- الطرق غير الديمقراطية في وضع الدساتير. وتشمل أسلوب المنحة وأسلوب العقد أو الاتفاق.

- أسلوب المنحة: بمقتضاه يقوم الحاكم بإرادته المنفردة بالتكريم على شعبه في منحه دستور يتنازل بمقتضاه عن بعض صلاحياته، وهو تعبير عن نظام الحكم المطلق الذي يملك فيه الملك كل شيء، وهذا الأسلوب ظاهريا يبدو منحة يبدو الدستور في شكل منحة من الملك إلى الشعب لكن واقعا نجد أن الملك قد أرغم على ذلك بعدما أحس بإمكانية ثورة الشعب على حكمه المطلق فإنه يضطر إلى تقييده حتى لا يفقده كلية¹.

- أسلوب العقد أو الاتفاق. وبمقتضى هذه الطريقة يتعاقد الحاكم ويتفق مع ممثلي الشعب ويتفقا على وضع دستور للبلاد، وهنا لا تظهر إرادة الملك أو الحاكم وحدها كما هو الحال في الطريقة الأولى بل تظهر إلى جانبها إرادة ممثلي الشعب².

ب- الطرق الديمقراطية في وضع الدساتير. وتقوم هذه الطرق هي الأخرى على وجود أسلوبين هما الجمعية التأسيسية وأسلوب الاستفتاء.

- وضع الدستور بواسطة الجمعية التأسيسية. بمقتضاها ينتخب الشعب ممثلين عنه في شكل جمعية تأسيسية مهمتها وضع دستور للبلاد، حيث ينتهي وجودها بانتهاء مهمتها³.

= - نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2011، ص ص 445-451.

1- نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 482.

2- لموشية سامية، المرجع السابق، ص 59.

3 - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 484.

-**الاستفتاء الدستوري.** وذلك بطرح مشروع الدستور على الشعب في استفتاء عام، بعد وضع هذا المشروع بواسطة لجنة خاصة تتكون من مختصين في القانون الدستوري عينت من طرف الحكومة للقيام بهذا الغرض أو عن طريق جمعية منتخبة من طرف أفراد الشعب¹.

وتعتبر طريقة الجمعية التأسيسية أفضل الطرق وأحسنها لوضع الدساتير حيث تفسح المجال لتمحيص وفحص أحكامها تفصيلا دقيقا وكاملا، وهو ما يستحيل تحقيقه في أسلوب الاستفتاء أين يجب على الشعب إما قبول المشروع برمته أو رفضه برمته دون قدرته على إدخال أية تعديلات عليه، وهو الأمر الذي لا يترك أية فرصة حقيقية للشعب صاحب السلطة ومالك السيادة في الاختيار والمفاضلة، إذ يضطر إلى تفضيل الموافقة على الدستور غير مقتنع ببعض أحكامه وجزئياته عوض ترك البلاد تتخبط في عواقب رفضه مادام أنها تبقى محكومة لفترة أخرى - حتى يوضع دستور آخر يرتضيه - حكما مؤقتا دون دستور، مع أنه يكون أفضل على كل حال سن الدستور بأسلوب يجمع بين طريقة الجمعية التأسيسية وطريقة الاستفتاء، بأن تتولى جميع تأسيسية منتخبة من الشعب وضع مشروع دستور توافق عليه بعد إجراء مناقشة له مناقشة كاملة وتامة، على أن يطرح بعد ذلك على الاستفتاء الشعبي ليقوم الشعب بقبوله أو رفضه².

02- طرق تعديل الدساتير. تختلف طريقة تعديل الدساتير باختلاف نوع الدستور في حد ذاته، فإذا كان دستورا مرنا فإنه يجوز تعديله بإتباع نفس الإجراءات التي تعدل بها القوانين العادية، أي يكون ذلك من طرف السلطة التشريعية في حد ذاتها، وذلك بإصدار تشريع عادي يعدل أو يلغي بعضا من أحكامه.

أما فيما يخص الدستور الجامد فإن الأمر يختلف بالنسبة إليه، ذلك أنه لا يجوز تعديل أو إلغاء بعضا من أحكامه إلا بإتباع إجراءات خاصة تختلف عن تلك المتبعة في تعديل القوانين العادية. وفيه تكون هذه الإجراءات أكثر تعقيدا وصعوبة من تلك المنتهجة في تعديل وإلغاء القوانين العادية.

ثانيا: التشريع العادي والعضوي. يقصد بالتشريع العضوي والعادي مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها كأصل السلطة التشريعية في حدود اختصاصاتها المبينة في الدستور³.

وما يميز التشريع العضوي أنه عبارة عن إجراء تشريعي لتكملة قواعد الدستور وإدخالها حيز التطبيق، ويكون ذلك في بعض المجالات المحددة بموجب القواعد الدستورية وهي تلك التي تخص تنظيم السلطات العمومية وعملها، نظام الانتخابات، القانون المتعلق بالأحزاب السياسية،

1- لموشية سامية، المرجع السابق، ص 59.

2 - أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 123.

3 - أنظر المادة 139 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

القانون المتعلق بالإعلام، القانون الأساسي للقضاء والتنظيم القضائي، القانون المتعلق بقوانين المالية والقانون المتعلق بالأمن الوطني¹.

وتخضع عملية سن التشريع العضوي لذات الإجراءات التي يخضع لها عملية سن التشريع العادي، وإن كان يختلف عنه بالإضافة إلى المجالات المحددة لكل منهما في مسألتين أساسيتين:

الأولى أن المصادقة على القانون العضوي تتم بالأغلبية المطلقة للنواب ولأعضاء مجلس الأمة، في حين أن المصادقة على القوانين العادية تتم بالأغلبية المطلقة للنواب ولأعضاء مجلس الأمة الحاضرين فقط دون احتساب المتغييبين منهم.

الثانية تتمثل في أنه يخضع لمطابقته مع الدستور من طرف المحكمة الدستورية قبل صدوره². وتتم عملية سن التشريع العادي والعضوي بأربعة مراحل أساسية تشمل مرحلة اقتراح تشريع أو مشروع تشريع تليها مرحلة فحص المشروع أو الاقتراح ثم مرحلة مناقشة المشروع أو الاقتراح والتصويت عليه بالإيجاب أو السلب، وأخيراً تأتي مرحلة عدم اعتراض رئيس الجمهورية أو موافقة نواب المجلس الشعبي الوطني رغم اعتراضه. وهي المراحل التي نتولى تفصيل محتواها كما يلي:

01- مرحلة المبادرة بالتشريع. وتشكل هذه المرحلة أول خطوات التشريع، وتكون من خلال عرضه على السلطة التشريعية، وهي حق لكل من الوزير الأول أو رئيس الحكومة أو للنواب وأعضاء مجلس الأمة وهو الأمر الذي وضحته المادة 143 من التعديل الدستوري لسنة 2020 " لكل من الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة والنواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين³ ".

مع ملاحظة أن الاقتراح المقدم من طرف السلطة التنفيذية (الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة) يسمى مشروع تشريعي، بينما الاقتراح المقدم من طرف النواب أو أعضاء مجلس الأمة يطلق عليه اصطلاح اقتراح تشريعي.

كما أن حق أعضاء مجلس الأمة في اقتراح مشاريع قوانين لم يتم النص عليه إلا بموجب التعديل الدستوري لسنة 2020 ولا يتعلق بكل المجالات المخصصة للسلطة التشريعية وإنما تلك المتعلقة فقط بالتنظيم المحلي وتهيئة الاقليم والتقسيم الاقليمي فقط⁴.

1- أنظر المادة 140 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

2 - أنظر الفقرة الثالثة من المادة 140 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

3 - إن صياغة هذه المادة باللغة العربية غير موفق لأنها لا تميز بين القانون والتشريع إذ أنها استعملت مصطلح القانون وكان الأصح استعمال مصطلح التشريع عوض مصطلح القانون، وإن كان يقصد بكلمة القانون هنا معناها الضيق الخاص وليس معناها الواسع العام.

4- أنظر المادة 144 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

وطبقا لنص المادة 143 الفقرة الثانية من التعديل الدستوري لسنة 2020 تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء¹، بعد الأخذ برأي مجلس الدولة، ثم يودعها الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة حسب الحالة.

02-مرحلة فحص المبادرة. بعد عملية الاقتراح تأتي مرحلة فحص محتوى ومضمون المشروع المقترح ويكون ذلك أمام لجنة مختصة تابعة للمجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة حسب الحالة التي تقوم بإعداد تقريرها حول عما إذا كان هذا المشروع أو الاقتراح صالحا للمناقشة أو لا.

03-مرحلة المناقشة والتصويت.

بعد اتمام عملية فحص التشريع يعرض مشروع التشريع أو اقتراح التشريع على البرلمان بغرفتيه للمصادقة والتصويت عليه، والبداية تكون بعرضه على المجلس الشعبي الوطني ثم مجلس الأمة على التوالي².

وتنصب مناقشة نواب المجلس الشعبي الوطني على النص المعروض عليهم من قبل الحكومة أو على النص الذي صادق عليه مجلس الأمة في المسائل التي خصصت فيها المبادرة التشريعية لهذا الأخير³، وتعرض الحكومة على إحدى الغرفتين النص الذي صوتت عليه الغرفة الأخرى بحيث تناقش كل غرفة النص الذي صوتت عليه الغرفة الأخرى وتصادق عليه⁴، وفي كل الحالات يصادق مجلس الأمة على النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني بأغلبية أعضائه الحاضرين بالنسبة للمشاريع المتعلقة بالقوانين العادية وبالأغلبية المطلقة بالنسبة لمشاريع القوانين العضوية⁵.

وعند حدوث خلاف بين الغرفتين بأن حصلت الموافقة في إحداها وتخلفت في الأخرى، تجتمع بناء على طلب من الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة لجنة متساوية الأعضاء تتكون ما أعضاء من كلتا الغرفتين في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما بغية اقتراح نص يتعلق

1- في البداية علينا الإشارة إلى ملاحظة غاية في الأهمية وهي أن مجلس الوزراء في الجزائر وكجهاز قانوني يتولى السلطات الضرورية لسير أجهزة الدولة ظهر بمقتضى أمر 10 جويلية 1965 وكان يمارس اختصاصاته بتفويض من مجلس الثورة، كما أورد دستور 76 النص عليه في المادة 08/111 إلا أن مهامه كانت جد محدودة، أما في ظل أحكام دستور 1989 أصبح يجتمع برئاسة رئيس الجمهورية ليتولى مناقشة برنامجها لمطالبة الحكومة بتنفيذه في صيغة مخطط عملها (المادة 2/75) كما تعرض عليه مشاريع القوانين المراد عرضها على البرلمان للمناقشة والمصادقة عليها.

2 - أنظر المادة 1/145 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

3- أنظر نص المادة 2/145 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

4- أنظر نص المادة 3/145 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

5 - أنظر المادة 145 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

بالأحكام محل الخلاف، وتنتهي اللجنة نقاشاتها في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما¹، تعرض الحكومة هذا النص على الغرفتين للمصادقة عليه ولا يمكن إدخال أي تعديل عليه دون الموافقة المسبقة للحكومة².

في حالة استمرار الخلاف بين الغرفتين، يمكن الحكومة أن تطلب من المجلس الشعبي الوطني الفصل نهائيا، وفي هذه الحالة يأخذ المجلس الشعبي الوطني بالنص الذي أعدته اللجنة المتساوية الأعضاء أو إذا تعذر ذلك، بالنص الأخير الذي صوت عليه³.

أما إذا لم تبادر الحكومة بإخطار المجلس الشعبي الوطني فإن النص المقترح يتم سحبه بصفة نهائية⁴.

04- عدم اعتراض رئيس الجمهورية أو موافقة نواب البرلمان رغم الاعتراض.

تحول الدساتير لرئيس الجمهورية الحق في الاعتراض على القوانين التي أقرها البرلمان، وهذا الحق في الدستور الجزائري يجب عليه ممارسته خلال الثلاثين يوما التي تلي عملية إقراره⁵، أين يمكن لرئيس الجمهورية - خلال هذه المدة - وعوض قيامه بالمصادقة على المشروع الذي وافق عليه البرلمان بغرفتيه أن يمتنع عن ذلك بأن يطلب إجراء مداولة ثانية بشأنه⁶، وفي هذه الحالة يجب عليه رده إلى المجلس الشعبي الوطني لإعادة مناقشته بصفة متأنية والتصويت عليه من جديد.

ولعل الغاية المرجوة من هذا الاعتراض هي حمل المجلس الشعبي الوطني على مراجعة قراره والعدول على المشروع الذي تمت الموافقة عليه ودفعه إلى التأييد وعدم التسرع في إقرار هذا المشروع، بيد أنه لما كان البرلمان هو صاحب الاختصاص الأصيل في سن القوانين والكلمة الأخيرة بيده، فإنه يملك الحق في أن يقر المشروع من جديد رغم اعتراض رئيس الجمهورية ولكن بأغلبية صعبة ومتشددة بالمقارنة مع الأغلبية الأولى ألا وهي أغلبية الثلثين نواب المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة⁷، ومن ثم فإنه إن تمكن البرلمان من بلوغ هذه الأغلبية أعتبر المشروع تشريعا صحيحا وما على رئيس الجمهورية إلا إصداره.

1 - أنظر المادة 5/145 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

2 - أنظر المادة 6/145 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

3- أنظر المادة 7/145 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

4 - أنظر المادة 8/145 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

5 - أنظر المادة 148 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

6- أنظر المادة 1/149 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

7 - أنظر المادة 2/149 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

ثالثا: التشريع الفرعي أو اللائحي. يقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تختص السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية والوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة والوزراء إضافة إلى سلطات إدارية أخرى) بوضعها في الحدود التي خولها إياها الدستور¹.

وتتشكل اللوائح أو التنظيمات من مجموعة كبيرة وكثيرة من النصوص القانونية التي تتفاوت فيما بينها من حيث قوتها الإلزامية، تبعا للتفاوت وللتدرج الداخلي للسلطة التنفيذية، حيث توجد في القمة المراسيم الرئاسية التي يتولاها رئيس الجمهورية، ثم المراسيم التنفيذية التي يتولاها الوزير الأول تليها القرارات الوزارية أو القرارات الوزارية المشتركة، والقرارات الصادرة عن مسؤولي الهيئات المحلية. وتوجد اللوائح أو التنظيمات على ثلاثة أنواع هي:

01- اللوائح التنفيذية. وهي تلك اللوائح التي تحتوي على القواعد التفصيلية التي تسنها السلطة التنفيذية بغية تنفيذ وتطبيق التشريع الصادر عن السلطة التشريعية، ذلك أن التشريع الذي تضعه السلطة التشريعية عادة ما يقتصر على ذكر القواعد العامة في الكثير من مواده تاركا مهمة وضع القواعد التفصيلية التي يقتضيها التطبيق العملي للسلطة التنفيذية.

واختصاص السلطة التنفيذية بسن مثل هذه اللوائح يعتبر أمر عادي ومنطقي مادام أنها السلطة المكلفة أصلا بمهمة تنفيذ التشريع الذي تضعه السلطة التشريعية، ذلك أنه بحكم وظيفتها القائمة على الاتصال الدائم بجمهور الناس تكون أقدر على معرفة التفاصيل الخاصة بالتنفيذ وفقا لما تقتضيه ظروف وضرورات وحاجيات المجتمع، وطالما أن مهمة اللوائح التنفيذية هي مجرد تنفيذ التشريع الصادر عن السلطة التشريعية² فهي ملزمة بأن تحترم حدود هذا الغرض ولا تحيد عنه، بحيث لا يجوز أن تتضمن إلغاء أو تعديلا لقاعدة من قواعد هذا التشريع الذي وضعته السلطة التشريعية³.

1 - بخلاف التشريع بالأوامر الذي تصدره السلطة التنفيذية كما في حالة الضرورة وحالة تشريع التفويض فإن اللوائح أو التشريعات الفرعية هي عبارة عن قواعد عامة ومجردة تصدرها السلطة التنفيذية بما لها من اختصاص أصيل تستمد من الدستور، غير أنه ليس لديها قوة التشريعات التي تصدرها في الحالات الاستثنائية التي تعادل قوة التشريع الفرعي أو اللائحي. للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع أنظر كل من:

- أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 153.

- سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 160.

2 - فمن الناحية العملية نجد أن التشريع يقتضي الإحاطة بجميع الظروف والملازمات التي يراد تطبيقه فيها والدخول في تفاصيل دقيقة، ويصطدم بصعوبات عملية لا تتضح إلا للسلطة التنفيذية ويستحيل على السلطة التشريعية أن تحيط بكل تلك الظروف ووضعها في التشريع عند التطبيق. وللمزيد من التفاصيل والمعلومات أنظر كل من:

- أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 154.

- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص - ص 160، 161.

3 - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص - ص 161، 162.

02- اللوائح التنظيمية. وهي القواعد اللازمة التي تضعها السلطة التنفيذية لتنظيم المرافق العامة في الدولة، ما دام أنها السلطة المكلفة بإدارة هذه المرافق وتلك المصالح، وهنا لا تنقيد السلطة التنفيذية بتشريع معين كما هو الحال مع اللوائح التنفيذية، لهذا سميت اللوائح التنظيمية باللوائح المستقلة، خاصة وأن عملية تنظيم وترتيب المصالح العامة هي اختصاص أصيل للسلطة التنفيذية، وفي سبيل إدارتها تلك تصدر لوائح بغية ترتيب وتسيير تلك المصالح والمرافق العامة تسمى باللوائح التنظيمية¹.

03-لوائح الضبط والبوليس. يقصد بها كل ما تضعه السلطة التنفيذية من قيود تشريعية على الحريات الفردية بغية المحافظة على الأمن وتوفير السكينة والطمأنينة وحماية الصحة العامة، لذلك سميت هذه اللوائح بلوائح البوليس، ومن ثم فهي عبارة عن القيود التشريعية التي يقتضيها الصالح العام للجماعة، ومن أمثلتها لوائح المرور ولوائح المحال العامة والمقلقة للراحة أو الضارة بالصحة والخطرة ولوائح مراقبة الأغذية والباعة المتجولين ولوائح منع انتشار الأوبئة.

وهذه اللوائح بدورها مستقلة وقائمة بذاتها، إذ تصدر من السلطة التنفيذية مستقلة عن أي تشريع تعمل على تنفيذه، وهي بذلك تتشابه مع اللوائح التنظيمية وتختلف عن اللوائح التنفيذية².

ولضمان فعالية هذه اللوائح في التأثير على المخاطبين بها فإنها تكون في العادة مقترنة بجزاءات ردية توقع على كل من يخالف أحكامها، شريطة أن لا تزيد هذه الجزاءات على العقوبات المقررة للمخالفات من الحبس قصير المدة إلى الغرامات المالية³.

فالوثيقة الدستورية - أي الدستور - ما هي الا عملية تشريعية فضلاً عن القوانين العادية التي تتعرض لموضوعات ذات طبيعة دستورية لاتصالها بتنظيم السلطات العامة السياسية أو بالحقوق الأساسية للأفراد، والأكثر من ذلك قد يتم الاستفادة من بعض التشريعات العادية في الدولة المعنية أو في الدول الأخرى وتحويلها إلى قواعد دستورية سواء في مرحلة صياغة الوثيقة الدستورية، أو عند تعديل نصوص تلك الوثيقة.

ولقد ازدادت أهمية التشريع باعتباره مصدراً رسمياً للقانون بازدياد التطور التدريجي للمجتمعات، فبينما كان العرف مصدراً رئيساً للقواعد القانونية المنظمة للمجتمع في العصور القديمة أخذ دور العرف يقل تدريجياً، ويزداد دور التشريع، وذلك لانتقال المجتمعات إلى مرحلة التنظيم السياسي

1 - وللمزيد من التفاصيل والمعلومات أنظر كل من:

- أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 158.

- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 162.

2 - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 163.

3 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 125.

وقيام الدولة، وكذلك لأنه أصلح المصادر الرسمية وأكثرها ملاءمة لحاجات الجماعة المتطورة، فالعرف وإن كان يصدر عن الجماعة إلا أنه بطيء في نشوئه وتطوره، فضلاً عما قد يشوبه من غموض بجهل قواعده، في حين أن التشريع وسيلة ميسرة وسريعة في انتشار القواعد القانونية وتعديلها، ووضوحها، وانضباطها، فالتشريع هو المصدر الرسمي للرئيس للقانون بشكل عام وللدستور بشكل خاص (1).

وبما أن تدرج قوة التشريع يكون تسلسلياً من التشريع الأساسي إلى التشريع العادي والعضوي إلى التشريع الفرعي، ومن ثم فلا يجوز لأي تشريع أن يخالف تشريعاً أعلى منه درجة، وفي حالة وجود ذلك يكون التشريع المخالف غير شرعي، ولضبط عملية مشروعية التشريعات، وتنظيم رقابتها، وتقدير الجزاء المناسب بالنسبة للتشريع المخالف، نشأ ما يسمى برقابة مشروعية التشريع بفرعيها رقابة مشروعية التشريع العضوي والعادي الذي اصطلح على تسميته برقابة دستورية القوانين تمارسه هيئة قضائية أو سياسية، والبحث فيها هو من اختصاص القانون الدستوري، بينما النوع الثاني هو رقابة مشروعية التشريع الفرعي والبحث فيها يعود لاختصاص القانون الإداري.

الفرع الثاني: العرف كمصدر رسمي للقانون الدستوري.

العرف هو اعتياد الناس على سلوك معين في العمل، مع الاعتقاد بالزامية هذا السلوك كقاعدة قانونية، أي هو تواتر العمل على الأخذ بحلول معينة حول واقعة محددة إلى الحد الذي يرسخ في الشعور الناس ويتكون معه اعتقادهم بضرورة احترامها والانصياع لأحكامها على أساس أنها جزء من تنظيم المجتمع وضروري لاستقرار المعاملات، على هذا الأساس تنشأ القاعدة العرفية كقاعدة قانونية ملزمة².

يتضح مما سبق أن هناك ركنان للعرف هما الركن المادي والركن المعنوي.

(1) المرجع السابق، ص 40 - 41.

2 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 207.

فالركن المادي يفيد إتباع الأفراد سلوكا معيناً في تصرفاتهم بصفة مطردة أما الركن المعنوي فيعني استقرار الإحساس في ضمير الجماعة بأن ذلك السلوك أصبح ملزماً لهم، فبغير الاعتقاد بالزاميته لا نكون بصدد عرف بمعناه القانوني وبشترط في العرف ان يكون عاما وقديما وثابتا، وأن لا يكون مخالفا للقوانين والآداب العامة.

أولاً: الاختلاف الفقهي بشأن اعتبار العرف مصدراً للقانون الدستوري.

مع التطور التاريخي وظهر الدساتير المكتوبة وانتشارها في معظم دول العالم، لم يعد العرف مصدراً رئيساً لقواعد الدستور فيما عدا إنجلترا، فومن ثم فلا خلاف في أهمية العرف، ومكانته بالنسبة للدول التي ليس لها دساتير مكتوبة، ولكن يختلف الفقهاء حول دور العرف ومكانته واعتباره مصدراً للدستور بالنسبة للدول ذات الدساتير المكتوبة، وهم في ذلك على رأيين احدهما لا يقر بأن للعرف أي مصدر رسمي للقانون الدستوري في حين أن الرأي الثاني يذهب إلى عكس ذلك إذ يعتبر بأن العرف مصدراً رسمياً للقانون الدستوري.

¹ - عدم اعتبار العرف مصدراً رسمياً للقانون الدستوري. يذهب بعض الفقهاء القانونيين - وبالتحديد رواد المدرسة الشكلية في تحديد مفهوم القاعدة الدستورية - إلى أن العرف لا يمكن أن يكون مصدراً رسمياً للقواعد الدستورية، هذا الاتجاه لا يسلم بغير التشريع كمصدراً رسمياً للقواعد الدستورية وينكر كل قيمة للعرف إلا إذا أقره المشرع أو اعترف به القضاء، إلا أن معتدلي هذا الاتجاه يسلمون بالعرف مصدراً على أساس أنه يمثل الإرادة المفترضة للمشروع.

² - اعتبار العرف مصدراً رسمياً للقانون الدستوري. أما الرأي الآخر فيعتبر العرف مصدراً رسمياً للقانون الدستوري حيث يلقى هذا الرأي تأييد معظم فقهاء القانون الدستوري⁽¹⁾.

فالعرف كان وما زال له دور أساسي وفاعل في وجود القواعد الدستورية، وذلك لأن الدساتير كانت في الأصل عبارة عن مجموعة من الأعراف - وهي ممارسات نتج عنها وجود قواعد غير مكتوبة تنظم بناء وعمل مؤسسات سياسية معينة - أي أنها كانت دساتير عرفية وما زالت بعضها كذلك، ومنها الدستور البريطاني وهو أقدم الدساتير المعاصرة، وعلى ذلك يعد الدستور الأمريكي

(1) المرجع السابق، ص 66 وما بعدها.

الصادر عام 1787م أول دستور مكتوب ومازال نافذاً، ولأهمية العرف الدستوري سنتطرق له بشيء من التفصيل لاحقاً.

ومعلوم أن فكرة الدولة ظهرت تدريجياً تحت تأثير مجموعة من العوامل التاريخية، وذلك على مراحل متدرجة، إلى أن اكتملت عناصر قيامها، حيث صاحب ذلك استقرار مجموعة من القواعد التي تبين كيفية تنظيم سلطاتها، ومصدر هذه القواعد هو العرف؛ لأنها قواعد نتجت عن التقاليد والعادات، ومن ثم كانت قواعد عرفية.

ثانياً: التفرقة بين العرف الدستوري والدستور العرفي.

إذا كان الفقهاء يعرفون القواعد العرفية بصفة عامة بأنها مجموعة القواعد غير المدونة التي تتولى تنظيم جانب من جوانب الحياة فإنه لا ينبغي الخلط بين مفهوم الدستور العرفي والعرف الدستوري.

01- الدستور العرفي.

الدستور العرفي هو عبارة عن مجموعة القواعد الناشئة عن العادات والتقاليد والسوابق التي لم تدون بعد في وثيقة مكتوبة، وهو خاص بالدول التي لا يوجد بها دساتير مكتوبة كدولة إنجلترا¹.

02- العرف الدستوري.

وهو مجموعة القواعد الناشئة عن العادات والتقاليد والسوابق ولكن في ظل دستور مكتوب، بحيث يكون لهذه القواعد دوراً مفسراً أو مكملاً أو معدلاً لأحكام الدستور، فهو بالتالي يوجد في الدول التي لديها دساتير مكتوبة بجانب المواثيق المكتوبة².
على هذا الأساس فإن دور العرف بجانب الدستور المكتوب يكمن في تفسيره أو تكملته أو تعديله.

1 - حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص 119.

2 - مرجع نفسه، ص 119.

أ- **العرف المفسر للدستور.**

يفترض العرف الدستوري في هذه الحالة وجود نص غامض أو مبهم في صلب الوثيقة الدستورية يتكفل بتفسيره على نحو معين، ومن ثم فالعرف المفسر يهدف إلى توضيح ما يكتنف نصوص الدستور من غموض أو ابهام، وبالتالي فهو لا يخرج عن النصوص الدستورية وإنما يعمل في دائرتها وفي نطاقها، لذلك فهو لا ينشئ قاعدة قانونية جديدة بل يكتفي بتفسير النص الغامض الموجود بالوثيقة الدستورية دون أن يتعدى دوره إلى إنشاء قاعدة قانونية جديدة¹، وهو بذلك يعتبر جزءاً من الدستور المدون الذي تولى شرحه وتفسيره، ومن ثم فله نفس القيمة الدستورية.

ب- **العرف المكمل للدستور.**

العرف المكمل للدستور يفترض وجود قصور أو نقص في الأحكام الواردة في صلب الوثيقة الدستورية، من خلال سكوت الدستور مثلاً عن تنظيم موضوع أو مسألة معينة من مسائل ومواضيع الحكم، وهنا يتدخل العرف وينشئ حكماً جديداً يسد به أوجه النقص أو الفراغ الذي خلفه المؤسس الدستوري، وهو بذلك يختلف عن العرف المفسر في عدم اكتفائه بتفسير ما ورد من أحكام غامضة في الوثيقة الدستورية المكتوبة وإنما يعمل على إضافة لها بعض الأحكام الجديدة غير الواردة فيها، ومن ثم فهو لا يستند على نص قائم وموجود في صلب الوثيقة الدستورية.

ت- **العرف المعدل للدستور.**

ويقصد به ذلك العرف الذي يهدف إلى تعديل أحكام الوثيقة الدستورية وذلك من خلال إضافة أحكام جديدة إليها أو حذف أحكام معينة منها. على هذا الأساس يأخذ العرف المعدل صورتين، أما الصورة الأولى وهي تظهر عندما يكون هناك قواعد دستورية مكتوبة معينة بحاجة إلى تعديل كي تكون مجدية أكثر، فيتدخل العرف هنا إلى إيجاد قواعد عرفية تصحح، أو تعدل تلك القواعد، وهذا هو التعديل الجزئي، أما الصورة الأخرى

1 - حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص 124.

فإنها تظهر حينما ينشأ عرف يسقط قاعدة دستورية ليحل محلها وهذا هو التعديل الكلي، مثال ذلك؛ لم يعد الرئيس الأمريكي يستشير مجلس الشيوخ في تعيين كبار موظفي الدولة، في حين أن الدستور يلزمه بذلك.

ختاماً لا بد من القول إن العرف يؤدي دوراً كبيراً في إقرار كثير من القواعد الدستورية، وبذلك يعد مصدراً هاماً وأساسياً من مصادر الدساتير المكتوبة، والأكثر من ذلك قد يكون العرف المصدر الوحيد للدستور وهنا يكون الدستور عرفي كما هو الحال في الدستور البريطاني، كما أسلفنا القول وكذلك دستور فنزويلا التي هي الآن بصدد إصدار دستور مكتوب.

المطلب الثاني: المصادر التفسيرية للقانون الدستوري.

يعرف التفسير بأنه عملية ذهنية يقوم بها القاضي أو الفقيه الهدف منها تحديد المعنى الحقيقي لمضمون القاعدة القانونية التي وضعها المشرع، فهي آلية تعمل على تبيان حقيقة معنى قاعدة تشريعية مكتوبة صادرة من السلطة المختصة، لذلك لا يمكن تصور التفسير إلا بالنسبة للقواعد التشريعية المكتوبة، أي القواعد التي تستمد من مصادرها الرسمية في ألفاظ معينة، هذا ما ينطبق على القواعد التشريعية كونها تحتاج إلى التفسير، وهو ما يقتضي أن تكون هذه القواعد مصاغة في عبارات وألفاظ معينة.

لذلك يعمل المفسر على تحديد مدلول القاعدة القانونية من خلال اختيار معنى معين للنص الغامض من بين مختلف المعاني الممكنة التي يحتملها¹، وغالبا ما يقوم بعملية التفسير الفقهاء والقضاة وهو ما سوف نتعرض له فيما يلي:

يعتبر الفقه والقضاء مصدرين تفسيريين للقانون، غير ملزمين لا إلى المشرع ولا إلى القاضي، وبالرغم من ذلك فإن لهما دورا كبيرا حيث يستهدى المشرع بآراء الفقه والقضاء عند وضع التشريعات، وإن كان لكل منهما تأثير فهو نفوذ أدبي فقط.²

ولذا نتعرض لكل منهما في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الفقه. يمكن تعريف الفقه على أنه " مجموعة الآراء القانونية الصادرة عن الفقهاء أي علماء القانون، بمناسبة شرح وتفسير القانون، وتظهر تلك الآراء من خلال البحوث والمؤلفات والفتاوى والتعليقات على الأحكام والمحاضرات، أي أن دور الفقه يتمثل في تحليل ونقد النصوص القانونية من خلال صياغتها وتطبيقها واستنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية المختلفة".³

1 - سامية لموشية، المرجع السابق، ص 80.

2 - أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 182

3 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 235

وإذا كان القضاء هو المظهر العملي للقانون فإن الفقه تعبير عن المظهر العلمي له، فالفقيه يعتبر عالم في القانون وليست له صفة رسمية في خلق وإنشاء قواعد قانونية أو إعطاء آراء ملزمة، وبالتالي قوته هي قوة أدبية فقط يستتير من أفكاره وآرائه كل من القاضي والمشرع على حد السواء.

وقد كان للفقه أهمية كبيرة في الشرائع القديمة التي كانت تعتبر الفقه من المصادر المباشرة للقواعد القانونية، ففي القانون الرماني أعتبر المصدر الأصيل للقاعدة القانونية حيث كان الفقه ملزما بما جاء في آراء كبار الفقهاء، بينما في الوقت الحالي لم يعد الفقه مصدرا رسميا للقانون بل مجرد مصدر تفسيري في غالبية الدول الحديثة¹.

على هذا الأساس فإن الفقه كان في السابق يعتبر مصدرا رسميا 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⁽²⁾ 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⁽³⁾

وبالرغم ما لأراء الفقهاء من أهمية في تطوير ومعالجة النصوص القانونية إلا أن هذه الآراء لا تعد مصدرا مباشرا للقانون مع أنها تعتبر في الأصل خير مساعد ومعين للمشرع عند سنه للقوانين وتعديلها خاصة وأنه قديما لعب الفقه دورا بارزا ومهما في خلق وإنشاء القواعد القانونية⁴. ومن ثم فإن الفقه لا يقتصر دوره على مجرد شرح القوانين وتحليلها بقصد تحديد أحكامها وبيان حدود تطبيقها في الفروض والاحتمالات المختلفة، بل يهتم أيضا برد القواعد التفصيلية إلى أصولها ومبادئها العامة لإقامة النظريات والقواعد العامة للقانون، كما يبحث عن أفضل القواعد في ضوء الظروف الاجتماعية ويدعو المشرع إلى الأخذ بها فيما يصدره من تشريعات ونصوص مختلفة⁵.

1 - جدو فاطمة الزهراء، المدخل للعلوم القانونية - نظرية القانون والحق - دار بلقيس، الجزائر، 2018، ص 45.

(2) المرجع السابق، ص 57 - 60.

(3) المرجع السابق، ص 60 - 61.

4 - مولود ديدان، مقرر وحدتي المدخل ونظرية الحق، دار بلقيس الجزائر، ص 41.

5 - أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 183.

الفرع الثاني: القضاء. لقد كان القضاء بدوره مصدرا رسميا في الشرائع القديمة أما في الوقت الحالي فتحول إلى مصدر تفسيريا فقط¹، ويطلق مصطلح القضاء في الفقه القانوني على معاني مختلفة فهو إما يقصد به مجموع المحاكم في الدولة (السلطة القضائية) والتي مهمتها الفصل في القضايا والمنازعات المختلفة والتي تعرض عليها، وهي تضم جميع المحاكم المشكلة للسلطة القضائية الموجودة في إقليم الدولة بغض النظر عن مستوياتها ودرجاتها، وبهذه المحاكم يكون الكلام عن استقلالية القضاء، وإما يقصد به جميع الأحكام التي تصدرها المحاكم حال فصلها في النزاعات المعروضة عليها، كما يستعمل للتعبير أيضا عن استقرار الأحكام القضائية على اتجاهات معينة في بعض المسائل² وهو المعنى الذي يعيننا عند الحديث عن القضاء كمصدر تفسيري للقانون، وعلى هذا المعنى يقال استقر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا على مبدأ من المبادئ أو أن رأيا معيناً يأخذ به في القضاء.

وإذا كان يقتصر دور القضاء في النظام اللاتيني بلاد القانون المكتوب على مجرد تطبيق القانون لا خلقه³، حيث ليس لقضاء المحاكم في هذه البلاد قوة السوابق القضائية، فإن القضاء في الدول ذات النظام الأنجلوساكسوني بلاد القانون غير المكتوب وعلى رأسها إنجلترا التي تطبق المحاكم فيها مختلف الأعراف والعادات عند وجودها وإلا تقوم بإنشاء الحل القانوني للنزاع المعروض عليها، وحظيت الأحكام باحترام كبير وكان كل حكم جديد يشكل سابقة قضائية ينبغي السير على منوالها في القضايا المماثلة التي تنظرها مستقبلا، أي تلتزم المحكمة التي أصدرته به في القضايا المماثلة التي تعرض عليها في ما بعد فضلا عن التزام المحاكم الأخرى الأدنى منها درجة به⁴.

1 - جدو فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 44.

2- مولود ديدان، المرجع السابق، ص 40.

3 - حيث لم يعد القضاء في أكثرية الدول ذات النظام القانوني اللاتيني والجرماني وهذا في الدول العربية مصدرا رسميا للقانون بل تقهقر إلى مرتبة المصدر التفسيري، ويفسر هذا التقهقر ظروف تاريخية بحتة ففي فرنسا على سبيل المثال جاء كردة فعل نتيجة تعسف القضاء في قراراته القضائية خاصة أثناء حقبة الإدارة القاضية. وللمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع أنظر بالخصوص:

- عمدة الجليلي، المرجع السابق، ص 361.

4 - يتضح من ذلك أن القاضي الإنجليزي يلتزم بالبحث عن السوابق القضائية أي عن الأحكام الصادرة في الدعاوى المماثلة في النزاع المعروض عليه سواء في المحكمة الموجود فيها أو في المحكمة الأعلى منها درجة ليستخلص منها القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع المعروض عليه، فالقانون العام الإنجليزي يقوم أساسا على السوابق القضائية لذا سمي بالقانون القضائي بحكم أن تكوينه كان تكوينا قضائيا، وينبغي لمعرفة أحكامه بالتالي الرجوع إلى القضاء لاستخلاصها منه، لذلك يحتل التشريع مكانة ثانوية بالمقارنة مع السابقة القضائية.

للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع أنظر كل من:

- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 243.

- محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 210.

وفي الأخير ينبغي التأكيد بأن الفقه والقضاء يبقين لهما دور مادي في مجال العملية التشريعية بسبب ما يستوحى منهما المشرع من مبادئ وحلول عند سنه لتشريع معين، كما لهما دور تفسير ملموس في مجال تبيان وتوضيح ما يكتنف النصوص القانونية من غموض وإبهام، هذا التشابه بين الفقه والقضاء لا ينفي ما يوجد بينهما من اختلاف، فالفقه يضع حلولاً عامة لمسائل معينة سواء حدثت أم لم تحدث، أما القضاء فإنه لا يتصدى إلا للمسائل التي يتم عرضها عليه، مبدئياً حلولاً بشأنها بناء على النصوص القانونية، ومن ثم يصدق القول بأنه إذا كان الفقه يمثل الناحية العلمية أو النظرية للقانون فإن القضاء يمثل الناحية العملية أو التطبيقية فيه¹.

مما سبق يتضح أن القضاء باعتباره مجموعة الأحكام الصادرة من المحاكم أثناء تطبيقها للقانون على المنازعات المعروضة ينقسم إلى نوعين:

- النوع الأول: عبارة عن أحكام عادية يقوم بإصدارها القاضي على النزاع المعروض عليه، هي مجرد تطبيق للقانون دون أن يتعدى دوره إلى خلق قواعد جديدة.

- النوع الثاني: وهو عبارة عن أحكام متضمنة لمبادئ غير منصوص عليها أو حاسمة لخلاف حول النص.

ولاربيب أن الأحكام والقرارات القضائية - الصادرة في الدولة المعنية، أو في الدول الأخرى- التي تؤسس لأحكام ومبادئ عامة ترتبط بدرجة معينة بتنظيم السلطات العامة و ضمانات الحقوق والحريات العامة يمكن أن تكون مصدراً من مصادر القواعد الدستورية أيضاً، سواء في مرحلة صياغة الوثيقة الدستورية أم عند تعديل نصوص تلك الوثيقة.

وقد كان القضاء في السابق مثله مثل الفقه مصدراً رسمياً للقواعد الدستورية إلا أنه تراجع في الوقت الحالي وأصبح مجرد مصدراً مادياً لها⁽²⁾ بحيث يقتصر دوره على مجرد تفسير النصوص التشريعية مثله مثل الفقه، ولكنه يختلف عن الفقه في أن الفقيه يفترض أموراً محتملة لم تقع ويقترح لها حلولاً مناسبة ويردها إلى الأصول والنظريات، فالفقه له طابع العمومية واستباق الأحداث قبل حصولها ومسايرة تطور الأحداث عند حصولها، في حين أن القضاء نجده ينظر فقط فيما يعرض عليه من قضايا ويسعى إلى الفصل فيها، على هدي الاعتبارات العملية التي

1- نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 480.

(2) أي أنه مصدر تفسيري للقاعدة القانونية.

تحتل المكان الأول في ساحته، فالفقه يمثل - كما قلنا - 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).

(1) المرجع السابق، ص 62 - 65.

الفصل الثاني

النظرية العامة للدولة

الفصل الثاني:

النظرية العامة للدولة

لقد ظهرت الدولة والسلطة السياسية فيها منذ ظهور المجتمعات البشرية، وبدأت الأحداث والثورات والآراء تصقلها حتى وصلت الى ما هي عليه في الوقت الحالي من تطور، وهي كظاهرة اجتماعية تخضع في تنظيمها وسيرها لقانون معين، يتكفل بتحديد حقوق وواجبات طرفيها الفاعلين من حكام ومحكومين، هذا القانون أطلق عليه تسميته القانون الدستوري الذي تتكفل قواعده بتحديد شكل الدولة (بسيطة أو مركبة) نظام الحكم فيها (جمهوري أو ملكي) تحديد نوع نظامها السياسي (برلماني، رئاسي، مجلسي، مختلط) توزيع السلطات الحاكمة فيها (تشريعية تنفيذية وقضائية) وتحديد العلاقة بين هذه السلطات والتأثير المتبادل فيما بينها، وأخيرا تحديد الحقوق والحريات داخل الدولة.

لهذا كانت النظرية العامة للدولة من أهم المحاور التي تندرج ضمن دراسة القانون الدستوري، إضافة إلى النظرية العامة للدساتير.

على هذا الأساس سوف نتولى في هذا الفصل تحديد تعريف الدولة (مبحث أول) ثم نتولى تبيان أصل نشأتها (مبحث ثان) وكذا تحديد أركانها (مبحث ثالث) ثم نتولى تبيان خصائصها ومميزاتها (مبحث رابع) وأخيرا نتولى تبيان أشكال الدول (مبحث خامس).

المبحث الأول:

تعريف الدولة

إذا كانت الدولة - كما يصفها الفقه - هي قلب القانون العام والمحور الأساسي الذي تدور حوله كافة النظريات فإن أهم ما يجب في البداية أن نتطرق إليه هو تحديد المقصود بهذا الكيان في العصر الحالي والاركان التي يقوم عليها¹، لاسيما وأن كلمة دولة تستعمل في لغتنا العادية استعمالا مكثفا للدلالة على عدة معاني منها الدولة كسلطة، الدولة كالاقتصاد، الدول كأمن، الدولة الصحة، لدرجة أنها تترد على ألسنة الكثيرين دون أن يحددوا مضمونها بشكل دقيق²، وهذا ما أدى إلى صعوبة تحديد المفهوم الصحيح لها، خصوصا وأن الفقهاء لم يحددوا بشكل دقيق مفهوم الدولة، بل اكتفوا بتوصيفها فنقول دولة الشرطة، دولة العناية الإلهية دولة القانون، دولة الشعب... إلخ.

ومن ثم فليس هناك اتفاق بين المؤرخين والكتاب والفقهاء على تحديد مفهوم الدولة، فكل واحد يعرفها حسب وجهة نظره انطلاقا من زاوية معين، فهي تتردد على لسان الكثيرين دون أن يحددوا مضمونها بشكل دقيق، ومن ثم ظهرت أربعة مناهج لدراسة الدولة هي **المنهج القانوني** الذي يكتفي بوصف واقع الدولة، **المنهج الفلسفي** وهو يتساءل عن الهدف من وجود الدولة فلسفيا، **المنهج التاريخي** الذي يدرس المراحل التاريخية لتطور الدولة، وأخيرا **المنهج الاجتماعي** الذي يركز على تحديد وظائف الدولة في علاقتها بالمجتمع³.

لذلك فأهم صعوبة تواجهنا ونحن نحاول تحديد مفهوم الدولة تعدد الرؤى التي يمكن من خلالها أن نعرف الدولة الرؤية السوسيوولوجية، الاقتصادية، القانونية، السياسية. بيد أن ما يهمنا في نهاية المطاف هو التعريف الذي نادى به رجال القانون للدولة كمؤسسة تمارس فيها السلطة السياسية، لأنه التعريف الأكثر واقعية والأدق علميا، والسبب كما يعلم الجميع هو الاستقلال الفكري والمنهج الموضوعي الذي يتميز به رجال القانون من خلال اعتمادهم على الفكر العلمي المجرد⁴ البعيد عن التحيز والتطرف، وبالتالي كانت عندهم الدولة أهم موضوع في دراسة القانون الدستوري، وهنا أيضا نجد عدة تعريفات للدولة⁵.

1 - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 13.

2 - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 13.

3 - محمد المساوي، القانون الدستوري والنظم السياسية - الجزء الأول المدخل إلى النظرية العامة للقانون الدستوري - 2017، ص 15.

4 - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 13.

5 - محمد المساوي، المرجع السابق، ص 15.

بيد أن ما يهمنا منها كلها هو تحديد المعنى اللغوي للدولة (مطلب أول) ثم تحديد المعنى الاصطلاحي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعريف اللغوي للدولة.

الدولة في اللغة بتشديد الدال مع فتحها أو ضمها معناها العاقبة في المال والحرب، وقيل بالضم في المال، وبالفتح في الحرب، وقيل بالضم للآخرة وبالفتح للدنيا، جمعها هو دول بضم الدال وفتح الواو، ودول بكسر الدال وفتح الواو، والإدالة الغلبة، أدل لنا على أعدائنا أي نصرنا عليهم وكانت الدولة لنا (1) .

ومن هذا المعنى جاء مصطلح الدولة نتيجة لغبتها، وإلا لما كانت دولة، وقد ورد لفظ الدولة في القرآن الكريم في قوله تعالى: { كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ } (2) الآية.

غير أنه تمت ترجمة كلمة الدولة على المستوى اللغوي من التعبير اليوناني *Koinomiapolitike* أي المجتمع المدني، والتعبير اللاتيني *respublica* أو *civitas* أي الحاضرة، وقد ظهرت كلمة *Status* عند ميكافيلي للدلالة على الحاضرات أي الدولة. على هذا الأساس فإن كلمة دولة هي في الأساس كلمة لاتنية *status* وتعني الاستقرار، غير أن هذه الكلمة كان لها من المعاني السياسية والقانونية والاجتماعية والثقافية التي اختلفت باختلاف الأزمنة والأمكنة³.

المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي للدولة.

لقد ارتبط المعنى الاصطلاحي لكلمة دولة في بداية الأمر بالسلطة التي كانت ملتصقة بشخصية الحاكم، لدرجة أن لويس الرابع عشر قال أنا الدولة *L'état c'est moi* ولذلك فقد كانت هذه الأخيرة تقوى بقوته وتضعف بضعفه، ثم انفصلت في الأخير عن شخصية الحاكم، وأصبحت في الوقت المعاصر تعني المؤسسة المستقلة ذات الشخصية المعنوية المنفصلة عن شخصية الحاكم، وأضحى هذا الأخير مجرد موظف يقوم باختصاصاتها نيابة عنها.

وقد تناول الفقهاء القدامى مصطلح الدولة واتخذوه مصطلحا مناسباً للتعبير عن العلاقة القائمة بين الحاكم والمحكومين، حيث أن أول من عرف هذا المصطلح وتناوله الكاتب ميكافلي في

(1) ابن منظور، لسان العرب، ص 1034 ج 1، محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، تمة عطية سالم، ص 8، 53، 54، الرئاسة العامة لإدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد 1403هـ.

(2) سورة الحشر آية: 7.

3 - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 13.

كتابة الأمير سنة 1513 حتى عد لفظ الدولة المصطلح المستعمل الفعلي الأول لهذا اللفظ لدرجة أنه قال: (إن كل أشكال الحكم التي لها سلطة على البشر هي الدولة إما على شكل جمهوريات أو امارات).

كما تناول مصطلح الدولة المفكر جون بودان في كتابه الجمهورية سنة 1677 ، وجان جاك روسو في كتابة العقد الاجتماعي سنة 1712 ، و تناول كلمة الدولة الباحثون المتأخرون من أمثال السويسري بلانتشلي سنة 1877 ، والفرنسي دوجي سنة 1911 ، و النمساوي كلسن سنة 198 إلى أن عم المصطلح كل أرجاء المعمورة وأصبح معروفا لدى جل الباحثين في كل أنحاء العالم¹.

مما سبق يتضح لنا أن مصطلح الدولة من المصطلحات التي يمكن القول أنه يستحيل وضع تعريف له جامع ومانع بخصوصها أو تعريف يتفق حوله الفقهاء والمفكرين وهذا راجع إلى تعدد المذاهب الفكرية والإيديولوجيات والمواقف السياسية والمصالح المختلفة ولكون الدولة ظاهرة معقدة ومتعددة كما وجدت عبر التاريخ نظريات مختلفة حول أصل نشأة الدولة والنظريات التي فسرت أسس السلطة السياسية والحكم في الدولة.

في الفكر الليبرالي: يعرفها المفكرين من زاوية عناصرها المادية ومن بين هؤلاء أندري هوريو بقوله " الدولة هي مجموعة البشرية مستقرة على أرض معينة وتتبع نظاما اجتماعيا وسياسيا وقانونيا معا بهدف إلى الصالح العام ويستند إلى السلطة مزودة بصلاحيات الإكراه ونجد تعريف كثيرة منها تعريف كاري دي مالبورغ: "الدولة هي جماعة من الناس مستقرة على إقليم خاص بها ولها تنظيم تنتج عنه سلطة عليا للتصرف والأمر والإكراه ومن زاوية عنصر الإكراه نجد المفكر ليون دبجي: " تكون هناك دولة بالمعنى الواسع عندما يوجد في مجتمع ما اختلاف أو تميز سياسي مهما كان بسيطا أو معقدا بين الناس فيكون هناك حكام من جهة ومحكومين من جهة أخرى. ونعرفها كمفهوم عام ومجرد نجد ما دعا إليه الفرنسي جورج بيردو أن المجتمع المنظم سياسيا والدولة قد نشأ معا وكل مجتمع سياسي لا بد له من سلطة تقوده وتعمل على تحقيق مصالحه لكن هذه السلطة أخذت عبر التاريخ عدة أشكال: البداية القبائل البدائية لم تكن هذه

1 - خلف بوبكر، القانون الدستوري والأنظمة السياسية المعاصرة، سلسلة إصدارات مخبر التحولات القانونية الدولية وانعكاساتها على التشريع الجزائري، مطبعة منصور، 2022، الوادي الجزائر، ص 04.

السلطة معروفة واضحة بل منتشرة في الجماعة وتخضع إلى الأعراف والمعتقدات ولاحقا تجسدت في شخص يقود الجماعة سواء لقوته أو لحكمته أو لذكائه لكن هذه السلطة لا تدوم وتزول بزوال صاحبها مما يؤدي إلى نشوب الصراع بين أعضاء المجموعة.

الفكر الاشتراكي: جوهر الدولة هنا مجرد تعبير عن الهيمنة الاقتصادية لطبقة المالكين لوسائل الإنتاج على الطبقات غير المالكة فالدولة في نظرهم هي مؤسسة سياسية خاصة ومنفردة تستخدم كأداة بين الطبقة المالكة لوسائل الإنتاج الرئيسية والسائدة اقتصاديا لقمع الأغلبية الساحقة وغير المالكة من أعضاء المجتمع وهذا لضمان مصالحها ودفاع عنها حتى تتمكن من إبقاء تلك الهيمنة فالدولة في الفكر الماركسي هي نتاج الصراع بين الطبقات بسبب الملكية تعبر عن الهيمنة طبقة على طبقة أخرى فهي وسيلة وأداة بعد الطبقة المهيمنة وهي ضامنة لاستمرار هذه الهيمنة والاستغلال الدولة هي حالة انتقالية ومرحلية حيث تزول بزوال أسباب

لذلك فقد تم اعطاء عدة تعريفات للدولة اختلفت بحسب الزاوية التي ينظر منها كل فقيه إليها، أين ركز البعض على السلطة باعتبارها ركن أساسي من أركان الدولة، والبعض الآخر ركز على التمايز السياسي بين الحاكم والمحكوم والثالث أراد أن يصب هذا الموضوع في قالب قانوني بحث لدرجة أن هناك من الفقه الانجليزي الحديث من ركز على المفهومين العضوي والوظيفي¹، ومن ثم ظهرت مجموعة من التعريفات نذكر منها بالخصوص:

فحسب **التعريف الاجتماعي للدولة المعاصرة**، فهي مؤسسة تضطلع بنجاح على إقليم معين لحسابها الخاص باحتكار العنف المادي المشروع، ويعطينا الفقيه الفرنسي *Carie* *DeMalberg* في هذا الخصوص تعريفا أكثر واقعية للدولة، فهي بالنسبة له مجموعة من الأفراد تستقر على إقليم معين تحت تنظيم خاص، يعطي جماعة معينة سلطة عليا تتمتع بالأمر والإكراه².

وفي نفس السياق، يرى الفقيه الانجليزي *Hinsley* أن الدولة هي مؤسسة سياسية يرتبط بها الأفراد من خلال تنظيمات متطورة.

1 - التعريف العضوي للدولة يقوم على اعتبار هذه الاخيرة مجموعة من المؤسسات العامة، بينما الوظيفي يقوم على اعتبار ما للدولة من أدوار وأنشطة تتولى القيام بها. للمزيد من التفاصيل أنظر بالخصوص:

- نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 15.

2 - محمد المساوي، المرجع السابق، ص 15.

-ووفق مفهوم العقد الاجتماعي، فالدولة هي نتيجة تعاقد بين الأفراد من أجل الانتقال إلى الجماعة السياسية المنظمة، والهدف هو تجاوز سلبيات مرحلة الحالة الطبيعية التي كان يعيشها مع الاختلاف هنا بين فلاسفة العقد الاجتماعي حول الهدف من التعاقد. إذ بالنسبة لهوبز ونتيجة لتنازل الأفراد عن كل حقوقهم للدولة، مقابل أن تضمن لهم الأمن والاستقرار.

وحسب جون لوك فالأفراد يحتفظون بحقوقهم الفردية والدولة هدفها هو حماية هذه الحقوق والحريات وذلك بسبب استحالة استمرار هذه الحقوق في الحالة الطبيعية التي تتعرض للخطر، لذلك فالهدف من الدولة هو حماية هذه الحقوق.

أما عند باروخ اسبينوزا، فغاية الدولة هي تحرير الأفراد والحفاظ على أمنهم وتمكنهم من ممارسة حقوقهم الطبيعية مع شرط امتثال الكل لسلطة الدولة¹.

أما حسب النظرية الماركسية، فالدولة تجسيد للطبقة المسيطرة، حيث يعتبر إنجلز الدولة وفق منظور المادية التاريخية أنها ليست أداة مفروضة من طرف سلطة خارج المجتمع، بل هي نتيجة الصراع الطبقي تظهر للتعبير عنه، وهي في نهاية المطاف المجسدة لمصالح الطبقة المهيمنة، أما ماركس فيرى أن الدولة كانت في البداية هي المجتمع المدني - لا تمييز بينهما - وعندما آمنت الرأسمالية بانتصار الملكية الخاصة، انفصلت الدولة عن المجتمع المدني، وغدت تعبيراً عن ملكية المالكين، لذلك يجب على المجتمع المدني أن يثور ضد الدولة الطفيلية، وهذه هي بداية الديكتاتورية البروليتارية، فالقضاء على الدولة يمر بمرحلة انتقالية هي بالنسبة للماركسيين سواء الكلاسيكين أو الجدد - حسب بيير بورديو - جهاز قسر واكراه للحفاظ على النظام العام لمصلحة المسيطرين، والماركسية هنا تعرف الدولة من خلال وظيفتها².

-يقول جورج بيردو *G. Burdeau* أن الدولة هي فكرة، وليست واقعا ملموسا، إنها شكل من أشكال السلطة السياسية " ، وهي تت حول إلى واقع بمجرد وضع اول دستور لها.

-حسب بيير بورديو، لذلك حينما نتحدث عن الدولة فنحن نقصد ذلك الحقل حقل السلطة او الإدارة الذي يعترف له بامتلاك الاحتكار المشروع /الشرعي للعنف المادي والرمزي، وهو يضيف هنا إلى تعريف فيبر (احتكار المشروع للعنف المادي احتكار العنف الرمزي، باعتبار ان الرمزي هو أصل المادي فلولا الرمزي لما استطاعت الدولة أن تمارس العنف المادي، وحسب بورديو دائما فالدولة يمكن تعريفها كمبدأ مستور او مضمّر خفي، لا يمكن إدراكه إلى في تجليات النظام العمومي ، وهي تجليات بالمعنيين المادي والرمزي في آن، كنظام مادي فيزيقي ضد

1 - محمد المساوي، المرجع السابق، ص 16..

2 - مرجع نفسه، ص 16.

الاضطرابات والفوضى. إن الدولة هي مبدأ تنظيم الرضى لما هو قبول بالنظام الاجتماعي والتحاق به، ومشايعة للمبادئ الأساس لهذا النظام الاجتماعي، وإنها أي الدولة أساس ليس الاجماع والتوافق بالضرورة وإنما وجود المبادلات والتداولات، بما في ذلك تلك التي تفضي إلى الخلاف¹.

إن الدولة في نهاية المطاف هي مبدأ الرضى والقبول، هي متخيل جماعي حول معنى العالم، وهو الذي يمكنها من القيام بالوظائف التي تعترفها بها سواء النظرية الماركسية هيمنة البعض على البعض)، او خدمة المصلحة العامة حسب الاتجاه الليبرالي .

بيد أن أقرب التعاريف إلى الصواب والدقة وإلى الحقيقة هي تلك التي تنظر إلى تعريف الدولة بالنظر إلى الأركان المادية التي تقوم عليها الدولة، فهي بالتالي تعبر عن مجموعة من الأفراد مستقرة على وجه الدوام والاستقرار إقليمياً جغرافياً معيناً وتخضع في تسيير شؤونها لسلطة سياسية معينة، تستقل في أساسها عن أشخاص من يمارسونها، وهذا التعريف - كما قلنا - يتفق عليه أكثر الفقهاء لأنه يحتوي الأركان الرئيسية التي لا بد لقيام أي دولة عليها، وهي الشعب، والإقليم والسلطة وإن اختلفوا في صياغة التعريف، ومرد هذا الاختلاف إلى أن كل فقيه يصدر في تعريفه عن فكرته القانونية للدولة (2) .

1 - محمد المساوي، المرجع السابق، ص 16.

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

المبحث الثاني:

النظريات المفسرة لأصل نشأة الدولة

إن البحث في أصل نشأة الدولة يرتبط أساساً بأصل السلطة فيها أي عن مصدر سلطة الحكام فيها، حيث في الحضارات القديمة وفي العصور الوسطى، كانت تقدم الدولة كمؤسسة إلهية من صنع إرادة عليا هي الإرادة الإلهية، وهنا لعبت النظريات التيقراطية دوراً محورياً في التأسيس لهذا التصور لمفهوم الدولة، لكن مع التطورات التي عرفتتها الحضارة الأوروبية بعد عصر النهضة، أصبحت الدولة دولة تعاقدية ترتبط بعدة عوامل منها القوة والغلبة وعامل التطور الأسري والاجتماعي بالإضافة إلى العامل المرتبط بإرادة الأفراد أو ما يعبر عنه بالنظريات التعاقدية.

على هذا الأساس فإننا نقسم هذا المبحث إلى أهم النظريات التي قيلت بشأن أصل نشأة الدولة وهي بالخصوص النظريات الدينية أو التيقراطية (مطلب أول) ونظرية القوة والغلبة (مطلب ثان)، وبعدها نتطرق إلى نظرية التطور (مطلب ثالث) ثم النظرية الافتراضية (مطلب رابع) وأخيراً نتطرق إلى النظريات الديمقراطية أو العقدية (مطلب خامس).

المطلب الأول: النظريات التيقراطية.

جميع هذه النظريات ترجع أصل نشأة الدولة إلى إرادة الإله، غير أن الفقه ذكر ثلاث نظريات تصنف ضمن النظريات التيقراطية، وما يوحد بينها هو فكرة أساسية هي أن السيادة لله وحده، أي أن الحكم والسلطة والقرار الأول والأخير لله وحده، والدولة مؤسسة إلهية والسلطة فيها سلطة الله، لذلك فبسبب وجود الدولة هو الإرادة الإلهية .

ونتيجة لذلك هناك قاعدة مركزية مؤطرة لهذه النظريات، وهي ضرورة طاعة الحاكم والامتثال لإرادته، وعدم الاعتراض على أعماله، لأن القيام بغير هذا يعتبر مساساً بإرادة الله مصدر الدولة والسلطة وخروجاً عن أوامره¹.

وللتفصيل أكثر في محتوى هذه النظريات سوف نبين أشكالها (فرع أول) ثم نوضح موقف الدين الإسلامي من هذه النظريات التي تصف نفسها بأنها دينية (فرع ثان).

1 - محمد المساوي، المرجع السابق، ص 19.

الفرع الأول: الاتجاهات التي قسمت لها النظريات التيقراطية. النظريات التيقراطية هي نظرية واحدة وتطورت عبر العصور وقد أخذت ثلاث أشكال:

أولاً: الطبيعة الإلهية للحكام.

وفقاً لهذه النظرية، فالحاكم هو الله، وهو موجود على الأرض يعيش وسط البشر ويحكمهم، ومادام الحاكم من طبيعة إلهية فإنه يكون فوق البشر يعبد وتقدم له القرابين أي يجب على الأفراد تقديسه وعدم إبداء أي اعتراض عليه، وهذا النوع من التفسير الديني كان سائداً في عصر الممالك الفرعونية والإمبراطوريات والمدنات القديمة في العراق وفي الهند وفي الصين¹، إذن ليس هناك تمييز أو تمايز بين الذات الإلهية والحاكم، والنتيجة أن قرارات الحكام هي قرارات مقدسة، وطاعتها واجب لأن طاعة الله من المقدسات.

وقد لعبت هذه النظرية دوراً مركزياً في تبرير سلطة الحكام القدامي فالحاكم إله ولا وجود لدولة مستقلة عن إرادة هذا الحاكم، الذي يهيمن على الأرض وما فيها، وهو وحده يملك مصير البلاد والعباد، والسلطة التي يمارسها هي سلطة إلهية مقدسة غير قابلة للنقد والنقاش. إذن فطاعة الحاكم عبادة لله، وكل مقاومة لحكمه هو عصيان يترتب عنه عقاب شديد من طرف الحاكم الإله².

وقد سادت هذه النظرية - كما قلنا - في اسناد السلطة للحكام في المجتمعات القديمة كالفرعونية أين يذكر لنا القرآن الكريم أن فرعون ادعى الألوهية والرومان في بعض المراحل التاريخية وفي اليابان إلى غاية 1948 أين تنازل الإمبراطور عن الصفة الإلهية التي كان يتحلى بها.

ثانياً: الحق الإلهي المباشر.

بعد تطور الفكر البشري وتحت تأثير الديانة السماوية لاسيما بعد انتشار المسيحية لم يعد الحاكم من طبيعة إلهية وإنما هو إنسان تصطفيه الإرادة الإلهية وتمنحه السلطة³، فالدولة حسب هذا الاتجاه عبارة عن مؤسسة إلهية وقانونها من صنع الإرادة والمشئنة الإلهية، والقانون الطبيعي ليس إلا انعكاساً لقانون الله على الأرض أو القانون الأبدي المعبر عن العقل الإلهي والإرادة والمشئنة الإلهية، ومن ثم فالحاكم ليس إلهاً، بل يتم اختياره ويشكل مباشر من الله، بمعنى أن هذا الاختيار كان بعيداً عن إرادة الأفراد، فهذه أمر إلهي خارج عن رغبتهم، إذن فهناك حاكم على

1 - محمد كاظم المشهداني، القانون الدستوري، - الدولة، الحكومة، الدستور - مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2011، ص24.

2 - محمد المساوي، المرجع السابق، ص ص 19، 20.

3 - محمد كاظم المشهداني، المرجع السابق، ص24.

الأرض يتميز عن الله الموجود في السماء، وهو ما ينتج عنه الفصل بين الله والحاكم عكس النظرية الأولى التي ترى أن الإله هو نفسه الحاكم، ومع ذلك فإن الله هو الذي اختار الحاكم، ومنحه السلطة السياسية، وقد عبر لويس الرابع عشر بقوله " إن السلطة تؤول للملوك بتفويض من العناية الإلهية، فالله لا الشعب هو مصدر السلطة، ولا يسأل الملوك عن مباشرة سلطاتهم إلا أمام الله ، الذي خولهم إياها" ونفس الفكرة أكدها لويس الخامس عشر بقوله " إننا لا نتلقى تاجنا إلا من الله، والحق بوضع القوانين يعود لنا وحدنا بدون مشورة أو إشراك أحد"¹، وتمتاز هذه النظرية بالخصائص التالية:

-إنها لا تجعل الحاكم اله يعبد كما فعلت النظرية الأولى.

-الحكام يستمدون سلطانهم من الله مباشرة.

-لا يجوز للأفراد مساءلة الحاكم عن أي شيء.

وقد تبنت الكنيسة هذه النظرية وعملت بها أثناء فترة صراعها مع السلطة الزمنية، كما استخدمها بعض ملوك أوروبا لتدعيم سلطانهم ونفوذهم المطلق على الشعب، مادام أنها تقوم على أساس أن الحاكم يستمد سلطانه من إرادة الله الذي انتقاه واختاره بصورة مباشرة ودون أن يكون لأي إرادة أخرى سواء البشرية أو غيرها أي دور في اختياره².

لذلك فالدولة حسب أنصار هذا الاتجاه هي حق من حقوق الإله الذي أوجدها وهو الذي يختار حسبما يريد ويشاء من يحكمها ويقودها بطريقة مباشرة، ومن ثم فإن الحكام يستمدون سلطتهم من الإله وليس من الشعب الذي لا يجوز أن يسأل أو يحاسب أمامه أو حتى مجرد توجيه اللوم والانتقاد إليه من طرف أفراد الشعب.

ثالثاً: الاختيار الإلهي غير المباشر. يرى أنصار هذا الاتجاه أن الدولة هي من صنع الإله وهو مصدر السلطة فيها، غير أن البشر هم الذين يختارون الحكام بتفويض وعناية من الإله الذي يوجه تصرفات الشعب واختياراته نحو الحكام المعني وبالتالي يتم اختيار الحاكم بطريقة غير مباشرة.

1 - محمد المساوي، المرجع السابق، ص 20.

2 - محمد كاظم المشهداني، ص 24.

إذن في ظل هذا الاتجاه فإننا أمام انتقال إلى فترة جديدة من التبرير الديني لمصدر سلطة الحاكم في الدولة قائمة على أن العناية الإلهية هي الموجهة والمتحكمة في إرادة الشعب صوب اختيار الحاكم.

ومن ثم فقد استمر التأكيد على مركزية الإرادة الإلهية في انتقاء الحكام واختيارهم، وقد تم تدعيم هذه الفكرة فلسفياً وفكرياً من طرف العديد من المفكرين كتوماس داكوين وبويسيه *Bossuet* الذي أكد " أن الملكية مقدسة وأن الاعتداء على شخص الملك كفر، ومادام الله هو كل شيء في عالماً، فإن الله هو كل شيء في الدولة، بل إنه الدولة ذاتها، سلطتها أسمى من القوانين ومن هنا فإن الحاكم غير ملزم بتقديم أي حساب¹.

لذلك ترى هذه النظرية أن السلطة لازالت تتبع من مصدر علوي لكن بصفة غير مباشرة لأن الإرادة الإلهية لا تتولى اختيار الحاكم بطريقة مباشرة وإنما يتم اختياره بواسطة الشعب بتوجيه من الإرادة الإلهية، التي تسخر الحوادث على صورة تساعد الناس على اختيار نظام الحكم الذي يرتضونه، فالعناية الإلهية قادرة على ترتيب الحوادث وتوجيهها، وقادرة أيضاً على توجيه إرادة الأفراد نحو طريق الذي يؤدي إلى اختيار حاكم بعينه².

وقد استعمل هنتر هذه النظرية وارتكز عليها لاطلاق سلطانه حيث قال في خطاب له " أن العناية الإلهية اختارته ليكون زعيماً للشعب الألماني"، ونفس الفكرة قالها الجنرال فرانكو في اسبانيا " كل سلطة تأتي من الله فهو مصدرها ومصدر كل شيء وأن الله بذاته أيده بنصر من عنده وشد من أزره³"

وقد تحدث توماس الأكويني عن قضية اختيار أو تعيين من يمارس السلطة بقوله إنه حق بشري بحيث أناس يختارون من يتولى قيادتهم، فرغم أن السلطة هي من الله⁴، ولكن هناك اختيار بشري، فالسيادة من حيث جوهرها ومصدرها ترجع إلى الإله وترد إلى البشر من حيث

1 - محمد المساوي، المرجع السابق، ص 21.

2 - محمد كاظم المشهداني، ص 25.

3 - محمد رضا بن حماد، المرجع السابق، ص 156.

4 - محمد المساوي، المرجع السابق، ص 25.

ممارستها بصفة فعلية¹ ووفقا للنص الشهير للقديس بولس "إن كل سلطة من الله، ولكن بواسطة الشعب أو الجماعة".²

ورغم التطور الذي حققته هذه الحركة الإصلاحية في إبراز دور الإرادة البشرية في اسناد السلطة السياسية، إلا أنها بقيت ملتزمة بقاعدة ضرورة طاعة الحاكم، فكل مقاومة للملك هي جريمة قذح وانقاص في الذات الإلهية، إن التألم من ظلم حاكم هو أفضل من تهديم النظام الذي أقامه الله، فليس لأحد أن يبرر المقاومة عندما تستند لخرق الملك لقانون البلاد ودستورها، لكن الله وحده سيد العدل والظلم يستطيع أن يقرر الصواب أو الخطأ في هذه الحالة وليس المحكومون.

خلاصة هذا الاتجاه، أن الحاكم من البشر، غير أن العناية والمشئنة الالهية هي التي تتولى اختياره ولكن بطريقة غير مباشرة حيث يقوم مجموعة من الأفراد باختيار الحاكم وتكون هذه المجموعة مسيرة من الله لا مخيرة في اختيارهم له، لذلك تركز هذه النظرية على وجوب طاعة الحاكم وعدم مقاومة حكمه، وقد طح هذا الاتجاه بغية مواجهة بداية بروز فكر سياسي يدعو إلى مقاومة سلطة الحاكم كلما كانت مستبدة.³

وعموما فكل النظريات الثيوقراطية أطلقت سلطة الحكام إذ ليس من حق الشعوب أن تسأل الملوك عما يفعلون لأن حسابهم لا يكون إلا أمام الإله الذي أودعهم سلطتهم⁴، وبالتالي حاولت أن تبرر خضوع المحكومين لسلطة الحاكم بناء على تفسير معين للدين، لذلك وجهت لها عدة انتقادات من أهمها⁵:

- أنها نظرية مصطنعة طرحت فقط لخدمة مصالح معينة.

- نظرية لتبرير استبداد الحكام من خلال السلطة المطلقة التي منوحت لهم.

ورغم ذلك فإنه كان لهذه النظريات تأثير كبير على الواقع، فبفعلها تأسست الدولة التاريخية في آسيا مبنية على حق إلهي وسلطة فردية مطلقة، بعد فتوحات أسكندر المقدوني وبعد سقوط نظام دولة المدينة اليونانية، ونفس المسار اتجهت إليه الدولة في الرومان حيث انقلب الحكم إلى نظام

¹ - محمد رضا بن حماد، المرجع السابق، ص 156.

² - محمد المساوي، المرجع السابق، 22.

³ - مرجع نفسه، ص 23.

⁴ - محمد رضا بن حماد، المرجع السابق، ص 156.

⁵ - محمد المساوي، المرجع السابق، 24.

امبراطوري يحكم بناء على النظريات الدينية، وهو نفس النظام الذي بقي ساريا في اوربا في العصور الوسطى مع الحروب الصليبية التي عرفتها آنذاك بين المؤيدين والمعارضين لمختلف هذه النظريات.

وإذا كانت هذه النظريات قد أسس منطلقاتها على تفسير معين للدين، فإن الأمر ذاته حدث في بعض التجارب التاريخية الإسلامية، حيث تم تفسير الدين من طرف العديد من الفقهاء والمفكرين الإسلاميين، من أجل تبرير إخضاع الأمم، فالأمويون أصلوا نظمهم على هذه النظريات الدينية مسترشدين بمنهجية عثمان بن عفان، حين قال حول الخلافة أنها " قميص قمصه الله لي"، وأيضا قول معاوية " الأرض لله وأنا خليفة الله وما أخذت فلي، وما تركت للناس فبالفضل مني" وهي كلها تأويلات للدين تركت بعض بصماتها حتى في الدولة الحديثة بالنسبة للعديد من الدول الإسلامية¹.

الفرع الثاني: موقف الإسلام من النظريات التيقراطية.

على الرغم من أن الله هو صاحب السيادة المطلقة، وأنه هو الذي يهبها لمن يشاء من مخلوقاته وينزعها ممن يشاء منهم مصداقا لقوله تعالى في سورة آل عمران ﴿ قُلِ اللَّهُمَّ مَالِكِ الْمُلْكِ تُؤْتِي الْمُلْكَ مَن تَشَاءُ وَتَنْزِعُ الْمُلْكَ مِمَّن تَشَاءُ وَتُعْزُّ مَن تَشَاءُ وَتُذِلُّ مَن تَشَاءُ بِيَدِكَ الْخَيْرُ إِنَّكَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴾ وقوله سبحانه وتعالى في سورة البقرة ﴿ وَاللَّهُ يُؤْتِي الْمُلْكَ مَن يَشَاءُ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ ﴾ إلا أنه مع كل هذا الاستخلاص الرباني والتبنيان الالهي فإنه لا يجعل من الحاكم إله أو شبه إله كما فعلت الديانة المسيحية².

لذلك فالإسلام يرفض هذه النظريات بل حاربها بقوة إذ نجد القرآن الكريم يبين لنا في الكثير من الآيات بأن الله سبحانه وتعالى أرسل الرسل لمحاربة الملوك والحكام الذين ادعوا الألوهية مثل ارسال موسى عليه السلام لفرعون.

وبالنسبة للخلفاء الراشدين نجد أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه أول خليفة لرسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في خطبة توليه الخلافة " **أني وليت عليكم ولست بخيركم** " وهذا يعني أن الأفراد هم الذين ولوه السلطة ومنحوه إياها .

وبناء عليه فإن تولية الحكم في ظل الشريعة الإسلامية يتم بتتصيب واختيار من أهل الحل والعق، وهم علماء الأمة الفضلاء والعدول وبمبايعة من بقية المسلمين أو بتزكيتهم وموافقهم، كل

1 - محمد المساوي، المرجع السابق، 24.

2 - بوبكر خلف، المرجع السابق، ص6.

ذلك في اطار الشريعة الاسلامية وفي ضوء الكتاب (القرآن الكريم) و(السنة النبوية) ولهذا فالحاكم أو الرئيس يسأل ويناقش وفق حدود وضوابط الشريعة الاسلامية¹.

على هذا الأساس نادى بعض الفقهاء بعدم إطلاق تسمية النظريات الدينية على النظريات السابقة، مادام أنها لا تستند في جوهرها على أي أساس أو منطلق ديني.

المطلب الثاني: النظريات الطبيعية.

ترى هذه النظريات أن الدولة ما هي إلا ظاهرة طبيعية مثلها مثل جميع الظواهر الطبيعية الأخرى أي أنها نتاج ميل الناس الطبيعي إلى التجمع والعيش في ظل مجتمع منظم سياسياً وقد انقسمت هذه النظريات إلى عدة اتجاهات نذكرها تبعا في الفروع التالية:

الفرع الأول: نظرية التطور الأسري.

يرى أرسطو أن الدولة كانت في البداية أسرة تطورت إلى عشيرة ثم إلى قبيلة ثم إلى مدينة، أما الحاكم في الدولة فهو بمثابة رب الأسرة يمارس السلطة على الشعب كالأب على أفراد أسرته الشيء الذي يستوجب طاعته والرضوخ له من طرف الرعية والقبول بسلطته المطلقة عليهم². انتقدت هذه النظرية كونها بررت الاستبداد المطلق للحكام، كما أن البعض يقر بأن الدولة سبقت الأسرة ولا يمكن التوفيق بين السلطتين الأبوية والأسرية لأن كل منهما يعتمد على أسس مختلفة، كما أنه من الخطأ القول بأن كل دولة قد مرت بالمراحل التي بينها أنصار هذه النظرية لأن التاريخ لا يؤيد هذه الحركة المثالية والمتناسقة للدولة وأكبر دليل على ذلك طريقة نشأة الولايات المتحدة الأمريكية.

الفرع الثاني: نظرية الوراثة.

ظهرت هذه النظرية في ظل الإقطاعية وهي ترى أن حق ملكية الأرض حق طبيعي يخول لمالك الأرض حق ملكيتها وملكيتها حتى الناس الذين يعيشون عليها ومن هنا ظهرت فكرة الدولة من خلال خضوع السكان للإقطاعيين.

الفرع الثالث: النظرية العضوية.

ظهرت هذه النظرية في القرن التاسع عشر وهي تنادي بضرورة تطبيق القوانين الطبيعية على الظواهر الاجتماعية، حيث تشبه الدولة بجسم الإنسان المكون من عدة أعضاء إذ أن لكل عضو

1- مرجع نفسه، ص 7.

2- نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 61.

وظيفة يقوم بها وهو نفس الأمر ينطبق على أفراد المجتمع وبالتالي بحسب هذه النظرية فالدولة هي ظاهرة مثلها مثل الظواهر الطبيعية تنشأ لضرورة المحافظة على بقاء المجتمع. واستمراره. وقد وجه الفقه نقد لاذع لهذه النظرية في كونها مجرد افتراض غير علمي بالنظر للفروق العديدة والواسعة بين القوانين الطبيعية والظواهر الاجتماعية.

الفرع الرابع: النظرية النفسية.

بدورها ترى هذه النظرية أن الأفراد لا يخلقون متساوون بل متفاوتون ومختلفون فيما بينهم، فهناك فئة تخلق محبة للزعامة والسيطرة وفئة أخرى تهوى الخضوع والتبعية للفئة الأولى، ومن هنا ظهرت الدولة من خلال وحد فئتين فئة مهيمنة وفئة خاضعة أي خضوع الضعيف للقوي.

المطلب الثالث: النظريات الاجتماعية.

ترتكز النظريات الاجتماعية وتعتمد على الواقع الاجتماعي في تفسير أصل نشأة الدولة، حيث تذهب إلى أن الدولة تنشأ نتيجة الصراع البشري في مرحلة من مراحل التاريخ وتنتهي بسيطرة فئة على فئة أخرى.

الفرع الأول: نظرية القوة والغلبة.

يؤسس رواد هذه النظرية فكرهم ليس على أساس مفاهيم دينية ميتافيزيقية ، بل على أساس قوة (مادية) واضحة وهي الغلبة والقهر والسيطرة سواء في الحروب والمنازعات أو الاقتصاد أو الفكر أو الدين أو الأدب، والذي يؤدي إلى سيطرة الغالب على المغلوب أو القوي على الضعيف¹، وقد نادى بهذه النظرية العديد من الفلاسفة غير أنه يمكن التركيز على فيلسوفين يتزعمان هذه النظرية هما الفيلسوف اليوناني بلولتاك وابن خلدون:

أولاً: مذهب الفيلسوف اليوناني "بلولتاك".

يرى هذا المفكر أن الدولة خلقت من خلال العدوان والبطش ويقول أيضا ميكيا فيلي في كتابه "الأمير" أن الصراع الجمعي ينجم عنه فئة مهيمنة وفئة حاكمة ومن هنا يمكن القول أن السلطة في الدولة تعتمد على القوة والغلبة، غير أن ميكيا فيلي أضاف فكرة الحنكة والدهاء عند الحكام ونجد أن القوة والغلبة وجدت طريقها في نشوء بعض الدول مثل ظاهرة الاستعمار الأوربي للقارات حيث نتج عنها دول مثل ليبيريا والكونغو والولايات المتحدة الأمريكية.

1 - أبوبكر خلف، المرجع السابق، ص 7.

ثانيا: نظرية ابن خلدون.

لقد اعتمد ابن خلدون في نظريته هذه على العنف الذي يعتبر أحد ميزات الإنسان التي يمكنه من خلالها البقاء والعيش، وترتكز نظرية ابن خلدون على أن الإنسان دوما بحاجة إلى غيره ليتكامل مع غيره لتوفير الغذاء والدفاع، وفي بعض الأحيان ونظرا للطباع الحيوانية يحتدم الصراع بين الطبقات، من هنا لابد أن يكون هناك حاكم يتولى إدارة وتنظيم هذه الجماعة، وأهم النقاط التي يركز عليها ابن خلدون لقيام الدولة العناصر التالية:

01- **العصبية**. وهي عبارة عن الشعور بالانتماء المشترك بين أفراد المجتمع بالوحدة العرقية والدينية وهو شعور يولد في الجماعة روح التفوق والبروز نحو الغير.

02- **الزعامة**. لابد أن يتولى إدارة هذه المجموعة البشرية شخص يمتاز بالصرامة والبطش حتى يحملهم على طاعة أوامره كما لابد له أن يكون له شعور بالانتماء للجماعة متجنباً جميع الصفات التي تجعل منه مستبداً أو طاغياً بل ينبغي عليه أن يتحلى بروح التسامح والسماحة والكرم وأن يحترم الدين والعلماء وأن يهتم بجميع حقوق الرعية.

03- **العقيدة الدينية**. وهي العامل الحاسم الذي يوحد المجموعة ويرى ابن خلدون أن الإسلام هو الدين الوحيد القادر على إنشاء دول متماسكة تمتاز بالقوة والبطش¹.

الفرع الثاني: نظرية التضامن الاجتماعي.

نادى بهذه النظرية الفقيه الفرنسي "ليون دوجي" وحسبه فإن الدولة لا تنشأ إلا بتوفر أربع عناصر أساسية يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً- الانقسام الاجتماعي.

إن الدولة تظهر سلطتها كلما كانت هناك انقسامات سياسية داخل جماعة معينة، ينتج عنها هيمنة المجموعة القوية وفرض إرادتها على المجموعة الضعيفة، وبالتالي تكون الأولى هي الهيئة الحاكمة مستحوذة على السلطة في حين تكون الثانية هي الفئة المحكومة².

ثانياً- التمايز أو الاختلاف السياسي.

¹ - السعيد بوشعير، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص-ص 30-32.

² - مرجع نفسه، ص 37.

ومعناه أن الدولة تبرز عندما تكون هناك فئتان فئة حاكمة تفرض سلطانها على الفئة الثانية المحكومة¹.

ثالثا - قوة الجبر والإكراه.

إن السلطة تعد الدعامة الأساسية لقيام الدولة أي هي التي تعطي الأوامر وتهيمن على الفئة المحكومة دون أن تكون هناك سلطة تنافسها أو تمنعها من تنفيذ أوامرها.

رابعا - التضامن الاجتماعي.

إذ لا بد من التلاحم والتكامل بين أفراد المجتمع الواحد ولا بد أن يكون هناك تعاون بين الحكام والمحكومين.

غير أن أهم انتقاد وجه لهذه النظرية أنها قامت على أفكار افتراضية بعيدة عن الواقع².

الفرع الثالث: نظرية التطور التاريخي.

لعل أهم ما تتميز به النظرية التاريخية بالمقارنة مع باقي النظريات أنها لا ترجع أصل الدولة إلى عامل واحد إنما إلى عوامل متعددة كالقوة والاقتصاد والدين والفكر³، فهي ترى أن الدولة نشأت وفق تطور تاريخي طويل من خلال تلاحم مجموعة من العوامل التاريخية والسياسية والاقتصادية، وأن الدول ما هي إلا نتاج لتطور طويل ومتنوع يهدف الإنسان من خلاله إلى الاجتماع، إلا أن هذه النظرية وإن كانت أقرب إلى المنطق فإنه لا يمكن تعميمها على كل الدول إذ أن هناك دول نشأت مباشرة دون المرور على هذا التطور التاريخي كما هو الشأن مع الولايات المتحدة الأمريكية.

الفرع الرابع: النظرية الماركسية.

لم تنتظر الماركسية للدولة بأنها حدث أو ظاهرة حتمية وإنما ترى بأنها نتجت وتكونت بسبب الصراع الطبقي وسوف تزول بزواله، فالحكم داخل الدولة يقوم على أساس اقتصادي بحث من خلال سيطرة الفئة التي تهيمن على الإقتصاد والانتاج على الفئة الكادحة أو الشغيلة، ومن ثم فالدولة ما هي إلا صراع بين طبقات المجتمع ذلك أن الطبقة المالكة تفرض سيطرتها

¹ - مرجع نفسه، ص 37.

² - السعيد بوشعير، المرجع السابق، ص 31.

³ - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 70.

الاقتصادية تحت رعاية الرأسمالية الاحتكارية حالياً، وحفاظاً على تلك السيطرة وملكيته تقوم بإنشاء الدولة التي تقع بدورها تحت سيطرتها أيضاً، لتصبح الدولة في الأخير ترجمة للمهيمنة الطبقية داخل المجتمع وضمان استغلال طبقة ضد أخرى ليتحول القانون فيها كذلك إلى تعبير عن إرادة هذه الطبقة المهيمنة¹.

لذلك فأهم انتقاد وجه لهذه النظرية يتمثل في أنها تحمل في حد ذاتها بذور فناء الدولة مادام أنها ترى بأن هذه الأخيرة سوف تزول بمجرد زوال وانتهاء الصراع الطبقي داخلها.

المطلب الرابع: النظريات القانونية:

تنقسم النظريات القانونية إلى قسمين هما النظريات الإتفاقية أو العقدية فرع أول نظرية المؤسسة عند الفقيه "هوريو" فرع ثان.

الفرع الأول: النظريات الإتفاقية أو العقدية.

ظهرت فكرة العقد أو الاتفاق كأساس لنشأة الدولة وتكوينها منذ قرون عديدة تعود إلى فلاسفة اليونان، ولكن تم تداولها أكثر في القرن السادس عشر لدى رجال الفكر والقانون من أجل تأييد أو معارضة السلطان المطلق للحكام².

لذلك ترى النظريات الإتفاقية أن الدولة ما هي إلا نتاج اتفاق بين أعضاء المجتمع سواء في عقد أو في شكل اتحاد، لذا تم وصفها بأنها نظريات ديمقراطية ومن ثم فإننا سوف نتولى من خلال هذا الفرع ذكر أهم التقسيمات التي قسمت لها النظريات العقدية (أولاً) ثم نتولى تحديد أهم الانتقادات التي وجهت لها وفكرة العقد في الاسلام (ثانياً).

أولاً: أهم التقسيمات التي عرفت لها النظريات العقدية.

إن النظريات العقدية لم تحتل مكانتها البارزة إلا في خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر على يد عدد من فلاسفة ومفكري القارة الأوروبية، كان من أبرزهم الانجليزيان توماس هوبز وجون لوك والفرنسي جون جاك روسو³.

¹ - السعيد بوشعير، المرجع السابق، ص 32.

² - محمد كاظم المشهداني، ص 25.

³ - مرجع نفسه، ص 25.

01- نظرية "توماس هوبز 1588-1679" جاءت هذه النظرية لتبرير السلطة المطلقة للملوك ضد الثورات المحتملة للشعوب، حيث أن هوبز كان من مؤيدي الحكم المطلق¹، ويمكن تفصيل محتوى هذه النظرية من خلال العناصر التالية:

أ- **المجتمع قبل العقد.** يرى هوبز أن المجتمع قبل إبرام العقد كان يعيش حياة فوضوية يغلب عليها الصراعات وقانون الغاب والأنانية والطمع وحب النفس، لذلك أحس الأفراد بضرورة إقامة مجتمع منظم يخضعون له يحكمهم فيه حاكم يوفر لهم الاستقرار والأمان.

ب- **أطراف العقد.** أطراف العقد عند هوبز هم أفراد المجتمع دون الحاكم الذي يكون صاحب السلطة الآمرة ورئيسهم ويتنازل الأفراد في هذا العقد عن جميع حقوقهم مقابل أن يوفر لهم الأمن والاستقرار².

ج- **آثار العقد.** لا بد على الأفراد أن يتنازلوا عن جميع حقوقهم لتفادي النزاعات والصراعات التي كانت سائدة في السابق، لصالح حاكم مهمته الاشراف على فرض النظام والأمان نظير ما يتمتع به من سلطة مطلقة دون أن يكون مسؤولاً أو ملتزماً نحوهم بأي شيء، لأنه ببساطة لم يكن طرفاً في العقد، وهو ينجر عنه امكانية استبداد الحاكم وطغيانه على الأفراد، وبحسب هوبز فإن استبداد الحاكم أفضل بكثير من حياة الفوضى السابقة التي كان يعيشها الأفراد قبل العقد³، ولكنه يحمل الحاكم مسؤولية توفير الرفاهية والأمن والرعاية وكذا احترام القوانين القضائية.

إلا أنه ما يعاب على الاتجاه الذي نادى به **هوبز** أنه غير منطقي مادام أنه يرى أن للعقد طرف واحد يتمثل في أفراد الشعب دون الحاكم في حين أن الأصل في أي عقد يكون فيه طرفين، كما أن هوبز قد أخط في التفرقة بين الحكومة والدولة بحيث يعتقد بأن بذور فناء عرش الحاكم هي نفسها بذور فناء الدولة ونهايتها، وهذا خلط غير صحيح إذ قد تزول الحكومة (الحاكم) ويفنى عرش الملك دون أن يؤثر ذلك بقاء الدولة قائمة⁴.

¹ - عاش هوبز في فترة تاريخية صعبة تميزت بالنزاعات في كل من إنجلترا وفرنسا، حيث كان لهذه الأحداث الأثر البالغ على فكره الذي دعا فيه إلى تأييد الملكية المطلقة خوفاً من التغييرات السياسية السريعة على استقرار وأمن البلد. للمزيد من التفاصيل راجع كل من:

- حسين وحيد عبود وثامر محمد رخيص، مفهوم الدولة في القانون الدستوري، مجلة الكوفة، العدد 12، ص 136.

- نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 63.

2 - حسين وحيد عبود وثامر محمد رخيص، المرجع السابق، ص 137.

³ - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 63.

4 - حسين وحيد عبود وثامر محمد رخيص، المرجع السابق، ص 137.

02- نظرية "جون لوك": (1632-1704). وهو عكس هوبز من دعاة تقييد سلطة الحكام

ولابد من احترام الحريات الفردية وتتلخص نظريته في ما يلي:

أ- **المجتمع قبل العقد.** إن الإنسان خير بطبعه كان يعيش في حالة سلام وحرية طبيعية ومساواة تامة وفقا للقانون الطبيعي ملزم لكل الأفراد لا فرق بينهم إلا أنه يحتاج دوما إلى النظام السياسي الذي يضمن له الحرية واحترام حقوقه والمحافظة على القيم، ففكروا في مجتمع منظم أحسن من خلال تحديد الحقوق والحريات وإنشاء هيئة تقوم بتنفيذ القانون الطبيعي، فقرروا إبرام عقد فيما بينهم تكون نتيجته بروز سلطة مهمتها تحقيق العدالة بين الأفراد¹.

ب- **أطراف العقد.** أعضاء العقد عند لوك هم أفراد المجتمع من جهة والملك أو الحكام من جهة أخرى² والعقد يتم عبر مرحلتين، حيث يتم في الأولى اتفاق أفراد الجماعة على إنشاء مجتمع سياسي ثم إبرام اتفاق ثان يتم بين الشعب السياسي والحكومة على أن تتولى هذه الأخيرة تسيير الحكم³.

ج- **آثار العقد.** إن الأفراد لا يتنازلون عن كل حقوقهم بل يتم التنازل عن بعضها فقط وبالقدر الذي يضمن للحاكم المحافظة على الأمن والاستقرار في المجتمع⁴، وبما أن الحاكم كان طرفا في العقد فهو مسؤول أمام أفراد المجتمع ولا يحق له الاعتداء على الحقوق التي لم يتم التنازل عنها وإلا عرض نفسه للمساءلة وحق للشعب عزله ولو عن طريق الثورة⁵.

03- نظرية جون جاك روسو "1712-1773". وهو يرفض إنشاء الدولة على القوة وتتلخص

نظريته في:

أ- **المجتمع قبل العقد.** إن الإنسان خير بطبعه يعيش في حالة سلام وحرية طبيعية ومساواة تامة وفقا للقانون الطبيعي، إلا أنه بعد اكتشاف الزراعة والاختراعات ظهرت الملكية الفردية التي نتجت بسببها فوارق بين الأفراد فأنهارت المساواة وتحولت حياتهم إلى مأساة وشقاء بسبب

1- السعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص 40.

2- حسين وحيد عبود وثامر محمد رخيص، المرجع السابق، ص 138.

3- مرجع نفسه، ص 138.

4- نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 64.

5- للمزيد من التفاصيل أنظر كل من:

-السعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص 40.

- نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 64.

التنافس على الثروة لذلك احتاج أفراد المجتمع إلى النظام السياسي الذي يضمن له استمرار الحرية واحترام حقوقه والمحافظة على القيم¹.

ب- أطراف العقد. يتفق الأفراد على إنشاء نوع من الاتحاد في ما بينهم يحميهم ويحمي أملاكهم ويتمتع هذا الإتحاد بسلطة كل فرد من أفراد المجتمع أي أن كل فرد يلتزم نحو الجماعة الأخرى المتحدين وبذلك نجد أن الفرد يتعاقد من زاويتين: مع الشخص العام باعتباره عضوا من الجماعة ومع الجماعة باعتبارها من مكونات الشخص العام².

ج- آثار العقد. يترتب عن هذا العقد أن الأفراد تنازلوا عن جميع حقوقهم الطبيعية مقابل حصولهم على حقوق مدنية يضمنها هذا التنظيم.

ثانيا: الانتقادات التي وجهت للنظريات العقدية وفكرة العقد في الاسلام.

سوف نبدأ بذكر أهم الانتقادات التي تم توجيهها للنظريات العقدية 01 ثم ننتقل لنظرة الاسلام لفكرة العقد 02 ويكون ذلك فيما يلي:

01: الانتقادات التي وجهت للنظريات العقدية. إن أهم الانتقادات التي وجهت للنظريات العقدية تبرز من خلال النقاط التالية:

أ- لم يثبت تاريخيا وأن اجتمع الأفراد بالصورة المذكورة في هذه النظريات مما جعلها مجرد نظريات افتراضية.

ب- لا بد للعقد وقبل انتاجه لآثاره من نظام قانوني يحميه ويكون سابق له، وهذا يعني وجود مجتمع منظم قبل وجود العقد، وهو أمر لا يتفق أو يخالف الأطروحات التي نادى بها أصحاب هذه النظريات.

ث- لا يمكن للأفراد التنازل عن حقوقهم الطبيعية.

د- استحالة اتفاق جميع الأطراف حول هذا العقد.

و- استحالة ديمومة العقد إلى مدى عقود طويلة من الزمن كما يدعي أصحاب هذه النظريات.

¹ - للمزيد من التفاصيل أنظر كل من:

- حسين وحيد عبود وثامر محمد رخيص، المرجع السابق، ص 139.

- السعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص 42.

² - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 68.

02- فكرة العقد في الإسلام. حاول بعض الفقهاء تشبيه البيعة في الإسلام بالعقد حيث يرى الكثير من المفكرين أن الإسلام يعد أول من أسس الدولة بموجب عقد أبرم، إذ أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يهاجر الى المدينة ولم يؤسس فيها دولة إسلامية إلا بعد إبرام اتفاق بينه وبين الأنصار على احتضانهم الرسول(ص) ونصرتة والعمل على إقامة النظام الجديد الذي يدعوا اليه، وهذا من خلال بيعة العقبة الثانية، وبذلك أصبحت البيعة أساس لقيام الدولة الإسلامية في عهد الخلفاء ومن بعدهم، والبيعة تعتبر بمثابة عقد يتم بين الطرفين وهم الأمة التي تعتبر مصدر السلطات من جهة والممثلة في أهل الحل والعقد، والحاكم من جهة أخرى والبيعة عقد صحيح يقوم على الرضا المتبادل ويؤكد من جهة أن السلطة والسيادة لله وما الحاكم إلا خليفة في الأرض.

بيد أن الفرق بين البيعة والعقد واضح، فالبيعة أسلوب واقعي في إقامة الدولة في حين أن العقد أسلوب خيالي بعيد كل البعد عن الواقع، كما أن البيعة لا تتم إلا على أساس ثنائية الطرفين هما أهل الحل والعقد من جهة والخليفة من جهة أخرى في حين أن العقد يمكن أن يبرم من قبل أفراد الشعب لوحدهم دون حضور الحاكم كما قال بذلك الفقيه هوبز، ويعتبر الرضا ركنا جوهريا في الشريعة الإسلامية لصحة البيعة¹.

الفرع الثاني: نظرية المؤسسة عند الفقيه "هوريو".

يرى الفقيه الفرنسي موريس هوريو أن الدولة عبارة عن جهاز اجتماعي مترابط تتشكل من أفراد مسيرين من قبل حكومة تهدف إلى تحقيق نظام اجتماعي وسياسي وأنها تنشأ عبر مرحلتين أساسيتين¹:

ففي المرحلة الأولى يتفق الأفراد على مشروع إنشاء دولة وهي عبارة عن فكرة مقترحة من قبل مجموعة مثقفة يتحمس لها الأفراد ويحاولون إنشاء جهاز أو تنظيم بالطرق القانونية المتوفرة لديهم وفقا للقانون الساري المفعول.

أما في المرحلة الثانية هذه المجموعة المثقفة صاحبة الفكرة تدعو كل من يهمهم الأمر والموافقين على الفكرة لمساعدتهم على تحقيق هذا المشروع، وبذلك يكون لدينا: 1- فكرة إنشاء

¹ - السعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص44.

الدولة، 2- سلطة منظمة على رأس الجهاز المنشأ من طرف أصحاب الفكرة 3- جماعة الأفراد المعنيين بتحقيق وتنفيذ الفكرة.

وبذلك تنشأ الدولة نشأة قانونية واستند هوريو في فكرته على الدولة الجزائرية فيقول أن الزعماء التاريخيين للثورة أو قادة الحكومة المؤقتة هم أصحاب فكرة نشأة الدولة والشعب جاء ليوافق على هذه الفكرة غير أن هذا المثل يفنده الواقع لأنه محا الدولة الجزائرية قبل الإستعمار الفرنسي². وإجمالاً لكل ما سبق يمكن القول أن نظرية التطور التاريخي هي الأكثر تلاؤماً وانسجاماً مع الواقع من حيث تحديد مفهوم الدولة والنظريات المفسرة لنشأتها.

¹ - السعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص 48.

² - مرجع نفسه، ص 49.

المبحث الثالث:

أركان الدولة وخصائصها:

رغم الخلاف البين والواضح الذي رأيناه بين تعريفات القانون الدستوري والسياسي للدولة، فإن شبه اجماع يمكن أن ينعقد على أن هناك أركاناً رئيسية ثلاثة لا بد من توافرها لامكانية القول بوجود الدولة هذه الأركان تتمثل في: الجماعة البشرية أو الشعب والاقليم وأخيراً السلطة السياسية¹ (مطلب أول) كما أن هناك اجماع بين الفقه في أن للدولة خصائص تتميز بها وهي تمتعها بالشخصية المعنوية والسيادة وأنها دولة قانونية (مطلب ثان).

المطلب الأول: الأركان المادية للدولة.

عرفنا فيما سبق أن الدولة تقوم على توفر أركان أو عناصر ثلاثة تتمثل في وجود الجماعة البشرية أو الشعب وفي الاقليم وأخيراً قيام سلطة سياسية مهمتها الاشراف على الاقليم وعلى من فيه.

الفرع الأول: ركن الشعب (الجماعة البشرية).

سوف نتولى من خلال هذا الفرع تعريف الشعب أولاً ثم نتولى تمييزه عن مختلف المفاهيم التي تقترب منه وتتشابه معه ثانياً.

أولاً: تعريف الشعب.

الشعب الركن الطبيعي والضروري لقيام الدولة إذ لا يمكن تصور وجود دولة دونه كما لا يمكن لفرد أو لمجموعة معزولة من الأفراد تكوين دولة²، ويعرف هذا الركن بأنه مجموع كلا الجنسين من الأفراد الذين يعيشون معاً كمجتمع واحد بغض النظر عن الفوارق التي توجد بينهم من حيث العرق والأصل واللغة والدين واللون، حيث يطلق عليهم رعايا الدولة أو شعب الدولة³، فالشعب لا يعني أكثر من مجموع الأفراد الذين يقيمون على إقليم معين بصفة دائمة ومستقرة، ويخضعون لنظامها السياسي⁴ بعد أن يتمتعوا بجنسيتها التي تعتبر رابطة قانونية سواء كانت أصلية تمنح للفرد عن طريق الدم أو الإقليم أو كانت مكتسبة، ولا يشترط في أفراد الشعب أن يصل عددهم لحد معين حتى نقول أن ركن الشعب متوفر فكما تقوم الدولة بمئات الملايين كما في الصين

1 - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 16.

2 - حماد صابر، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الجزء الأول، 2016، ص 21

3 - حسين وحيد عبود وثامر محمد رخيص، المرجع السابق، ص 143.

4 - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 17.

والهند والاتحاد السوفياتي سابقا فإنها يمكن أن تقوم على بضع آلاف كما هو الحال في بعض دول الخليج ودولة الفاتيكان¹، ويشمل شعب الدولة المقيمين على إقليمها أو المقيمين في دولة أجنبية شرط احتفاظهم بجنسيتها.

ولا يمكن تصور وجود دولة دون وجود مجموعة من البشر، ولا بد أن ينشأ لدى هذه المجموعة، احساس بضرورة إشباع حاجات شتى، والتعاون على أداء المناشط المطلوبة لإشباع هذه الحاجات، ويتكون شعب أي دولة من وطنيين يتمتعون بجنسية الدولة، وترتبطهم بها رابطة الولاء، وأجانب يوجدون على إقليم الدولة لا تربطهم بها سوى رابطة التوطن أو الإقامة حسب الأحوال⁽²⁾.

ثانيا: التمييز بين الشعب وبعض المصطلحات المتشابهة.

توجد الكثير من المصطلحات القريبة من الشعب لكنها مختلفة عنه من حيث المعنى ومن ذلك الشعب السياسي، الشعب الاجتماعي، السكان، الأمة... إلخ وهو الأمر الذي نتولى توضيحه فيما يلي:

01: التمييز بين الشعب السياسي والشعب الاجتماعي. يعرف الشعب الاجتماعي بأنه كل من يحمل جنسية الدولة أي رعاياها بغض النظر عن اختلاف سنهم أو جنسهم أو مناصبهم، أما الشعب السياسي فهو يتشكل فقط من مجموع الأشخاص الذين يشاركون في الحياة السياسية للدولة سواء عن طريق الترشح أو الانتخاب أو تقلد المناصب العليا في الدولة، لذلك نجد الشعب الاجتماعي أوسع نطاقا من الشعب السياسي، إذ يضم الأول الثاني في حين أن الثاني يضم جزءا من الأول فقط، لذلك قيل أن كل شعب سياسي هو شعب اجتماعي في حين أن العكس غير صحيح³.

02: التمييز بين الشعب والسكان. إذا كان الشعب في معناه العام يشير إلى مجموع الأفراد الذين يستقرون على إقليم دولة معينة وينتسبون إليها بالجنسية، فإن مصطلح السكان يتسع ليطلق على كل الأشخاص الموجودين على إقليم الدولة سواء كانوا من رعاياها أو من الأجانب أي يستوي في ذلك الذين يحملون جنسيتها أو يحمل جنسية أجنبية⁴ مع أنه من غير المنطقي ومن

¹ - حسين وحيد عبود وثامر محمد رخيص، المرجع السابق، ص 139.

(2) - يعي الجمل، المرجع السابق، ص 95.

³ - حسين وحيد عبود وثامر محمد رخيص، المرجع السابق، ص 139.

⁴ - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 19.

غير المعقول أن يكون الرعايا أقل من الأجانب، كما أنه لكي يعتبر الأجانب من سكان الدولة لابد أن يكونوا مقيمين فيها إقامة شرعية وتمنح الإقامة للأجانب من قبل السلطات المختصة في الدولة وفق الشروط والكيفيات التي تحددها قوانين هذه الدولة¹.

04: التمييز بين الشعب والأمة. الشعب كما بينا سابقا هو مجموعة من الأفراد تقطن أرضا معينة لذلك فإنه في أغلب الأحيان يكون الشعب جزء من أمة موزعة على عدد من الدول مثل الأمة العربية المسلمة، وقد يكون شعب دولة معينة مزيجا من عدد من الأمم مثل الشعب الأمريكي، ولا يشترط أن ينحدر شعب الدولة من أصل واحد²، أما الأمة فإنها تتميز باشتراك أفرادها في عنصر أو عدة عناصر كالدين والأصل والرغبة المشتركة في العيش معا كما يرى بعض الفقهاء³، إلا أن العديد من الباحثين يرون بأن الشعب لا يكفي لوجود الدولة بل يتطلب الأمر وجود الأمة التي تكون نتاج تطور تاريخي ومنها ظهور مبدأ القوميات الذي ظهرت به دول أوروبية حديثة مثل إيطاليا، هذا وقد اختلف الفكر السياسي قديما وحديثا حول أهم العوامل التي تربط الأفراد ببعضهم البعض حتى يكونوا أمة، وظهرت هذه الاختلافات على النحو التالي:

أ- النظرية الألمانية أو المفهوم الموضوعي للأمة. يتصور فقهاء الألمان أن قيام الأمة يعتمد أساسا على العرق واللغة ثم الدين والأرض وبذلك يتوحدون في دولة واحدة، وهو الأمر الذي اعتمدته النازية للتوسع على حساب الدول المجاورة من خلال أن الجنس الآري هو أرقى الأجناس وأنه بوحدة اللغة يمكن إنشاء دولة حسبهم.

لقد انتقد هذا الاتجاه على أساس تداخل الأعراق فيما بعضها واستحالة وجود عرق منعزل لوحده كما أنه من جهة أخرى لا تعتبر اللغة وحدها معيارا في تكوين الأمة، إذ أن هناك العديد من الدول التي تستعمل لغة واحدة ولكنها لم تستطيع تشكيل أمة واحدة، ومع ذلك فإنه ورغم كل هذه الانتقادات فإنه لا يمكن التقليل أبدا من شأن أهمية اللغة في تكوين الأمة وبقائها.

ب- النظرية الفرنسية أو المفهوم الشخصي للأمة. تذهب هذه النظرية إلى أن الماضي المشترك وإرادة أو مشيئة العيش المشترك هما العاملان الحاسمان لقيام الأمة، إذن فحسب هذه النظرية فإن الأمة ما هي إلا نتيجة معطيات روحية تستند إلى أن الماضي المشترك وإلى المستقبل

1 - بوكرا إدريس، المرجع السابق، ص ص 31-32.

2 - حسين وحيد عبود وثامر محمد رخيص، المرجع السابق، ص 145.

3 - السعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص 49.

والأماني المشتركة التي تتطلب لتحقيقها تضحيات جسام، كما تستند الأمة في تكوينها على مشيئة أو إرادة العيش المشترك رغبة في تحقيق المزيد من الأهداف المشتركة¹.

كل هذه العوامل دفعت أندريه هوريو إلى تعريف الأمة بأنها "التجمع البشري الذي في إطاره يستقر الأفراد بارتباط ببعضهم البعض بروابط مادية في آن واحد ويعتبرون أنفسهم مختلفين عن الأفراد الذين يكونون المجموعات الوطنية الأخرى.

ج- نظرة الاسلام للأمة. الإسلام بصفة عامة يعطي الأولوية والمكانة الأساسية للدين في تكوين وبقاء الأمة، وإن مدلول الأمة فتح الاجتهاد ولازال مستمرا حتى الآن.

عموما المعنى الرئيسي الذي تضمنه القرآن الكريم للأمة هو الجماعة من الناس التي تكون على دين واحد أو طريقة واحدة، فإن قلنا مثلا الأمة الإسلامية فإننا نقصد بذلك الجماعة التي تدين بالعقيدة الإسلامية، ومن المفكرين من بحث في مفهوم الأمة في الجانب الاجتماعي والتاريخي كالفراي وابن خلدون، فحسب الفراي فإن الأمة تعتبر وحدة طبيعية اجتماعية سياسية متميزة، مركزا على العوامل التي تجسد الارتباط فيما بينهم والارتباط هو تشابه الخلق والشيم الطبيعية والاشترك في اللغة والبيان وإن التباين في هذه العوامل يهدم الأمة، وتعتبر بذلك هذه النظرة بمثابة نظرة موضوعية، أما ابن خلدون فهو مثله مثل الفراي تعتبر نظريته نظرة موضوعية حيث وضع عوامل مكونة للأمة مثل الأصل الواحد، وحدة البيئة والمناخ والعادات، وغير ذلك من المميزات والطبائع.

د- مفهوم الأمة في الفكر السياسي الجزائري: يمكن الإشارة إلى تعريف الأمة الجزائرية الذي قال به العلامة عبد الحميد بن باديس " الأمة الجزائرية تكونت وهي موجودة مثلما تكونت مختلف أمم الأرض ، هذه الأمة لها تاريخها ، لها وحدتها الدينية واللغوية ولها ثقافتها وتاريخها "

الفرع الثاني: ركن الإقليم:

يشكل الإقليم الركن الثاني الذي لا بد من وجوده لقيام الدولة²، لأنه عند وجود الشعب فلا بد له من الاستقرار على إقليم معين، ليكون له مستقرا ومقاما ومصدرا رئيسا لثروة الدولة، لذلك فالقبائل التي لا تستقر في إقليم معين وتنتقل من دولة لأخرى لا تشكل دولة، وبالتالي فإقليم الدولة هو ذلك الجزء من الكرة الأرضية الذي تعينه حدودها وتباشر الدولة عليه سلطتها

1 - محمد رضا بن حماد، المرجع السابق، ص ص 90-91.

2 - محمد رضا بن حماد، المرجع السابق، ص 101.

وسيادتها بمفردها دون أن تتازعها أية دولة أخرى في الاختصاص التشريعي والقضائي والاداري¹.

وكما لا يشترط تحديد عدد أفراد الشعب فإنه في المقابل لا يشترط أيضا تحديد مساحة معينة من الاقليم غير أنها يجب أن تكون بالقدر الكافي لتمكين أفراد الشعب من الإقامة فوقها²، لذلك نجد بعض الدول كموناكو وسان مارينو وفيجي وبعض دول الخليج العربي مساحتها صغيرة جدا كما نجدها البعض الآخر منها مثل الولايات المتحدة الأمريكية والصين والبرازيل مساحتها شاسعة جدا³، وقد يكون إقليم الدولة متصلا بشكل واحد وهو الغالب والمألوف أو عبارة عن أرخبيل مثل ما هو الحال في أندونيسيا واليابان أو منفصلا كالباكستان سابقا عندما كانت تنقسم إلى قسمين شرقي وغربي حتى انفصلت باكستان الشرقية وأصبحت دولة مستقلة تسمى بنجلادش فظل اسم باكستان يطلق على باكستان الغربية.

ويتكون إقليم الدولة من ثلاثة أجزاء، جزء أرضي، وهو الجزء اليابس الذي تعينه حدود الدولة وما عليه من جبال وهضاب وأنهار وبحيرات وما دونه من طبقات إلى ما لا نهاية، وجزء مائي ويشمل المياه الموجودة داخل حدود الدولة من أنهار وبحيرات ونصيب من البحار العامة الملاصقة لإقليم الدولة التي تسمى المياه الإقليمية، وجزء هوائي ويشمل طبقات الهواء فوق الإقليمين الأرضي والمائي حسب ما هو محدد في أحكام القانون الدولي العام⁽⁴⁾.

أولا: أنواع الاقليم

يشمل الاقليم أنواع كثيرة ومتعددة منها البري والبحري والجوي.

01- الاقليم البري. هو اليابسة التي يعيش عليها سكان الدولة وهو يحتوي على ما فوق الاض وما تحتها حتى الانهار الداخلية، وحدود هذا الجزء من الاقليم تكون له أهمية كبيرة من الناحية القانونية خاصة فيما يخص بسط نفوذها وممارسة سيادتها المطلقة عليه⁵، وتكون حدود الاقليم البري إما طبيعية كالجبال والوديان أو اصطناعية كالأسلاك الشائكة والأصوار والأبراج، كما قد يكون الفاصل بين حدود دولتين خط وهمي مثل خطوط الطول ودوائر العرض.

1 - السعيد بالشعير، المرجع السابق، ص 70.

2- محمد كاظم المشهداني المرجع السابق، ص 9.

3 - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 22.

(4) - يحيى الجمل، المرجع السابق، ص 32.

5- نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 23.

02: الاقليم البحري. يشمل الاقليم البحري للدولة المياه الداخلية والمياه الاقليمية.

أ-المياه الداخلية: وهي تلك التي تخضع لمبدأ سيادة الدولة الساحلية بصفة مطلقة، والتي تضم الموانئ البحرية التي هي منفذ طبيعي تقيمه الدولة على شاطئها، المرفأ هو خليج بحري تحتمي فيه السفن، المرسى وهي منطقة بعيدة عن الساحل تحتمي فيها السفن، الخلجان وهي عبارة عن مسافة من البحر تتغلغل في الاقليم البحري للدولة، وهي تضم الخليج الواقع في اقليم الدولة الواحدة الذي يجب ان لا يزيد اتساعه عن 24 ميلا بحريا ويعتبر كذلك من المياه الداخلية مياه البحيرات ومياه الأنهار التي هي مجموعة الموارد المائية الموجودة داخل اقليم الدولة وهي تضم الانهار الوطنية أي التي تجري في اقليم دولة واحدة من المنبع إلى المصب مثل نهر التايمز في بريطانيا¹، وهنا تبسط الدولة سيادتها عليها فهي ملك لها مادام أنها غير مفتوحة على باقي دول العالم، الانهار الدولية هي التي تربط من المنبع إلى المصب بين اقليم دولتين أو أكثر، ويتم استغلال مياهها من طرف دولة المنبع مع مراعاة الدول المجاورة لها في الاقليم.

ب-المياه الاقليمية: وهي شريط من المياه الملاصقة لسواحل الدولة يبلغ عرضها حوالي 12 ميلا بحريا وذلك بموجب اتفاقية قانون البحار المبرمة سنة 1982، وهي تحدد بخط وهمي يسمى خط الأساس يقاس منه ابتداء من اليابسة عرض البحر الاقليمي، وقد أصبحت قاعدة حد أدنى انحصار المياه عن السواحل وقت الجزر هي القاعدة السائدة لتحديد خط الأساس²، وفي السابق كانت تحدد ب3 أميال بحرية وكان تحديدها محل خلاف بين الدول بسبب تضارب المصالح الاقتصادية والأمنية فيما بينها³، ويعتبر نظامها القانوني بمثابة جزء لا يتجزء من اقليم الدولة تمارسها عليه الدولة سيادتها مثلما تمارس على إقليمها الأرضي.

ج- المنطقة المتاخمة: وهي منطقة من البحر تجاور مباشرة البحر الاقليمي تمارس فيها الدولة بعض السلطات من أجل منع أنظمتها المتعلقة بالشؤون الجمركية والضريبية والصحة ومنع الهجرة غير الشرعية وقد حدد عرضها 24 ميلا بحريا اعتبارا من خط الأساس⁴.

د- المنطقة الاقتصادية الخالصة: وهي المنطقة الممتدة من السواحل حتى مسافة 200 ميلا بحريا كما حددتها اتفاقية قانون البحار لسنة 1982، حيث تمارس الدولة عليها سيادة وظيفية

¹ - حسين وحيد عبود وثامر محمد رخيص، المرجع السابق، ص 147.

² - مرجع نفسه، ص 149.

³ بوكورا إدريس، المرجع السابق، ص 42.

⁴ - حسين وحيد عبود وثامر محمد رخيص، المرجع السابق، ص 149.

تمكنها من استغلال الثروات الموجودة بها وكذا حق استغلال الجرف القاري الذي يضم قاع البحر وما تحته بحيث لا يحول هذا الحق في حق الدول في الملاحة الدولية في هذه المنطقة وذلك وفق القواعد التي حددتها اتفاقية قانون البحار لسنة 1982.

03- الإقليم الجوي. يقصد بالاقليم الجوي كامل المجال أو الفضاء الجوي الذي يقع فوق إقليم الدولة البري والبحري إلى غاية نهاية الغلاف الجوي للكرة الأرضية حوالي 60 إلى 80 كلم، وللدولة أن تمارس سلطاتها الكاملة في هذا الجزء من الاقليم دون أن تتقيد بارتفاع معين، وقد ازدادت أهمية الاقليم الجوي بعد أن تم غزو الفضاء والتقدم الكبير في مجال استخدام الطائرات في النقل الجوي¹.

ثانيا: طبيعة حق الدولة على اقليمها:

لقد ثار خلاف كبير بين الكتاب حول تحديد طبيعة حق الدولة على اقليمها مما نتج عنه ظهور عدة نظريات كل حاولت أن تفسر طبيعة هذا الحق فمنها من إعتبرته حق سيادة أي النظر إلى الاقليم باعتباره موضوعا أو محلا لحق سيادة تمارسها الدولة عليه، غير أن هذا الرأي أنتقد على أساس أن السيادة تمارس على الأشخاص الذين يقيمون على الاقليم لا على الاقليم في حد ذاته، لذلك فإنه إذا سلمنا بأنه حق سيادة فإنه تصبح الدولة تمارس سلطتها على الأفراد فقط دون الاقليم²، ومنه ذهب آخرون على أنه حق ملكية أي النظر إلى الاقليم كجزء من أملاك الدولة ويؤخذ على هذا الرأي أن اعتبار الدولة مالكة الاقليم يؤدي إلى منع الملكية الخاصة للعقارات³، ومع ذلك يمكن تبرير هذا التوجه على أساس أن ملكية الدولة للاقليم ملكية من نوع خاص تسمو على الملكية الفردية ولا تتعارض معها وهي تخضع للقانون الدولي العام⁴، وهناك رأي آخر ينظر إلى الاقليم على أنه النطاق المكاني الذي تزاوّل فيه الدولة سلطاتها من تشريعية وتنفيذية وقضائية، وهناك رأي آخر قال به الفقيه الفرنسي ببيرو من أن طبيعة حق الدولة على اقليمها أنه حق عيني له طبيعة نظامية تحدد مضمون هذا الحق⁵، فهو من جهة حق عيني ينصب على اقليم الدولة مباشرة وهو من جهة أخرى حق نظامي يتحدد مضمونه وفقا لما يقتضيه

1- نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، 25.

2- محمد كاظم المشهداني، المرجع السابق، ص 11.

3- نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، 26.

4- محمد كاظم المشهداني، المرجع السابق، ص 11.

5- نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، 26.

الصالح العام¹، أما الرأي الراجح الذي قال به أغلبية الفقه في تكييف طبيعة حق الدولة على إقليمها يذهب إلى أن الاقليم يعد بمثابة المنطقة الجغرافية التي تستطيع الدولة استعمال سلطاتها عليها دون غيرها، وبمعنى آخر هو المجال الذي يتحدد فيه سلطان الدولة، وهو الرأي المسمى بنظرية النطاق².

ثالثاً- طرق اكتساب الاقليم.

يتم اكتساب الاقليم بعدة طرق تتمثل هذه فيما يلي:

01- الاستيلاء. ومعناه وضع اليد على اقليم لا مالك له وهنا ينبغي تحقق عدة شرطين هما:-
ألا الاقليم يكون مملوكا للغير - أن تظهر نية الدولة في الاستيلاء عليه.

02- وضع اليد الفعلي: وهو أن تضع الدولة يدها على الاقليم الذي تريد ضمه إليها وظهر هذا النوع خلال الفترات الاستعمارية، وهناك عدة طرق تتمكن من خلالها الدولة من وضع يدها على الاقليم منها- اعلان الحماية الدبلوماسية وتحديد مناطق نفوذها ومن خلال الاضافات التي قد تطرأ على الارض أو السواحل.

03-الاكتساب نقلا عن الغير ويكون ذلك التنازل من خلال عدة طرق منها التنازل ومعناه تخلي الدولة عن جزء من الاقليم لصالح دولة أخرى، التنازل بطريق المبادلة وصورته تبادل اقليم باقليم آخر ويتم عادة بالتراضي بين الدولتين، التنازل عن طريق البيع أي التنازل بمقابل مادي إلا أن هذه الصورة لم تعد موجودة في الوقت الحالي، وأخيرا قد يتم التنازل بدون مقابل وهو عادة ما يكون اجباريا وصورته تنازل المغلوب للغالب بعد نهاية الحرب، ومن شروط التنازل بصفة عامة هو أن يكون صادر عن دولة لها أهلية قانونية دولية وأن يتم بعد أخذ رأي سكان ذلك الاقليم.

الفرع الثالث: ركن السلطة السياسية.

لا يكفي لقيام الدولة وجود شعب معين يعيش فوق رقعة جغرافية محددة، بل لا بد من قيام حكومة تباشر الحكم باسم الدولة على سكان هذا الاقليم، ومن ثم فركن الحكومة أو السلطة السياسية هو الذي يميز الدولة عن الأمة، فالأمة تتفق مع الدولة في ركني الشعب والإقليم،

¹ - محمد كاظم المشهداني، المرجع السابق، ص 11.

² - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، 26.

ولكنها تختلف عنها في ركن السلطة السياسية، وإذا ما تيسر لأمة ما أن تقيم حكومة تخضع لسلطانها فإنها تصبح دولة⁽¹⁾.

وبذلك تمثل السلطة الحاكمة العنصر التنظيمي في الدولة العصرية، والتي يقصد بها الإدارة الحكومية الممارسة لوظائف الدولة وتكون تتمتع بسلطانها على الإقليم، وبذلك تكون السلطة قد ظهرت في جميع التنظيمات بمجرد تمكين شخص أو مجموعة أشخاص من فرض إرادتها على الغير، وهو ما يستدعي ازدواج العلاقة بين الأمر والطاعة وبالنتيجة الاختلاف بين الأمرين والخاضعين أو المؤيدين²، غير أن السلطة في الدولة هي سلطة سياسية تختلف عن السلطة بطبيعتها الاجتماعية، أي تلك التي تتولى القيادة في باقي التجمعات البشرية، فالسلطة السياسية في الدولة هي سلطة عليا قادرة على اصدار أوامر واجبة التنفيذ ولو باستخدام القوة والاكراه، بينما تبقى السلطات القائمة في سائر التجمعات غير السياسية سلطة اختيارية لا يخضع لها الناس ولا يلتزمون بها إلا بإرادتهم الحرة³.

وهي سلطة قائمة على نظام قانوني يضيف على القوة المادية شرعيتها ويصوغ نتائجها كنظام الشرطة والقضاء، وذلك على مستوى أعلى مما لدى الجماعات السياسية الأخرى كالأحزاب والجمعيات.

كما أنها سلطة قادرة على إصدار قرارات نهائية نافذة في كل نطاقها الإقليمي دون خضوع أو توقف أو تصديق من قوة خارجية فهي اختصاص إنفرادي إقليميا، ومما سبق ذكره يمكن القول بأن الدولة لا تستطيع أن تقوم بدون حكومة تتولى وظيفتها السياسية و تأخذ هذه الحكومة في الحياة العملية بشكل مجلس تنفيذي أو مجلس حكومة أو مجلس المفوضين وتقوم بتنظيم العلاقات بين السكان وتدير الإقليم وتشغيل موارده و تستخدم ما تحت يدها من مصادر للثورة والقوة وتدعم وحدة الدولة ومكانتها الدولية.

أولا: خصائص السلطة السياسية.

يمكن سرد السمات الرئيسية للسلطة السياسية كما يلي:

(1) - سعد عصفور ، المرجع السابق، ص 223.

2 - السعيد بوشعير، المرجع السابق، ص 72.

3 - محمد كاظم المشهداني، المرجع السابق، ص 12.

01- أنها سلطة أصلية غير مشتقة من أية سلطة أخرى بل جميع السلطات الأخرى تكون مشتقة وتابعة لسلطة الدولة.

02- أنها سلطة عليا بحيث وحدها تملك امتياز اصدار قواعد قانونية ملزمة لأفراد المجتمع مادام أن القانون يعتبر أداة السلطة الرئيسية في فرض إرادتها على إرادة المحكومين.

03- أنها سلطة تحتكر وحدها القوة المادية التي تمكنها من تنفيذ أوامرها وقراراتها¹، غير أن القوة المادية لا تؤسس السلطة السياسية بالضرورة وإنما تستعمل للحفاظ عليها لكونها ملازمة لها لا تنفصل عنها².

04- أنها سلطة شاملة تمارس من قبل الحكام على كل المجموعة البشرية الموجودة على الاقليم دون استثناء كما تشمل مختلف النشاطات فهي على خلاف السلطات الأخرى غير محددة المجالات والنشاطات إلا وفق إرادتها مادام أن غاياتها هي تحقيق الصالح العام للجماعة³.

ثانيا: التمييز بين صاحب السلطة وبين من يمارسها.

إن صاحب السلطة السياسية هو الدولة في حد ذاتها والمكونة من الحكام والمحكومين، أما الحاكم أو الفئة الحاكمة فهي ليست أكثر من ممارسة لهذه السلطة⁴.

التكييف القانوني للاعتراف بالدولة وأهميته: ذهب رأي من الفقه إلى ضرورة وجود الاعتراف الدولي بالدولة لكي تكتمل عملية وجودها معتبرين بأن الاعتراف الدولي ركن رابع من أركان الدولة وهو منشأ لها إلا أن أغلبية الفقه تذهب إلى خلاف ذلك بأن الاعتراف ليس منشأ للدولة وإنما هو ذو أثر كاشف لوجودها منذ اكتمال أركانها الثلاثة سالفه الذكر⁵.

المطلب الثاني: خصائص الدولة.

تبرز خصائص الدولة وتتجلى من خلال تمتعها بالشخصية القانونية فرع أول ومن خلال أنها تكون دولة ذات سيادة فرع ثان وأخيرا من خلال أنها دولة قانونية فرع ثالث.

الفرع الأول: خاصية التمتع بالشخصية المعنوية.

¹ - محمد كاظم المشهداني، المرجع السابق، ص 13.

² - السعيد بوشعير، المرجع السابق، ص 79.

³ - مرجع نفسه، ص 79.

⁴ - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 28.

⁵ - للمريد من التفاصيل أنظر كل من:

- حسين وحيد عبود وثامر محمد رخيص، المرجع السابق، ص 152.

- السعيد بوشعير، المرجع السابق، ص 92.

سوف نعكف من خلال هذا الفرع تحديد مفهوم الشخص المعنوي أولاً ثم نتولى تحديد آثار الاعتراف الشخصية المعنوية للدول.

أولاً: مفهوم الشخص المعنوي.

يعرف الشخص المعنوي بأنه مجموعة من الأشخاص أو الأموال تهدف إلى تحقيق غاية معينة، ويعترف لها القانون بالشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق تلك الغاية، أي تمنح الشخصية القانونية للشخص المعنوي أو الاعتباري بالقدر اللازم لتحقيق هذه الغاية، التي قد تكون غاية اجتماعية غرضها تحقيق مصالح معينة للمجتمع كله أو لطائفة من طوائفه ومثال ذلك الجمعيات الخيرية التي تنشط داخل المجتمع، أو غاية مالية كالمؤسسات والشركات المالية أو سياسية كتلك التي تقوم بها الأحزاب السياسية المختلفة.... الخ، فالشخص المعنوي إذن عبارة عن شخص قانوني متميز ومختلف عن الأشخاص الآدميين المكونين له وهو قادر على اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، هذه الحقوق وتلك الالتزامات تكون لصيقة بالشخص المعنوي ومختلفة عن حقوق والتزامات الأفراد الطبيعيين المكونين له¹.

ومع ذلك نجد الفقيه الفرنسي ليون دوجي كان على رأس من أنكر الشخصية المعنوية للدولة، حيث ربط بين فكرة الشخصية والسيادة، وبالتالي فالدولة إذا ما وصفناها بالسيادة - كما يقول الفقيه دوجي - وجعلناها خصيصة من خصائصها امتنع اخضاعها لأي قاعدة أو حكم².

إلا أن ما يعاب على هذا الرأي أنه يربط بين الشخصية المعنوية والسيادة وهو ربط غير صحيح، لأن الشخصية المعنوية تعتبر خصيصة من خصائص الدولة في حين أن السيادة - كما سنرى لاحقاً - هي خصيصة من خصائص السلطة الحاكمة التي هي ركن من أركان الدولة، وبالتالي فهناك دول لها شخصية معنوية ومع ذلك قد تكون ناقصة السيادة³.

لذلك يذهب أغلبية الفقه إلى الاعتراف للدولة بالشخصية القانونية التي تؤهلها وتمكنها من اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات شأنها في ذلك شأن الأفراد الطبيعيين المكونين لها، وإن ظلت مستقلة عنهم لذلك توصف بالشخصية المعنوية⁴.

1 - السعيد بوشعير، المرجع السابق، ص 30-31.

2 - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 32.

3 - مرجع نفسه، ص 32.

4 - مرجع نفسه، ص 30.

وينطلق الاعتراف للدولة بالشخصية القانونية من حقيقة مسلم بها وهي أن الدولة كيان يتميز بطابع الدوام والاستمرار وهو مختلف عن أشخاص الحكام الذين يتولون السلطة فيها، ومن ثم لا يؤثر تغيير الحكام وزوالهم على حقوق الدولة والتزاماتها، أي أن الدولة وحدة قانونية مستقلة عن حكامها، وأن هذه الوحدة لها طابع الدوام والاستمرار لا تزول بزوال من يباشر الحكم فيها¹.

ثانياً: آثار تمتع الدولة بالشخصية القانونية:

يترتب على تمتع الدولة بالشخصية القانونية مجموعة من الآثار نذكر منها:

- اعتبار الدولة وحدة قانونية مستقلة ومتميزة عن الأفراد المكونين لها بما فيهم الحكام والمحكومين.

- إن المعاهدات والاتفاقيات التي أبرمتها الدولة تبقى نافذة وسارية المفعول مهما تغير شكل الدولة أو نظام الحكم فيها.

- لا يترتب على تغير شكل الدولة أو نظام الحكم فيها أو القائمين عليها تغيير القوانين أو تعطيل نفاذها وإنما تبقى هذه القوانين والتشريعات سارية المفعول ونافذة إلى غاية أن تلغى أو تغير.

- إن الالتزامات المالية التي تترتب على عاتق الدولة تبقى قائمة وواجبة النفاذ بصرف النظر عما يلحق الدولة من تغيير يمس شكل الحكم فيها أو ممثليها.

- إن حقوق الدولة لدى الغير هي الأخرى تظل قائمة طالما بقيت الدولة بصرف النظر عما يلحق الدولة من تغيير يمس شكل الحكم فيها أو ممثليها².

الفرع الثاني: خاصية التمتع بالسيادة.

يلحق بركن السلطة السياسية خصيصة مهمة هي خصيصة السيادة، ومقتضى ذلك أن السلطة السياسية في الدولة لديها سيادة عند قيامها بممارسة اختصاصاتها، بحيث تصبح سلطة عليا تسمو على ماعداها ولا تخضع لغيرها وإنما يخضع لها جميع من هم في حدود الدولة من أفراد وجماعات، وهذه السيادة تجعل من سلطة الدولة وحدة واحدة غير قابلة للتجزئة مهما تعدد الحكام مادام أنهم لا يملكون السلطة وإنما هم أدوات لممارستها، ومن ثم تعرف بالسيادة بأنها مجموعة

¹ - محمد كاظم المشهداني، المرجع السابق، ص 15.

² - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 32.

من الاختصاصات التي تنفرد بها السلطة السياسية باعتبارها سلطة أمرية عليا التي تستطيع فرض ارادتها على المحكومين¹.

أولاً: مجالات السيادة:

هناك مجالين للسيادة هما المجال السياسي والمجال القانوني لها.

01-المجال السياسي للسيادة. ومعناه الحق أو السند الذي يستمد منه الحكام شرعية توليهم السلطة وحكمهم للآخرين، أي مصدر السلطة السياسية في الدولة وأساسها.

02-المجال القانوني للسيادة: أي أنها خاصية من خصائص الدولة والمتمثلة في حقها في ممارسة مجموعة من المهام والصلاحيات الداخلية والخارجية دون خضوع إلى سلطة أخرى تساويها أو تعلوها.

ثانياً: مظاهر السيادة:

للسيادة مظهرين داخلي وآخر خارجي.

01-المظهر الداخلي للسيادة. ومعناها أن يكون باستطاعة السلطة السياسية ممارسة كل الصلاحيات والمهام المخولة للدولة على إقليمها وعلى كامل السكان الموجودين فيه دون منازعة أو منافسة أو تدخل من أية جهة خارجية أو داخلية أخرى.

02-السيادة الخارجية. يقصد بالسيادة الخارجية مجموعة الحقوق والصلاحيات التي تكون باستطاعة الدولة ممارستها في المجتمع الدولي، مثل حقها في الانضمام إلى المنظمات الدولية والتصويت فيها وإبرام المعاهدات والاتفاقيات دون أن تتلقى تعليمات أو توجيهات من أية دولة أخرى.

وبذلك تعني السيادة الخارجية المساواة بين جميع الدول ذوات السيادة وعدم خضوع الدولة لغيرها من الدول مع تمتعها بالاستقلال الكامل.

وعلى هذا فالسيادة بمظهرها الخارجي تكون دائماً مرتبطة باستقلال الدولة ومن ثم فهي قد تكون في هذا المجال سيادة كاملة (دولة مستقلة) وقد تكون سيادة ناقصة (دولة تابعة أو تحت الحماية)، إلا أنه وفي كل الأحوال فإن ذلك (الاستقلال والتبعية) لا يؤثران على الوجود القانوني والفعلي للدولة².

¹ - محمد كاظم المشهداني، المرجع السابق، ص 17.

² - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 34.

على هذا الأساس يكون للسيادة مضمون سلبي ومضمون ايجابي، يتجسد الأول في أن سلطة الدولة لا تخضع لغيرها في الداخل ولا تتبع غيرها في الخارج، ويتمثل المضمون الايجابي لها في كونها السلطة الآمرة العليا في الداخل وفي قدرتها على ابرام المعاهدات والاتفاقيات في المجال الخارجي وفي وفائها بالتزاماتها وتعهداتها للدول الأخرى¹، ومعنى ذلك أن الدولة مستقلة تماما في ممارسة سلطتها وبطريقة تقديرية، أي لها حرية اتخاذ القرار والتحرك والعمل حسبما تراه ملائما ودون الخضوع إلى توجيهات أجنبية.

الفرع الثالث: خاصية الخضوع للقانون.

سوف نتطرق في هذا الفرع إلى أهم النظريات التي حاولت تأصيل مسألة خضوع الدولة للقانون ثم نفضل في المقومات التي تحقق ذلك.

أولا: تأصيل مبدأ خضوع الدولة للقانون.

أصبحت مسألة خضوع الدولة للقانون خاصية تميز الدولة الحديثة ومبدأ من المبادئ الدستورية التي تجتهد كل دولة في تطبيقها واحترامها، ويعني هذا المبدأ بصفة عامة خضوع الحكام وكافة الأجهزة ومؤسسات الدولة الممارسة السلطة مثلها مثل الأفراد إلى أحكام القانون إلى أن يعدل أو يلغى ذلك القانون طبقا لإجراءات وطرق معروفة ومحددة مسبقا، وهو ما يعني أن الدولة ليست مطلقة الحرية في وضع القانون وتعديله حسب أهوائها حتى وإن كانت هي التي تضعه وتصدره، بل هناك قيود وحدود وضوابط نظرية وعملية تصطدم وتلزم بها وإلا تحولت الدولة إلى دولة استبدادية.

ومن ثم قسم الفقهاء الدولة من زاوية مدى احترامها للقانون إلى دولة استبدادية لا تخضع للقانون ولا تنقيد بأحكامه ودولة قانونية تخضع له وتلتزم بمبدأ المشروعية في كل أعمالها وتصرفاتها والتي تعني ضرورة مطابقة أعمال وتصرفات الحكام ومؤسسات الدولة للنصوص القانونية السارية المفعول واسنادها إليها، وقد ظهرت عدة نظريات حاولت أن تضع هذا المبدأ موضع التطبيق والتنفيذ في الدولة الحديثة، وهي النظريات التي سميت بالنظريات المقررة بمبدأ خضوع الدولة للقانون.

¹ - محمد كاظم المشهداني، المرجع السابق، ص 17.

نجد منها نظرية الحقوق الفردية، نظرية التقيد الذاتي وأخيرا نظرية التضامن الإجتماعي، لكننا سوف نركز على نظريتين أساسيتين هما نظرية القانون الطبيعي ونظرية التقيد الذاتي وذلك لتأثيرهما البارز أكثر من باقي النظريات.

01-نظرية القانون الطبيعي: وبرزت أكثر هذه النظرية في القرنين 17 و18 على يد الفقيه " جروسيوس"، وهي ترى بأن سلطة الدولة مقيدة بقواعد القانون الطبيعي على أساس أن حقوق الأفراد وحررياتهم سابقة عن وجود الدولة، وأنها باعتبارها كذلك فقوانين الدولة يجب أن لا تسمو عليها أو تمس بها، ومن ثم فالعدالة وقواعد القانون الطبيعي تعتبر كلها قيود ترد على ممارسي السلطة يجب الالتزام بهما¹، ومن الفقهاء الذين نادوا بهذه النظرية نجد الفقيه أرسطو، تشرون ويول، وليفور والذين يقولون بأن إرادة الدولة ليست مطلقة في القيام بأي تصرف تريده بل هي خاضعة لقوة خارجية عنها وتسمو عليها وهي قواعد القانون الطبيعي.

بيد أن هذه النظرية وإن لعبت دورا كبيرا في تقييد سلطة الحكام وفي كبح جماحهم فإنها تعرضت لانتقادات شديدة هزت أركانها خاصة من طرف الفقيه الفرنسي " كاري دي مالبرغ " الذي يعتبر قواعد القانون الطبيعي لا تشكل قيودا قانونية على إرادة الدولة، فهي حسبه مجرد قيد أدبي أو سياسي لأن القواعد لا تصبح قانونية إلا إذا تقرر لها جزاء مادي معين والدولة هي من تضع الجزاء وتلزم الأفراد به فكيف توضع الجزاء على نفسها.

02-نظرية التقيد الذاتي: تعد هذه النظرية من أهم النظريات التي فسرت كيفية خضوع الدولة للقانون، وهي تقوم على أساس فكرة جوهرية تتمثل في أن الدولة لا يمكن لها أن تخضع لأي قيد من القيود ما لم يكن نابعا من ارادتها الخاصة وأن القانون من صنع الدولة، ونظرا لكون هذه الأخيرة هي صاحبة السلطة العليا والسيادة فإنه لا يصلح القول بأنها تلتزم بالخضوع له خضوعا مطلقا، كما لا ينبغي لها التحلل منه، لأن ذلك يعني انكار السيادة وعلو سلطتها مما قد يؤدي إلى بطشها ودكتاتوريتها على حساب حرية شعبها، ومن ثم فالدولة لا تلتزم بالقوانين ولا تخضع لها إلا إذا كان ذلك بمحض إرادتها الخاصة وهذا الأمر يتماشى مع خاصية السيادة التي تتمتع بها الدولة، فقواعد القانون التي تقيدها هي من يصنعها وبالتالي يتحقق التقيد الذاتي، ونشأة هذه النظرية في ألمانيا من روادها "جنيليك" وتبناها في فرنسا الفقيه "كاردي مالبرغ"².

¹ - السعيد بوشعير، المرجع السابق، ص 118.

² - السعيد بوشعير، المرجع السابق، ص 117.

ورغم اقتراب هذه النظرية من الواقع إلا أنها لم تسلم من الانتقاد حيث يعبر الفقيه الفرنسي ليون ديغي من أشد المنتقدين لها، إذ انتهى به القول إلى أنه لا خضوع إذا كان هذا الخضوع يتوقف على إرادة الخاضع، وأنه ليس من المنطقي أن يقيد شخص نفسه بإرادته، فهذا القيد كاذب وأن هذه النظرية تحمل في طياتها الاستبداد.

ثانياً: مقومات الدولة القانونية:

عرفنا أن الدولة القانونية هي تلك الدولة تكون خاضعة للقانون، من سلطة حاكمة وأفراداً⁽¹⁾ ووجود هذه الدولة يرتكز على وجود مقوماتها تؤكد ذلك والتي تتمثل المرتكزات التالية:

01- وجود الدستور: لا بد أن يكون للدولة القانونية دستور يحدد سلطات الحكومة، وحقوقها وواجباتها، وحقوق الأفراد، وواجباتهم، والعلاقة بين السلطات وشكل الدولة، ونظام الحكم فيها، سواء أكان هذا الدستور مدوناً أم غير مدون.

02 - تدرج القواعد القانونية: ويقصد بتدرج القواعد القانونية أن تكون الدولة قائمة في نظامها القانوني على قواعد متسلسلة من حيث القيمة والقوة، فالقاعدة القانونية التي في مرتبة أدنى تستند إلى أعلى منها وهكذا يكون تسلسلها من دستور في قمة الهرم القانوني ثم تليه القوانين العضوية بعدها القوانين العادية ثم اللوائح الإدارية وأخيراً القرارات الإدارية الصادرة من سلطة إدارية دنيا.

03- خضوع الإدارة للقانون. خضوع الإدارة للقانون يؤدي إلى حماية حقوق الأفراد وحررياتهم، ويؤدي هذا المبدأ إلى مبدأ آخر وهو سيادة القانون، ويقصد بالإدارة جميع أجهزة الدولة، وإذا خضعت الإدارة للقانون فإن ذلك يؤدي إلى حماية حقوق الأفراد وحررياتهم، وإذا لم تخضع الإدارة للقانون يقع بالأفراد الظلم وتصادر حرياتهم، فالدولة التي تخضع للقانون دولة قانونية وعكسها الدولة غير القانونية.

04- الاعتراف بالحقوق والحرريات الفردية: من أجل أن تكون الدولة قانونية لا بد من اعترافها بحقوق الأفراد وحررياتهم من سياسية، واقتصادية واجتماعية، وفكرية، ودينية.

05- الفصل بين السلطات: هذا المبدأ يشكل ضماناً لخضوع الدولة للقانون وهي ضمان مهمة وفعالة ولكن عدم الأخذ به لا يعني عدم قيام الدولة القانونية؛ لأن مجرد احترام الهيئات الحاكمة

(1) - منير البياتي ، الدولة القانونية والنظام السياسي الإسلامي ، جامعة بغداد ، طبعة أولى ، 1399هـ . ص 499 .

لقواعد اختصاصها وعدم خروجها عن حدود سلطاتها يكفي لاعتبار الدولة خاضعة للقانون، إلا أنه من تتبع التجارب يتضح أن هذا المبدأ أسهم بشكل فعال في خضوع الدولة للقانون.

06- تنظيم رقابة قضائية: مقتضاه أن تخضع أعمال الهيئات العامة للقضاء المتخصص الذي يملك مناقشتها في تصرفاتها، وتعتبر هذه الضمانة أقوى الضمانات جميعاً.

07- تطبيق النظام الديمقراطي: يذكر القانونيون هذا المبدأ باعتباره ضمانة من ضمانات الدولة القانونية، ومقتضى هذه الضمانة هو تنظيم الحكم بطريقة تجعل للمحكومين الحق في اختيار الحاكم، ومشاركته السلطة، ومراقبته، وعزله؛ مما يكون له الأثر الفعال في خضوع الحكام للقانون، ونزولهم على أحكامه⁽¹⁾

(1)- سعد عصفور، المرجع السابق، ص 46-48.

المبحث الرابع:

أشكال الدول

تقسم الدول إلى تقسيمات عدة، تختلف حسب الهدف من التقسيم وتبعاً لطبيعة اهتمامات واختصاصات الفقهاء والزواوية التي ينظرون منها إلى الدولة، فنجد فقهاء القانون الدولي ركزوا في تحديد أشكال الدول على مقدار ما تتمتع به هذه الدول من سيادة فقسموها إلى دول كاملة السيادة وأخرى ناقصة السيادة، غير أن ما يهمننا في هذه الدراسة هو موقف فقهاء القانون الدستوري من هذه التقسيمات الذين اهتموا بتقسيمها من حيث شكلها إلى دول بسيطة موحدة ودول مركبة⁽¹⁾.

المطلب الأول: الدولة البسيطة (الموحدة).

وهي الدولة التي تتميز بالبساطة والوحدة في تنظيمها الدستوري بحيث تنفرد بإدارة شؤونها الداخلية والخارجية سلطة واحدة التي تبسط سيطرتها على كل أجزاء الاقليم دون أن تنازعها أو تشاركها في ذلك سلطة أو جهة أخرى، بمعنى أنه تباشر فيها سلطات الحكم حكومة واحدة تفرض نفوذها على كامل إقليمها، كما هو الحال في الجزائر وفرنسا وبلجيكا واليونان⁽²⁾، هذه الدول تكون لها سلطة (تنفيذية وتشريعية وقضائية) واحدة ودستور واحد وقوانين واحدة داخل كل نطاقها الإقليمي.

الفرع الأول: خصائص الدولة الموحدة.

تتميز الدولة الموحدة بمجموعة من الخصائص نذكر منها:

- 01- تنتم الدولة الموحدة أو البسيطة بوحدة الدستور في الدولة بحيث لا يوجد فيها سوى دستور واحد تسري أحكامه على كل أجزاء الاقليم.
- 02- تنتم الدولة الموحدة أو البسيطة بوحدة السلطة التشريعية أيضاً في الدولة بحيث تتولى سن القوانين التي تسري على كل أجزاء الاقليم.
- 03- تتميز الدولة الموحدة أو البسيطة كذلك بوحدة السلطة التنفيذية التي يتبعها جميع القاطنين على إقليم الدولة.

(1) -سعد عصفور، المرجع السابق، ص 102.

(2) -مرجع نفسه، ص 102.

04- نفس الشئ تتميز الدولة الموحدة أو البسيطة كذلك بوحدة السلطة القضائية التي يلجأ إليها جميع القاطنين في اقليم الدولة لحل مختلف منازعاتهم.

05- يعتبر إقليم الدولة الموحدة أو البسيطة وحدة واحدة يخضع في جميع أجزائه للسلطات الحكومية ولا يؤثر في ذلك اتصال أو انفصال أجزاء هذا الاقليم عن بعضها البعض¹.

الفرع الثاني: المركزية واللامركزية الادارية في الدول البسيطة (الموحدة).

إن بساطة الدولة الموحدة في تركيب نظامها الدستوري لا يقتضي بالضرورة بساطة تنظيمها الاداري، لأنه قد تأخذ الدولة الموحدة بنظام المركزية الادارية كما قد تأخذ بنظام اللامركزية الادارية².

ويقصد بنظام المركزية الادارية تجميع الوظيفة الادارية وحصرها على ممثلي الحكومة المركزية في العاصمة دون مشاركة من الهيئات الموجودة على المستوى المحلي.

ويحقق نظام المركزية الادارية بعض المزايا يمكن تلخيصها في المحافظة على وحدة الدولة وتوفير النفقات مع الكفاءة وسرعة الانجاز، كما أنه لا يخلو من بعض العيوب منها التركيز الشديد للسلطة وعجز الادارة المركزية على حل جل المشاكل المحلية التي تتعلق ببعض نواحي الاقليم نظرا لعدم قدرتها على الاحاطة بها بصورة قريبة³.

أما نظام اللامركزية الادارية فيقتضي توزيع الوظيفة الادارية بين الحكومة المركزية الموجودة في العاصمة وبين هيئات أخرى محلية أو مصلحة تباشر اختصاصاتها بصفة مستقلة تحت رقابة ووصاية الحكومة المركزية⁴.

لذلك يتضح أن استقلالية الوحدات الاقليمية أو المصلحية في نظام اللامركزية الادارية لا يكون كاملا، إنما تخول هذه الوحدات سلطة البت والتقرير في بعض الاختصاصات المخولة لها بموجب القانون مع بقاء أهم الاختصاصات بيد السلطة المركزية، كما أنها تبقى دائما تحت رقابة السلطة المركزية، هذه الرقابة تعتبر ركيزة أساسية في التمييز بين نظام اللامركزية الادارية ونظام اللامركزية السياسية الذي تقوم عليه الدول المركبة⁵.

¹ - محمد كاظم المشهداني، المرجع السابق، ص 36.

² - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 76.

³ - محمد كاظم المشهداني، المرجع السابق، ص 37.

⁴ - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 77.

⁵ - محمد كاظم المشهداني، المرجع السابق، ص 37.

المطلب الثاني: الدولة المركبة.

وهي تلك الدولة المكونة من عدة دول تتحد لتحقيق أهداف مشتركة لهذه الدول وتتنوع سلطات الحكم بينها على نحو يختلف باختلاف نوع الاتحاد الرابط بينها⁽¹⁾ ويقسم فقهاء القانون الدستوري الدول المركبة إلى أربعة أنواع هي:

الفرع الأول: الاتحاد الشخصي.

وهو ذلك الاتحاد الذي ينشأ عن دولتين أو أكثر في شخص رئيس الدولة فقط، وتبقى كل دولة مستقلة بكيانها وسلطاتها ورموزها تمام الاستقلال، ماعدا أن رئيس الاتحاد واحد، وهو عندما يتصرف في أمر من الأمور لا ينفذ هذا التصرف إلا في حق الدولة التي يتعلق بها هذا الأمر فقط وفي حدود ما حدده الدستور له من سلطة، لذلك لا ينشأ الاتحاد الشخصي دولة واحدة جديدة بل تحتفظ فيه كل دولة بشخصيتها الدولية كاملة وبكل اختصاصاتها الداخلية التي يحددها لها دستورها الخاص²، وهي الأمور التي تجعل هذا النوع من الاتحاد ضعيفا ومؤقتا يزول وينتهي بمجرد اختلاف رئيس الدولة في كل دولة، ويعطي لنا التاريخ بعض الأمثلة على الاتحاد الشخصي، كما هو الحال مع الاتحاد الذي أبرم بين بريطانيا وهانوفر، حيث آل العرش إلى شخص واحد في الدولتين؛ نتيجة لقوانين الوراثة، وانقضى هذا الاتحاد لزوال صفة الملك عن ذلك الشخص في إحدى الدولتين بحكم قوانين الوراثة نفسها، وذلك كان عام 1714م إلى عام 1838م السنة التي تولت الملكة فكتوريا عرش بريطانيا، حيث أن الدستور في هانوفر لا يسمح للنساء بتولي العرش⁽³⁾.

الفرع الثاني: الاتحاد الحقيقي (الفعلي).

وهو ذلك الاتحاد الذي ينشأ بفعل اتحاد دولتان ليس فقط في شخص رئيس الدولة وإنما حتى في الهيئة المشرفة على الشؤون الخارجية، وعلى هذا أساس يكون هذا النوع من الاتحاد أقوى من سابقه؛ لأنه لا يقتصر على كون رئيس الدولتين واحد بل يتعداه إلى اتحاد الدولتين في مجال السياسة الخارجية من خلال وحدة التمثيل الدبلوماسي والسياسي بينهم، عن طريق وجود هيئة مشتركة تباشر شؤونها، ويبقى السلطان الداخلي لكل دولة مستقلا كما هو الشأن في الاتحاد

(1) - سعد عصفور، المرجع السابق ص 103.

(2) - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 79.

(3) - مرجع نفسه، ص 79.

الشخصي، بحيث يكون لكل دولة دستورها وقوانينها وأنظمتها الداخلية¹، وهكذا فالاتحاد الحقيقي إذ يختلف مع الاتحاد الشخصي من حيث أن الدولة الداخلة فيه تفقد شخصيتها الدولية وسائر اختصاصاتها الخارجية فإنه يتشابه معه من حيث احتفاظ كل دولة داخلة فيه باستقلالها الداخلي²، وينشأ هذا النوع إما عن طريق معاهدة بين دولتين، كما حدث بين السويد والنرويج سنة 1885، وإما عن طريق تشريع مماثل تصدره دولتان، كما حدث بالنسبة لاتحاد الدنمارك وأيسلندا في الفترة من 1918 - 1944⁽³⁾.

الفرع الثالث: الاتحاد التعاهدي (الاستقلالي).

ومقتضى هذا النوع أن تتحد عدة دول على نحو يبقى معه لكل دولة سلطانها في الخارج والداخل، من خلال إنشاء هيئة مشتركة بتصريف بعض شؤونها الخارجية نيابة عنها، ويكون ذلك بأن تبرم مجموعة من الدول معاهدة تقضي بإنشاء هيئة أو مجلس أو مؤتمر مهمته رسم السياسة المشتركة وعرضها على الدول الأعضاء في الاتحاد لتقرر رأيها فيها، ولا تعتبر سارية المفعول ما لم تجمع عليها الدول الأعضاء، فالمؤتمر إذن ليس سلطة فوق الدول الأعضاء، وإنما هو أداة تظهر من خلالها رغبة تلك الدول، والعمل على التوفيق بينها، وليس للمؤتمر سلطة على رعايا دول الاتحاد، وليس له ما يخوله بالاتصال بهم إلا عن طريق دولهم.

لذلك فكل دولة تبقى متمتعة بسيادتها الداخلية كاملة ومحتفظة بشخصيتها الدولية الأمر الذي يخول لها بكل حرية حق التمثيل الدبلوماسي مع الغير سواء الداخل في الاتحاد أو خارجه وعقد ما تشاء من المعاهدات شريطة أن لا تتعارض أهدافها مع الأهداف المشتركة التي وجد الاتحاد لتحقيقها، كما أن الحرب التي تقوم بها إحدى دول الاتحاد مع دولة أجنبية لا تلزم بقية دولة الاتحاد إلا في حدود الأهداف المشتركة التي تم الاتفاق عليها، أما الحرب التي تنشأ بين دول الاتحاد فلا تعتبر حرب أهلية بل حرب دولية، كما أن رعايا كل دولة من دول الاتحاد هم أجانب بالنسبة لبقية دول الاتحاد فيظلون محتفظين بجنسيتهم الخاصة.

على هذا الأساس اعتبر الفقهاء أن الاتحاد الكونفدرالي هو اتحاد ضعيف وله صفة مؤقتة حيث سرعان ما تتفكك الرابطة الاتحادية وتتفصل الدول الأعضاء⁴.

¹ - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 81.

² - مرجع نفسه، ص 82.

(3) - سعد عصفور، المرجع السابق، ص 104.

⁴ - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص ص 83-84.

وخير دليل على ذلك ما كان عليه الحال في بعض التجارب التي تبين منها أن هذا النوع من الاتحاد لا يدوم، فهو إما أن ينتهي بالانفصال كما حدث لاتحاد جمهوريات أمريكا الوسطى سنة 1898م، أو باشتداد الصلة بين الدول الأعضاء فيتحول بذلك إلى اتحاد مركزي، كما حدث بالنسبة للاتحاد الأمريكي سنة 1787م، والاتحاد السويسري سنة 1848م والاتحاد اليوناني سنة 1866م⁽¹⁾.

الفرع الرابع: الاتحاد المركزي (الفيدرالي).

على خلاف باقي الاتحادات التي نشأت بموجب معاهدات دولية تبرم بين الدول الاعضاء فهي تعبر عن عمل دولي خارجي، فإن الاتحاد الفيدرالي ينشأ بموجب دستور تلتزم بأحكامه دولة الاتحاد المركزية والدويلات المنطوية تحت لوائه، ويصبح لدولة الاتحاد بموجب أحكام الدستور سلطة مباشرة على رعايا الدويلات الأعضاء، دون الرجوع إلى تلك الدويلات فيما تتخذه من قرارات فهي تمثل عمل دستوري داخلي²، ومثال ذلك الاتحاد الذي أبرمته الولايات الأمريكية، الذي تحول بموجبه الاتحاد التعاهدي الأمريكي إلى اتحاد مركزي سنة 1787⁽³⁾.

لذلك يقال أن الاتحاد الفيدرالي ليس إتفاقاً بين الدول وإنما هو في الواقع دولة مركبة تتكون من عدة دويلات مشكلة دولة واحدة هي دولة الاتحاد، تفنى فيها الشخصية الدولية لهذه الدويلات وتبقى فقط دولة الاتحاد ممثلة لها من خلال تولي جميع الشؤون الخارجية لجميع الدويلات بالإضافة إلى بعض الشؤون الداخلية لكل دويلة، ومن ثم يعتبر هذا الاتحاد أقوى أنواع الاتحادات وأخرها ظهوراً⁴.

أولاً: طرق نشأة وانقضاء الاتحاد الفيدرالي (المركزي):

سوف نتولى من خلال هذه الفقرة تحديد طرق نشأة هذا الاتحاد بعدها نتولى تحديد طرق انقضائه.

01- طرق نشأته: ينشأ الاتحاد الفيدرالي أو المركزي بموجب إحدى الطريقتين التاليتين:

(1) - سعدعصفور، المرجع السابق، ص 105.

² - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 88.

(3) - سعد عصفور، المرجع السابق، ص 106.

⁴ - حسين وحيد عبود وثامر محمد رخيص، المرجع السابق، ص 159.

أ-نتيجة تجمع رضائي أو جبيري: يتجسد هذا التجمع من خلال إتحاد بين العديد من الدول كانت في السابق دول مستقلة فاتحدت فيما بينها وانبتقت عن اتحادها دولة اتحادية بسيطة موحدة كما حدث في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا.

ب-نتيجة تقسيم مقصود لأجزاء من دولة كانت سابقا دولة بسيطة وموحدة كما هو الشأن مع الاتحاد السوفياتي سابقا وروسيا حاليا.

02-طريقة انقضاء الاتحاد المركزي: ينتهي هذا النوع من الاتحاد أيضا بطريقتين إما نتيجة انهيار الدولة وسقوطها وفق قواعد القانون الدولي كأن تقع تحت سلطة دولة أجنبية أو تتحول من الاتحاد المركزي إلى نوع آخر من الاتحاد مثل الاتحاد التعاهدي أو يتحول إلى دولة موحدة بسيطة، أو ينقسم إلى دول بسيطة مستقلة كما حدث مع الاتحاد السوفياتي سابقا¹.

ثانيا: مظاهر الاتحاد الفيدرالي (المركزي):

تبرز مظاهر الاتحاد المركزي أو المركزي من ناحيتين الأولى داخلية والثانية خارجية:

01-المظاهر الخارجية للاتحاد الفيدرالي (المركزي): من الناحية الخارجية تتقرر الشخصية الدولية للدولة الاتحادية دون غيرها من الدويلات التي تفقد كليا شخصيتها الدولية، ويترتب عن ذلك مجموعة من النتائج نذكر منها ما يلي:

أ-لدولة الاتحاد وحدها الحق في التمثيل الدبلوماسي والسياسي والفنصلي والانضمام للمنظمات الدولية وابرام المعاهدات والاتفاقيات.

ب- لدولة الاتحاد وحدها الحق في اعلان الحرب وعقد الصلح والاشراف على القوات المسلحة للاتحاد².

02-المظاهر الداخلية للاتحاد الفيدرالي (المركزي): عرفنا أن دولة الاتحاد المركزي تتكون من عدد من الدويلات التي تتنازل عن جزء من سيادتها الداخلية لصالح دولة الاتحاد، ويترتب عن ذلك مجموعة من النتائج نذكر منها: وجود حكومة خاصة بالدولة المركزية لها سلطاتها الثلاث من تنفيذية وتشريعية وقضائية بالإضافة إلى تمتع كل دويلة بحكومة محلية خاصة بها لها كذلك سلطاتها التنفيذية والتشريعية والقضائية، كما أنه يوجد لدولة الاتحاد المركزي دستورها وقوانينها الخاصة بها بالإضافة إلى وجود دستور وقوانين محلية خاصة بكل دويلة على حدى.

¹ - السعيد بوشعير، المرجع السابق، ص 131.

² - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 91.

ثالثاً: كيفية توزيع الاختصاصات بين حكومة الاتحاد الفيدرالي (المركزي) وحكومة الولايات:

تتوزع هذه الاختصاصات وفق الطريقة الآتية:

01- من خلال قيام الدستور المركزي الاتحادي بتحديد على سبيل الحصر اختصاصات الحكومة المركزية وما عداها من الاختصاصات تتولاها حكومة الولايات وهي الطريقة المنتهجة في كل من أمريكا وسويسرا والاتحاد السوفياتي سابقاً¹.

02- إما من خلال قيام الدستور المركزي الاتحادي بتحديد على سبيل الحصر اختصاصات حكومة الولايات وما عداها من الاختصاصات تتولاها الحكومة المركزية وهي الطريقة المنتهجة في كندا.

03- أخير يتولى الدستور المركزي تحديد كل من اختصاصات الحكومة المركزية واختصاصات حكومة الولايات على سبيل الحصر².

1 - السعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص 132.

2 - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص ص 94-95.

الفصل الثالث

النظرية العامة للدساتير

الفصل الثالث:

النظرية العامة للدساتير

سوف نتطرق من خلال هذا الفصل إلى الأساليب المختلفة لنشأة الدساتير مبحث أول ثم نتطرق إلى أنواع الدساتير المبحث الثاني وأخيرا نتطرق إلى سمو الدساتير والرقابة على دستورية القوانين مبحث ثالث.

المبحث الأول:

أساليب نشأة الدساتير

تختلف طرق وضع الدساتير من دولة إلى أخرى ومن زمن لآخر، وقد جملها بعض فقهاء القانون الدستوري⁽¹⁾ في طريقين كبيرين هما طرق غير ديمقراطية وطرق ديمقراطية.

المطلب الأول: الطرق غير الديمقراطية في وضع الدساتير.

ومن خلال هذه الطرق لا ينفرد الشعب صاحب السلطة والسيادة في وضع الدساتير كما تقتضيه الأساليب الديمقراطية، وإنما قد ينفرد الحاكم بوضعها دون أية مشاركة من الشعب، وهو ما يعبر عنه بأسلوب المنحة (فرع أول)، كما قد توضع الدساتير بموجب تعاقد أو اتفاق بين الحاكم من جهة وممثلي الشعب من جهة أخرى (فرع ثان).

الفرع الأول: أسلوب المنحة في وضع الدساتير:

بمقتضاه يقوم الحاكم بإرادته المنفردة بالتكريم على شعبه في منحه دستور يتنازل بمقتضاه عن بعض صلاحياته، وهو تعبير عن نظام الحكم المطلق الذي يملك فيه الملك كل شيء، وهذا الأسلوب ظاهريا يبدو منحة يبدو الدستور في شكل منحة من الملك إلى الشعب إلا أن الواقع أثبت في الكثير من الاحيان أن الأمر ليس دائما بهذه الصورة وهذه السهولة وإنما قد يجد الحاكم نفسه مضطرا لمنح شعبه هذا الدستور خوفا وتجنباً من ثورة محتملة ضده، يوشك الشعب أن يقوم بها²، ومن الأمثلة الشائعة للدساتير التي وضعت بهذه الطريقة نجد: الدستور الفرنسي لسنة

(1) - للمزيد من التفاصيل أنظر كل من:

- السيد صبري ، والدكتور عثمان خليل وحيد رأفت ووايت إبراهيم ، ومعظم رجال الفقه الدستوري المصري.

2- نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 482.

1814م حينما منح لويس الثامن عشر ذلك الدستور للأمة الفرنسية عقب سقوط نابليون والدستور الروسي الصادر سنة 1906م، والدستور الياباني الصادر سنة 1889.

الفرع الثاني: أسلوب العقد (الاتفاق) في وضع الدساتير.

وبمقتضى هذه الطريقة يتعاقد الحاكم مع ممثلي الشعب ويتفق معهم على وضع دستور للبلاد⁽¹⁾، كما حدث في إنجلترا عند صدور العهد الكبير سنة 1215 وإعلان الحقوق سنة 1688⁽²⁾، وهنا لا تظهر إرادة الملك أو الحاكم وحدها كما هو الشأن مع الطريقة الأولى بل تظهر إلى جانبها إرادة ممثلي الشعب⁽³⁾، مع أنها تبقى طريقة غير ديمقراطية على أساس أن الديمقراطية تقتضي إنفراد الإرادة الشعبية وحدها بوضع الدستور.

المطلب الثاني: الطرق الديمقراطية في وضع الدساتير.

في ظل هذه الطرق نجد الشعب ينفرد لوحده بوضع الدستور دون مشاركة أو مساهمة للحاكم، وهي تتمثل في أسلوبين أسلوب الجمعية التأسيسية (فرع أول) وأسلوب الاستفتاء الدستوري (فرع ثان).

الفرع الأول: أسلوب الجمعية التأسيسية.

بمقتضاها ينتخب الشعب ممثلين عنه في شكل جمعية تأسيسية مكونة من مجموعة من أفراد الشعب مهمتها وضع دستور للبلاد نيابة عنه، حيث ينتهي وجودها بانتهاء مهمتها⁽⁴⁾، وهو الأسلوب الذي وضع به كل من الدستور البلجيكي سنة 1875م، ودستور الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1787م، والدستور الألماني سنة 1919م.

الفرع الثاني: أسلوب الاستفتاء الدستوري.

ويكون ذلك من خلال طرح مشروع الدستور على الشعب في استفتاء عام، بعد وضع هذا المشروع أو المسودة بواسطة لجنة خاصة تتكون من خبراء مختصين في القانون الدستوري يعينون من قبل الحكومة للقيام بهذا الغرض أو يتم انتخابهم من طرف أفراد الشعب⁽⁵⁾.

(1) - للمزيد من التفاصيل أنظر النظم الدستورية في البلاد العربية، السيد صبري - ص 139.

(2) - مثال الفقيه الفرنسي لانسارليز وبرتلي وبيدور وفيدل - القانون الدستوري - وسعد عصفور - ص 213. 211.

3- لموشية سامية، المرجع السابق، ص 59.

4- نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 484.

5- لموشية سامية، المرجع السابق، ص 59.

مع أنه يجب التأكيد بأن طريقة الجمعية التأسيسية تعتبر أفضل الطرق الديمقراطية وأحسنها لوضع الدساتير حيث تفسح المجال واسعا لتمحيص وفحص أحكامها تفصيلا دقيقا وكاملا، وهو ما يستحيل تحقيقه في أسلوب الاستفتاء أين يكون الشعب مضطرا إما قبول المشروع برمته أو رفضه برمته دون قدرته على إدخال أية تعديلات عليه، وهو الأمر الذي لا يترك أية فرصة حقيقية للشعب صاحب السلطة ومالك السيادة في الاختيار والمفاضلة، إذ يضطر إلى تفضيل الموافقة على الدستور غير مقتنع ببعض أحكامه وجزئياته عوض ترك البلاد تتخبط في عواقب رفضه مادام أنها تبقى محكومة لفترة أخرى - حتى يوضع دستور آخر يرتضيه - حكما مؤقتا دون دستور، مع أن الطريقة الأفضل على الإطلاق تتجسد على كل حال من خلال سن الدستور بأسلوب يجمع بين طريقة الجمعية التأسيسية وطريقة الاستفتاء، من خلال تولي جمعية تأسيسية منتخبة من قبل الشعب مهمة وضع مشروع أو مسودة دستور توافق عليها بعد إجراء مناقشة لها مناقشة كاملة وتامة، على أن يطرح المشروع بعد ذلك على الاستفتاء الشعبي ليقوم الشعب بقبوله أو رفضه¹.

والحقيقة التي يمكن قولها في الأخير أن حصر طرق نشأة الدساتير في أساليب معينة أمر غير مسلم به لأنه يمكن أن تنتوع هذه الطرق تبعا لتنوع أنظمة الحكم وأن تتطور بتطورها؛ وأن هذه الطرق التي حددها الفقهاء القانونيون، والتي عرفت حتى الآن، إنما تعكس في نشأتها المراحل الرئيسية التي مرت بها أنظمة الحكم، وهذا ما يرجحه بعض فقهاء القانون⁽²⁾، وعليه فإنه يمكن تحديد المراحل التي مر بها هذا التطور، وحصرها في ثلاث مراحل أساسية وهي:

المرحلة الأولى: تميزت بظهور مجموعة من التيارات في الدول الأوروبية تطالب بضرورة وضع دستور للبلاد، ومن ثم تجسد وجود هذا الأخير في شكل لمنحة من قبل ملوك الدول الأوروبية إلى شعوبهم ومن خلالها انتقل الحكم في هذه الدول من المطلق إلى المقيد.

المرحلة الثانية: تميزت هذه المرحلة بتعاظم قوة تلك التيارات بحيث وجدت الدساتير عن طريق مشاركة الشعب في السلطة التأسيسية، وهي الطريقة التي سميت بطريقة التعاقد.

المرحلة الثالثة: تميزت بتغلب تلك التيارات، وذلك بصدور الدساتير عن طريق سلطة تأسيسية منتخبة من الشعب، وأول ما نشأ من ذلك أسلوب الجمعية التأسيسية في الولايات المتحدة

1 - أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 123.

(2) - يحيى الجمل، المرجع السابق، ص 206-215.

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 بعد انتشار المبدأ الديمقراطي 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 1947⁽¹⁾.

المبحث الثاني:

أنواع الدساتير

تتم عملية تصنيف الدساتير وتحديد نوعها وفقا للمعيار الذي يرجع إليه عند التحديد مع أن الفقه طرح معياران يمكن الاعتماد عليهما في تحديد نوع الدستور هما معيار الكتابة أو التدوين ومعيار كيفية أو طريقة التعديل.

ومن ثم فإنه من حيث التدوين وعدمه، يكون للدستور نوعان، دستور مدون، ودستور غير مدون، ومن حيث كيفية التعديل، يكون للدستور نوعان أيضا هما الدستور المرن، والدستور الجامد، وفي المطلبين التاليين يتم توضيح ذلك.

المطلب الأول: من حيث التدوين وعدمه.

تنقسم الدساتير من حيث المصدر إلى نوعين، وهما الدساتير 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.

ومعيار أو مناط هذا التقسيم هو التدوين من عدمه، والمقصود بالتدوين ليس فقط تنظيم الحكم في وثيقة مكتوبة، وإنما المقصود به التسجيل في وثيقة رسمية من سلطة مختصة بسنها وهو ما يسمى بالتدوين الفني أو الرسمي⁽³⁾.

على هذا الأساس يكون الدستور مدونا عندما تصدر أغلبية أحكامه في وثيقة أو عدة وثائق رسمية بواسطة المؤسس الدستوري، وعلى خلاف ذلك يكون الدستور غير مدونا إذا كانت أغلبية قواعده مستمدة من العرف أو القضاء وليس من التشريع⁽⁴⁾.

(1) - يعي الجمل، المرجع السابق ص 206-215.

(2) - سعد عصفور ، ، المرجع السابق ص 74 .

(3) - مرجع نفسه، ص 74.

(4) - مرجع نفسه، ص 74.

والحقيقة أن تقسيم الدساتير إلى مدونة صدرت عن طريق السلطة التأسيسية في صورة مكتوبة ودساتير غير مدونة صدرت في صورة غير مكتوبة من خلال العرف والقضاء، هو تقسيم نسبي فلا يوجد دستور في العالم إلا ويشمل أحكاما صدرت مكتوبة وأخرى غير مدونة صدرت عن طريق 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 ، وملتمس الحقوق سنة 1628م *Potition Of Rights* وقانون الحقوق *Bill Of Rights* وقانون توارث العرش *Act Of Settlement Act* سنة 1701 م وقانون البرلمان *Act Parliament* سنة 1911 (1) .

وتؤكد التجارب الدستورية في الدول ذات الدساتير المدونة أنه مهما كان الدستور المدون للدولة مفصلا ودقيقا، فلا بد أن ينشأ عقب صدوره ظروف وتطورات، تؤدي إلى نشوء أحكام جديدة تفسره، أو تكمله، أو تعدله، يكون مصدرها العرف أو القضاء، لذلك فأغلب دول العالم لها اليوم دساتير مدونة ما عدا بريطانيا، حيث انتشرت حركة تدوين الدساتير بعد استقلال الولايات المتحدة الأمريكية ووضعها لدستورها المدون.

المطلب الثاني: من حيث كيفية التعديل.

تنقسم الدساتير حسب هذا المعيار إلى دساتير مرنة (فرع أول) وأخرى جامدة (فرع ثان).

الفرع الأول: الدساتير المرنة.

الدساتير المرنة هي تلك التي يمكن تعديلها بالإجراءات نفسها التي تعدل بها القوانين العادية، وأن السلطة التي تتولى ذلك هي ذات السلطة هي ذات السلطة التي تتولى سن أو تعديل القوانين العادية أي السلطة التشريعية، ويمكن القول بأن غالبية القواعد الدستورية العرفية تعتبر مرنة لا يشترط عند تعديلها أية إجراءات خاصة تختلف تلك المتبعة بشأن تعديل القوانين العادية².

على هذا الأساس فيمكن للبرلمان الإنجليزي تعديل نصوص الدستور من خلال اتباع نفس الإجراءات المتبعة في تعديل القوانين العادية، ومع ذلك فصفة المرونة لا تنتفي في الدساتير المكتوبة حيث هناك أمثلة الدساتير المكتوبة وهي في نفس الوقت دساتير مرنة ما كان عليه الحال في دستور الاتحاد السوفياتي لسنة 1918، والدستور الإيطالي لسنة 1848 وكذا الدستور

(1) - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 75.

2 - السعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص 187.

ولسنة 1830 ولسنة 1814، وقد عيب على هذه الدساتير تأثرها بالأهواء والتغلبات السياسية والحزبية بسبب سهولة تعديلها¹.

الفرع الثاني: الدساتير الجامدة.

الدساتير الجامدة هي التي يتطلب تعديلها إجراءات أشد من الإجراءات التي يعدل بها القانون العادي، وكون أن الدستور جامدا فإنه سوف يحمي مواده من العبث والتغيير المستمر لسبب أوبدونه، وبالتالي كفالة نوع من الثبات لأحكامه عن طريق اجراءات خاصة تجعل تعديله صعبا عسيرا ليس في متناول الجميع دائما⁽²⁾، وتنقسم الدساتير الجامدة إلى دساتير تحظر التعديل ودساتير تجيزه ولكن بشروط خاصة:

أولا: دساتير تحظر التعديل.

فالدساتير التي تحظر التعديل لا ينص على الحظر فيها صراحة، وإنما يتم اللجوء إلى الحظر الزمني، أو الحظر الموضوعي.

01: الحظر الزمني. ويقصد به حماية الدستور خلال فترة من الزمن - لضمان نفاذ أحكام الدستور كلها أو جزء منها- تكفي لتثبيتها قبل أن يسمح باقتراح تعديلها، من خلالها يهدف الدستور إلى تحقيق قدر من الثبات والاستقرار للنظام السياسي الجديد الذي جاء به هذا الدستور³ مثال ذلك دستور الاتحاد الأمريكي الصادر سنة 1789 الذي حظر تعديل بعض أحكامه قبل سنة 1808، كما يتحقق الحظر الزمني من خلال منع تعديل أحكام الدستور تعديلا كلياً أو جزئياً في ظروف معينة تمر بها البلاد كأن تكون في حالة حرب أو أن إقليمها مهدد بمجموعة من المخاطر يحتاج إلى استقرار المؤسسات الدستورية لمواجهة ذلك ما قرره الدستور الفرنسي الحالي في المادة 79 التي حرمت تعديله في حالة احتلال بعض أو كل إقليم الدولة بواسطة قوات أجنبية⁴.

02: الحظر الموضوعي. أما الحظر الموضوعي فمعناه حماية أحكام معينة من الدستور بحيث لا يمكن للتعديل أن يطالها مهما طرأت على باقي الأحكام من تعديلات، ويتعلق هذا عادة بالأحكام الجوهرية أو الأساسية التي يحتويها الدستور ولا سيما ما يتعلق منها بنظام الحكم

¹ - السعيد بوشعير، المرجع السابق، ص 187.

(2) سعد عصفور، المرجع السابق، ص 75.

3 - جاد صابر نصار، المرجع السابق، ص 111.

⁴ - جاد صابر نصار، المرجع السابق، ص 112.

المقرر، ومثال ذلك ما ورد في المادة 223 من التعديل الدستوري لسنة 2020 من أنه " لا يمكن لأي تعديل دستوري أن يمس بالطابع الجمهوري للدولة، النظام الديمقراطي القائم على التعددية الحزبية، الطابع الاجتماعي للدولة، الإسلام باعتباره دين الدولة، العربية باعتبارها اللغة الوطنية والرسمية، تمازجت كلغة وطنية ورسمية، الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن، سلامة التراب الوطني ووحدته، العلم الوطني والنشيد الوطني باعتبارهما من رموز ثورة نوفمبر 1954 المجيدة، عدم جواز تولي أكثر من عهدين رئاسيتين متتاليتين أو منفصلتين ومدة كل عهدة خمس سنوات"¹.

وكما جاء كذلك في الدستور الفرنسي لسنة 1875 الذي نصت المادة الثامنة منه بموجب الفقرة المضافة إليها بالتعديل الحاصل في 14 أوت 1884 على أنه لا يجوز أن يكون شكل الحكومة الجمهوري محلاً للتعديل⁽²⁾.

ثانياً: الدساتير التي تجيز التعديل بشروط خاصة.

إن الدساتير التي تجيز التعديل بشروط خاصة تختلف فيما بينها في كيفية تعديلها وفي الشروط المطلوبة لذلك، ومن ثم سوف نتطرق إلى الاعتبارات التي تجب مراعاتها أثناء عملية تعديل الدساتير الجامدة (01) وبعد ذلك سوف نفصل في المراحل المتبعة في عملية تعديل هذه الدساتير (02).

01-الاعتبارات التي تجب مراعاتها أثناء عملية تعديل الدساتير الجامدة: ترجع مسألة التقيد بإجراءات خاصة عند القيام بعملية تعديل الدساتير الجامدة لمجموعة من الاعتبارات يمكن حصرها في اعتبارين إثنين أحدهما سياسي والآخر فني.

أ-الاعتبار السياسي: يتحقق هذا الاعتبار من خلال أن الضوابط المقررة لتعديل الدستور لا بد وأن يراعى فيها جانب السلطات التي يقوم عليها نظام الحكم.

ب-الاعتبار الفني: وأما الاعتبار الفني فيتمثل في أسلوب الصياغة المأخوذ بها عند وضع الدستور ويظهر جلياً أثر هذه الأساليب في ناحيتين هما:

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

1 - أنظر المادة 223 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

(2) سعد عصفور، المرجع السابق، ص ص 77-78.

- عند الاقتصار على تنظيم الأسس الجوهرية والمبادئ الأساسية في الدستور فإن ذلك يؤدي دائما إلى التشدد في إجراءات تعديله، بينما عند إيراد التفاصيل فيه فإنه يترتب عنه التيسير في تعديله⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن بعض الباحثين القانونيين⁽²⁾ يخلط بين تقسيم الدساتير إلى مدونة وغير مدونة وتقسيمها إلى مرنة وجامدة، معتبرا أن كل دستور مدون جامدا، وكل دستور غير مدون مرنا، وهذا الخلط أو الربط غير صحيح دائما نظرا لاختلاف هذين التقسيمين من حيث المعيار الذي على أساسه تم التقسيم فهذا مرتبط بالمصدر وذلك مرتبط بكيفية التعديل، ومن خلال تتبع بعض التجارب الدستورية المختلفة، نجد أنه قد يكون الدستور مدونا ومرنا في الوقت نفسه.

وقد يكون الدستور غير مدون ومستندا إلى العرف، وهو في الوقت نفسه جامد، ففي المدن اليونانية القديمة وجدت تفرقة بين القوانين العادية وقوانين أخرى، مثل القوانين الدائمة وقوانين المدينة، وكان يشترط لتعديل الأخيرة شروط خاصة وإجراءات أكثر أهمية، مما يضي عليها صفة الجمود، وكذا في العهد الملكي في فرنسا وجدت القوانين الأساسية التي لم يكن يكفي لتعديلها موافقة السلطة التشريعية العادية وإنما يلزم لذلك موافقة الهيئة النيابية⁽³⁾.

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

02-مراحل تعديل الدساتير: أوضحنا فيما سبق أن عملية تعديل الدساتير الجامدة تعتبر مسألة شاقة جدا تتطلب إتباع إجراءات مشددة تختلف عن تلك المتبعة في تعديل القوانين العادية، يمكن إبرازها من خلال تتبع المراحل التي يجب أن تمر بها عملية التعديل الدستوري وهي أربع مراحل أساسية تأتي متسلسلة تبدأ بمرحلة إقتراح التعديل، تليها مرحلة الاقرار المبدئي للتعديل تعقبها مرحلة إعداد وصياغة مشروع التعديل وتختتم هذه المراحل بمرحلة الموافقة النهائية على التعديل.

(1)- يعي الجمل، المرجع السابق، ص 196.

(2)- السيد صبري، المرجع السابق، ص 136 - 141.

(3)- سعد عصفور، المرجع السابق، ص 75 - 77.

أ- **مرحلة اقتراح التعديل:** قد يمنح حق اقتراح التعديل الدستوري للسلطة التنفيذية وحدها ممثلة في رئيس الجمهورية أو الحكومة ويتحقق ذلك في الدول التي تريد تقوية نفوذ السلطة التنفيذية على حساب البرلمان كما كان عليه الحال في الدستور الجزائري لسنة 1976، وقد يمنح حق الاقتراح للسلطة التشريعية وحدها كما هو عليه الحال في الدستور الأمريكي ودستور الاتحاد السوفياتي سابقا أو يكون ذلك مناصفة بين السلطتين، كما كان عليه الحال في الدستور الفرنسي الصادر سنة 1875 والتعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020 الذي أسند حق المبادرة بتعديل الدستور لكل من رئيس الجمهورية والبرلمان، حيث جاء في المادة 219: " لرئيس الجمهورية حقّ المبادرة بالتعديل الدستوري"، وأضافت المادة 122 منه ما يلي: " يمكن لثلاثة أرباع 3/4 أعضاء غرفتي البرلمان المجتمعين معا، أن يبادروا باقتراح تعديل الدستور على رئيس الجمهورية الذي يمكنه عرضه على الاستفتاء الشعبي ويصدره في حال الموافقة عليه".

وقد ينقرر حق اقتراح التعديل الدستوري للشعب مباشرة ويكون ذلك في الدول التي تحاول تطبيق بعض مظاهر الديمقراطية المباشرة كدستور الاتحاد السويدي ودساتير معظم دويلات الولايات المتحدة الأمريكية¹.

ب- **مرحلة الاقرار المبدئي للتعديل:** غالبا ما يختص البرلمان بمهمة الاقرار المبدئي للتعديل الدستوري باعتباره أكثر السلطات صلاحية للفصل في مدى ضرورة التعديل من عدمه على أساس أنه ممثل للشعب، لذلك هو من يعطى صلاحية النظر فيما إذا كانت هناك حاجة لاجراء تعديل على الدستور من عدمها دون الدخول في تفاصيل التعديل وصياغتها، وهو الأمر الذي أقره المؤسس الدستوري الجزائري من خلال المادة 219 من التعديل الدستوري لسنة 2020 بقولها " بعد أن يصوّت المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة على المبادرة بنفس الصيغة حسب الشّروط نفسها التي تطبّق على نصّ تشريعي، يُعرض التّعديل على الشعب للاستفتاء عليه خلال الخمسين يوما الموالية لإقراره".

ج- **مرحلة إعداد وصياغة مشروع التعديل:** تعطي بعض الدساتير مهمة إعداد وصياغة مشروع التعديل الدستوري إلى هيئة خاصة يجرى تعيينها أو انتخابها لهذا الغرض تضم خبراء ومختصين في مجال القانون الدستوري، كما تعهد دساتير أخرى هذه المهمة إلى البرلمان في حد ذاته لكن وفق اجراءات خاصة كما لو يتم حل البرلمان القائم وانتخاب برلمان جديد يتولى مهمة اعداد

¹ - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 515.

مسودة التعديل كما ذهب إلى ذلك الدستور الإسباني والدستور الهولندي والدستور البلجيكي أو ضرورة اجتماع البرلمان القائم في شكل مؤتمر مثلما تطلبه الدستور الفرنسي لسنة 1875 أو ضرورة الحصول على نسبة خاصة من الحضور لصحة جلسات البرلمان في التصويت أو لصحة القرارات المتخذة في هذا الشأن كما ذهب إلى ذلك دستور الاتحاد السوفياتي سابقاً¹.

د-مرحلة الموافقة النهائية للتعديل: تعطي معظم الدساتير مهمة الموافقة النهائية على التعديل الدستوري إلى الشعب ليقر ذلك من خلال استفتاء شعبي دستوري، كما هو الحال في معظم دساتير دويلات الولايات المتحدة الأمريكية وكذلك في الدستور الجزائري النافذ حالياً الذي جاء في مادته 219 مايلى " بعد أن يصوّت المجلس الشّعبي الوطني ومجلس الأمة على المبادرة بنفس الصيغة حسب الشّروط نفسها التي تطبّق على نصّ تشريعي، يُعرض التّعديل على الشّعب للاستفتاء عليه خلال الخمسين يوماً الموالية لإقراره"، وأكدت ذلك المادة 220 بقولها " يصبح القانون الذي يتضمّن مشروع التّعديل الدّستوريّ لاغياً، إذا رفضه الشّعب، ولا يمكن عرضه من جديد على الشّعب خلال نفس الفترة التّشريعيّة، بيد إلا أن المادة 221 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020 فتحت أمام رئيس الجمهورية إمكانية الاستغناء عن آلية الاستفتاء الدستوري في اقرار التعديل الدستوري بصفة نهائية وتعويضها بموافقة ثلاثة أرباع أصوات أعضاء غرفتي البرلمان وذلك في حالة توفر جملة من الشروط ذكرتها هذه المادة بقولها "إذا رأت المحكمة الدّستوريّة أنّ مشروع أيّ تعديل دستوريّ لا يمسّ البتّة المبادئ العامّة التي تحكم المجتمع الجزائريّ، وحقوق الإنسان والمواطن وحرّيّاتهما، ولا يمسّ بأيّ كفيّة التّوازنات الأساسيّة للسلطات والمؤسّسات الدّستوريّة، وعلّلت رأيها، أمكن رئيس الجمهورية أن يصدر القانون الذي يتضمّن التّعديل الدّستوريّ مباشرة دون أن يعرضه على الاستفتاء الشّعبي متى أحرز على ثلاثة أرباع أصوات أعضاء غرفتي البرلمان² .

¹ - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص ص 516-517.

² - أنظر المادة 221 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

المبحث الثالث:

أساليب نهاية الدساتير

يقصد بنهاية الدساتير إلغاؤها كلياً أي تعديلها تعديلاً شاملاً وبصفة جذرية، وذلك حينما تطل الدولة ومؤسساتها تغيرات عميقة قد تصل إلى حد استبدال الفلسفة السياسية لنظامها، بأخرى مختلفة¹.

وإذا كانت أغلبية الدساتير المكتوبة توضح طريقة تعديلها تعديلاً جزئياً مبينة الإجراءات المتبعة في ذلك، فإنه من النادر جداً أو من المستحيل أن نتصور الدساتير تنص على كيفية نهايتها، بيد أنه من خلال تتبع بعض التجارب الدستورية، وجدنا أنه وإن اختلفت الدساتير من حيث كيفية نهايتها، إلا أنه بشكل عام يمكن أن ترجع هذه الكيفية إلى الأسلوب العادي في نهاية الدساتير المطلب الأول إلى الأسلوب غير العادي أو الثوري في نهايتها المطلب الثاني.

المطلب الأول: الأسلوب العادي أو السلمي لنهاية الدساتير.

إن الأسلوب العادي لانتهاء الدستور أو ما اصطلح على تسميته بالطريق السلمي، المقصود به وضع حد لحياة الدستور القديم والاعلان عن الغائه ووقف العمل بأحكامه بشكل هادئ من دون اللجوء إلى استخدام القوة أو العنف من خلال استبداله بدستور آخر يتلائم مع التغيرات التي طرأت على الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية في الدولة²، ويكون ذلك وفقاً لما حدده الدستور بموجب السلطة المختصة بالغائه أو تعديله، ومن المعلوم أن الدساتير قد تكون مرنة أو جامدة، فالدساتير المرنة لا تثير أية إشكالية بخصوص تعديلها، نظراً لأن هناك سلطة واحدة هي السلطة التشريعية التي تملك تعديلها بنفس طريقة تعديل القوانين العادية وابتاع نفس الإجراءات، أما في حالة الدساتير الجامدة، فإن تعديلها يتطلب إجراءات أشد وأصعب من الإجراءات المتبعة لتعديل القانون العادي، ومعظم الدساتير الجامدة - كما قلنا - لا تنظم سوى الكيفية التي تعدل بها تعديلاً جزئياً، بحيث تجيز للسلطة المختصة بإنشاء الدستور تعديل بعض أحكامه ولا تجيز لها إلغاءه أو تعديله بصفة شاملة.

والقاعدة المتبعة في جل الأنظمة الدستورية أن الأمة بوصفها صاحبة السلطة التأسيسية الأصلية هي صاحبة الحق وحدها في إلغاء دستورها في أي وقت تشاء، وأن تضع دستوراً جديداً

1 - حماد صابر، المرجع السابق، ص 58.

2 - حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص 229.

عن طريق جمعية تأسيسية تنتخبها أو استفتاء تأسيسي أو من خلال أي طريق دستوري آخر تراه مناسباً لتحقيق هذا الغرض⁽¹⁾، وقد يتحقق إلغاء الدستور بصورة صريحة (الفرع الأول) كما قد يتحقق بصورة ضمنية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإلغاء الصريح للدستور.

ومن خلال هذه الصورة من الإلغاء يرد نص في الدستور الجديد يتضمن الإشارة صراحة إلى إلغاء الدستور القديم بصورة صريحة لا لبس ولا غموض فيها.

الفرع الثاني: الإلغاء الضمني للدستور.

تتحقق هذه الصورة من الإلغاء من خلال قيام الدستور الجديد إما بوضع قواعد وأحكام جديدة متعارضة مع تلك التي كانت قائمة في ظل الدستور القديم، وإما من خلال تناول الدستور الجديد كافة الموضوعات التي تضمنها الدستور القديم بالتنظيم².

المطلب الثاني: الأسلوب غير العادي (الثوري) في نهاية الدساتير.

يعتبر الأسلوب الثوري وسيلة غير عادية أو غير طبيعية في إنهاء الدساتير ووقف العمل بأحكامها ويتم ذلك عادة في عقب إندلاع ثورة أو حدوث انقلاب³، بمعنى أن إلغاء الدستور في ظل هذا الأسلوب يكون نتيجة لظروف غير عادية أدت إلى هذا الإلغاء أو إلى تعطيل العمل بأحكام الدستور.

الفرع الأول: التفرقة بين الثورة والانقلاب.

الثورة والانقلاب - كما رأينا آنفاً- طريقان واقعيان لنهاية الدساتير لا طريقين قانونيين، لأن الدساتير لا تنص في العادة على أي من هذين الطريقين كوسيلة مشروعة لنهاية الدساتير، في حين أن هذين الوسيلتين كانا قد لعبا دوراً كبيراً في نهاية الدساتير عبر مختلف الأزمنة⁴، ويظهر ذلك بالخصوص في التاريخ الدستوري الفرنسي، حيث نجد أن أغلب الدساتير الفرنسية التي صدرت بعد الثورة عام 1789 انتهت عن طرق ثورة أو انقلاب لدرجة أنه بلغ أكثر من 15 دستوراً فرنسياً قد سقط بموجبهما، ويرى بعض من الفقه الدستوري أن التفرقة بين الثورة والانقلاب تتم على أساس الجهة التي تقوم بكل منهما، فالثورة يقوم بها الشعب برمته في حين أن الانقلاب

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

22 - حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص 231.

³ - حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص 232.

4 - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 597.

يقوم به أحد أجهزة الدول كأن يقوم به نائب الرئيس أو رئيس الوزراء أو وزير الدفاع أو قائد الجيش وغيره ممن يتقاسمون السلطة في البلاد.

بيد أن الرأي الراجح في التمييز بينهما يرى بأن هذا التمييز يتم على أساس الغايات والأهداف التي تسعى إلى تحقيقها هذه الحركات الثورية، حيث أن الثورة يكون الوصول إلى تحقيق التغيير الجذري الذي يرمي إلى استبدال الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية القائمة بأوضاع أخرى مختلفة عنها، أما الانقلاب فيقتصر دوره فقط على استبدال الحكومة القائمة بحكومة أخرى بهدف الاستئثار بالسلطة والاستحواذ عليها مع بقاء باقي الأوضاع على حالها، أي هو مجرد تغيير يمس الأشخاص القائمين على الحكم دون تغيير لهذه الأوضاع، وبناء على ذلك فإنه إذا كانت الثورة تهدف إلى تحقيق صالح الجماعة بأسرها فإن الانقلاب يهدف إلى صالح فرد أو مجموعة قليلة من الأفراد¹.

الفرع الثاني: آثار الثورة والانقلاب.

قد تتوج الحركة الثورية سواء كانت ثورة أو انقلابا بالنجاح كما قد تبوء بالفشل، ففي حالة الفشل فلن يكون لها أي تأثير مباشر على النظام السياسي القائم ولا على الدستور أو القوانين القائمة، أما في حالة نجاح الثورة فإن تأثيرها يظهر جليا على الأوضاع السياسية القائمة من خلال سقوط الهيئات الحكومية القائمة، كما يسقط عادة الدستور متى تناقضت أحكامه مع أهداف الثورة، لذلك فإنه يجب أن يحل محل الدستور القديم دستور آخر جديد، ولكن إلى أن يوضع هذا الدستور الجديد، فإنه تنشأ حكومة ثورية واقعية مؤقتة تتولى السلطة بدلا عن الحكومة القانونية ريثما تستكمل البلاد بناء إطارها المؤسساتي من خلال وضع هذا الدستور الجديد الذي بدوره يبين طريقة وضع الهيئات الحاكمة².

والسقوط الذاتي للدستور لا يحتاج إلى تشريع يؤكد، لاسيما عندما تكون الثورة شاملة وتهدف إلى إحلال إطار قانوني شامل جديد محل الإطار السابق، أما الاعلان عن سقوط الدستور بعد نجاح الثورة فلا يعني أكثر من تقرير كاشف ومؤكد لحالة واقعية ترتبت فعلا عن نجاح الثورة في تحقيق أهدافها الشاملة³.

1 - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص ص 598-599.

2 - حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص 238.

3 - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص ص 601-602.

ومن جهة أخرى يتفق الفقهاء القانونيون على أن سقوط الدستور لا يسقط معه القوانين العادية التي صدرت بإجراء سليم في ظل الدستور السابق، ما لم ينص على ذلك صراحة أو ضمناً، وكذلك القواعد الموجودة في الدستور وليست أحكاماً 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 مستقبلاً معاملة القوانين العادية، ما لم تعد إلى الدستور الجديد بنص صريح⁽¹⁾.

وفي ختام هذا المبحث يمكن الإشارة إلى رأي فريق آخر من الفقه من يضيف طريق ثالث لإلغاء الدساتير بالإضافة إلى الطرق العادية والطرق الثورية وهو الطريق الذي يجسده العرف، حيث قد يجرى وجود هذا الأخير بعدم تطبيق الدستور؛ نظراً لظروف تقتضي ذلك، يؤدي إلى سقوط أحكامه مع أن الدستور يبقى موجوداً ولم يطالب أحد بإلغائه، ولكن يستقر العرف بعدم تطبيق نصوصه، وذلك مثل العرف الذي جرى بعدم تطبيق الدستور الثاني للثورة الفرنسية الصادر سنة 1793، إلا أنه يوجد هناك رأي آخر يذهب إلى القول بأن أثر العرف على الدستور القائم لا يؤدي إلى إلغائه ويقولون إن النصوص الدستورية لا تلغى بعدم التطبيق وإنما يتحقق ذلك بالطريقة نفسها التي وجدت بها⁽²⁾.

(1) المرجع السابق ، ص 216 - 220.

(2) د. إسماعيل بدوي ، مبادئ القانون الدستوري ، دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية ، ص 49 ، طبعة دار الكتاب الجامعي - القاهرة 1399 هـ.

المبحث الثالث:

الرقابة على دستورية القوانين

القانون الدستوري في الدولة سواء تمثل في الدستور العرفي أو الدستور المكتوب فإنه يتميز بسموه وعلوه على سائر القواعد القانونية في المجتمع، لأنه يأتي على قمة البناء القانوني في الدولة¹، ومن ثم يقصد بمبدأ سمو الدستور علو قواعده وسموها على غيرها من القواعد والتشريعات القانونية النافذة والصادرة من مختلف المؤسسات، وهذا يعني أن أي قانون تصدره المؤسسات أو الهيئات المذكورة ينبغي أن لا يكون مخالفاً لأحكام الدستور، وبذلك يراد بسمو الدستور أن النظام القانوني للدولة بأكمله يكون محكوماً بالقواعد الدستورية، كما أن أية إختصاص أو صلاحية أو وظيفة لا يمكن ممارستها من قبل المؤسسة المعنية إلا بالحدود التي رسمها لها الدستور.

بيد أن الأحكام الدستورية التي تضمنها الدستور تبقى مجرد مبادئ نظرية بعيدة عن الواقع العملي إن لم تؤمن لها الحماية والاحترام من أجل ضمان سمو الدستور اتجاه ماعده من القواعد القانونية والتنظيمية الأخرى² ومن ثم فإنه لتأكيد سمو الدستور على سائر القوانين يتم إخضاع هذه القوانين للرقابة على دستورية القوانين، من خلال القيام بفحص وتدقيق للقوانين والتشريعات الصادرة من الجهات المعنية للتأكد من انسجامها مع النصوص الدستورية، ومن ثم فالنظر في مدى مطابقة تلك القوانين والتشريعات مع أحكام الدستور نصاً وروحاً، ويعني ذلك أن تكون الأعمال القانونية الأدنى درجة من الدستور مسايرة لأسسه العامة وملائمة لفلسفته السياسية ما يمنع إصدار القوانين التي تكون مخالفة لأحكام الدستور، وعموماً فرقابة دستورية القوانين تخص الدساتير الجامدة دون المرنة، وتتم إما بواسطة هيئة سياسية وإما بواسطة هيئة قضائية تبعا لتنوع الأنظمة الدستورية³.

1 - جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 99.

2 - حماد صابر، المرجع السابق، ص 60.

3 - حماد صابر، المرجع السابق، ص 60.

المطلب الأول: الرقابة السياسية على دستوية القوانين.

سوف نخصص هذا المطلب للحديث عن مفهوم الرقابة السياسية على دستوية القوانين (الفرع الأول) ثم نتولى تقديرها من خلال تحديد ايجابياتها وسلبياتها (الفرع الثاني) وأخيرا ننتقل لدراسة تجربة هذه الرقابة في فرنسا (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم الرقابة السياسية على دستوية القوانين:

تفترض الرقابة السياسية وجود هيئة ذات طابع سياسي توكل لها مهمة تحريك الرقابة على دستورية القوانين، تكيف هذه المؤسسة أو الهيئة بأنها سياسية بالنظر إلى تركيبها وتكوينها أو بالنظر إلى طبيعة اختصاصاتها ويتم اختيار أعضائها سواء بالانتخاب أو بالتعيين من طرف الحكومة أو البرلمان أو من الهيئتين معا¹، تتجلى مهمتها في النظر في مدى مطابقة القوانين والتشريعات العادية لأحكام الدستور النافذ، وتلك المؤسسة أو الهيئة يمكن أن تتجسد في المؤسسة التنفيذية أو إحدى فرعيها وبالتحديد رئيس الدولة أو رئيس الوزراء، أو ربما تتجسد في المؤسسة التشريعية وبالتحديد رئيس (البرلمان) أو لجنة منبثقة عنه، إلا أن اسنادها إلى هيئة ذات طابع سياسي - كما هو الحال مع المجلس الدستوري الفرنسي - منشأة لهذا الغرض يعتبر من أنجح تجارب الرقابة السياسية في العالم.

وتكون الرقابة السياسية غالبا رقابة وقائية تباشر قبل أن يصبح القانون نافذا، بمعنى أنها تتم قبل اصدار القوانين من قبل رئيس الدولة⁴.

الفرع الثاني: تقدير الرقابة السياسية على دستوية القوانين.

سوف نبحت من خلال هذا الفرع عن مزايا الرقابة السياسية أولا ثم ننتقل للبحث عن مساوئها ثانيا.

أولا - مزايا الرقابة السياسية على دستوية القوانين:

تتجسد هذه المزايا في النقاط التالية:

-تمتاز الرقابة السياسية بالفعالية والنجاحة باعتبارها وسيلة غايتها منع تنفيذ القانون الذي يكون مخالفا لأحكام الدستور قبل وقوع المخالفة، لاسيما وأنها تمارس عادة قبل صدور القوانين، أي أن اثارها تتم قبل المصادقة على مشروع القانون، بمعنى قبل دخوله حيز التنفيذ، وبذلك تتم عملية درء مخالفة القانون لأحكام الدستور وحينذاك تتحقق مهمة احترام الدستور.

1 - بوكرا إدريس، المرجع السابق، ص 206.

-يتميز هذا النوع من الرقابة بالمرونة، وهو ما يخولها مسايرة التطورات الحاصلة داخل الدولة، في حين أنه إذا منحت الرقابة إلى هيئة قضائية، ربما تمسك هذه الهيئة بالنصوص قد يؤدي إلى عرقلة النشاط العام، باعتبار أنه قد لا تراعي الظروف السياسية المستجدة داخل الدولة.

ثانيا - مساوئ الرقابة السياسية على دستورية القوانين:

توجه إلى هذا النوع من الرقابة عدد من المساوئ أو العيوب تتجسد في النقاط التالية:

-ما يؤخذ على الرقابة السياسية على دستورية القوانين في البداية إنها ليست ذات أثر فعال في حماية وصيانة الدستور من عدم مخالفة القوانين الصادرة لأحكامه، وذلك لأنه لما كان المحرك لتلك الرقابة هو المؤسسة التنفيذية أو المؤسسة التشريعية ذاتها، فليس من المعقول أن تقوم أي من هاتين المؤسستين بتحريك تلك الرقابة ضد إرادتهما كونهما يشتركان في معظم النظم المعاصرة في اقتراح وإصدار القوانين.

-الرقابة الدستورية تتطلب كفاءات قانونية وتقنية قد لا تتوفر في الهيئة السياسية التي تنشأ لهذا الغرض باعتبار أن تشكيلتها تكون في الغالب من رجال السياسة الذين لا خبرة ولا دراية لهم بالمسائل القانونية.

-قد تخرج هذه الرقابة عن نطاق عملها والمتمثل في رقابة مدى دستورية القانون، لتشمل مدى ملاءمة القانون أو مدى عدالته أو فائدته لأنها رقابة سياسية¹.

-إمكانية خضوع الهيئة السياسية لضغوطات الجهة التي عينتها أو انتخبته، قد تكون هذه الجهة البرلمان أو السلطة التنفيذية، لذلك قد لا تلعب دور رقابة مدى دستورية القوانين الصادرة عن البرلمان، وإذا كانت الجهة المعينة هي السلطة التنفيذية فقد يجعلها تحت توجيه هذه السلطة لمصلحتها بعيدا عن دورها الرقابي.

-إسناد الرقابة إلى هيئة سياسية غير منتخبة يؤدي إلى التقليل من مفهوم السيادة الشعبية باعتبار أن هذه الهيئة ستراقب أعمال هيئة منتخبة هي المؤسسة التشريعية.

-عدم السماح للأفراد بتحريك المراقبة الدستورية في إطار هذا النوع من الرقابة قد يؤدي إلى تطبيق قوانين مخالفة للدستور في حالة لم يتم تحريك الرقابة قبل إصدار القانون من طرف الجهات المختصة.

1 - محمد المساوي، المرجع السابق، ص 130

وعلى العموم، فإن الرقابة السياسية تأثرت بالموقف الذي اتخذته رجال الثورة الفرنسية من القاضي وعلاقته بالمؤسسة التمثيلية، مع رفض خضوع البرلمانين ممثلي الأمة لرقابة القاضي، وهو ما أثر بعد ذلك على طبيعة هذه الرقابة، إذ منحت لأجهزة سياسية بدل الهيئات القضائية، وهو ما نتج عنه ضعف هذه الرقابة بسبب محاولتها الجمع بين متناقضين، من جهة ضمان عدم خضوع ممثلي الأمة للقضاء، ومن جهة ثانية ضمان مراقبة دستورية القوانين، وهو ما يتطلب هيئة تتمتع بنوع من الاستقلالية والابتعاد عن التجاذبات السياسية.

لذلك فمحاولات القضاء الدستوري الفرنسي اكتساب الاستقلالية، وممارسة الرقابة بنوع من النزاهة والموضوعية، اصطدمت مع الضغوطات التي تمارس عليه من طرف الجهات المعينة. وتأثرت اجتهادات المجلس الدستوري بهذا الوضع، فتارة نجد اجتهادات بلباس سياسي، وتارة أخرى يستطيع القاضي الدستوري القيام بمهامها المتمثلة في حماية الحقوق والحريات. وذلك كله مرتبط بالظروف السياسية وبموازين القوى داخل المجتمع¹.

الفرع الثالث: التجربة الفرنسية كنموذج للرقابة السياسية.

تعتبر فرنسا نموذجا لتجربة الرقابة السياسية على دستورية القوانين، لذلك سوف نخصص هذا الفرع للحديث عن كيفية نشأة هذه التجربة أولا ثم ننقل إلى دراسة تفصيلية للمجلس الدستوري الفرنسي في ظل الدستور الحالي لسنة 1958.

أولا: أصول نشأة الرقابة السياسية في فرنسا.

ترجع الأصول الأولى لنشأة الرقابة السياسية على دستورية القوانين إلى عهد الثورة الفرنسية، ويعود الفضل في ظهورها للفقير الفرنسي سيبيز *Sieyes* الذي طالب بإنشاء هيئة سياسية تكون مهمتها إلغاء القوانين المخالفة لأحكام الدستور²، تحت تسمية هيئة المحلفين الدستوريين مستعبدا إسناد هذه المهمة لجهاز القضاء باعتبار أن هذا الأخير - بسبب مساهمته في عرقلة الثورة - قد خلف نظرة سلبية لدى رجال الثورة الفرنسية، حيث يقول سيبيز في هذا الشأن "القانون تعبير عن إرادة الأمة، وأن هذه الإرادة أسمى من القضاء، وعليه فلا يجوز لهذا الأخير التعرض لدستورية أو عدم دستورية قانون يعبر عن إرادة الأمة"³، غير أن هذا الاقتراح قوبل بالرفض من

1 - محمد المساوي، المرجع السابق، ص 130.

2 - السعيد بوشعير، المرجع السابق، ص ص 196-197.

3 - محمد المساوي، المرجع السابق، ص ص 120-121.

قبل السلطة التأسيسية التي وضعت دستور 1795، إلا أنه تجسد في عهد الأبراطورية الأولى بموجب دستور 1799 الذي أسند هذه المهمة لمجلس الشيوخ الحامي للدستور، وعلى الرغم من كفاءة الدستور لنوع من الاستقلالية لأعضاء هذا المجلس من خلال أن تعيينهم كان يتم مدى الحياة مع عدم قابليتهم للعزل¹، إلا أن واقع الممارسة أظهر عجز هذه المؤسسة وكرس هيمنة الإمبراطور على باقي المؤسسات، فلم يكن المجلس متمتعاً بأيّة استقلالية تجاه الإمبراطور²، الذي انفرد بتعيين جميع الأعضاء لوحده، كما عجز المجلس من جهة أخرى عن مباشرة الرقابة من تلقاء نفسه إذ كان يتولى فحص القوانين التي تحال إليه من الحكومة أو من البرلمان³، وهو الأمر الذي جعل الدساتير المتعاقبة تتخلى عن انشاء هيئة مكلفة بالرقابة على دستورية القوانين إلى غاية ظهور الأبراطورية الثانية بموجب دستور 1852 أين أعيدت الرقابة السياسية على شاكلة ما كان معمولاً به في دستور 1799 مع منح المجلس الجديد اختصاصات أوسع، ومع ذلك فقد انتهت هذه التجربة الجديدة بفشل ذريع مثل سابقتها ولنفس الأسباب، إلى غاية إعادة الكرة مرة أخرى بموجب دستور الجمهورية الرابعة 1946 أين أسندت المهمة الرقابية من خلاله إلى لجنة دستورية برئاسة رئيس الجمهورية يختار أعضائها من طرف كل غرفة برلمانية ومن طرف رئيس الجمهورية، إلا أن هذه اللجنة أعتبرت إمتداداً للبرلمان بحكم سيطرته على تشكيلتها مما أدى بها كذلك إلى العجز والفشل عن أداء مهامها⁴.

ثانياً: المجلس الدستوري الفرنسي في ظل دستور الجمهورية الخامسة كنموذج للرقابة السياسية على دستورية القوانين:

دخلت فرنسا مع دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958 تجربة جديدة للرقابة السياسية على دستورية القوانين، حيث أنشأت لهذا الغرض هيئة سميت بالمجلس الدستوري، وخصص الباب السابع المواد من 56 إلى 63 منه للتفصيل في الوسائل والآليات الجديدة الممنوحة للمجلس الدستوري الجديد سواء من حيث التكوين أو الاختصاصات:

¹ - محمد كاظم المشهداني، المرجع السابق، ص 275.

² - محمد المساوي، المرجع السابق، ص 121.

³ - محمد كاظم المشهداني، المرجع السابق، ص 275.

⁴ - بوكرا إدريس المرجع السابق، ص 208.

أ- من حيث تكوين المجلس الدستوري في ظل الدستور الفرنسي الحالي. نصت المادة 56 من دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958 على أن المجلس الدستوري يتشكل من نوعين من الأعضاء هما:

- النوع الأول: أعضاء مؤقتين: وعددهم تسعة يعينون لمدة 9 سنوات غير قابلة للتجديد، مع تجديد الثلث كل ثلاث سنوات، حيث يعين كل من رئيس الجمهورية ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ ثلاث أعضاء لكل واحد منهم، ويعين رئيس المجلس من طرف رئيس الجمهورية من ضمن الأعضاء التسعة، ويكون تصويت الرئيس مرجحاً في حالة تساوي الأصوات.

- النوع الثاني: أعضاء دائمين بحكم القانون. أي هم أعضاء مدى الحياة وهم رؤساء الجمهوريات الفرنسية السابقون الذين هم على قيد الحياة، إلا أنه على مستوى الواقع، هناك تفاوت في مساهمات هؤلاء الأعضاء في أشغال المجلس، فالكثير من الرؤساء لم يساهموا في تفعيل عمل المجلس الدستوري بسبب استقالتهم منه أو عدم مشاركتهم فيه أصلاً. وقد حظرت المادة 57 الجمع بين عضوية المجلس الدستوري وتولي الوزارة أو عضوية البرلمان، وكذا المهام الأخرى الواردة في نص القانون التنظيمي.

ب- مجالات الرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري الفرنسي. حدد الدستور الفرنسي لسنة 1958 عدة مجالات يكون تدخل المجلس الدستوري فيها إجبارياً وأخرى يكون تدخله فيها اختيارياً.

- التدخل الإجباري للمجلس الدستوري: يكون إخطار المجلس الدستوري بغية القيام برقابة بعض النصوص القانونية إجبارياً قبل أن يقوم الرئيس بإصدارها والأمر بتنفيذها، وهذا التدخل يتعلق بمراقبة كل من القوانين التنظيمية والقوانين الداخلية للبرلمان، حيث أن المادة 61 من الدستور تتحدث عن مراقبة دستورية القوانين التنظيمية قبل إصدارها، والقانون الداخلي لمجلسي البرلمان قبل الشروع في تطبيقه¹.

- التدخل الاختياري للمجلس الدستوري: يكون تدخل المجلس الدستوري لبسط رقابته على بعض النصوص القانونية اختيارياً عندما يتعلق الأمر بمراقبة دستورية القوانين العادية التي يخطر بها جوازيها من قبل الجهات المحددة، إذن فهي مراقبة غير وجوبية ولا أوتوماتيكية لكل القوانين، بل

1- محمد المساوي، المرجع السابق، ص 124.

الأمر يتطلب إحالة هذه القوانين قبل إصدارها والأمر بتنفيذها من جهات حددها القانون على سبيل الحصر وهي: رئيس الجمهورية، الوزير الأول، رئيس الجمعية الوطنية، رئيس مجلس الشيوخ، و 60 عضوا من الجمعية الوطنية و60 عضوا من مجلس الشيوخ، كما سمح التعديل الدستوري لسنة 2008 للأفراد باخطار المجلس الدستوري ولكن بطريقة غير مباشرة من خلال الاعتماد على آلية الأولوية الدستورية، إلا أنه ما يعاب على هذا النوع من الرقابة هو ارتباطها دوما بالاختار، ومن ثم غياب هذا الأخير يؤدي حتما إلى إفلات بعض القوانين من الرقابة، وبالتالي إمكانية تطبيق نصوص قد تمس بالحقوق والحريات لاسيما وأن من لهم حق الاخطار ذكروا على سبيل الحصر، وأن في فرنسا توجد هيمنة الرئيس على البرلمان مما يجعل الاخطار مرتبط بإرادة الرئيس وحدها.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

إذا كانت الرقابة السياسية - كما رأينا - تتولاها هيئة سياسية مهمتها التأكد من مطابقة القوانين للدستور من خلال ممارسة رقابة وجوبية أو جوازية عليها، فإن الرقابة القضائية على خلاف ذلك تتولاها هيئة قضائية من خلال مختلف المحاكم المنتمية للجهاز القضائي أو من خلال انشاء محكمة خاصة مهمتها النظر في القوانين للتأكد من دستورتها.

لذلك فيقصد بالرقابة القضائية على دستورية القوانين تلك التي تتولى القيام بها هيئة قضائية لا تختص فقط بالنظر في مدى تطابق القرارات الإدارية للقانون وإنما تتعداه إلى مراقبة وفحص مدى تطابق القانون للدستور¹، ومن ثم فإن تحديد طبيعة المحكمة التي تتكفل بممارسة الرقابة على دستورية القوانين، تختلف من دستور لآخر حيث أوكل البعض منها هذه المهمة إلى أعلى محكمة موجودة في النظام القضائي داخل الدولة²، والبعض الآخر منها أوكلها إلى محكمة

1 - السعيد بوشعير، المرجع السابق، ص 204.

2 - ومن أقدم الدساتير التي أخذت بهذا النوع من المحاكم نجد الدستور السويسري لعام 1874 الذي خول المحكمة الاتحادية وحدها سلطة فحص مدى توافق القوانين لأحكام الدستور أو عدم تطابقها، وأخذ بها كذلك كل من دستور كولومبيا لعام 1886 ودستور فنزويلا لعام 1931. للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع أنظر بالخصوص:

- نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 557.

دستورية خاصة تنشأ دستوريا لهذا الغرض والتي تكون دون غيرها مختصة بالنظر في دستورية القوانين¹.

ويمكن تقسيم هذا النوع من الرقابة من حيث الآثار المترتبة عنها إلى رقابة الإلغاء (الفرع الأول) ورقابة الامتناع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: رقابة الإلغاء.

يقصد برقابة الإلغاء أو كما يسميها البعض بالرقابة عن طريق الدعوى الأصلية قيام صاحب الشأن الذي يمكن أن يتضرر من القانون بالطعن أمام المحكمة المختصة طالبا إياها الحكم له بإلغاء هذا القانون بحجة أنه غير دستوري، وهنا تتبين المحكمة الأمر فإذا اتضح لها صحة الدعوى قامت بإلغاء القانون واعدامه في مواجهة الكافة، بمعنى أنه يصبح لحكم المحكمة القاضي بعدم الدستورية حجية مطلقة بسريان آثاره في حق الجميع بلا استثناء²، بحيث لا يجوز أن يثار موضوع الدعوى من جديد أمام أي محكمة أخرى في المستقبل، أما إذا اتضح لها خلاف ذلك فإنها تقضي برفض الدعوى مع بقاء القانون المعني مطبقا وساري المفعول³.

لذلك وصفت هذه الطريقة بأنها طريقة هجومية يتصدى من خلالها الأفراد للقانون قبل تطبيقه عليهم، كما أنها طريقة مباشرة لأن النزاع حول دستورية القانون يرفع مباشرة إلى المحكمة دون ارتباطه بضرورة وجود أية إجراءات أخرى⁴.

ونظرا لخطورة النتائج المترتبة عن ممارسة مثل هذا النوع من الدعاوى على وجود القانون في حد ذاته فإن الكثير من الدساتير لا تجيز رفعها دون قيد أو شرط بل يجب أن تتوفر في رافعها شرط المصلحة بمعنى أن يكون قد أصابه ضرر أو يحتمل ذلك فيما لو طبق عليه هذا القانون، كما أنه لا تختص بها إلا المحكمة العليا في الدولة وبناء على نص صريح في الدستور يخولها هذا الاختصاص⁵.

1- ومن أقدم الدساتير التي أخذت بهذا النوع من المحاكم نجد الدستور التشيكوسلوفاكي والدستور النمساوي الصادر عام 1820 والدستور النمساوي كذلك الصادر عام 1945 والدستور الإيطالي الحالي الصادر عام 1947، والقانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية الصادر عام 1949. للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع أنظر بالخصوص:

- نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 557-558.

2- جاد جابر نصار، المرجع السابق، ص 158.

3- نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 555-556.

4- جاد جابر نصار، المرجع السابق، ص 158.

5- نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 556.

الفرع الثاني: رقابة الامتناع.

إذا كانت طريقة الدعوى الأصلية تتضمن هجوما مباشرا على القانون محل الطعن بدعوى مخالفته لأحكام الدستور، وتؤدي بطريق مباشر إلى طرح النزاع على المحكمة العليا للفصل فيه، فإن طريق الامتناع أو كما يسميه البعض بأسلوب الدفع بعدم الدستورية يعتبر طريقا غير مباشر ولا يعتبر هجوما مباشرا على القانون المدعى بعدم دستوريته وإنما ذا الشأن عليه الانتظار حتى يطبق القانون عليه لكي يناع في دستوريته وأمام القضاء بإمكانه أن يدفع بمخالفته لأحكام الدستور¹.

لذلك فإن هذا النوع من أساليب الرقابة القضائية لا يشترط للعمل به وجود نص دستوري يبيح اعتماده وإنما يستمد وجوده من الوصف الذي يوجد عليه الدستور، فإذا كان هذا الأخير من نوع الدساتير الجامدة ولم يمنع القضاء من ممارسة تلك الرقابة صراحة حق له ممارستها عن طريق الدفع والقول بغير ذلك لا معنى له سوى هدم مبدأ دستورية القوانين من الأساس ووضع الدستور والقوانين الأخرى في نفس المرتبة²، خاصة وأن طريقة الدفع بعدم الدستورية تعتبر من أكثر الطرق انسجاما مع الدور الذي يفترض أن يؤديه القاضي مادام أن امتناع هذا الأخير عن تطبيق النص القانوني المخالف لأحكام الدستور يعتبر من صميم العمل الذي يؤديه أثناء مزاولته وظيفته القضائية، لذلك يذهب غالبية الفقه أن رقابة المحكمة على دستورية القوانين لا تحتاج إلى نص دستوري يمنحها مثل هذا الحق بل يمكن ممارستها حتى مع عدم وجود هذا النص³، ومن ثم فإن هذا النوع من الرقابة يفترض وجود نزاع مدني أو جنائي أو إداري مطروح على القضاء للفصل فيه، وأن يكون هذا النص المدفوع فيه بعدم الدستورية ذا علاقة وطيدة مع موضوع الدعوى المطروحة⁴.

أما عن الآثار الناجمة عن ممارسة هذه الرقابة فيقتصر عمل القاضي من خلالها على عدم تطبيق القانون المخالف للدستور دون إلغائه، بهذا يكون لحكم المحكمة حجية نسبية مقصورة على النزاع المطروح أمامها لا يقيد حكمها أية محكمة أخرى ولا يكون حجة عليها، بل أن مثل هذا الحكم لا يقيد حتى نفس المحكمة التي أصدرته في الدول تأخذ بنظام السوابق القضائية، كما

¹ - جاد جابر نصار، المرجع السابق، ص 160.

² - السعيد بوشعير، المرجع السابق، ص 206.

³ - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص ص 564-565.

⁴ - جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 160.

أن الفرد صاحب الشأن في ظل هذا الأسلوب من الرقابة يعتبر في حالة دفاعية ينتظر إلى غاية اتخاذ إجراءات تطبيق القانون عليه في دعوى معينة لكي يقدم دفعه وليس في حالة هجومية يتصدى للقانون قبل تطبيقه عليه كما هو الحال في الدعوى الأصلية¹.

والملاحظ أن هناك إجراءات آخرين يستطيع بموجبها الأفراد الطعن في دستورية القوانين أمام المحاكم الأمريكية وهما الأمر القضائي والحكم التقريري.

أولاً: الأمر القضائي.

ظهر هذا الأسلوب كنوع من أنواع الرقابة القضائية أول مرة في بريطانيا وكانت تمارسه محكمة مستشار الملك بغية تصحيح الأوضاع الظالمة، فيصدر المستشار أمراً قضائياً استناداً إلى مبادئ العدالة لتصحيح تلك المظالم²، وبعدها امتد هذا الأسلوب إلى المحاكم الأمريكية من خلال صيغة قضائية تتضمن نهياً صريحاً توجهه المحكمة إلى جهة ما لمنعها من تنفيذ قانون معين لأنه مخالف للدستور، ويتم ذلك بناء على طلب من صاحب المصلحة الذي يستشعر وقوع ضرر معين إذا ما طبق عليه قانون مخالف للدستور، لذلك فالأمر القضائي بالمنع هو وقائي، وفي هذه الحالة يجب على الموظف المعني بتنفيذ الأمر الصادر إليه من المحكمة إلا أعتبر مرتكباً لجريمة احتقار المحكمة³.

ويتميز الأمر القضائي عن الدفع بعدم الدستورية في أن الفرد يهاجم القانون للتحقق من دستوريته دون انتظار تطبيقه عليه، وبذلك يقدم هذا الأسلوب ضمانات أكثر من تلك التي يوفرها طريق الدفع.

ثانياً: الحكم التقريري.

استخدم هذا الأسلوب من الرقابة القضائية أول مرة سنة 1918 من خلاله يمكن للفرد اللجوء للمحكمة طالبا منها إصدار حكم يقرر ما إذا كان القانون المراد تنفيذه عليه دستوري أم غير دستوري⁴.

وهنا يجب على الجهة المكلفة بتنفيذ القانون التريث وعدم التسرع في تطبيقه ريثما تبت المحكمة في الطلب المقدم أمامها، فإذا حكمت بدستورية ذلك القانون قامت الجهة المخولة بمواصلة

1 - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 564-565.

2 - السعيد بوشعير، المرجع السابق، ص 211.

3 - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 576.

4 - السعيد بوشعير، المرجع السابق، ص 211.

إجراءات تنفيذ القانون المعني، أما إذا حكمت بعدم دستوريته فإنه لا يجوز تطبيقه وبتقيد الجهة المعنية بالتنفيذ بالحكم الصادر من المحكمة من خلال توقفها عن تنفيذه¹.

المطلب الثالث: الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر.

سوف نتولى دراسة الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر من خلال مرحلتين أساسيتين مرحلة ما قبل التعديل الدستوري لسنة 2020 فرع أول ومرحلة ما بعد هذا التعديل فرع ثان.

الفرع الأول: الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر قبل التعديل الدستوري لسنة 2020.

عرفت التجربة الدستورية في الجزائر بروز فكرة الرقابة على دستورية القوانين في أول دستور لها بعد الاستقلال من خلال إنشاء مجلس دستوري يتولى هذه المهمة بموجب المادة 63 من دستور 1963 يتكون هذا المجلس من 07 أعضاء هم: الرئيس الأول للمحكمة العليا، رئيسي الغرفة المدنية والإدارية للمحكمة العليا، ثلاث نواب يختارهم (البرلمان) المسمى بالمجلس الوطني، عضوين يعينهما رئيس الجمهورية، على أن ينتخب نيس المجلس الدستوري من بين أعضائه، ويتم إخطار المجلس الدستوري من قبل كل من رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني. إلا أن تجربة الرقابة على دستورية القوانين تم الاستغناء عنها بموجب دستور 1976 الذي لم يسند لأية جهة مهمة الرقابة على دستورية القوانين إلى غاية صدور دستور 1989 الذي أنشأ بدوره المجلس الدستوري وكلفه بهذه المهمة من خلال ما جاءت به المادة 153 منه مع بقاء تشكيلته تتكون من 07 أعضاء كذلك مع اختلاف طريقة اختيارهم فقط مقارنة مع دستور 1963، حيث يختار رئيس الجمهورية 03 أعضاء بما فيهم رئيس المجلس، المجلس الشعبي الوطني ينتخب عضوين من بين أعضائه، والمحكمة العليا تنتخب عضوين من بين أعضائها. وتكون مدة عهدة المجلس الدستوري 06 سنوات لمرة واحدة، غير أن المجلس لا يتحرك تلقياً لمباشرة مهامه وإنما يتم ذلك بعد توجيه إخطار له من قبل السلطات المحددة وهم: رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني سواء قبل إصدار القانون رقابة سابقة أو بعد إصداره رقابة لاحقة².

¹ - نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 577.

² - بوكرا إدريس، المرجع السابق، ص 227-228.

ومع صدور دستور 1996 أحدث المؤسس الدستوري تغييرا جذريا على تشكيلة المجلس الدستوري من خلال جعلها تشكيلة متوازنة تتكون من 09 أعضاء تمثل فيها كل السلطات بشكل متساو، بحيث يعين رئيس الجمهورية ثلاثة أعضاء بمن فيهم رئيس المجلس، وإثنان ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني من بين أعضائه، وإثنان ينتخبهما مجلس الأمة من بين أعضائه، في حين أن كل من المحكمة العليا ومجلس الدولة ينتخبان عضو واحد من بين أعضائهما، أما جهات الاخطار فحصرها المؤسس الدستوري في كل من رئيس الجمهورية ورئيسي غرفتي البرلمان (رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة).

أما فيما يخص التعديل الدستوري لسنة 2016 فنجد أنه قد أحدث تغييرا جذريا سواء من خلال تشكيلة المجلس الدستوري أو من خلال الجهات المخولة باخطاره، فمن حيث التشكيلة أصبحت تضم اثنا عشر عضوا، أربعة أعضاء يعينهم رئيس الجمهورية وإثنان ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني وإثنان ينتخبهما مجلس الأمة وإثنان تنتخبهما المحكمة العليا وإثنان ينتخبهما مجلس الدولة، أما من حيث جهات الاخطار فإضافة لكل من رئيس الجمهورية ورئيسي غرفتي البرلمان، أضيف كل من الوزير الأول و50 نائبا في المجلس الشعبي الوطني و30 عضوا في مجلس الأمة، كما أنه يتم اللجوء إلى إخطار المجلس الدستوري من خلال آلية الدفع بعدم الدستورية التي تبناها المؤسس الدستوري لأول مرة بموجب هذا التعديل، وذلك عندما يدعي أحد الأطراف المحاكمة أمام إحدى الجهات القضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

الفرع الثاني: الرقابة على دستورية القوانين في ظل التعديل الدستوري لسنة 2020.

شكل التعديل الدستوري لسنة 2020 نقطة تحول مهمة مست بصفة خاصة إعادة هيكلة وتنظيم المؤسسات المكلفة بالرقابة وعلى رأسها التعديلات التي مست نظام القضاء الدستوري من خلال استبدال مؤسسة المجلس الدستوري بمؤسسة جديدة سميت المحكمة الدستورية وضحت المذكرة الخاصة بعرض الأسباب أن هذا التغيير جاء من أجل تكيف وربط دورها بالمستجدات الحاصلة في مجال الرقابة على دستورية القوانين، من خلال نظام الدفع بعدم الدستورية الذي كرس لأول مرة -كما رأينا- بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016، هذا التحول يفسر عن إرادة المؤسس الدستوري في التوجه نحو تغيير الطبيعة القانونية للقضاء الدستوري من الطبيعة السياسية إلى الطبيعة القضائية ويتجلى ذلك بصفة أساسية من خلال بروز مصطلح المحكمة

عوض المحافظة على مصطلح المجلس الذي كان تداوله معتادا في جل الدساتير السابقة (أولا) ومن خلال تغيير تركيبة المحكمة الدستورية باستبعاد ممثلين عن السلطة التشريعية ومنح الفرصة لأول مرة لخبراء القانون الدستوري من أسانذة القانون الدستوري ليكونوا أعضاء في تشكيلة المحكمة دليل على أولوية رجل القانون على رجل السياسة (ثانيا).

أولا: الانتقال من المجلس إلى المحكمة مؤثر التوجه نحو نمط الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

تخلى المؤسس الدستوري الجزائري بموجب تعديل 2020 عن نظام المجلس الدستوري واستبداله بمحكمة دستورية كهيئة وحيدة أسندت لها مهمة الرقابة على دستورية القوانين، وهذا أسوة بدساتير دول الجوار وبالوضع الغالب لما ذهب إليه دساتير العالم، وهو اتجاه تطويري لضمان رقابة فعالة على دستورية القوانين يكون من صميمها حماية الحقوق والحريات¹.

حيث خص التعديل الدستوري لسنة 2020 ضمن أحكامه فصلا كاملا بموجب الباب الرابع الموسوم بمؤسسات الرقابية للحديث عن المحكمة الدستورية، إذ جاء في نص المادة 185 من هذا التعديل ما يلي " المحكمة الدستورية مؤسسة مستقلة مكلفة بضمان احترام الدستور، تضبط المحكمة الدستورية سير المؤسسات ونشاط السلطات العمومية".

انطلاقا من محتوى هذه المادة وما حملته من مستجدات لاسيما منها تغيير تسمية الهيئة المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين في الجزائر من المجلس إلى المحكمة وتأثير ذلك على الطبيعة القانونية لهذه الرقابة سوف نتطرق في هذه الفقرة إلى دوافع تخلي المؤسس الدستوري الجزائري عن نظام المجلس الدستوري والانتقال إلى نظام المحكمة الدستورية.

ومن ثم فإنه إذا كان المجلس الدستوري يجسد النموذج التاريخي للرقابة السياسية على دستورية فإن هذه الأخيرة قد تعرضت إلى جملة كبيرة من الانتقادات انصبت في الكثير من الحالات حول ابتعادها عن الالتزام بالحيادية المطلوبة أثناء عملها نتيجة تحولها إلى أداة سهلة في يد السلطة التنفيذية التي تتحكم في عملية تعيين أغلبية أعضائها، كما أن الرقابة على دستورية القوانين تعتبر عملية قانونية بحتة تتطلب فيمن يتولى القيام بها التمتع بالكفاءة القانونية العالية التي

1 - بلفقيه عبد الحق، المحكمة الدستورية وفق الدستور الجديد من حوار المؤسسات إلى حوار القضاة، مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، عدد 12، فيفري 2016، ص 288.

تمكنه من تمحيص وتحليل وكذا تفسير لمبادئ الدستور وروحه ومنطلقاته السياسية والاجتماعية والاقتصادية، ومقارنة القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية بمجمل هذه المبادئ لمعرفة مدى مطابقتها أو مخالفتها لها، أي معرفة مدى تقيد السلطة التشريعية بصلاحياتها المحددة ضمن الأحكام الدستورية من النواحي الشكلية والموضوعية¹ كل هذه الجهود تحتاج إلى قدر كافي من التكوين والكفاءة القانونية التي لا يتوفر عليها إلا من كان يمتلك مؤهلات قانونية عالية تمكنه من القيام بمهمته الرقابية بنجاح².

على هذا الأساس طرحت فعالية المجلس الدستوري في مجال الرقابة على دستورية القوانين قبل تعديل 2020 اشكالية تتعلق بمحدودية دورها نتيجة لعدة عوامل تتعلق بالتشكيلة التي يتكون منها وبطبيعة المهام المسندة إليه، وهو ما خلف انطبعا سلبيا ونقدا لاذعا لدى الرأي العام الوطني في أن المجلس الدستوري لم يوفق في بلوغ الدور الذي كان منتظرا منه، لاسيما في مجال حماية الدستور وفي ضمان حقوق وحرية الأفراد باعتباره أصبح في الكثير من الأحيان يشكل امتدادا لتصورات وتوجهات السلطة التنفيذية بعدما هيمن رئيس الجمهورية على تشكيلته كما شكلت الجهات السياسية الأخرى المنتمي إليها أعضاؤه أو تلك التي عينتهم³ وسيلة تأثير على المجلس وهو الأمر الذي جعله يبتعد عن مبدأي الحيطة والاستقلالية اللذين يجب أن تتسم بهما أية رقابة مهما كانت طبيعتها سياسية كانت أو قضائية⁴.

كما أنه في توجه المؤسس الدستوري الجزائري نحو فتح الطريق أمام الأفراد وتمكينهم من ممارسة الدفع بعدم الدستورية بموجب تعديل 2016 قد حتم بتعجيل التوجه كذلك نحو نظام المحكمة الدستورية عوض المجلس الدستوري بغية توفير البيئة المناسبة لهذا الأسلوب الجديد،

1 - نسرين طلبه، الرقابة على دستورية القوانين، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد الأول 2011، ص 499.

2 - بوسطة شهرزاد ومدور جميلة، مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاته في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الرابع، ص 352.

3 - أنظر كل من:

- مداني عبد القادر وسالمي عبد السلام، الاتجاه إلى الرقابة القضائية بواسطة المحكمة الدستورية في التعديل الدستوري لسنة 2020، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد الرابع، العدد 02، 2021، ص 232.

- بوسطة شهرزاد ومدور جميلة، المرجع السابق، ص 352.

4- نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 554.

لاسيما وأن الدفع بعدم الدستورية يعتبر نموذجا قضائيا لا يتماشى وجوده مع نظام المجلس الدستوري.

تلك هي أهم الانتقادات التي دفعت بالمؤسس الدستوري الجزائري إلى التخلي عن نظام المجلس الدستوري والتوجه إلى منحى آخر غير الذي سارت عليه الرقابة على دستورية القوانين لأزيد من نصف قرن من الزمن ألا وهو منحى المحكمة الدستورية.

ثانيا-المستجد في تشكيلة المحكمة الدستورية.

لقد حدد المؤسس الدستوري الجزائري بموجب المادة 186 من التعديل الدستوري لسنة 2020 تشكيلة المحكمة الدستورية بقولها " تتشكل المحكمة الدستورية من اثني عشر (12) عضوا.

- أربعة (04) أعضاء يعينهم رئيس الجمهورية من بينهم رئيس المحكمة.

- عضو واحد (01) تنتخبه المحكمة العليا من بين أعضائها، وعضو واحد (01) ينتخبه مجلس الدولة من بين أعضائه.

- ستة أعضاء ينتخبون بالاقتراع من أسانذة القانون الدستوري. يحدد رئيس الجمهورية شروط وكيفيات انتخاب هؤلاء الأعضاء ."

يستفاد من هذا النص أن المؤسس الدستوري قد حافظ على تشكيلة المحكمة الدستورية من حيث عدد الأعضاء كما كان عليه الحال مع المجلس الدستوري بموجب تعديل 2016 إلا أنه أدخل بعض التعديلات الهامة سواء من حيث الجهات التي تملك حق التعيين أو طريقة الانتخاب التي تساعد على تحقيق قدر من الاستقلالية والحياد للمحكمة الدستورية ولأعضائها في تولي المهام المنوطة بهم.

إذ بيّن النص المذكور أن تأليف المحكمة الدستورية يكون من اثني عشر (12) عضوا نلثهم (3/1) وعددهم أربعة (4) بما فيهم رئيس المحكمة يخضع اختيارهم لأسلوب التعيين من قبل رئيس الجمهورية والثلاثان (3/2) الآخران يخضعان لأسلوب الانتخاب خلافا لما كان معتمدا سابقا في الدساتير الجزائرية من اعطاء الأولوية في الاختيار لأسلوب التعيين على حساب عملية الانتخاب أين كان يمارسها كل من رئيس الجمهورية والبرلمان بغرفتيه، وبالتالي جعل التعديل الدستوري لسنة 2020 ثلثي (3/2) الأعضاء وعددهم ثمانية (08) يتم توليهم العضوية بموجب الانتخاب منهم ستة (06) أعضاء ينتخبون بالاقتراع من أسانذة القانون الدستوري واثنان (02)

من الأعضاء يتم انتخابهما من قبل الجهات العليا للقضاء، حيث تنتخب كل من المحكمة العليا ومجلس الدولة عضوا واحدا لكل منهما، وهنا سوف تركز الدراسة على المستجد الذي حمله التعديل الدستوري لسنة 2020 بالمقارنة مع ما كانت عليه وضعية المجلس الدستوري ألا وهو تعزيز تشكيلة المحكمة الدستورية بوجود- ولأول مرة - أسانذة القانون الدستوري ضمن أعضائها(01)، وكذلك أهمية اختفاء ممثلي السلطة التشريعية من تركيبة المحكمة أين كان يغلب على تعيينهم المحاباة والحزبية بشكل يمس بمبدأ الحياد والاستقلالية (02) وبقاء تمثيل العنصر القضائي مع تقليص عدده إلى النصف مقارنة بما كان موجودا مع المجلس الدستوري سابقا فيه دلالة واضحة على نية التوجه نحو اعتماد بعض ملامح الطبيعة القضائية في الرقابة على دستورية القوانين والتخلي التدريجي عن النموذج البحث للرقابة السياسية (03).

01- تدعيم تشكيلة المحكمة الدستورية بذوي الكفاءة من أسانذة القانون الدستوري. لقد دعم المؤسس الدستوري - ولأول مرة - تشكيلة المحكمة الدستورية بستة (06) أعضاء من أسانذة القانون الدستوري وتكون عملية اختيارهم تتم من خلال الانتخاب بدل التعيين المباشر ومما لاشك فيه أن الانتخاب قد يساهم في فتح المجال أمام كل أستاذ من أسانذة القانون الدستوري للترشح لنيل عضوية المحكمة الدستورية، ولعل في ذلك تكريس المساواة وتكافؤ الفرص المنصوص عليها في الدستور، هذا على عكس ما كان عليه الحال بالنسبة للمجلس الدستوري السابق، إذ كان أسلوب التعيين - كما قلنا - هو الأسلوب الغالب في اختيار أعضائه الأمر الذي جعل هذا التعيين تغلب عليه النزعة الحزبية وتغيب عنه مبادئ الكفاءة والنزاهة والحياد التي يفترض قيام الرقابة على أساسها، وقد أحال الدستور الجزائري إلى رئيس الجمهورية مسألة تحديد شروط وكيفيات انتخاب هؤلاء الأعضاء.

على هذا الأساس فإنه على اعتبار الخبرة القانونية التي يتمتع بها الأستاذ الجامعي جعلت المؤسس الدستوري الجزائري يتجه نحو ضمان تواجد ستة (06) منهم ضمن تشكيلة المحكمة الدستورية، وهو ما يعتبر اختيار صائب ومحذ وفق المؤسس الدستوري في التوجه نحوه لأنه سوف يساهم بشكل كبير في تفعيل الوظيفة القضائية داخل المحكمة الدستورية، ذلك أن الأستاذ الجامعي بحكم دراسته وثقافته وتكوينه القانوني تكون له القدرة على لعب دور ايجابي فيما يقدمه

من ضمانات الحياد والموضوعية والاستقلالية عند تأدية مهام وظيفته¹ لاسيما وأن موضوع الرقابة على دستورية القوانين يعتبر من المواضيع ذات الطبيعة القانونية التي تركز بالدرجة الأولى على التحقق من مدى تطابق أو عدم تطابق القانون مع الأحكام الدستورية من خلال القدرة على مقارنة النصوص القانونية مع الأحكام الدستورية، وهذا أمر باستطاعة الأستاذ الجامعي القيام به نظرا لتكوينه ومعارفه التي تتلاءم والمهام المرتبطة والمنازعات الدستورية، وفي ذلك ضمان لدراسة وافية للمسائل المعروضة على المحكمة وضمان للنزاهة المتوخاة في الهيئة المكلفة بمراقبة دستورية القوانين كما يتمتع الشخص المتكون في القانون بميزة تجعله أوسع أفقا وأبعد نظرا من بعض أعضاء البرلمان ورجال السياسة الذين قد يعملون على تفضيل مصالحهم وامتيازاتهم على حساب المصلحة العامة للبلاد². خاصة وأن المادة 187 من التعديل الدستوري لسنة 2020 قد اشترطت فيهم خبرة في مجال القانون لا تقل مدتها عن عشرين (20) سنة مع ضرورة استفادتهم من تكوين في تخصص القانون الدستوري.

وبغية إبعاد أعضاء المحكمة الدستورية المنتخبين عن مختلف الصراعات الحزبية والتجاذبات السياسية اشترط المؤسس الدستوري الجزائري من خلال الفقرات الأخيرة من المادة 187 على كل مترشح عدم الانتماء الحزبي وعند انتخابه يتوقف عن ممارسة أي عضوية أو أي وظيفة أو تكليف أو مهمة أخرى أو أي نشاط حر أو مهنة حرة، وهذا كله من شأنه تحقيق استقلالية المحكمة الدستورية، وفتح الباب لاختيار كفاءات قانونية لا تنتمي لأي تيار سياسي، ولهذا الغرض كذلك تم استبعاد تمثيل السلطة التشريعية من تشكيلة المحكمة الدستورية كما سوف نرى في الفقرة الموالية.

02- استبعاد تمثيل السلطة التشريعية ضمن تشكيلة المحكمة الدستورية. إن ما يلفت الانتباه بالنسبة لتشكيلة المحكمة الدستورية بالمقارنة مع ما كان عليه الوضع سابقا مع تشكيلة المجلس الدستوري هو تخلي المؤسس الدستوري على ممثلي السلطة التشريعية ضمن عضوية المحكمة الدستورية، وهو استبعاد منطقي فرضته حتمية تمتع المحكمة الدستورية بنوع من الحياد والاستقلالية التي لا تتحقق إلا من خلال القضاء على أي شكل من أشكال الرقابة الذاتية أو شبه

1- جبهة رويح، المحكمة الدستورية في التعديل الدستوري 2020 بين الرقابة السياسية والرقابة القضائية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 13، العدد 01، أبريل 2022، ص 549.

2- مجدي الشارف محمد الشعباني، الدور السياسي للقاضي الدستوري، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد الأول، جوان 2017، ص 1.

الذاتية التي تتجسد في وجود أعضاء من البرلمان ضمن عضوية المحكمة الدستورية لأنهم سوف يكونون صوتا معبرا عما تصبو إليه السلطة التشريعية أو متأثرين بها إلى حد كبير، وهو ما يقلل من فعالية الرقابة على دستورية القوانين¹، كما أن التخلي عن تمثيل أعضاء السلطة التشريعية كان نابعا من كونها الجهة التي تتولى سن القوانين فكيف لها أن تتولى مراقبتها بعد ذلك، إلا إذا جمعت بين صفتي الخصم والحكم في نفس الوقت فإذا فعلت ذلك فإن الأمل في فعاليتها يصبح ضعيفا لا فائدة ترجى منه كون أن الرقابة هنا تنصب على التشريعات التي يصدها البرلمان في حد ذاته²، إضافة إلى أن هذا التغيير يهدف من خلاله كذلك واضعو تعديل 2020 إلى ابعاد المحكمة الدستورية عن التجاذبات الحزبية والصراعات السياسية مادام أن السلطة التشريعية لا تكون في منأى عن مختلف التيارات السياسية، بحكم أن غالبية أعضاء البرلمان تكون لهم انتماءات حزبية³.

03- المحافظة على تواجد العنصر القضائي ضمن تشكيلة المحكمة الدستورية. إن تواجد

القضاة ضمن تشكيلة المحكمة الدستورية له أهمية بالغة في بلورة فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين، حيث يذهب الفقيه النمساوي كلسن إلى القول بأن تزويد هيئات الرقابة الدستورية بقضاة أمر ضروري لنجاعة هذه المحكمة⁴، وبذلك حافظ المؤسس الدستوري الجزائري بموجب تعديل 2020 على تواجد العنصر القضائي ضمن تشكيلة المحكمة الدستورية لكن عوض إعطاء إمتياز عددي للقضاة ضمن هذه التشكيلة لينسجم مع التسمية الجديدة للهيئة الرقابية إذا به ينتهج عكس ذلك بتخفيف عددهم من أربعة (04) في تشكيلة المجلس الدستوري إلى قاضيين اثنين (02) فقط ضمن تشكيلة المحكمة الدستورية، ونشاط من جانبنا مسألة بقاء تمثيل السلطة القضائية ضمن هذه التشكيلة لاسيما بعد تغيير جهاز الرقابة من المجلس الدستوري إلى المحكمة الدستورية لأن تواجدهم يعطي حيوية أكبر لعمل المحكمة بفعل الخبرة التي يتمتع بها القضاة في مجال فحص ودراسة القوانين، إلا أننا لا نشاطره فيما ذهب إليه من تقليص عددهم ضمن تشكيلة المحكمة الدستورية إلى النصف مقارنة بما كان سائدا مع تشكيلة

1- أحمد نعمان الخطيب، المرجع السابق، ص 552.

2- بوسطيلة شهرزاد ومدور جميلة، المرجع السابق، ص 351.

3- خلوفي خدوجة، الرقابة على دستورية القوانين: من مجلس دستوري إلى محكمة دستورية في ظل التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد السادس، نوفمبر 2021، ص 275.

4- مداني عبد القادر وسالحي عبد السلام، المرجع السابق، ص 224.

المجلس الدستوري التي كان ضمنها أربعة (04) قضاة حتى وإن كان تقليصهم نابع من تخوف المؤسس الدستوري من إمكانية نفوذهم على عمل المحكمة الدستورية وطغيانهم على باقي أعضائها.

خاتمة

خاتمة:

في خاتمة هذه المحاضرات التي خصصناها لدراسة مقياس مهم من المقاييس المقررة على طلبة السنة الأولى حقوق، لا بأس أن نوكد لطلبتنا الأعزاء على أن طريق العلم شاق وصعب يحتاج إلى بذل المزيد من الجهد والمثابرة حتى تأتي نهايته مشرقة منيرة تفتح مجالاً رحباً للطلاب المجد في الولوج إلى أقسام المعرفة بكل ثقة ويقين.

وقد تناولنا من خلال هذه المحاضرات مقياس القانون الدستوري الذي يعتبر المدخل الرئيسي لفهم جميع المقاييس المنتمية لفرع القانون العام، والتي يتكون منها المقرر البيداغوجي لدارسي الحقوق، ومن ثم على طالب القانون حتى تكون بدايته صحيحة مبنية على أسس علمية سليمة عليه الاستيعاب الجيد لمختلف المواضيع التي تطرقنا لها في هذه المحاضرات، ذلك أن دراسة مقياس القانون الدستوري يعطي نظرة شاملة لجميع المقاييس التي تنتمي لفروع القانون العام والتي يكلف طالب القانون بدراستها طيلة مشواره الدراسي، بل أن هذا المقياس يخص دارسي قسم العلوم السياسية كذلك.

على هذا الأساس جاء هذا المنتج العلمي ملماً بالمحاور الأساسية التي يقوم عليها القانون الدستوري من خلال التطرق إلى مفهوم القانون الدستوري انطلاقاً من تعريفه لغة واصطلاحاً وصولاً إلى تحديد أهم مصادره مروراً بالتطرق إلى نشأة وتطور دراسة هذا المقياس في مختلف الجامعات العالمية، ثم تطرقنا إلى النظرية العامة للدولة من خلال معرفة النظريات المفسرة لأصل نشأتها، وكذا الأركان والخصائص المميزة لها، إضافة إلى معرفة أنواعها المختلفة، بعد ذلك تطرقنا إلى النظرية العامة للدساتير من خلال معرفة طرق وضع الدساتير وأنواعها وكذا التطرق مسألة سمو الدساتير وعلوها وكذا الرقابة على دستورية القوانين، أين فككنا هذه المواضيع من كل جوانبها من خلال الاعتماد على عدة مراجع ذات علاقة بالمقياس كان الهدف منها تزويد الطلبة بكل المعلومات والأفكار التي يحتاجونها في هذا المجال.

لذلك فإن طالب الحقوق لا بد له في مستهل تكوينه القانوني من الإلمام الجيد بالمبادئ والأسس التي يقوم عليها القانون من خلال الفهم الجيد لمحتوى هذا المؤلف حتى يتسلح لمواجهة ما يعترضه من مسائل قانونية مستقبلاً في الحياة العملية.

قائمة المصادر والمراجع:

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: الكتب العامة:

- السيد صبري، النظم الدستورية في البلاد العربية، جامعة الدول العربية 1956.
- إسماعيل بدوي ، مبادئ القانون الدستوري ، دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، طبعة دار الكتاب الجامعي - القاهرة 1399هـ.
- أحمد عطية الله، المعجم السياسي ، الطبعة الثالثة - دار النهضة العربية 1968.
- السيد آدي شير ، معجم الألفاظ الفارسية المعربة، مكتبة لبنان 1970.
- السعيد بوشعير، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر .
- الشافعي محمد بشير ، القانون الدستوري والنظم السياسية السودانية ، طبعة 1970.
- ب وكرا ادريس، المبادئ العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016.
- بوديار حسني، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة الجزائر، 2003.
- محمد المساوي، القانون الدستوري والنظم السياسية، الجزء الأول مدخل إلى النظرية العامة للقانون الدستوري، 2017.
- مصطفى صالح العماوي، التنظيم السياسي والنظام الدستوري، عمان، دار الثقافة، 2009.
- مونتسكيو، روح الشرائع، ترجمة، عادل زعيتر، القاهرة، كلمات عربية للترجمة والنشر، 2012.
- محمد حسين عبد العال، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، 1975.
- محمد موسى هندراوي ، المعجم في اللغة الفارسية .
- محمد كاظم المشهداني، القانون الدستوري، - الدولة، الحكومة، الدستور - مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2011.
- محمد رضا بن حماد، المبادئ الأساسية للقانون الدستوري والأنظمة السياسية، طبعة ثانية محينة، تونس 2010.
- منير البياتي، الدولة القانونية والنظام السياسي الإسلامي، جامعة بغداد، طبعة أولى 1399هـ.
- مولود ديدان، مقرر وحدتي المدخل ونظرية الحق، دار بلقيس الجزائر.
- جدو فاطمة الزهراء، المدخل للعلوم القانونية - نظرية القانون والحق - دار بلقيس، الجزائر، 2018.
- جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، 1996.
- جان جاك روسو، العقد الاجتماعي أو مبادئ القانون السياسي، ترجمة عبد العزيز لبيب، بيروت، المنظمة العربية للترجمة، 2011.

-حسان شفيق العاني، الأنظمة السياسية والدستورية، دار العلوم، بغداد، العراق، 1990.
- حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري- النظرية العامة- الطبعة الأولى، دمشق سوريا 2009.

- حماد صابر، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الجزء الأول، 2016.
- خلف بوبكر، القانون الدستوري والأنظمة السياسية المعاصرة، سلسلة إصدارات مخبر التحولات القانونية الدولية وانعكاساتها على التشريع الجزائري، مطبعة منصور، 2022، الوادي الجزائر.

- سعد عصفور، القانون الدستوري والنظم السياسية، الجزء الأول، منسأة المعارف، الاسكندرية، 1978.

- عبد العزيز النعيم ، أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة السياسية، 1998.
- عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1985.

- عدنان عاجل، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، بيروت لبنان، 1997.
- عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة، دار المعارف، القاهرة جمهورية مصر العربية، 1996.
- نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2011.

- نيقولا مكيافالي، الأمير، ترجمة، أكرم مؤمن، مكتبة ابن سينا للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة 2004.

ثانيا: المقالات المتخصصة:

- بلفقيه عبد الحق، المحكمة الدستورية وفق الدستور الجديد من حوار المؤسسات إلى حوار القضاة، مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، عدد 12، فيفري 2016.
- بوسطلة شهرزاد ومدور جميلة، مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاته في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الرابع.

-نسرين طلبه، الرقابة على دستورية القوانين، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد الأول 2011.

-مداني عبد القادر وسالمي عبد السلام، الاتجاه إلى الرقابة القضائية بواسطة المحكمة الدستورية في التعديل الدستوري لسنة 2020، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد الرابع، العدد 02، 2021.

- مجدي الشارف محمد الشعباني، الدور السياسي للقاضي الدستوري، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد الأول، جوان 2017.
- شوقي يعيش تمام وتربعة نواره، إثراء مشروع التعديل الدستوري الجزائري، مطبوعة الرمال، واد سوف، الجزائر، الطبعة الأولى، جوان 2020.
- حسين وحيد عبود وثامر محمد رخيص، مفهوم الدولة في القانون الدستوري، مجلة الكوفة، العدد 12.
- خلوفي خدوجة، الرقابة على دستورية القوانين، من مجلس دستوري إلى محكمة دستورية في ظل التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد السادس، نوفمبر 2021.
- جهيدة رويبح، المحكمة الدستورية في التعديل الدستوري 2020 بين الرقابة السياسية والرقابة القضائية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 13، العدد 01، أبريل 2022.

فهرس المواضيع:

| الصفحة | الموضوع |
|--------|--|
| 04 | مقدمة: |
| 07 | الفصل الأول: مدخل مفاهيمي للقانون الدستوري..... |
| 07 | المبحث الأول: مفهوم القانون الدستوري |
| 07 | المطلب الأول: تعريف القانون الدستوري..... |
| 08 | الفرع الأول: التعريف اللغوي للقانون الدستوري..... |
| 09 | الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للقانون الدستوري..... |
| 12 | المطلب الثاني: بدايات تدريس مقياس القانون الدستوري بكليات الحقوق..... |
| 15 | المطلب الثالث: طبيعة القواعد الدستورية..... |
| 15 | الفرع الأول: نفي الطبيعة القانونية على القواعد الدستورية..... |
| 16 | الفرع الثاني: تأكيد الطبيعة القانونية للقواعد الدستورية..... |
| 17 | الفرع الثالث: الاتجاه التوفيقي في تحديد الطبيعة القانونية للقواعد الدستورية..... |
| 19 | المبحث الثاني: مصادر القانون الدستوري..... |
| 19 | المطلب الأول: المصادر الرسمية (الشكلية) للقانون الدستوري..... |
| 20 | الفرع الأول: التشريع كمصدر رسمي للقانون الدستوري..... |
| 28 | الفرع الثاني: العرف كمصدر رسمي للقانون الدستوري..... |
| 32 | المطلب الثاني: المصادر التفسيرية للقانون الدستوري..... |
| 32 | الفرع الأول: الفقه..... |
| 34 | الفرع الثاني: القضاء..... |
| 39 | الفصل الثاني: النظرية العامة للدولة..... |
| 39 | المبحث الأول: تعريف الدولة..... |
| 40 | المطلب الأول: التعريف اللغوي للدولة..... |
| 40 | المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي للدولة..... |
| 45 | المبحث الثاني: النظريات المفسرة لأصل نشأة الدولة |
| 45 | المطلب الأول: النظريات التيقراطية..... |
| 46 | الفرع الأول: الاتجاهات التي قسمت لها النظريات التيقراطية..... |
| 50 | الفرع الثاني: موقف الاسلام من هذه النظريات..... |
| 51 | المطلب الثاني: النظريات الطبيعية..... |

| | |
|----|---|
| 51 | الفرع الأول: نظرية التطور الأسري..... |
| 51 | الفرع الثاني: نظرية الوراثة |
| 51 | الفرع الثالث: النظرية العضوية..... |
| 52 | الفرع الرابع: النظرية النفسية |
| 52 | المطلب الثالث: النظريات الاجتماعية..... |
| 52 | الفرع الأول: نظريات القوة والغلبة..... |
| 53 | الفرع الثاني: نظرية التضامن الاجتماعي..... |
| 54 | الفرع الثالث: نظرية التطور التاريخي..... |
| 54 | الفرع الرابع: النظرية الماركسية..... |
| 55 | المطلب الرابع: النظريات القانونية..... |
| 55 | الفرع الأول: النظريات الاتفاقية أو العقدية..... |
| 59 | الفرع الثاني: نظرية المؤسسة عند الفقيه "هوريو"..... |
| 61 | المبحث الثالث: أركان الدولة وخصائصها..... |
| 61 | المطلب الأول: الأركان المادية للدولة..... |
| 61 | الفرع الأول: ركن الشعب (الجماعة البشرية) |
| 64 | الفرع الثاني: ركن الاقليم |
| 68 | الفرع الثالث: ركن السلطة السياسية:..... |
| 70 | المطلب الثاني: خصائص الدولة..... |
| 70 | الفرع الأول: خاصية التمتع بالشخصية المعنوية..... |
| 72 | الفرع الأول: خاصية التمتع بالسيادة..... |
| 74 | الفرع الثالث: خاصية الخضوع للقانون..... |
| 78 | المبحث الرابع: أشكال الدول..... |
| 78 | المطلب الأول: الدول البسيطة (الموحدة)..... |
| 78 | الفرع الأول: خصائص الدولة البسيطة (الموحدة)..... |
| 79 | الفرع الثاني: المركزية واللامركزية الادارية في الدول البسيطة (الموحدة)..... |
| 80 | المطلب الثاني: الدول المركبة..... |
| 80 | الفرع الأول:الاتحاد الشخصي..... |
| 80 | الفرع الثاني: الاتحاد الحقيقي (الفعلي)..... |
| 81 | الفرع الثالث: الاتحاد التعاهدي (الاستقلالي)..... |

| | |
|-----|---|
| 82 | الفرع الرابع: الاتحاد المركزي (الفيدرالي)..... |
| 86 | الفصل الثالث: النظرية العامة للدساتير..... |
| 86 | المبحث الأول: أساليب نشأة الدساتير..... |
| 86 | المطلب الأول: الطرق غير الديمقراطية في وضع الدساتير..... |
| 86 | الفرع الأول: أسلوب المنحة في وضع الدستور..... |
| 87 | الفرع الثاني: أسلوب العقد (الاتفاق) في وضع الدساتير..... |
| 87 | المطلب الثاني: الطرق الديمقراطية في وضع الدساتير..... |
| 87 | الفرع الأول: أسلوب الجمعية التأسيسية..... |
| 87 | الفرع الثاني: أسلوب الاستفتاء الدستوري..... |
| 89 | المبحث الثاني: أنواع الدساتير..... |
| 89 | المطلب الأول: من حيث التدوين وعدمه..... |
| 90 | المطلب الثاني: من حيث كيفية التعديل..... |
| 90 | الفرع الأول: الدساتير المرنة..... |
| 91 | الفرع الثاني: الدساتير الجامدة..... |
| 96 | المبحث الثالث: أساليب نهاية الدساتير..... |
| 96 | المطلب الأول: الأسلوب العادي أو السلمي لنهاية الدساتير..... |
| 97 | الفرع الأول: الإلغاء الصريح للدستور..... |
| 97 | الفرع الثاني: الإلغاء الضمني للدستور..... |
| 97 | المطلب الثاني: الأسلوب غير العادي (الثوري) في نهاية الدساتير..... |
| 97 | الفرع الأول: التفرقة بين الثورة والانقلاب..... |
| 98 | الفرع الثاني: آثار الثورة والانقلاب..... |
| 100 | المبحث الثالث: الرقابة على دستورية القوانين..... |
| 101 | المطلب الأول: الرقابة على دستورية القوانين..... |
| 101 | الفرع الأول: مفهوم الرقابة السياسية على دستورية القوانين:..... |
| 101 | الفرع الثاني: تقدير الرقابة السياسية على دستورية القوانين..... |
| 103 | الفرع الثالث: التجربة الفرنسية كنموذج للرقابة السياسية..... |
| 106 | المطلب الثاني: الرقابة القضائية على دستورية القوانين..... |
| 107 | الفرع الأول: رقابة الإلغاء..... |

| | |
|-----|--|
| 108 | الفرع الأول: رقابة الامتناع..... |
| 110 | المطلب الثالث: الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر..... |
| 110 | الفرع الأول: الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر قبل التعديل الدستوري لسنة 2020..... |
| 111 | الفرع الثاني: الرقابة على دستورية القوانين في ظل التعديل الدستوري لسنة 2020..... |
| 119 | خاتمة:..... |
| 121 | قائمة المصادر والمراجع:..... |
| 125 | فهرس المحتويات:..... |