جامعة غليزان

كلية الحقوق –قسم القانون العام–

محاضرات في مقياس القانون الدستوري –المجموعة الثانية–

الدكتورة: بوشريعة فاطمة

السنة الأولى ليسانس –السداسي الأول–

مقدمة:

باعتبار أن الإنسان كائن اجتماعي فان ذلك يتطلب تعايشه مع الغير، ويتطلب تكوين علاقات بينهم، ولتنظيم تلك العلاقات وجدت قواعد لحماية حق كل طرف في العلاقة، وأطلق على هذه القواعد تسمية القواعد القانونية أو القانون.

ويعتبر القانون الدستوري فرع من فروع القانون العام، وهو حديث النشأة مقارنة بفروع القانون الأخرى، ويعود ذلك الى ظهور حركة تدوين الدساتير، وقد كان اول دستور مكتوب ومدون هو الدستور الاتحادي للولايات المتحدة الأمريكية لعام 1787م.

وقد استعمل مصطلح القانون الدستوري لأول مرة من طرف الفقيه DELLOZZO بجامعة FIRRARE بشمال ايطاليا، ثم انتقل تدريس القانون الدستوري الى جامعات أخرى مثل جامعات باريس عام 1834م وغيرها.

برنامج السداسي الأول:

***المحور الأول: مدخل الى القانون الدستوري**

1-تعريف القانون الدستوري وعلاقته مع غيره من القوانين الأخرى

2- مصادر القانون الدستوري

***المحور الثاني: النظرية العامة للدولة**

1-تعريف الدولة وأركانها

2-نشأة الدولة

3-خصائص الدولة

4-أشكال الدولة

***المحور الثالث: النظرية العامة للدساتير**

1-تعريف الدساتير وأنواعها

2-طرق وضع الدساتير

3- طرق تعديل الدساتير وانهائها

4-الرقابة على دستورية القوانين

أ-الرقابة السياسية على دستورية القوانين

ب-الرقابة القضائية على دستورية القوانين

6-الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر

أ- الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر قبل التعديل الدستوري لسنة2020

ب- الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر في ظل التعديل الدستوري لسنة2020

الفصل الأول: مدخل الى القانون الدستوري

يعرق القانون بأنه مجموعة القواعد القانونية العامة والمجردة التي تنظم السلوك الظاهري للأفراد داخل المجامع على وجه ملزم، ومن هذا المنطلق فان القاعدة القانونية تمتاز بعدة خصائص: أنها عامة ومجردة، سلوكية، اجتماعية، ملزمة.

ويقسم القانون على هذا النحو الى قسمين قانون عام وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقة التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها طرفا فيها باعتبارها سلطة عامة وتستخدم امتيازات السلطة العامة، وقانون خاص ينظم العلاقة بين الأشخاص الطبيعية فيما بينهم، أو بين الأشخاص العادية والأشخاص المعنوية الخاصة أو بين هؤلاء وبين الأشخاص المعنوية التابعة للدولة إذا لم تستخدم هذه الأخيرة امتيازات السلطة العامة. و يعتبر القانون الدستوري فرع من فروع القانون العام الداخلي.

المبحث الأول: تعريف القانون الدستوري وعلاقته بالقوانين الأخرى

إن الدولة شأنها شأن الأفراد فهي بحاجة الى قواعد قانونية تنظم شؤونها وعلاقاتها، فلها مجموعة من الاختصاصات والوظائف محددة بقواعد قانونية دستورية تسمو عن غيرها من القواعد القانونية الأخرى.

المطلب الأول: تعريف القانون الدستوري

لم يتفق الفقهاء القانونيون على معيار محدد في تعريف القانون الدستوري، وظهر بذلك معياران في هذا الشأن : معيار شكلي ومعيار موضوعي.

الفرع الأول: المعيار الشكلي في تعريف القانون الدستوري

يقصد بالتعريف الشكلي للدستور: مجموعة من القواعد القانونية التي تتضمنها الوثيقة الدستورية، وعلى هذا النحو فان هذا التعريف قد حصر القانون الدستوري فيما هو وارد من أحكام وقواعد في الدستور والوثيقة الدستورية التي تضعها هيئة خاصة، وتتبع في وضعها وتعديلها إجراءات خاصة تختلف عن الإجراءات المتبعة في القانون العادي.

وقد لاقى هذا المعيار عدة انتقادات من أهمها:

-لا يمكن حصر القانون الدستوري في الوثيقة الدستورية، حيث تختلف الدساتير من دولة الى أخرى من جهة ومن جهة أخرى هناك بعض الدول التي ليس لها دساتير مكتوبة الا أنها تملك في منظومتها القانونية القانون الدستوري.

-هناك بعض المواضيع التي تتضمنها الوثيقة الدستورية الا أنها لا تعتبر من مواضيع القانون الدستوري، ومثال ذلك: رموز الدولة كالدين والنشيد والعلم وغيرها.

-في المقابل هناك بعض المواضيع التي لا تتضمنها الوثيقة الدستورية إلا أنها تعتبر من صميم القانون الدستوري ومثال ذلك: شكل الدولة، ونوع دستورها وغيرها من المواضيع

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي في تعريف القانون الدستوري

يقصد بالتعريف الموضوعي للقانون الدستوري" مجموعة القواعد القانونية التي تنظم شكل الدولة ونظام الحكم فيها، وتبين السلطة السياسية في الدولة من حيث طبيعة العلاقة بين السلطات واختصاصاتها وإنشائها وتنظيمها، وتبين حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية، بغض النظر ما إذا كانت مدرجة في الوثيقة الدستورية أو في وثيقة قانونية أخرى (قواعد قانونية مكتوبة أو غير مكتوبة)". وقد وجهت أيضا انتقادات لهذا المعيار من أبرزها أن تعريف القانون الدستوري من خلال حصر موضوعاته قد يضيق من مجاله ونطاقه. ورغم ذلك يبقى المعيار الموضوعي الأقرب الى إيجاد تعريف أكثر دقة للقانون الدستوري.

المطلب الثاني: علاقة القانون الدستوري بغيره من القوانين الأخرى

لما كان الدستور هو قانون الدولة الأسمى والأساسي، فان ذلك يعني أنه يتضمن المبادئ والقواعد التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة في كل الميادين، فكان لزاما وجود قوانين تنظمها وتضبط العلاقات فيما بينها، وهذه القوانين يجب أن تكون مستمدة من روح الدستور وتنسجم معه، ومن هذا المنطلق أصبح الدستور هو المصدر الرئيسي لهذه القوانين.

وإذا كان من المسلم به أن القانون الدستوري فرع من فروع القانون العام فانه من المنطق أن تنشا علاقة بينه وبين فروع القانون العام الأخرى سواء القانون العام الدولي أي الخارجي أو القانون العام الداخلي وسوف نفصل في هذه العلاقة على النحو التالي:

الفرع الأول: علاقة القانون الدستوري بالقانون العام الدولي (القانون العام الخارجي)

يتشارك القانون الدستوري مع القانون الدولي العام في دراسة بعض المواضيع مثل موضوع الدولة ومبدأ سيادة الدولة، وموضوع الجنسية مسألة التمثيل الدبلوماسي، كما انه هناك صلة بين القانونين في النصوص الدستورية المتعلق بالقانون الدولي، حيث تتضمن الدساتير عدة نصوص تنظم دور البرلمان واختصاصاته في الشؤون الدولية مثل صلاحياته في التصديق على المعاهدات وتحديد علاقة الدولة بغيرها، وتنص أيضا على مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول ومبدأ احترام الالتزامات الدولية وغيرها.

الفرع الثاني: علاقة القانون الدستوري بفروع القانون العام الداخلي

يقصد بالقانون العام ذلك القانون الذي يطبق على العلاقة التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها ذات سيادة ومتمتعة بامتيازات السلطة العامة، وبهذا فان القانون العام الداخلي يقسم الى عدة فروع:

أولا: علاقة القانون الدستوري بالقانون الإداري

لقد كانت مواضيع القانون الدستوري قبل نشأته تدرس ضمن موضوعات القانون الإداري، لذلك فان العلاقة بينهما متداخلة ومتشابكة، ومن مظاهر العلاقة بينهما وجود أشخاص محكومين بقواعد دستورية وأخرى إدارية في نفس الوقت مثل تعيين الوزراء وإنهاء مهامهم وما يقومون به من أعمال فإنهم يخضعون في ذلك لأحكام القانون الدستوري، أما حين يمارسون وظائفهم فهم يخضعون لأحكام القانون الإداري, فالقانون الدستوري يضع القواعد والمبادئ العامة التي تقوم عليها كل القوانين، في حين القانون الإداري يتولى تطبيق المبادئ المتعلقة بالوظيفة الإدارية للسلطة التنفيذية.

ثانيا: علاقة القانون الدستوري بالقانون الجنائي

إن وثيقة الدستور تتضمن الكثير من المبادئ التي يتبناها القانون الجنائي كمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، ومبدأ عدم رجعية القوانين إلا ما هو أصلح للمتهم، ومبدأ شخصية العقوبة، الى غير ذلك من المبادئ التي تبرز الصلة بين القانونين، حيث يتولى القانون الجنائي أو كما يسميه البعض بقانون العقوبات تحديد الجرائم ووضع العقوبات المناسبة لها، وعليه فان الصلة دقيقة بين القانون

الدستوري الذي ينص على جملة من حقوق الأفراد التي يحميها القانون الجنائي في نفس الوقت ويكرسها وذلك على الرغم من استقلال كل قانون منهما عن الآخر من حيث مجال التنظيم والتنفيذ وكذا المصادر.

ثالثا: علاقة القانون الدستوري والقانون المالي

يرى جانب من فقهاء القانون الدستوري أن العلاقة بين القانون الدستوري والقانون المالي ترجع جذورها الى التاريخ الدستوري الانجليزي ، وكيف نشأ البرلمان الانجليزي وتحددت اختصاصاته، ونظمت العلاقة بينه وبين الملك، مما يوضح العلاقة القوية بين الوظيفة المالية وتدعيم نشأة البرلمان، ويبين أسس علم المالية العامة ومبادئ النظم الدستورية النيابية التي تقررت في مناسبة تاريخية واحدة.

وهذه الصلة بين القانونين مازالت قائمة الى اليوم حيث يتولى الدستور وضع القواعد التي تحدد كيفية وضع الميزانية ويتولى البرلمان المصادقة والموافقة عليها ثم يقوم القانون المالي بتنفيذها والرقابة عليها.

الفرع الثالث: علاقة القانون الدستوري بفروع القانون الخاص والقوانين المختلطة

إن القانون الخاص هو ذلك القانون الذي يحكم العلاقات بين الأشخاص الطبيعية أو بينهم وبين الأشخاص المعنوية التابعين للدولة متى لم تستخدم هذه الأخيرة امتيازات السلطة العامة ونزلت الى مرتبة الأفراد العاديين. ولذلك فان الدستور عادة ما يترك تنظيم هذه العلاقات للسلطة التشريعية المختصة دون تدخل من جانبه، خاصة أن كثيرا من فروع القانون الخاص تتميز بالاستقرار والثبات مثل القانون المدني والقانون الأسرة وغيرها.

إلا أن القانون الدستوري يضع الأسس العامة للمجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في الدولة ويلزم الجميع على احترامها مثل ضمان حق التملك، وضمان حق الإرث، وضمان الأملاك الوقفية، وحقوق الأسرة والعجزة وحقوق الطفل وغيرها.

من جانب آخر هناك بعض من الفقه من يقسم القانون الى قانون عام وقانون خاص وقانون مختلط، والمقصود بالقوانين المختلطة هي قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية، فالقانون الدستوري يضع المبادئ لضمان حقوق وحريات الأفراد ويجعل من القانونين السالفي الذكر سبيلا لذلك فقانون الإجراءات الجزائية ينص على عدم جواز التفتيش إلا بمقتضى القانون وبأمر صادر عن

السلطة القضائية المخولة قانونا، وينص على أن المتهم بريئا الى أن تثبت إدانته، وغيرها من المبادئ التي أقرها القانون الدستوري من خلال الدساتير وكرسها قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية.

المبحث الثاني: مصادر القانون الدستوري

المصدر لغة هو الأصل والمنشأ، أما اصطلاحا فهو الأساس الذي تستمد منه القاعدة القانونية وجودها سواء من الناحية الشكلية أو المادية، والهدف من البحث عن مصادر القاعدة القانونية هو معرفة الجهة التي صدرت عنها والإجراءات التي تمت بها، للتمكن من معرفة قوة الإلزام التي تحملها هذه القاعدة القانونية.

ويختلف الفقه في تقسيم هذه المصادر الى مصادر رسمية أساسية ومصادر احتياطية ثانوية إلا أنه يبقى تقسيما فقهيا يختلف من دولة لأخرى على حسب طبيعة نظامها ونوع دساتيرها.

المطلب الأول: المصادر الرسمية للقانون الدستوري

تقسم المصادر الرسمية للقانون الدستوري الى التشريع بنوعيه الأساسي والعضوي، اضافة الى العرف الدستوري.

الفرع الأول: التشريع

يعتبر التشريع مصدرا أساسيا للقواعد القانونية وبالأخص للقاعدة الدستورية، ذلك نتيجة تزايد تدخل الدولة وتعقيد نشاطها وزيادة ارتباطها بالدول والجماعات والأفراد، ويقصد بالتشريع مجموعة القواعد القانونية المكتوبة والموضوعة من طرف سلطة مختصة، يخضع لها جميع الأفراد مهما كانت صفتهم، وهو على أنواع: تشريع أساسي وتشريع عضوي.

أولا: التشريع الأساسي

يقصد به مجموع النصوص القانونية المدونة والصادرة عن هيئة خاصة عادة ما تسمى بالسلطة التأسيسية وفق إجراءات معينة ومختلفة، وتجمع هذه النصوص في وثيقة رسمية تسمى بالوثيقة الدستورية

أو الدستور، الذي يبين نظام الحكم في الدولة و وتنظيم السلطات في الدولة واختصاصاتها والعلاقة بينها، كما يحدد ويبين حقوق وواجبات الأفراد.

ثانيا: التشريع العضوي

رغم الدور الذي تلعبه الوثيقة الدستورية أو الدستور كمصدر أساسي للقاعدة الدستورية، الا أنه توجد مواضيع أخرى متعلقة بالنظام الدستوري منصوص عليها في قوانين صادرة عن البرلمان (السلطة التشريعية)، تسمى بالقوانين العضوية، فالدستور عادة ما يبين المبادئ العامة والأساسية ليترك تفصيلها للقوانين العضوية، حيث يسمح للسلطة التشريعية سن بعض القوانين المتعلقة بنظام الحكم مثلا أو تشكيل السلطات العامة في الدولة كقانون الانتخابات ، و القانون المتعلق بالأحزاب السياسية، والقانون المتعلق بالإعلام، والقانون الأساسي للقضاء والتنظيم القضائي، والقوانين المتعلقة بالمالية وغيرها، وتتم المصادقة على القانون العضوي من خلال البرلمان (السلطة التشريعية).

ويخضع القانون العضوي للرقابة من طرف المجلس الدستوري الذي بدوره يراقب مدى تطابق القانون العضوي مع أحكام الدستور قبل صدوره. وعليه يعتبر خضوع القانون العضوي للرقابة الوجوبية

السابقة من طرف المجلس الدستوري واشتراط الأغلبية المطلقة للمصادقة عليه، الإجراءان اللذان يميزانه عن القانون العادي.

الفرع الثاني: العرف الدستوري

يعتبر العرف الدستوري أقدم مصادر القاعدة الدستورية، وإذا كان العرف الدستوري يلعب دورا أساسيا في الدول ذات الدساتير غير المكتوبة، فان دوره في الدساتير المكتوبة والمدونة لا يعدو ان يكون مكملا. وحتى نكون أمام قواعد دستورية عرفية ملزمة يجب أن تتوفر جملة من الشروط تتكون معها هذه القوانين، منها إتباع هيئة من الهيئات الحاكمة في دولة معينة لعادة أو تصرف بصدد موضوع من مواضيع القانون الدستوري دون معارضة حتى يستقر في أذهان أفراد الجماعة ضرورة احترام هذه القواعد، مما يضفي عليها الصفة الإلزامية.

أولا: أركان العرف الدستوري

ان وجود القاعدة العرفية الدستورية مقرون بتوافر ركنين أساسيين وهما: الركن المادي والركن المعنوي

1- الركن المادي للعرف الدستوري: يتمثل الركن المادي في الأعمال والتصرفات المتكررة الصادرة عن إحدى السلطات الحاكمة في الدولة، ويشترط لكي يكون تكرار هذه التصرفات مجديا في خلق القاعدة الدستورية توافر شروط هي:

-صدور هذه التصرفات من الهيئة المختصة كالبرلمان أو السلطة التنفيذية كالوزير الأول أو الوزارات.

-أن يكون التصرف مقبولا لدى الهيئات الأخرى التي تمسها القاعدة، وعليه فان التصرف الصادر عن هيئة حاكمة لا يكون قاعدة دستورية عرفية إذا صادف معارضة أو عدم قبول من الهيئات والسلطات الأخرى.

-ثبات واستقرار هذا التصرف لمدة زمنية طويلة نسبيا.

2- الركن المعنوي للعرف الدستوري: نقصد بالركن المعنوي الاعتقاد بإلزامية القاعدة الدستورية وأنها واجبة الإتباع، وهذا الشعور ينتج من خلا تكرار العمل والأخذ بهذه القاعدة وعدم مخالفتها.

ثانيا: أنواع العرف الدستوري

والعرف الدستوري الذي ينشأ بهذه الكيفية قد يكون مفسرا أو معدلا أو مكملا.

1-العرف الدستوري المفسر: حين يهدف الى تفسير قاعدة دستورية ما بدافع رفع اللبس أو الغموض أو الإبهام وهو لا يؤدي الى إنشاء قاعدة دستورية جديدة، بل يبين كيفية تطبيق قاعدة دستورية موجودة أصلا لكنها غامضة.

2-العرف الدستوري المعدل: ومهمته تعديل وإحداث تغيير في أحكام الدستور سواء بالإضافة أو الحذف، كمنح سلطة أو هيئة اختصاصا لم تقررها الوثيقة الدستورية.

3-العرف الدستوري المكمل: يهتم بتنظيم موضوعات لم ينظمها المؤسس الدستوري، بحيث إذا أغفلت الوثيقة الدستورية معالجة موضوع ما أنشأت قاعدة دستورية عرفية لتكمل هذا النقص (سد الفراغ الدستوري).

المطلب الثاني: المصادر الاحتياطية التفسيرية للقانون الدستوري

تتمثل المصادر الاحتياطية للقانون الدستوري في الفقه والقضاء.

الفرع الأول: القضاء

نقصد به مجموعة الأحكام القضائية والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية المختلفة بشأن تطبيق القواعد القانونية على ما يعرض عليها من منازعات. فالقضاء لدى الدول ذات الدساتير المكتوبة يعتبر كمصدر تفسيري في المجال الدستوري، أما في الدول ذات الدساتير العرفية غير المكتوبة مثل بريطانيا، فان القضاء يعتبر مصدرا رسميا نظرا لما ينشئه من سوابق قضائية.

الفرع الثاني: الفقه

يقصد بالفقه البحوث والدراسات التي قام بها فقهاء القانون من خلال دراساتهم لمضمون الدستور والقانون الدستوري، وتبيان محاسنه وعيوبه، والفقه لا يعتبر مصدرا رسميا للقانون الدستوري وانما مصدرا تفسيريا يستأنس به في تفسير القاعدة القانونية.

الفصل الثاني: النظرية العامة للدولة

من خلال هذا الفصل سيتم التطرق الى كل ما يتعلق بالدولة كنظرية عامة من خلال البحث في مفهوم الدولة وأركانها (الشعب، الاقليم، السلطة السياسية) ونشأتها، اضافة الى خصائصها وأشكالها (الدولة البسيطة والدولة المركبة).

المبحث الأول: تعريف الدولة أركانها ونشأتها

من خلال هذا المبحث سيتم التطرق الى نشأة الدولة عبر العصور وكيف ظهرت الدولة بمفهومها الحديث، وقبل ذلك سيتم التطرق الى تعريف الدولة وأهم أركانها.

المطلب الأول: تعريف الدولة وأركانها

ان الدولة من بين أهم أشخاص المجتمع الدولي باعتبارها المكون الأساسي له، وبالرغم من أن الفقهاء والعلماء لم يتفقوا في كيفية نشأتها وتطورها الى أنهم اتفقوا في ضرورة توافر ثلاثة أركان لقيامها.

الفرع الأول: تعريف الدولة

لقد تعددت تعاريف الدولة من فقيه الى آخر، فهناك من عرفها مركزا على عنصر السلطة الحاكمة فعرف الدولة بأنها:"تجمع سياسي يؤسس كيانا ذا اختصاص سيادي في نطاق إقليمي محدد ويمارس السلطة عبر منظومة من المؤسسات الدائمة"، وهناك من غلب ركن الشعب واعتبر الدولة: " جماعة من الأفراد مقيمة على رقعة جغرافية معينة بصفة دائمة ومستقرة تكون خاضعة لسلطة سياسية عليا ذات سيادة"، أو يعرفها البعض بأنها: " مجموعة من الأفراد يمارسون نشاطهم على إقليم جغرافي محدد ويخضعون لنظام سياسي معين متفق عليه فيما بينهم يتولى شؤون الدولة، وتشرف الدولة على أنشطة سياسية واقتصادية واجتماعية،بهدف تقدمها وازدهار وتحسين مستوى حياة الأفراد فيها."

والملاحظ أن جميع الفقهاء حين تعريفهم للدولة اتفقوا على أركان ثلاث هي: الشعب والإقليم والسلطة السياسية، ومن ذلك يمكننا تعريف الدولة بأنها:" مجموعة من الأفراد يقطنون رقعة جغرافية معينة وتجمع بينهم رابطة قانونية تسمى برابطة الجنسية، تحكمهم وتسير أمورهم سلطة سياسية حاكمة."

الفرع الثاني: أركان الدولة

إن الدولة باعتبارها كيان سياسي مستقل تختلف بطبعها عن التنظيمات الأخرى التي توجد فوق إقليمها، ترتكز في قيامها على ثلاثة أركان:

أولا: الشعب

يعتبر الشعب من بين أهم الأركان لقيام الدولة و تأسيسها، فالمجموعة البشرية المكونة للدولة والتي تعيش داخل إقليمها هي المحرك الأساسي لها.

1-تعريف الشعب:

إن الشعب هو العنصر الأساسي لقيام أية دولة، فلا يمكن تصور قيام أي تنظيم بدونه، هذه الجماعة البشرية لا يشترط فيها أن تبلغ درجة عالية من المدنية والتطور أو أن تعيش على نمط معين من الحياة، ويقصد بالشعب كركن من أركان الدولة الوطنيون الذين يتمتعون بجنسية الدولة ويخضعون لسيادتها مقابل حمايتهم من اعتداءات الغير، وعلى هذا النحو تعتبر الجنسية رابطة قانونية تفيد انتماء الفرد لدولته، وهي تسمح لأصحابها بالتمتع بحقوقهم السياسية، وهي النقطة التي يختلفون فيها عن الأجانب، ويختلف الشعب بمفهومه بين الشعب الاجتماعي والشعب السياسي.

2-التمييز بين الشعب الاجتماعي والشعب السياسي:

يقصد بالشعب الاجتماعي مجموعة الأفراد الخاضعين لسلطة الدولة و المتمتعين بجنسيتها دون الأخذ بعين الاعتبار سنهم وأصلهم، جنسهم، مستواهم العلمي والثقافي، حالتهم العقلية وكدا مدى قدرتهم على إجراء التصرفات القانونية ومباشرة الأعمال السياسية.

بينما نقصد بالشعب السياسي كل المواطنين الحاملين لجنسية الدولة والمتمتعين بحقوقهم السياسية، أي المؤهلين بسبب سنهم و قدرتهم العقلية على ممارسة حق الانتخاب والمشاركة في تسيير أمور الدولة والحياة السياسية.

3-التمييز بين الشعب والسكان:

كما أنه تجدر التفرقة بين مصطلحي الشعب والسكان، فمفهوم السكان أوسع لأنه يشمل كل الأفراد القاطنين والمقيمين في إقليم الدولة سواء كانوا حاملي جنسيتها أو الأجانب الذين يحملون جنسيات مختلفة، وحتى يعتبر الأجانب من سكان الدولة يجب أن تكون إقامتهم شرعية تثبتها وثيقة الإقامة الممنوحة لهم من طرف السلطات المختصة في الدولة.

4-التمييز بين الشعب والأمة:

من جهة أخرى هناك تمييز وفرق بين الشعب والأمة، حيث تعددت الاتجاهات الفقهية حول تحديد مقومات الأمة، وظهرت عدة نظريات حول هذا الموضوع وركزت كل واحدة منها على عناصر محددة وعينة ترى أنها الأساس في تكوين الأمة.

-**النظرية الألمانية:** تعتبر أساس تكوين الأمة عناصر موضوعية: اللغة، العرق والجنس، حي سادت في القرن 18م فكرة أن اللغة هي الأساس في تكوين الأمة باعتبارها التعبير النفسي بين أفراد الجماعة، كما أنها أساس التوزيع الجغرافي للسكان عبر العالم، وتأثر الكثيرون بهذه النظرية منهم الألمان والايطاليين، وانتقد أصحاب هذا الاتجاه اللغوي باعتبار أن هناك جملة من الدول تستخدم عدة لغات ولكنها تشكل أمم والعكس صحيح.

وقد اتجه جانب آخر من أصحاب النظرية الألمانية الى الأخذ بالسلالة و العرق كمعيار للتمييز بين الشعب و الأمة، واعتبر العرق الأساس في التمييز بين الشعوب في الفهم والإدراك وفي الكفاءة والعقول، ومنهم الشعب الألماني حين اعتبر "هتلر" عند تسلمه لزمام الأمور في ألمانيا عام 1933م أن العرق الألماني هو العرق الأفضل وأن الأمة الألمانية هي أسمى أمم العالم.

-**النظرية الفرنسية:** رأى أصحاب هذه النظرية أن أساس تكوين الأمة ليس العرق أو اللغة أو الجنس أو الدين أي من ذلك، بل هي رغبة الأفراد في العيش مع بعض داخل حدود طبيعية معينة، وركزوا على عاملين أساسيين هما التاريخ أو الماضي المشترك وعامل ثان هو إرادة الأفراد في صنع مستقبل موحد.

وانتقدت هذه النظرية حيث لا يمكن اعتبار رغبة الأفراد في العيش معا عامل لتكوين الأمة، لأن هذه الرغبة تخضع لعوامل مختلفة وغير مستقرة وغير ثابتة مما يجعل مفهوم الأمة متغيرا ومتذبذبا.

-**النظرية الماركسية:** مفادها أن أساس قيام الأمة هي المصالح الاقتصادية، حيث يرى كارل ماركس صاحب هذه النظرية أن تطور كل مجتمع لم يكن سوى تاريخ للصراع القائم بين الطبقات، والحقيقة أن المصالح الاقتصادية مهمة جدا في تطوير الدولة إلا أنها لا يمكن أن تكون أساسا لتكوين الأمة لأن الحياة البشرية لا تقوم على الماديات فقط.

مما سبق نستنتج أن التمييز بين الأمة و الدولة يبدو مفهوما وواضحا، فالمقصود بالشعب جماعة من الأفراد تقطن رقعة جغرافية وتربط بينهم رابطة الجنسية تتطلب وجود سلطة سياسية حاكمة ، بينما الأمة لا تتطلب وجود هذه السلطة وتدمع بين لأفرادها عوامل وعناصر موضوعية مختلفة.

ثانيا: الإقليم

يتفق فقهاء القانون الدستوري أن الإقليم من بين أهم أركان قيام الدولة، فلا يتصور وجود دولة وشعب دون وجود إقليم ورقعة جغرافية يقطنها هذا الأخير.

1-تعريف الإقليم: يعرف الإقليم بأنه تلك الرقعة الجغرافية التي يعيش فوقها الشعب تحت سلطة سياسية ذات حدود معينة، أو يمكن تعريف الإقليم بأنه:" النطاق الأرضي و الجوي والمائي الذي تباشر فيه الدولة سلطتها وسيادتها دون منازعة من الدول الأخرى". وبذلك فان الإقليم لا نقصد به اليابسة من الأرض فقط وانما أيضا ما يتبعها من النطاق البحري المائي و النطاق الجوي.

2- مشتملات أو عناصر الإقليم: يتضمن إقليم الدولة عادة ثلاث مجالات رئيسية متمثلة في: الإقليم البري و المائي والجوي.

أ-الإقليم البري: لا يشتمل الإقليم الأرضي سطح الأرض وما فوقه من معالم طبيعية فقط وانما يمتد الى باطن الأرض، فلا يشترط في اقليم الدولة أو يكون قطعة واحدة ترابية واحدة مترابطة، فقد يتشكل من جزر عديدة أو من أجزاء ترابية متباعدة، كما لا يشترط أيضا أن يبلغ اقليم الدولة البري مساحة معينة فقد يكون واسعا أو ضيقا، وعليه فان ترابط اقليم الدولة أو تجزئته، ضيقه أو اتساعه ليس له أثر من الناحية القانونية على قيام الدولة.

ب-الإقليم البحري: يشمل الاقليم المائي كل من البحار الداخلية، البحيرات الكبرى، الأنهار والبحر الاقليمي بالنسبة للدول الساحلية، حيث لهذه الدول الحق في منطقة من البحر تسمى البحر الاقليمي مسافتها 12ميل وهو ما يعادل 20كلمابتداء من الشريط الساحلي المجاور للاقليم البري، وقد أقرت اتفاقية البحار لعام 1982م كامل السيادة للدولة على بحرها الاقليمي مع الاعتراف بمرور السفن البريء، الى جانب ذلك هناك مساحات أخرى في البحر تمارس الدولة الساحلية عليها بعض الحقوق الوظيفية تشمل مسافة 188ميلا وهي: المنطقة المتاخمة و المنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري، أما أعالي البحار فهي منطقة حرة وتراث مشترك للإنسانية.

ت-الاقليم الجوي: يشمل الاقليم الجوي الطبقة الجوية التي تعلو الاقليمين البري و البحري، حيث أقرت اتفاقية شيكاغو لعام 1944م حق السيادة الإقليمية للدولة على طبقاتها الجوية مع السماح بالمرور البريء فيه مادام لا يشكل ذلك خطرا على أمنها وسلامتها.

ثالثا: السلطة السياسية

تعتبر السلطة السياسية ثالث ركن يجب توافره لقيام الدولة، حيث لا يتصور وجود دولة دون وجود سلطة سياسية تسير جميع مجالات الحياة داخل إقليمها، حيث تتميز هذه الأخيرة بجملة من الخصائص والمميزات.

1-تعريف السلطة السياسة: يقصد بها السلطة الحاكمة أو الجهاز الحاكم، وهو التنظيم الذي يتخذ القرارات باسم كل أفراد الشعب، ينفذها باعتبارها ملزمة لجميع أعضاءها،وهذه القرارات تنظم سلوك الفرد وتسمح لهذه السلطة باتخاذ أي اجراء يتطلبه تسيير شؤون الجماعة و التعبير عن مصالحهم، وحتى تتمكن هذه السلطة من أداء مهامها يجب أن تتمتع بالشرعية القانونية، أي أن تكون مقبولة من طرف المحكومين، أما إذا كانت القوة هي سندها الوحيد فتكون سلطة فعلية.

وهنا يجب التمييز بين السلطة الشرعية و السلطة المشروعة، فالشرعية هي صفة تطلق على سلطة يعتقد الأفراد أنها تتطابق مع المبادئ التي يقوم عليها المجتمع، وبالتالي فلا وجود للشرعية طالما ان الأفراد لم يتقبلوا أسلوب الحكم.

أما المشروعية فهو تطابق التصرف مع القواعد القانونية الوضعية كالدستور والقانون، فنقول المشروعية الدستورية ونقصد به تطابق العمل مع الدستور، ونقول مشروعية قانونية حين يتطابق العمل مع القانون، فالسلطة تكون مشروعة حينما تستند في وجودها الى القواعد المحددة في النظام القانوني للدولة.

2-خصائص السلطة السياسية: تتميز سلطة الدولة بجملة من الخصائص نبينها فيما يلي:

أ-سلطة ذات اختصاص عام: إن نشاط الدولة يشمل سائر نواحي الحياة البشرية في الدولة، فإلى جانب ممارستها للنشاطات التقليدية المتعلقة بالنظام العام والدفاع الخارجي، فإنها تعمل على القضاء على المنازعات بين الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما تصدره من تشريعات وما تحوز عليه من وسائل قانونية.

ب-سلطة مدنية: إن سمو السلطة المدنية على السلطة العسكرية تعتبر من مسلمات الدولة الحديثة، لأن السلطة العسكرية وجدت لمواجهة الحروب و كل التهديدات التي يمكن أن تمس الشعب بالدرجة الأولى، فهي بذلك خاضعة للسلطة المدنية لكنها في نفس الوقت مستقلة عنها.

ت–سلطة تحتكر الإكراه المادي: فالدولة تحتكر وسائل الإكراه المادي كالدرك والشرطة والقوة العمومية و جهاز القضاء والمخابرات، فهي تملك قوة مادية تمكنها من تنفيذ أوامرها ذات الاختصاص العام، فتتولى حماية الاقليم من أي اعتداء أو تمرد داخلي وتوفر الأمن للأفراد.

ث–سلطة دائمة: نقصد بذلك أنها لا تزول بزوال حكامها، فلا يجب ربط الحاكم بذاته بالسلطة السياسية باعتبارها ركنا من أركان الدولة، فالمعاهدات التي تبرمها الدولة تبقى قائمة حتى بعد وفاة رئيسها أو تنحيه عن الحكم.

ح–سلطة أصلية: لا تنبثق السلطة السياسية عن أي سلطة أخرى فالعكس ان السلطات الأخرى هي التي تنبثق عنها، فهي التي تضع النظام القانوني الذي يخضع له الأشخاص وتنظم نفسها بنفسها، كما أنها لا تخضع داخليا أو خارجيا لغيرها، فهي في الداخل تمثل أعلى السلطات وفي الخارج هي تتمتع بالسيادة والاستقلال السياسي ولا تكون تابعة لأية دولة أجنبية أخرى.

المطلب الثاني: نظريات نشأة الدولة

لقد حاول الفقه الدستوري البحث في أصل نشأة الدولة، ومن أجل إزالة هذا اللبس فقد ظهرت عدة نظريات فقهية حاولت إعطاء طرح عن كيفية نشأة أحد أقدم الكيانات السياسية، لكن هذه النظريات اختلفت في تحديد العوامل التي ساهمت في تأسيس الدولة، بين تلك التي اعتمدت على الأسس القانونية أو الأفكار القانونية،وبين تلك التي اعتمدت على أفكار غير قانونية سواء دينية أو تاريخية أو اجتماعية أو طبيعية.

الفرع الأول: النظريات الثيوقراطية

يذهب أنصار هذه النظرية أن ظهور السلطة ونشأة الدولة مرجعها الى الله تعالى، فهي حق من الحقوق التي يستأثر بها هو سبحانه، لذلك يطالبون بتقديسها لكونها من صنعه وحق من حقوقه يمنحها لمن يشاء، فالحاكم يستمد سلطته من الله وبذلك فهو يسمو على المحكومين وإرادته تفوق إرادتهم.

أولا: نظرية تأليه الحاكم: وجدت مجالها ففي العصور القديمة حيث تأثر الإنسان بالأساطير، فظن أن الحاكم اله يعبد، فمصر اعتبر فرعون هو الإله، وفي بلاد فارس والروم كان الحاكم يعتبر الها، وفي الهند القديمة فان "لبراهما" هو الإله الحاكم.

ثانيا: نظرية الحق الإلهي المباشر: تعني هذه النظرية أن الحاكم ليس إلها وانما بشر يحكم باختيار الله عز وجل، فهو الذي يختار الملوك مباشرة لحكم الشعوب، وبذلك فما على الشعب إلا طاعة الملك المطلقة، في الوقت الذي لا يسأل فيه الملوك أبدا. وقد سادت هذه النظرية في أوروبا بعد اعتناق الإمبراطور "قسطنطين" الدين المسيحي من أجل عد المساس بالسلطة المطلقة للحاكم.

ثالثا: نظرية الحق الإلهي غير المباشر: مؤداها أن الله لا يتدخل بإرادته المباشرة في تحديد شكل السلطة ولا في من يتولاها ، وانما يوجه الحوادث والأمور بشكل معين وخاصة رجال الدين والكنيسة ليختاروا هم الحكام، وجاء في هذه النظرية أن الله قد أعطى سيفان سيف ديني لرجال الكنيسة وسيف دنيوي للحاكم، وبذلك لا يجوز مخالفة أوامر الحاكم.

الفرع الثاني: نظريات التطور

أولا: نظرية التطور العائلي: رائدها الفيلسوف اليوناني" أرسطو" ويرى إن الإنسان بطبعه اجتماعي وأن الدولة هي امتداد لتطورات لحقت باجتماع الذكر والأنثى فشكلوا الأسرة ثم تشعبت الى عائلة ثم الى عشيرة ثم الى قبيلة ثم الى مدينة ثم الى دولة. وأن سلطة الحاكم ما هي إلا امتداد لسلطة الأب في الأسرة.

ثانيا: التطور التاريخي: يذهب أنصار هذه النظرية الى أن أصل نشأة الدولة يعود الى عدة عوامل اقتصادية واجتماعية وسياسية وطبقية و غيرها تفاعلت فيما بينها عبر الزمن.

الفرع الثالث: النظريات الاجتماعية

أولا: نظرية القوة والغلبة: تقوم هذه النظريات على أساس قانون القوة والغلبة والذي هو قانون طبيعي البقاء فيه للأقوى، حيث تم تقسيم المجتمع الى طبقتين طبقة قوية حاكمة وطبقة ضعيفة محكومة، وظهرت فيها ثلاث اتجاهات.

1-*نظرية ابن خلدون: يفسر ابن خلدون نشأة الدولة على ثلاثة أسس و هي العنف والصراع من أجل البقاء، والعصبية القبيلة، والعقيدة والدين.

2-*النظرية الماركسية: رأى أن الصراع بين الطبقتين كان على أساس مادي، بين الطبقة المالكة لوسائل الانتاج وبين الطبقة العاملة الكادحة.

3-نظرية التضامن الاجتماعي: مفهوم القوة عند أصحابها لا تقتصر على القوة المادية فقط وانما أشمل كقوة النفوذ الأدبي، والقوة الاقتصادية ، والحنكة السياسية، والأصول العائلية وغيرها.

ثانيا: نظرية الوراثة نشأ في ظل الإقطاعية وترى أن حق ملكية الأرض حق طبيعي يعطي لمالكها حق حكم الناس الذين يعيشون عليها والذين عليهم طاعته والرضوخ له ولسلطته، فالدولة وجدت نتيجة حق ملكية الأرض ومن أجل خدمة الإقطاعيين.

الفرع الرابع: انظريات العقدية الاتفاقية

ظهرت فكرة العقد الاجتماعي لدى الإغريق الذين اعتبروا أن أساس إنشاء الدولة يقوم على اتفاق الأفراد على تكوينه للسهر على مصالحهم. وقامت هذه النظريات على أساسان: حالة وجود حالة فطرية بدائية عاشها الأفراد منذ فجر التاريخ، و شعور الأفراد بعدم كفاية هذه الحياة البدائية لتحقيق مصالحهم، وضرورة التخلي عن بعض حقوقهم من اجل ذلك من خلال إبرام اتفاق وعقد بينهم وبين حاكمهم.

أولا: نظرية توماس هوبز: يرى هوبز أن الحياة الفطرية للإنسان قبل إبرام عقد إنشاء الدولة كانت تعمها القسوة والوحشية والغلبة والنزعة الشريرة، ولذلك تنازل الفرد عن حرياته وحقوقه الطبيعية للسلطة التي أقامها والتي بنظره أنها لا يمكن أن تكون بنفس مقدار الشر والقسوة، وهكذا يتمتع الحاكم بسلطة مطلقة على الأفراد وهو غير مسؤول أمامهم لأنه ليس طرفا في العقد.

ثانيا: نظرية جون لوك: يرى أن الحياة البدائية للأفراد كان يعمها الخير والسعادة والحرية والمساواة وبالرغم من وجود هذه المميزات فان استمرارها غير مؤكد وقد يتعرض الفرد الى اعتداءات تغير حياته وتملؤها بالمخاوف، لذلك ومن أجل المحافظة على أرواحهم وحرياتهم وأملاكهم أبرموا هذا الاتفاق المنشئ للدولة الى أنهم لم يتنازلوا عن كل حقوقهم للحاكم والذي يعتبر طرفا في العقد، بل سلطته مقيدة بما يكفل تمتع الأفراد بحقوقهم الباقية التي لم يتنازلوا عنه، والحاكم في هذا العقد ملزم بتحقيق التزاماته وواجباته في حماية حقوق الأفراد المتنازل عنها.

ثالثا: نظرية جون جاك روسو: اعتبر أن الحياة البدائية كانت حياة خير وسعادة يتمتع فيها الأفراد بالسعادة والحرية والمساواة، ولكن وبظهور الملكية الخاصة وتطور الصناعة وإخلال لمبدأ المساواة وتقييد للحريات أدى الى إبرام العقد المنشئ للدولة ضمان لحماية المساواة والحرية والسلم الاجتماعي،

هذا العقد الذي يتنازل فيه الأفراد عن كافة حقوقهم الطبيعية وتستبدل بحقوقهم المدنية، وبذلك فان الحاكم طرف في العقد ومسؤول على حماية حقوق الأفراد وتأدية واجباته والتزاماته.

الفرع الخامس: النظريات المجردة

أولا: نظرية الوحدة: من روادها "جينلك" ، حيث فرق الفقيه بين مصطلحي العقد والذي يقصد به من الناحية القانونية تطابق إرادتين على أساس الرضي واتفاق حول المحل إن وجدت المصالح، فالمصالح المشتركة هي التي دفعت الى التعاقد، أما الفونبارك فهو تطابق أو تعدد الإرادات واجتماعها من أجل تحقيق هدف مشترك واحد هو إنشاء الدولة.

ثانيا: نظرية النظام القانوني: صاحبها هو "هنري كلسن" الذي يعتبر أن الدولة هي نظام تسلسلي للقواعد القانونية تستمد صحتها من قاعدة قانونية مفترضة، فهذا النظام القانوني يعتبر أن كل قاعدة أعلى ملزمة لقاعدة أدنى، وبذلك فالدستور هو القانون الأسمى وهو ما يعرف بدستورية القوانين.

ثالثا: نظرية سلطة المؤسسة: يرى أصحابها أن الدولة غير موجودة ولا كيان لها إلا عندما تؤسس وتنظم سلطاتها القانونية، ويتم ذلك بطريقتين: نقل الدولة من السلطة السياسية الى شخص أو كيان مجرد ثم وضع دستور وهكذا تتحول الدولة من دولة فعلية الى دولة قانونية.

رابعا: نظرية المؤسسة: رائدها الفقيه "هوريو" في نظره أن الدولة جهاز اجتماعي وسياسي وأن تشكيلها يشبه تشكيل أو إنشاء مؤسسة ويتم على مرحلتين: مرحلة تقبل الأفراد لإقامة مشروع دولة معتمدة من مجموعة المثقفين، ومرحلة انجاز هذا المشروع بدعوة الأفراد للانخراط والانضمام.

خامسا: النظرية العضوية: هي من بين النظريات الحديثة التي شبعت الدولة بجسم الإنسان المكون من عدة أعضاء يؤدي كل عضو منها وظيفة معينة لبقاء الجسم ككل، نفس الأمر للأشخاص في الدولة حيث تؤدي كل فئة منهم وظيفة معينة لضمان بقاء المجتمع، مما أدى الى ضرورة إيجاد مجموعة من الناس تحكم ومجموعة أخرى تسمى المحكومين.

سادسا: النظرية النفسية: من بين النظريات الحديثة، وترى أن الناس لا يخلقون متساوون ، بل هناك فئتين: فئة تحب السلطة والزعامة والتحكم سميت بالحكام وفئة تميل الى الخضوع والانصياع

بطبيعتها وشكلت جماعة المحكومين، واعتبرت أن العوامل النفسية الطبيعية هي التي تتحكم في بناء الدولة.

المبحث الثاني: خصائص الدولة وأشكالها

في هذا المبحث نتناول موضوع خصائص الدولة في مطلب أول وموضوع أشكالها في مطلب ثان.

المطلب الأول: خصائص الدولة

ان أركان الدولة التي تم دراستها مهمة لقيامها ووجودها، الى أنها غير كافية لتفسير بعض المسائل المتعلقة بها مثل استمرارية الدولة رغم تغير حكامها واختلافها عن كيانات مشابهة لها، لذلك فهي تمتاز ببعض الخصائص تجعلها مختلفة منها تمتعها بالشخصية المعنوية والسيادة و كذلك خضوعها للقانون.

الفرع الأول: تمتع الدولة بالشخصية المعنوية

يقصد بالشخصية المعنوية "مجموعة الأفراد والأموال التي تتكاثف وتتعاون لتحقيق غرض أو هدف مشروع بموجب اكتسابها للشخصية القانونية"، أو هي "الهيئات أو المؤسسات والجماعات التي يعطى لها الحق في ممارسة كافة أنواع التصرفات القانونية في التعامل، وفي اكتساب وتحمل الالتزامات، وأن يكون لها ذمة مالية مستقلة شأنها في ذلك شأن الأشخاص الطبيعيين" .

وبذلك فانه يقصد بالشخصية القانونية للدولة:"قدرتها على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وهو ما يفيد بان الدولة وحدة قانونية مستقلة عن الأشخاص الحاكمين الذين يمارسون السلطة، وأن هذه الوحدة لها طابع الدوام والاستقرار ولا تزول بزوال الأفراد." من هذا المنطلق فان تمتع الدولة بالشخصية المعنوية القانونية ينتج عنه جملة من الآثار نلخصها فيما يلي:

أولا: دوام الدولة ووحدتها

تعتبر الدولة وحدة قانونية مستقلة عن أشخاص حكامها، وبالتالي تكون السلطة التي يمارسها الحكام ملكا للدولة يباشرونها باسم الجماعة الوطنية ولمصلحتها، كما ينتج عنها أيضا تمتعها بصفة الدوام والاستمرار، فزوال الأشخاص القائمين فيها لا يؤثر في بقائها ولا يؤثر على ما أبرم باسمها.

ثانيا: الذمة المالية المستقلة للدولة

إن استقلال الدولة عن الأشخاص الحاكمين فيها يترتب عنه تمتع الدولة بذمة مالية مستقلة عن ذمم الحكام الذين يعملون باسمها ولحسابها، وعليه فان كل التصرفات التي يقوم بها هؤلاء تعود الى ذمة الدولة سواء كانت حقوقا أو التزامات. حيث أن هذه الخاصية تمكنها من القيام وأداء الأعباء العامة الملقاة على عاتقها.

ثالثا: المساواة بين الدول

إن الاعتراف للدول بالشخصية المعنوية يترتب عليه ميلاد شخص قانوني دولي جديد يتساوى مع بقية الدول من حيث كونها أشخاص القانون الدولي.

رابعا: أهلية التقاضي

للدولة الحرية في التعاقد مع الأفراد أو المؤسسات التابعة لها أو مع غيرها من الدول مهما كان شكل هذا التعاقد بيع أو إيجار أو إبرام صفقات أو معاهدات دولية، وذلك يجعلها تتمتع بحقوق وتلتزم بواجبات،وهو ما يمنحها أهلية التقاضي ومعناه أن تكون مدعية أو مدعى عليها في أية قضية ترفع ضدها أو لها.

الفرع الثاني: السيادة

تعتبر السيادة من أهم مميزات الدولة باعتبار هي ما يجعلها تختلف عن غيرها من الكيانات والأشخاص المعنوي الأخرى الخاصة.

أولا: تعريف السيادة

نقصد بالسيادة استقلال الدولة وعدم خضوعها لسلطة أخرى، وتمكنها من فرض إرادتها الملزمة على الأفراد والهيئات دون منازع، سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي، كما تسمح لها هذه الميزة بالانفراد في تنظيم أمور المجتمع الأساسية سواء تعلقت بالعلاقات الخاصة أو العامة.

ثانيا: أشكال السيادة

للسيادة شكلين:

1-سيادة سياسية: ونقصد بالسيادة السياسية للدولة سيادة الشعب لأنه هو الذي يرجع له الفضل في اختيار السياسيين الذين يكون لهم حق ممارسة السيادة القانونية، فهي بذلك سلطة الشعب في اختيار من يتولى مسؤولية إدارة الشؤون العامة في الدولة.

2-سيادة قانونية: يقصد بها سيادة سلطة الدولة في إصدار التشريعات بواسطة ممثليها والعمل على تنفيذها ومعاقبة كل من يخالفها.

ثالثا: مظاهر السيادة

للسيادة مظهرين:

1-سيادة داخلية: يقصد بها سلطة الدولة العليا التي تمارسها على الأفراد والهيئات التي توجد على إقليمها، ولها أن تصدر بناء على ذلك أوامر وقواعد قانونية وتوجيهات عامة تتمتع بالصفة الإلزامية ويتعين على الأفراد طاعتها.

2-سيادة خارجية: تتمثل في عدم خضوع الدولة في علاقاتها مع الدول الأخرى أو أشخاص المجتمع الدولي لأي إشراف أو وصايا أو تبعية، وبالتالي فهي متساوية مع غيرها ومستقلة عنهم. وبذلك فهي لا تتلقى أية توجيهات من الخارج في نفس الوقت فهي لا يحق لها التدخل في شؤون الدول الأخرى ذات السيادة.

الفرع الثالث: خضوع الدولة للقانون

نظرا للدور الكبير الذي تلعبه الدولة في نشأة القانون وتطبيقه، فان عملها على مراعاة القانون والالتزام به أمر ضروري، فالدولة تعتبر في أساسها سلطة ومن طبيعتها أنها لا تخضع لأية قيود، مع ذلك فان النظام الدستوري أدى الى القضاء على هذه الممارسات غير القانونية.

إن أعمال الدولة في العصر الحديث أصبحت تخضع للقيود التي يضعها القانون، فأصبح مبدأ خضوع الدولة للقانون مبدأ من المبادئ الدستورية، ونقصد بذلك خضوع الحكام وكافة أجهزة الدولة الممارسة للسلطة للقيود التي يفرضها القانون كسائر الأفراد.

لقد تطور مبدأ خضوع الدولة للقانون عبر مراحل مختلفة، حيث في ظل الدولة القديمة لم تكن السلطة الحاكمة خاضعة للقانون بل كانت غير مسئولة، ولم يتغير الوضع إلا بعد ظهور المسيحية التي أقرت بعض الحقوق للأفراد وأكدت على ضرورة احترامها وضمان المساواة بين الجميع وبظهور الإسلام تم تأكيد هذا المبدأ لما أقره من تعاليم تضمن المساواة بين الجميع، وضمنت الدولة الإسلامية خضوع الحكام والمحكومين للقيود القانونية.

ان خضوع الدولة للقانون يتطلب وجود مجموعة من الضمانات وتتمثل أساسا في وجود دستور يحدد القواعد الأساسية لممارسة السلطة في الدولة ويبين حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية، اضافة الى ضمانة تكريس مبدأ الفصل بين السلطات، ومبدأ تدرج القوانين، ووجود الرقابة القضائية التي تضمن معاقبة كل مخالف للقانون، وكذلك المعارضة السياسية التي تعمل على مراقبة وانتقاد الهيئة الحاكمة، وكشف أخطائها وتنبيه الرأي العام ضدها.

المطلب الثاني: أشكال الدول

نقصد بشكل الدولة نوعها أو تركيبتها سواء البشرية أو الجغرافية أو تكوين السلطة السياسية فيها، فقد توصف الدولة بأنها بسيطة موحدة، كما قد تكون مركبة أو اتحادية والتي تأخذ بدورها أشكالا مختلفة.

الفرع الأول: الدولة البسيطة

يراد بالدولة البسيطة تلك الدولة التي تكون كتلة دستورية وقانونية واحدة سيادتها موحدة ومستقرة في حكومة واحدة ولها دستور واحد وهيئة دستورية واحدة، كما تباشر فيها السلطة التنفيذية من طرف هيئة واحدة.

ولا يعني تحقق الوحدة الدستورية والتشريعية والقضائية في الدولة البسيطة تحقق الوحدة الإدارية، لان تنظيمها من الناحية الإدارية يتأرجح بين المركزية الإدارية واللامركزية الإدارية، وتعد الدولة البسيطة أكثر أشكال الدول انتشارا ومن أمثلتها: الجزائر، تونس، المغرب، فرنسا...وغيرها.

تتصف الدولة البسيطة بجملة من الخصائص نجملها فيمايلي:

–الوحدة السياسية ونقصد بها وحدة السلطة الحاكمة التي تمارس جميع مظاهر السيادة الداخلية والخارجية،ووجود مركز واحد لاتخاذ القرارات داخل الدولة.

–وجود سلطات ثلاث (تشريعية وتنفيذية وقضائية) تخضع في نفس الوقت لأحكام الدستور.

–تقوم الدولة البسيطة على دستور واحد يطبق على كل إقليمها، ويخضع له كل من الحكام والمحكومين على حد سواء.

–يكتسب كل رعايا الدولة البسيطة نفس الجنسية، و يخضعون لنفس القوانين ويتمتعون بنفس الحقوق والحريات.

–إن وحدة السلطات الحاكمة في الدولة البسيطة لا يعني وحدة أسلوبها الإداري، فهي قد تسير أمورها الإدارية إما عن طريق أسلوب المركزية أو اللامركزية.

الفرع الثاني: الدولة المركبة

نقصد بالدولة المركبة اتحاد مجموعة من الكيانات المجزأة في شكل وحدات داخلية تسمى بالدول أو الدويلات، وتجمع بينها رابطة معينة قصد تحقيق أهداف ومصالح مشتركة، فالدولة المركبة مكونة من اتحاد دولتين أو أكثر، وهي في مجملها تصنف الى دولة اتحادية مركبة قديمة، ودول اتحادية مركبة حديثة.

أولا: الدول المركبة القديمة

ترتبط الأشكال القديمة للدولة المركبة بالملكيات التي سادت في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، وتنقسم أساسا الى اتحادات شخصية وأخرى فعلية .

1-الاتحادات الشخصية: نقصد بالاتحاد الشخصي اتحاد دولتين أو أكثر في شخص الرئيس فقط، وينشأ عادة نتيجة المصاهرة أو انتقال ملك العرش لدولتين أو أكثر لشخص واحد، وينتج عن الاتحاد الشخصي جملة من النتائج تتمثل فيمايلي:

-لا ينتج عن الاتحاد الشخصي شخص دولي جديد.

-تحتفظ كل دولة بشخصيتها الدولية الكاملة.

-كل دولة من الاتحاد تحتفظ بسيادتها الداخلية الخارجية المستقلة عن الأخرى.

-لا تسري أية معاهدة إلا في مواجهة الدولة التي أبرمتها ولا تسري آثارها على الدول الأخرى في الاتحاد.

-الحرب التي تقوم بين دول الاتحاد هي حرب دولية وليست حرب أهلية، والحرب التي تعلن من دولة أجنبية ضد أحدى دول الاتحاد لا تعد حربا ضد كل دول الاتحاد.

-تتحمل كل دولة في الاتحاد نتائج تصرفاتها والتزاماتها وكافة أعمالها في مواجهة الدول الأخرى المكونة للمجتمع الدولي.

-تحتفظ كل دولة من الاتحاد باستقلالية إقليمها وسيادتها عليه دون تدخل من باقي دول الاتحاد.

-يحتفظ رعايا كل دولة من الاتحاد بجنسيتهم.

-لكل دولة من الاتحاد نظامها القانوني الخاص بها، حيث تتمتع كل دولة من الاتحاد بدستور خاص بها ، وبسلطة تنفيذية وتشريعية وقضائية خاصة بها.

من بيت أمثلة الاتحادات الشخصية : اتحاد بولندا ولتوانيا عام 1385م على اثر زواج ملكيهما، والاتحاد بين انجلترا وهانوفر عام 1714م على اثر تولي ملك هانوفر عرش انجلترا بمقتضى قانون توارث العرش.

2-الاتحادات الفعلية: يعتبر الاتحاد الفعلي اتحاد بين دولتين أو أكثر يترتب عليه ظهور شخص دولي جديد مع احتفاظ كل دولة بنظامها السياسي الداخلي، حيث يؤدي الاتحاد الفعلي الى فقدان الدول المكونة له لشخصيتها الدولية مع الحفاظ على استقلالها الداخلي، و يتميز الاتحاد الفعلي بجملة من الخصائص هي:

-ظهور شخص دولي جديد هو الاتحاد الفعلي، يكون لها الحق في التمثيل الدبلوماسي وإبرام المعاهدات والاتفاقيات الدولية.

-الحرب التي تقوم بين دول الاتحاد تعتبر حربا أهلية، وإعلان الحرب على إحدى دول الاتحاد من طرف دولة أجنبية هو إعلان على كل دول الاتحاد.

-يشكل إقليم الدول الأعضاء مجتمعا إقليما للاتحاد (إقليم اتحادي).

-لأفراد الدول المشكلة للاتحاد جنسية واحدة هي الجنسية الاتحادية.

-تحتفظ كل دولة بدستورها و نظامها السياسي و القانوني الخاص بها.

لقد ظهر هذا النوع من الاتحادات بين النرويج السويد عام (1815-1905م)، واتحاد النمسا والمجر (1867-1918م).

الفرع الثاني: الأشكال الحديثة للدولة المركبة

ان الأشكال الحديثة للدولة المركبة تتجسد في أشكال اتحادات تجتمع فيها الدول من أجل تحقيق أهداف مشتركة أو تتجزأ فيها الاختصاصات بين هيئات مشتركة وأخرى خاصة.

أولا: الاتحاد الاستقلالي (التعاهدي) (الكونفدرالي)

هو اتحاد بين دولتين أو أكثر بموجب معاهدة دولية مشتركة في مجالات معينة، حيث أن هذا الاتحاد يشمل المجالات التي تم تحديدها في المعاهدة التأسيسية، ويقوم الاتحاد على مبدأ المساواة بين الدول الأعضاء فيه، والتي تشكل بينها مجلسا للاتحاد تنحصر مهمته في رسم السياسة العامة المشتركة، ويتميز الاتحاد الاستقلالي بجملة من الخصائص:

-لا ينشأ شخص دولي جديد بل تبقى كل دولة من دول الاتحاد محتفظة بسيادتها الداخلية والخارجية.

-يحتفظ رعايا كل دولة من الاتحاد بجنسيتهم، ويعتبرون أجانب عن بعضهم البعض.

-تستقل كل دولة في الاتحاد عن غيرها في علاقاتها وتمثيلها الدبلوماسي.

-الحرب بين دول الاتحاد حرب دولية، وإعلان الحرب من دولة أجنبية على إحدى دول الاتحاد لا يعتبر إعلانا على كل دول الاتحاد.

-تحتفظ كل دولة بنظامها السياسي والقانوني والدستوري الداخلي.

-يتميز هذا الاتحاد بالهشاشة والضعف لأنه يمنح لأعضائه الحق في الانسحاب من الاتحاد بكل حرية، حتى وان لم يتم النص على ذلك في الاتفاقية المؤسسة للاتحاد.

ثانيا: الاتحاد الفدرالي (المركزي)

يعتبر الاتحاد المركزي من بين أقوى أشكال الاتحادات بين الدول، والفكرة الجوهرية من الاتحاد الفدرالي هي اتحاد دولتين أو أكثر وفقدان الدول الأعضاء للشخصية الدولية وظهور شخص دولي جديد، وينشأ الاتحاد الفدرالي إما عن طريق تفكك دولة موحدة الى عدة دويلات وتكون هذه الأخيرة اتحادا مركزيا، أو عن طريق أسلوب الانضمام أو اتفاق دول مستقلة فتفتقد شخصيتها الدولية.و ينتج عن الاتحاد الفدرالي جملة من النتائج والخصائص:

-ظهور شخص دولي جديد هو الدولة الاتحادية.

-يتمتع رعايا كل دول الاتحاد بجنسية واحدة.

-تتمتع كل دويلة بدستور خاص بها، يخضع هو الآخر في مبادئه للدستور الاتحادي للفدرالية.

- وحدة إقليم الدولة الاتحادية الفدرالية والذي يشمل أقاليم كل الدويلات.

-تتحمل الدولة الاتحادية كامل المسؤولية الدولية الناتجة عن تصرفاتها.

-يعتبر إعلان الحرب ضد دويلة من دويلات الاتحاد حربا ضد الاتحاد كله، كما أن الحرب بين إحدى دويلات الاتحاد تعتبر حربا أهلية وليست حربا دولية.

-يكون حق التمثيل الدبلوماسي مقتصرا على الدولة الاتحادية وهي تتمتع بكل مظاهر السيادة الخارجية، بما فيها حق إبرام الاتفاقيات والمعاهدات الدولية.

-توزيع الاختصاصات بين السلطات الاتحادية وسلطات الدويلات بثلاث طرق: إما النص في الدستور الاتحادي على اختصاصات السلطات الفدرالية وحكومات الولايات على سبيل الحصر، أو النص في الدستور الاتحادي على اختصاصات الهيئات الاتحادية على سبيل الحصر مثل: و.م.أ ، وسويسرا، الاتحاد السوفياتي، وإما أن يتم تحديد اختصاصات الدويلات على سبيل الحصر.

-غلبة مظاهر الوحدة على مظاهر الاستقلال، والتي تتمثل أساسا في استقلال كل دويلة بجزء من الشؤون الداخلية فقط مع اختصاص الدولة الاتحادية لكل مظاهر السيادة الخارجية.

-وجود هيئات دستورية خاصة بكل دويلة: بالنسبة للوظيفة التشريعية يوزع الاختصاص بين البرلمان الاتحادي وبرلمانات الدويلات، بالنسبة للوظيفة التنفيذية يوزع الاختصاص بين الحكومة الفدرالية وحكومة الدويلات طبقا لنصوص الدستور الاتحادي. بالنسبة للوظيفة القضائية فان الدولة الاتحادية الفدرالية تعرف نظاما مزدوجا بين القضاء الاتحادي وقضاء كل دويلة (قضاء اتحادي-قضاء الدويلة)، حيث تنشأ في الدولة الاتحادية عادة محكمة عليا اتحادية مهمتها مزدوجة: مراقبة مدى تطبيق القانون على مستوى الدولة الاتحادية، و الفصل في المنازعات بين الدولة الاتحادية وإحدى دويلاتها.

الفصل الثالث: النظرية العامة للدساتير

يعتبر الدستور أسمى القوانين في الدولة، لذلك فمن الضروري معالجة النظرية العامة للدساتير لاسيما مفهوم القاعدة القانونية الدستورية، وأنواعها وكذا تطورها سواء من حيث النشأة أو التعديل أو الإنهاء، كما سوف نتطرق الى دراسة الرقابة على دستورية القوانين.

المبحث الأول: تعريف الدستور وأنواعه

يعتبر الدستور من أهم المصادر الأصلية للقانون الدستوري، وقد اختلف الفقه في تعريفه وكذا في حصر أنواعه، فنوع الدستور يختلف من دولة الى أخرى حسب طبيعته ومصدره.

المطلب الأول: تعريف الدستور

يحمل مصطلح الدستور عدة معاني سوف يتم التطرق إليها.

الفرع الأول: تعريف الدستور لغتا

إن كلمة دستور ليست كلمة عربية وانما فارسية الأصل ويقابلها في اللغة الفرنسية كلمة (constitution)، وتعني القاعدة أو الأساس أو التنظيم، وطبقا لذاك فان الدستور لغتا نقصد به مجموعة القواعد الأساسية التي تبين كيفية تكوين وتنظيم الجماعة. وبهذا المفهوم فان للدستور معنى واسع جدا وغير محدد لكونه يتضمن عدة معاني يمكن أن تنصرف الى كل تنظيم قانوني. غير أن المقصود بالدستور في القانون الدستوري هو تلك الوثيقة المنظمة للدولة وشؤون الحكم.

الفرع الثاني: تعريف الدستور اصطلاحا (التعريف القانوني)

إن وجود وقيام الدولة يتطلب ارتكازها على منظومة قانونية عامة تشمل جميع مجالات الحياة، ويعتبر الدستور القاعدة الأساسية في الهرم القانوني لأية دولة، ويأخذ مصطلح الدستور مفهومين بحسب المعيار المأخوذ به: معيار شكلي ومعيار موضوعي.

أولا: المفهوم الشكلي للدستور

يقصد بالتعريف الشكلي للدستور "مجموعة القواعد القانونية التي تتضمنها الوثيقة الدستورية"، وعلى هذا النحو فان تعريف الدستور ينحصر فيما هو وارد من أحكام في الوثيقة الدستورية التي تضعها هيئة خاصة وتتبع في وضعها وتعديلها إجراءات خاصة ومختلفة عن تلك المتبعة في القانون العادي. إن هذا التعريف هو تعريف صحيح إلا أنه غير كاف ولا يتماشى مع الواقع لأنه ينكر وجد الدساتير العرفية غير المدونة.

ثانيا: المفهوم الموضوعي للدستور

يقصد بالمفهوم الموضوعي للدستور:" مجموعة القواعد القانونية التي تنظم شكل الدولة ونظام الحكم فيها وتبين السلطات فيها و طبيعة العلاقة بينها واختصاصاتها وإنشائها وتنظيمها، كما تبين حقوق

الأفراد وحرياتهم الأساسية" ، بغض النظر ما إذا كانت مدرجة في الوثيقة الدستورية أو في وثيقة قانونية أخرى (قواعد قانونية مكتوبة أو غير مكتوبة).

وبهذا نستنتج أن لكل دولة دستور خاص بها سواء كان مكتوبا أو غير مكتوب (عرفي)، بحيث لا يشترط أن يكون للدولة دستورا مكتوبا في وثيقة واحدة، بل يمكن أن توجد قواعد دستورية خارج هذه الوثيقة ضمن القوانين العادية أو الأحكام القضائية.

المطلب الثاني: أنواع الدساتير

تقسم الدساتير الى عدة أنواع حسب عدة معايير.

الفرع الأول: أنواع الدساتير من حيث الشكل أو المصدر(مدونة وعرفية)

تقسم الدساتير من حيث شكلها أو تدوينها الى دساتير مكتوبة(مدونة) ودساتير غير مكتوبة (غير مدونة)، فالدساتير المدونة هي من بين خصائص الدولة المعاصرة، وانتقلت من الولايات المتحدة الأمريكية الى فرنسا عام1787م لتشمل كافة دول العالم، ويقصد بها الدستور المدون في وثيقة أو عدة وثائق كدستور فرنسا1875م الذي صدر في ثلاث وثائق. وقد استعملت الكتابة من أجل تجميع القواعد الدستورية والحفاظ عليها من التلف والنسيان، ولإبراز قيمتها القانونية العليا وتسهيل عملة الاطلاع على فحواها، كما ساهمت عملية تدوين الدساتير في تمكين كل المواطنين من معرفة حقوقه وواجباته اتجاه دولته، كما أنها وسيلة تستخدمها الدولة الحديثة من أجل تجنب الفوضى وبناء الحكم المستقر. كما أن بعض الدول مثل الدولة المركبة الفدرالية المركزية تتطلب دستورا اتحاديا مكتوبا لبيان اختصاصات الهيئات المحلية واختصاصات السلطة المركزية.

أما الدساتير العرفية فهي مجموعة من القواعد غير المكتوبة التي تنشأ تلقائيا من خلال ممارسة سلطات الدولة لمهامها، والتي تكونت عن طريق العادة والسوابق التاريخية التي اكتسبت مع مرور الوقت القوة الدستورية الملزمة، ذلك نتيجة لاستمرار السلطات العمومية عليها وفقا لما تتضمنه من قواعد أثناء مباشرتها لوظائفها، وبذلك فان تكوين القواعد الدستورية العرفية على هذا النحو لا يعني عدم إمكانية تدوينها ، إلا أن التدوين لا يغير من صفتها العرفية ولا يؤدي الى اعتبارها قواعد دستورية مكتوبة بل تبقى لها صفة العرفية. ومن أمثلة الدساتير العرفية نجد النظام الدستوري الانجليزي، ومن بين القواعد الدستورية

العرفية في انجلترا تلك الخاصة بتشكيل الوزارة وممارسة وظائفها. وللإشارة فانه بالرغم من أن الدستور الانجليزي عرفي إلا أن ذلك لا يعني انعدام القواعد الدستوري المكتوبة منها قانون البرلمان لسنة1911م ، قانون توارث العرش لسنة 1781م وغيرها.

الفرع الثاني: أنواع الدساتير من حيث طريقة وضعها(دساتير ديمقراطية و غير ديمقراطية)

نقصد بالديمقراطية مشاركة الشعب في تسيير أمور البلاد سواء بطريقة مباشرة من خلال الانتخابات والاستفتاءات الشعبية أو بطريقة غير مباشرة من خلال ممثليهم، ومن هذا المنطلق فانه يتم إنشاء ووضع الدساتير وفق عدة طرق أما أن تكون هذه الطرق غير ديمقراطية من خلال طريقتي المنحة والعقد وبالتالي تعتبر دساتير غير ديمقراطية، وإما إنشاؤها بطرق ديمقراطية من خلال طريقتي الجمعية التأسيسية أو الاستفتاء الشعبي وتسمى دساتير ديمقراطية.

الفرع الثالث: أنواع الدساتير من حيث مضمونها(دساتير مطولة و مختصرة)

تقسم الدساتير من حيث مضمونها الى دساتير مطولة والمقصود بذلك أنها تدرس كل المواضيع الموجودة في الدستور بصفة دقيقة وبطريقة مطولة، كأن يتم التطرق لموضوع رموز الدولة ويتم التدقيق والتفصيل فيها الى حد كتابة النشيد الوطني أو وصف العلم الوطني بكل تفاصيله، كما قد تكون الدساتير مختصرة وهي عكس الأولى فهي لا تفصل بطريقة مبالغ فيها، بل تكون نصوصها مختصرة على قدر الإمكان.

الفرع الرابع: أنواع الدساتير من حيث تعديلها(دساتير جامدة ومرنة)

يمكن تقسيم الدساتير من حيث طريقة تعديلها الى دساتير مرنة ودساتير جامدة، فالدساتير المرنة هي تلك الدساتير التي يمكن تعديلها بنفس الاجراءات المتبعة لتعديل القوانين العادية الصادرة عن السلطة التشريعية، وقد يكون الدستور المرن عرفيا أو مكتوبا. أما الدساتير الجامدة فهي تلك الدساتير التي لا يمكن تعديلها بنفس الاجراءات المتبعة لتعديل القوانين العادية وانما تعدل وفق إجراءات خاصة ومعقدة.

والجمود هنا ليس معناه الجمود المطلق الذي ينفي عملية التعديل بتاتا بل يمكن ان يمس الجمود المطلق بعض المواد في الدستور كتلك المتعلقة لرموز الدولة أو مبادئ الدولة أما فيما يخص تعديل

الدستور ككله فهو جمود نسبي لارتباطه بإجراءات معقدة ومختلفة عن تلك المتبعة حين تعديل القوانين العادية.

المبحث الثاني: وضع وتعديل الدساتير ونهايتها

إن موضوع وضع وتعديل وإنهاء الدساتير يتعلق بالدرجة الأول بالهيئة المختصة قانونا في هذه العمليات والتي هي على نوعين: السلطة التأسيسية الأصلية والسلطة التأسيسية الفرعية، فالسلطة التأسيسية الأصلية هي السلطة المختصة بوضع الوثيقة الدستورية دون الاستناد الى سلطة سابقة أو أعلى منها، فهدفها هو خلق ووضع دستور جديد، وهي تلك السلطة التي لا تخضع لأي قيد أو نص دستوري سابق، أما السلطة التأسيسية الفرعية فهي الجهة المختصة في تعديل الدستور فقط وتسمى أيضا بالسلطة المؤسسة، فهي تعيد النظر في بعض أحكام الدستور فقط في حدود ما أسندته لها السلطة التأسيسية أثناء وضعها للدستور.

المطلب الأول: وضع ونشأة الدساتير

لقد صنف الفقه أساليب وضع الدساتير الى نوعين الطرق غير الديمقراطية المتمثلة في المنحة والعقد، والطرق الديمقراطية تتمثل في الجمعية التأسيسية و الاستفتاء الشعبي الدستوري.

الفرع الأول: الأساليب غير الديمقراطية لوضع الدساتير

تتميز هذه الدساتير بأنها دساتير تغلب فيها إرادة الحاكم على إرادة الشعب، أو أنها تساوي بينهما في حدود معينة.

أولا: وضع الدستور عن طريق المنحة

يقصد بالمنحة كطريقة لوضع الدساتير استقلال الحاكم في وضع هذه الوثيقة دون مشاركة الشعب، ويتم عن طريق تنازل الحاكم عن بعض سلطاته للشعب في صورة لا عهود أو مواثيق، حيث يكون للحاكم كامل الحرية والسلطة التقديرية في وضع مضمون الوثيقة الدستورية، فهو دستور صادر عن طريق إرادة منفردة وهو متواجد في أنظمة الحكم الديكتاتورية التسلطية، وقد يكون سبب هذه المنحة إما تلقائيا وبمحض إرادة الحاكم أو نتيجة لظروف وأحداث داخلية أجبرته على ذلك، ويوصف هذه الطريقة لوضع الدساتير بغير الديمقراطية لعدم مشاركة الشعب لا في إعداده ولا في إقراره، ومن أمثلة التي

وضعت عن طريق المنحة: دستور فرنسا لعام 1814 الذي منحه الملك لويس12 بعد سقوط نابليون، ودستور مصر لعام 1923م.

ثانيا: وضع الدستور عن طريق العقد

تعتبر هذه الطريقة نتيجة لجهود الشعوب على جعل الملوك يعترفون بحقها في مشاركتهم في السلطة التأسيسية الأصلية، وتتساوى فيها إرادة الحاكم والشعب على حد سواء. وتنشأ هذه الدساتير في غالب الأحيان بعد الثورات الشعبية والانقلابات فيضطر الحكام للتنازل عن جزء من سلطاتهم حتى لا يفقدوها بالكامل، وبذلك فان الدستور الصادر على أساس عقد يتم وضعه نتيجة تقابل إرادة كل من الحاكم والمحكوم على أساس الحرية والاختيار الحر، ومن المفروض أن يعد ممثلو الشعب مشروع الدستور ويقدم الى الحاكم من أجل التوقيع عليه، إلا أنه جرت العادة على أن يتم العكس حيث تعد السلطة الحاكمة مشروع الدستور ويطرح للشعب من أجل قبوله، ولعل الكثيرون يجدون هذا النوع من طرق وضع الدساتير بوابة للديمقراطية إلا أنه اعتبر غير ديمقراطي لأنه يغلب إرادة الحاكم على إرادة الشعب في غالب الأحيان، ومن أمثلة دساتير العقد:الدستور العراقي لعام1925م والكويتي لعام1962م.

الفرع الثاني: الأساليب الديمقراطية لوضع الدساتير

نقصد بالأساليب الديمقراطية لوضع الدساتير تلك التي يشارك في وضعها الشعب من خلال السلطة التأسيسية الأصلية والتي تمثله باعتباره صاحب السيادة العليا في الدولة، وتتلخص الأساليب الديمقراطية لوضع الدساتير في أسلوب الجمعية التأسيسية وأسلوب الاستفتاء الشعبي.

أولا: وضع الدستور عن طريق الجمعية التأسيسية

يلجأ الشعب الى انتخاب هيئة مهمتها وضع الدستور نظرا لصعوبة وضعه مباشرة من طرف وتتجسد هذه الهيئة في شكل جمعية خاصة ذات وكالة محدودة في وضع الدستور باسم الشعب ونيابة عنه. وبذلك فان الدستور يصبح ساري النفاذ بمجرد وضعه من طرف الجمعية التأسيسية، اذ لا يشترط عرض هذه الوثيقة على الشعب. وقد ظهرت هذه الطريقة لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية ثم فرنسا وألمانيا ثم النمسا واسبانيا وغيرها.

ثانيا: وضع الدستور عن طريق الاستفتاء الشعبي

تختلف هذا الطريقة عن طريقة الجمعية التأسيسية في كون الدستور يصدر مباشرة من طرف الشعب اذ يبدي رأيه ولا يصبح نافذا إلا بعد الاستفتاء والموافقة عليه. وفي هذه الحالة يطلق على هذا النوع من الاستفتاءات بالاستفتاء الشعبي الدستوري والذي يستخدم سواء في وضع الدساتير أو في تعديلها أما الاستفتاء الشعبي السياسي فهو أخذ رأي الشعب في الأمور التي تتعلق بشؤون الحكم.

وعليه فان وضع الدستور عن طريق الاستفتاء يتم بطريقتين: اما انتخاب جمعية تأسيسية تتكفل بوضع الدستور ثم يعرض للاستفتاء الشعبي الدستوري ويصبح نافذا بعد المصادقة عليه من طرف الشعب، أو من خلا وضع مشروع الوثيقة الدستورية من طرف نخبة حكومية أو برلمانية ثم يعرض للاستفتاء الشعبي للمصادقة عليه وهذه الطريقة تتطلب أن يكون الشعب على وعي ودراية قانونية ودستورية كافية تؤهله لرفض أو قبول المشروع الدستوري.

المطلب الثاني: تعديل الدساتير

الفرع الأول: تعريف تعديل الدستور ومراحله

يعرف التعديل الدستوري بأنه اضافة أو حذف أو تعديل مضمون مادة من مواد الدستور نظرا الى أنها لم تعد تتماشى مع تطورات المجتمع، وإذا كانت السلطة التأسيسية الأصلية هي المسؤولة عن وضع الدساتير فان السلطة التأسيسية الفرعية هي المسؤولة عن تعديلها وفق إجراءات خاصة ومختلفة عن تلك التي تعدل بها القوانين العادية هذا فيما يخص الدساتير الجامدة أما الدساتير المرنة فهي تعدل بنفس الكيفية التي تعدل بها القوانين العادية يعني على مستوى السلطة التشريعية(البرلمان).

أما فيما يخص مراحل التعديل فهي تتمثل في مرحلة اقتراح التعديل عادة من البرلمان أو الحكومة أو الاثنين معا أو البرلمان بمشاركة الشعب، ومرحلة إقرار مبدأ التعديل من طرف البرلمان، ومرحلة الإعداد بشكل نهائي من طرف البرلمان أو هيئة مختصة ثم مرحلة الإقرار النهائي إما عن طريق البرلمان أو الاستفتاء الشعبي الدستوري.

الفرع الثاني: حدود التعديل الدستوري

ان التعديل الدستوري ليس مطلقا بل هو محدود إما زمنيا وإما موضوعيا، فالتعديل الزمني يتمثل في النص على عدم إجراء أي تعديل للدستور أو بعض أحكامه لمدة زمنية معينة أو خلال الفترة التي تمر بها الدولة بظروف خاصة استثنائية، كما يمكن أن يكون التعديل مطلقا فلا يجوز تعديل بعض أحكامه أو كلها في أي وقت من الأوقات ويسمى بالحضر الموضوعي، حيث هناك مواضيع لا يمكن تعديلها لخصوصيتها كنظام الحكم في الدولة وشكلها و رموزها الأساسية.

المطلب الثالث: نهاية الدساتير

تتم عملية نهاية الدساتير بأسلوبين رئيسيين إما عن طريق الأساليب العادية أو الأساليب غير العادية.

الفرع الأول: الأسلوب العادي لنهاية الدساتير

عادة لا تتضمن الدساتير على طريقة نهايتها أو إلغائها، فحق الإلغاء يصبح متروكا للشعب باعتباره صاحب السلطة التأسيسية الأصلية، شريطة أن يكون ذلك منصوصا عليه صراحة في الدستور، ويكون ذلك عادة عند عدم مسايرة الدستور القائم للتطورات السائدة في المجتمع، وبالتالي يقتضي الأمر إلغاء الدستور القائم ووضع دستور جديد يحقق أهداف الدولة ويساير الأحداث المستجدة.

الفرع الثاني: الأسلوب غير العادي لنهاية الدساتير

يعتبر الأسلوب غير العادي لنهاية الدساتير أسلوبا غير طبيعي، وعليه فان الدساتير لا تنص عادة على هذه الطريقة كوسيلة مشروعة لنهاية الدساتير، وعادة ما يكون هذا الإلغاء عن طريق استعمال العنف والقوة (الثورة والانقلاب).

فالشعب حين عدم موافقته على سياسة البلاد وعلى طريقة تسييرها قد يثور ضد السلطة الحاكمة من خلال ثورة شاملة للإطاحة بالنظام وتغييره، فالثورة هي حركة شعبية مستمرة يقوم بها الشعب أو نخبة منه تسانده الجماهير بقصد إحداث تغيير جذري في بنية النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي في الدولة، مستتبعا ذلك بتغيير الدستور القديم وإنهائه. وهي بذلك تختلف على عملية الإصلاح الذي تقوم به السلطة الحاكمة من أجل امتصاص غضب الشعب.

كما قد يتم إنهاء الدستور من خلال الانقلاب، وفي هذه الحالة لا تتدخل الجماهير بل يكون هناك صراع بين أعضاء الطبقة السياسية أنفسهم، فالانقلاب هو عبارة عن حركة تصدر من فئة في السلطة ضد أخرى قصد إبعادهم عن الحكم باستخدام العنف والقوة، وعادة ما يكون الجيش هو المدبر للعملية الانقلابية ويطلق عليه مصطلح الانقلاب العسكري، الذي ينهي الدستور السابق ليضع دستورا جديدا.

المبحث الثالث: الرقابة على دستورية القوانين

نقصد بالرقابة على دستورية القوانين الرقابة فيما إذا كانت كل القوانين الصادرة عن السلطات المختصة في الدولة لا تتنافى مع الأحكام الدستورية المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية وذلك ضمانا لمبدأ سمو الدساتير، فالهدف الأساسي من الرقابة على دستورية القوانين يكمن في حماية الدستور من أي اعتداء.

وتتم الرقابة على دستورية القوانين بطريقتين: إما عن طريق الرقابة السياسية التي أسندت مهمة الرقابة الى هيئة سياسية وإما عن طريق الرقابة القضائية التي أوكلت مهمة الرقابة لهيئة قضائية.

المطلب الأول: الرقابة السياسية على دستورية القوانين

في هذه الرقابة تتم عملية الرقابة من خلال هيئة ذات طابع سياسي، ويتم اختيار أعضاء هذه الهيئة سواء بالتعيين من طرف الحكومة أو البرلمان أو من كليهما معا، وصلاحياتها تختلف من دولة لأخرى ومن بين أبرز الدول التي كرست هذا النظام فرنسا والدول الاشتراكية.

الفرع الأول: الرقابة السياسية على دستورية القوانين عن طريق مجلس دستوري

أول ظهور للرقابة السياسية عن طريق المجلس الدستوري في فرنسا، وذلك باستحداث هيئة خاصة تتولى النظر في مدى مطابقة القانون للدستور، ويعود الفضل في ظهور هذه الفكرة الى الفقيه "سييز" الذي نادى بضرورة استحداث هيئة سياسية تكون وظيفتها الأساسية إلغاء القوانين المخالفة للدستور وهدفه في ذلك كان حماية الدستور من الاعتداء على أحكامه من قبل السلطات العامة.

ولعل أهم أسباب فصل الرقابة السياسية عن الرقابة القضائية تمثل في الدور التي كانت تلعبه البرلمانات التي توصلت الى إلغاء القوانين، وعمل بذلك رجال الثورة على تقييد عمل السلطات والمحاكم

ومنعها من التدخل في اختصاصات السلطة التشريعية. كما هناك أسباب قانونية تتمثل في ضرورة تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات التشريعية والقضائية والتنفيذية، اضافة الى أسباب سياسية باعتبار أن القانون هو تعبير على إرادة الشعب وأن هذه الإرادة أسمى من القضاء وعليه فلا يجوز له التعرض لمدى دستورية أو عدم دستورية قانون يعبر عن إرادة الأمة. لقد أخذت الجزائر بفكرة الرقابة السياسية على دستورية القوانين من خلال تأسيسها للمجلس الدستوري الجزائري منذ إصدار دستور 1963م الى غاية يومنا هذا.

الفرع الثاني: الرقابة السياسية على دستورية القوانين عن طريق هيئة منتخبة

إن هذا النوع من الرقابة عن طريق هيئة منتخبة منتشرة بكثرة في الدول الاشتراكية، والغرض منه هو تكريس الإرادة الشعبية حيث لا يمكن أن يقيم عمل البرلمان الذي هو ممثلا للشعب إلا البرلمان نفسه، ومن بين هذه الدول التي كرست هذا النوع من الرقابة الاتحاد السوفيتي سابقا وكذا ألمانيا الشرقية. وتقوم الرقابة على دستورية القوانين في هذه الطريقة على انتخاب هيئة خاصة من البرلمان تكون مهمتها السهر على دستورية القوانين.

كخلاصة لما سبق فان نظام الرقابة السياسية على دستورية القوانين هو نظام وقائي والمتمثل في إلغاء القوانين المخالفة للدستور قبل صدورها ذلك أفضل من الطعن فيها، كما أنه نظام سابق لا يتصادم مع مبدأ الفصل بين السلطات إلا أنه يتأثر بأهواء الأحزاب السياسية على حساب سيادة القانون، بل أن هذا النوع من الرقابة يتطلب مؤهلات وكفاءات عالية، كما أن الهيئة السياسية المكلفة بالرقابة قد تنحاز دائما الى الجهة التي حددت تشكيلها فتكون غير مستقلة، ونتيجة لكل هذه الأسباب ظهرت الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على دستورية القوانين

المقصود بالرقابة القضائية على دستورية القوانين هو أن تسند مهمة الرقابة على القوانين الصادرة من البرلمان الى جهة قضائية إما الى المحاكم المختلفة أو الى محكمة دستورية عليا معينة يتم النص عليها في الدستور، ومن مزايا هذا النظام :

–ضمان فحص دستورية القوانين بعيدا عن كل الاعتبارات السياسية لما يتوفر في رجال القضاء من ضمانات الحياد والموضوعية والاستقلالية في مباشرة وظائفهم.

–فحص القوانين من طرف القضاة الذين يعتبرون مؤهلين بحكم تكوينهم للتعرف على مدى تطابق القوانين للدستور.

–ضمان حرية التقاضي للأفراد وحق الدفاع وعلانية الجلسات وتعليل الأحكام وعلانيتها وهي كلها إجراءات معروفة وعادية مما يجعل الرقابة القضائية فعالة وحقيقية.

رغم هذه المزايا والخصائص إلا أن هذا النظام لم يسلم من الانتقادات من بينها:

– إن هذا النوع من الرقابة على دستورية القوانين يشكل مساسا بمبدأ الفصل بين السلطات.

–تشكل الرقابة القضائية اعتداءا على البرلمان المعبر عن إرادة الشعب وبالتالي على سيادته.

الفرع الأول: الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدعوى الأصلية

يقصد بها إسناد مهمة الرقابة على دستورية القوانين الى جهة قضائية مختصة بالنظر في صحة القوانين إذا طعن أحد الأفراد في قانون معين عن طريق دعوى أصلية بعدم دستوريته. فتقوم هذه الجهة القضائية وبعد دراسة القضية بإصدار حكم يثبت ما إذا كان ذلك القانون مطابقا لأحكام الدستور أم لا.

تعتبر هذا الوسيلة من الرقابة وسيلة قانونية يلجأ إليها الفرد قبل تطبيق القانون عليه، مع ضرورة توفر شرط مهم وهو إمكانية الفرد رفع مثل هذه الدعوى في حال ما إذا كان هذا القانون يمس بمصلحته وحقوقه أو يحتمل ذلك.

وبذلك فان الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية يرفعها الفرد المتضرر من القانون فور صدوره وليس بعد تطبيقه عليه خوفا من الاضرار بمصالحه أو احتمال وقوع هذا الضرر، وفي حالة إصدار القاضي حكما قضائيا بعدم دستورية القانون محل النظر وإلغائه فان الحكم يكون نهائيا غير قابل للطعن، ويسري هذا الإلغاء على الجميع وليس على الفرد الذي رفع الدعوى فقط.

يترتب على هذا النوع من الرقابة جملة من الخصائص:

1–هذه الرقابة لا توجد إلا إذا نص عليها الدستور نفسه وحدد شروط ممارستها بالنسبة للمدعين.

2–هذه الرقابة من اختصاص جهة قضائية معينة يحددها الدستور (المحكمة العليا في الدولة أو المحكمة الدستورية).

3-لا تقوم هذه الجهة القضائية بالرقابة إلا بناء على دعوى ترفع أمامها.

4-تكون الرقابة سابقة إذا كانت مقصورة على سلطات عليا في الدولة، أو لاحقة إذا امتدت للأفراد وتكون محددة زمنيا بعد صدور القانون تحقيقا لاستقرار المعاملات القانونية.

5-المحكمة قد تلغي القانون جزئيا أو كليا أو ترفض الدعوى وتبقى على القانون حين يكون مطابقا للدستور.

6-إذا حكمت المحكمة بإلغاء القانون فان أثر القانون يسري على الماضي والمستقبل ولا يترتب عن ذلك القانون أي أثر، كما يسري على الجميع سواء أفرادا أو سلطات مهما كانت طبيعتها.

الفرع الثاني: الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدعوى الفرعية(الدفع أو الامتناع)

يقتصر هذا النوع من الرقابة على عدم تطبيق القانون المطعون فيه إذا كان مخالفا للدستور، وهو لا يمارس إلا بناءا على طلب أو دعوى مرفوعة أمام المحكمة المختصة فحكمها لا يلغي القانون ولو كان مخالفا للدستور بل يمنع تطبيقه على الفرد الذي رفع دعوى مطالبا بعدم تطبيق القانون ضده.

ويعني هذا النوع من الرقابة أنه بمناسبة رفع قضية أو نزاع ما أمام القضاء قد يرى أحد أطراف القضية ان القاضي قد يطبق قانونا معينا على هذا النزاع، فيدفع أي يحتج أن هذا القانون غير دستوري ، فيتصدى القاضي بالنظر في هذا الدفع في دعوى فرعية وإذا اتضح له أن القانون غير دستوري فلا يطبقه على النزاع المطروح أمامه ويستبعده دون أن يلغيه، ويترتب على الدعوى الفرعية هذه عدة نتائج:

-الدعوى الأصلية المرفوعة أمام القاضي لا تتعلق بالرقابة على دستورية القانون.

-لا يتعرض القاضي الى بحث مسألة دستورية القانون أو عدم دستوريته إلا إذا دفع بها أحد أطراف الخصومة بذلك من أجل الدفاع عن نفسه أو لاستبعاد تطبيق هذا القانون.

-إذا ما تبين للقاضي أن القانون المطعون فيه غير دستوري فانه لا يطبقه على النزاع المطروح أمامه فقط ولا يلغيه، وبذلك فان استبعاد تطبيق هذا القانون لا يسري على الجميع ولا على الماضي والمستقبل بل هو يسري على القضية المطروحة فقط.

–هذه الرقابة أساسها مبدأ تدرج القواعد القانونية وضرورة خضوع القواعد الدنيا للقواعد العليا.

الفرع الثالث: الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الحكم التقريري

يقصد بالرقابة القضائية على دستورية القوانين من خلال الحكم التقريري لجوء الفرد الى المحكمة المختصة يلتمس منها إصدار حكم قضائي يقضي بدستورية قانون معين مراد تنفيذه، حيث يتوقف تنفيذ القانون على هذا الشخص الى غاية صدور حكم المحكمة أذا كان دستوريا امتنع الموظف المكلف بتطبيقه، هذا الأسلوب يتم اللجوء إليه قبل تطبيق القانون محل النظر.