

المركز الجامعي على كافي تندوف

معهد الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



مطبوعة بيداغوجية بعنوان: محاضرات في مقياس القانون الدستوري

محاضرات ألقيت على طلبة السنة الأولى ليسانس حقوق

للموسم الجامعي: 2020/2019

ب من اعداد: الدكتور صالحى عبد الناصر

الرتبة: أستاذ محاضر قسم - أ -

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

المركز الجامعي علي كافي تندوف

معهد الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

محاضرات في مقياس القانون الدستوري

محاضرات أقيمت على طلبة السنة أولى حقوق

من اعداد الدكتور: صالحى عبد الناصر

أستاذ محاضر قسم - أ -

السنة الجامعية 2020/2019

النظرية العامة للدستور

مقدمة

يمثل القانون الدستوري في الدولة قمة البناء القانوني فيها، إذ يجب أن تأتي القواعد القانونية التالية له متفقة معه لا تخالف نصوصه ولا تعارض أحكامه¹. فهو القانون الأساسي الأعلى الذي يرسى القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ويحدد السلطات العامة ويرسم لها وظائفها ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها، ويقرر الحريات والحقوق ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها.

ومن ثم حق لقواعده أن تستوي على القمة من البناء القانوني للدولة وتتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام باعتبارها أسمى القواعد التي يتعين على الدولة التزامها في تشريعاتها وفي قضائها وفيما تمارسه من سلطات تنفيذية. وإذا كان خضوع الدولة بجميع سلطاتها لمبدأ سيادة سمو الدستور أصلاً مقررًا وحكمًا لازماً لكل نظام ديمقراطي. فإنه يتعين على كل سلطة عامة النزول عند قواعد الدستور والتزام حدوده وقيوده، فإن هي خالفتها أو تجاوزتها شاب عملها عيب مخالفة الدستور.

على أن أداء القانون الدستوري لوظيفته في المجتمع يتوقف على عوامل عديدة أهمها الاتجاه الديمقراطي في الدولة وكذلك فاعلية المؤسسات الدستورية وتوازن سلطاتها. فمن المسلم به أن السلطة لا تحدها ولا تقيدها إلا سلطة أخرى. وقبل ذلك وبعده وجود رأي عام قوي وفعال يستطيع أن يكون له قول فصل في أمور الحكم ونهضة الوطن.

والدساتير في أغلب نصوصها تأتي بأحكام عامة - مبادئ عامة للقانون الدستوري - لا تصلح للتطبيق بذاتها وإنما يستدعي الأمر ترك مساحة واسعة لسلطات الدولة الأخرى التي تترجم هذه المبادئ العامة إلى أعمال قانونية قابلة للتطبيق، وهو أمر ظاهر في صياغة النصوص الدستورية ذاتها حيث إنها تحيل إلى القانون لكي ينظم التفاصيل.

¹ / رابحي لحسن: الوسيط في القانون الدستوري، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 209.

وتعتبر دراسة هذه المبادئ الدستورية العامة ضرورية ولازمة لكل باحث أو دارس لفهم أي نظام دستوري لدولة من الدول.

وذلك لأن هذه المبادئ تتضمن دراسات وأبحاث للتعريف بالقانون الدستوري وتحديد مصادره وأساليب نشأة الدساتير وطرق انهاءها وأنواع الدساتير وكيفية تعديلها وسمو القواعد الدستورية والضمانات التي تكفل هذا السمو.

وتعد هذه المبادئ المعايير أو المقاييس التي يلزم استخدامها في دراسة أي نظام دستوري وضعي لكي يمكن معرفة الأسلوب الذي نشأ به دستور الدولة وهل هو أسلوب ديمقراطي أم غير ديمقراطي، ونوع هذا الدستور وما إذا كان دستورا مدونا أم غير مدون مرنا أم جامدا.

وكذلك معرفة كيفية تعديل دستور هذه الدولة والسلطة المختصة بالتعديل واجراءات هذا التعديل والطرق التي وضعها هذا الدستور لكفالة احترامه ونوعية الرقابة التي حددها على دستورية القوانين.

ومن أجل ذلك فقد كان منطوقيا أن ندرس هذه المبادئ العامة للقانون الدستوري وذلك من خلال المباحث التالية:

الفصل الأول: تعريف القانون الدستوري وتحديد وظيفته وأهدافه

ظهر مصطلح القانون الدستوري لأول مرة في فرنسا سنة 1834 عندما قرر وزير التربية والتعليم GUIZOT جيزو في عهد الملك لويس فيليب تدريسه كمادة من مواد الدراسة في كلية الحقوق في جامعة باريس، وكان ذلك بمقتضى الأمر الصادر في 22 أوت 1834 الذي نص على أن تدريس هذا القانون يهدف إلى شرح أحكام الوثيقة الدستورية وضمانات الحقوق الفردية، وكذلك النظم السياسية التي قررتها الوثيقة المذكورة². وفي سنة 1852 م تم إلغاء مادة القانون الدستوري من كلية الحقوق وأدمجت مع مادة القانون الإداري في مادة واحدة تسمى بالقانون العام³. وقد عاد مصطلح القانون الدستوري إلى الظهور مرة أخرى واستقل من القانون العام كمادة أساسية من مواد الدراسة في قسم الدكتوراه سنة 1882 ثم في قسم الليسانس سنة 1889⁴.

أما في مصر فقد كان السائد قبل 1923 استخدام عبارة القانون الأساسي أو القانون النظامي أو النظام السلطات العامة للدلالة على القانون الدستوري⁵. وبعد صدور دستور 1928 أخذ اصطلاح القانون الدستوري بالانتشار في مصر وغالبية الدول العربية. وتعني كلمة constitution في اللغة الفرنسية والانجليزية التأسيس أو التكوين أو البناء وهو نفس المعنى للكلمة في اللغة العربية⁶.

وسنتناول أولاً تعريف القانون الدستوري ثم بعد ذلك سنتطرق إلى وظيفة هذا القانون وأهدافه، وهذا في مبحثين رئيسيين على النحو التالي:

² / راجع في ذلك:

مولود ديدان: مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار بلقيس للنشر، دار البيضاء، الجزائر، 2007، ص 03.

رابحي أحسن: الوسيط في القانون الدستوري، الطبعة الثانية، دار هومة، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 07.

³ / عبد الغني بسيوني عبدالله: القانون الدستوري - المبادئ العامة، الدستور اللبناني - دار الجامعة، 1987، ص 13.

⁴ / عبد الغني بسيوني عبد الله: نفس المرجع، ص 14.

⁵ / مولود ديدان: نفس المرجع، ص 03.

⁶ / سعيد بوشعير: القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الأول، الطبعة الحادي عشر، ديوان المطبوعات الجامعية،

الجزائر، 2010، ص. وكذلك جابر جاد نصار: المرجع السابق، ص 07.

- تعريف القانون الدستوري

- تحديد وظيفة القانون الدستوري وأهدافه

المبحث الأول: تعريف القانون الدستوري

ينحصر البحث في تعريف القانون الدستوري وتحديد معناه في الفقه الدستوري في معيارين رئيسيين،

المعيار الشكلي أو العضوي، والمعيار الموضوعي أو المادي⁷، وسنحاول دراستهما من خلال مطلبين متتاليين على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف القانون الدستوري حسب المعيار الشكلي أو العضوي

يقصد بالقانون الدستوري طبقاً لهذا المعيار القواعد التي تتضمنها الوثيقة المعروفة باسم الدستور. ومعنى ذلك أن كل ما تحتوي عليه وثيقة الدستور من قواعد تعتبر قواعد دستورية، وكل قاعدة لا تتضمنها هذه الوثيقة لا تعتبر قاعدة دستورية⁸.

وبذلك يعتمد المعيار الشكلي على الشكل الذي تصدر فيه، وكذلك الإجراءات التي تتبع في وضعها وفي تعديلها. فهذه الإجراءات أكثر شدة وتعقيداً من الإجراءات المتبعة في وضع وتعديل القوانين العادية⁹.

ويترتب على الأخذ بالمعيار الشكلي أن دراسة القانون الدستوري تنحصر في القواعد المدونة في وثيقة الدستور. وفي هذه الحالة يكون معنى القانون الدستوري يتطابق مع المفهوم الدستوري¹⁰.

⁷ / راجع بشأن هذين المعيارين المراجع الآتية: في الفقه الفرنسي:

Julien Laferriere : Manuel de Droit Constitutionnel, 2^e édition, Paris, 1947 pp 268 et s.

André Hauriou : Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 3^{em} éd, Paris, 1968, pp 23, s

Pierre Pactet : Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, 4^{eme} éd, Nassan, Paris, 1978, pp 28-29.

ومن الفقه العربي

عثمان خليل عثمان: المبادئ الدستورية العامة، القاهرة، 1943، ص 122 وما بعدها.

سعيد بوشعير: المرجع السابق، ص 152-154.

⁸ / عبد الغني بسيوني عبدالله: المرجع السابق، ص 16.

⁹ / رابحي لحسن: المرجع السابق، ص 214.

¹⁰ / سعيد بوشعير: نفس المرجع، ص 152.

وفيما يلي منعرض إلى أهم مزايا هذا المعيار وأهم الانتقادات التي وجهت إليه.

الفرع الأول: مزايا المعيار الشكلي

يمتاز المعيار الشكلي لتعريف القانون الدستوري بالوضوح نظرا لكونه بسيطا ومحددا من ناحية، كما أنه يمثل الأساس الذي قامت عليه فكرة جمود وسمو الدستور عن القوانين العادية من ناحية أخرى.

إذ أن وضع الدستور وتعديله يتطلب إجراءات خاصة تختلف عن إجراءات التي تتبع في تعديل هذه القوانين. وينتج عن ذلك عدم قدرة المشرع العادي (البرلمان) على الخروج عن نصوص الدستور نظرا لسمو قواعده وخضوع القوانين العادية له.

الفرع الثاني: عيوب المعيار الشكلي

ورغم بساطة هذا المعيار في تعريف القانون الدستوري إلا أنه تعرض لعدة انتقادات أهمها:
- يذهب الفقه إلى أن المعيار الشكلي يؤدي إلى تعدد مفاهيم القانون الدستوري وذلك لأن وثيقة الدستور تختلف من دولة إلى أخرى¹¹ سواء من حيث الإجراءات التي تتبع في وضعها أم في تعديلها أم من حيث الموضوعات التي تتضمنها.

- يؤدي الأخذ بالمعيار الشكلي إلى إنكار وجود دستور في دول الدساتير العرفية غير المكتوبة مثل إنجلترا لأن معظم القواعد الأساسية الدستورية في هذه الدولة مصدرها العرف¹²، وهو أمر يخالف الواقع حيث أنه من المسلم أن لكل دولة دستور.

- إن الأخذ بالمعيار الشكلي بتعريف القانون الدستوري ينتج عنه إدخال موضوعات غير دستورية في صلب وثيقة الدستور ومن أمثلة تلك الموضوعات ما نص عليه الدستور السويسري في المادة 80 منه التي تمنع ذبح الحيوانات على الاقليم السويسري. فهذه المسألة ذات طبيعة جنائية وليست دستورية¹³.

¹¹ / نعمان أحمد الخطيب: الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة العاشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1435 هـ - 2014 م، ص 447.

¹² / راجحي أحسن: المرجع السابق، ص 215.

¹³ / راجحي أحسن: نفس المرجع، ص 216.

وهكذا يتضح لنا أن الاعتماد على المعيار الشكلي لن يعطينا تعريفاً محدداً ودقيقاً للقانون الدستوري، إذ سيختلف هذا التعريف من دولة لأخرى، ومن وقت إلى آخر تبعاً لاختلاف الوثيقة الدستورية، بينما المطلوب تعريف القانون الدستوري تعريفاً ثابتاً ومنضبطاً وموضوعياً وهذا لا يتحقق إلا بالأخذ بالمعيار الموضوعي المادي.

المطلب الثاني: تعريف القانون الدستوري حسب المعيار الموضوعي أو المادي
يعتمد المعيار الموضوعي أو المادي في تعريف القانون الدستوري على الموضوع أو المضمون بصرف النظر عن الشكل أو الإجراءات المتخذة في إصدار قواعده.
وبناءً على ذلك يتضمن القانون الدستوري جميع القواعد التي لها طبيعة دستورية، سواء تضمنتها الوثيقة الدستورية، أو نظمت بقوانين عادية، أو كان مصدرها العرف.
فالموضوعات المتعلقة بنظام الحكم مثلاً تعتبر دستورية بطبيعتها وبالتالي هي من موضوعات القانون الدستوري، سواء وردت في صلب الدستور أم لم ترد¹⁴. كذلك المسائل المتعلقة بتنظيم واختصاصات السلطات العامة في الدولة.
فالمعيار الموضوعي يتقادم الانتقادات التي وجهت إلى المعيار الشكلي، فهو يعترف بوجود قانون دستوري في كل دولة حتى ولو كان لها دستور عرفي.

هذا ولقد بين الاستاذ مصطفى أبو زيد فهمي أن المقصود بالدستور وفق المعيار المادي أو الموضوعي هو: " مجموعة القواعد التي تنظم مزاوله السلطة السياسية في الدولة فتتظم شكل الدولة الخارجي والسلطات المختلفة فيها ووظيفة كل منها، والعلاقات فيما بينها"¹⁵.

وعرفه من الناحية الموضوعية الاستاذ محسن خليل بأنه: " مجموعة القواعد القانونية التي تبين نظام الحكم في الدولة"¹⁶.

¹⁴ / هاني علي الطهراوي: النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1432هـ - 2011، ص 293.

¹⁵ / عبد الغني بسيوني عبد الله: المرجع السابق، ص 22.

¹⁶ / عبد الغني بسيوني عبد الله: نفس المرجع، ص 22.

وعرفه كذلك الأستاذ سعد عصفور بأنه: "مجموعة القواعد التي تنظم علاقة الدولة بالفرد من الناحية السياسية، أي التي تحدد التنظيم السياسي في دولة ما"¹⁷.

ولكن ماهي الموضوعات التي يمكن وصفها بالدستورية وفقا لهذا المعيار؟

لقد حدد الفقيه الفرنسي لافريير Laferriere موضوعات القانون الدستوري بالمسائل التي تتعلق بطبيعة الدولة من حيث كونها بسيطة أو مركبة وشكل الحكومة وما إذا كانت ملكية أو جمهورية وتنظيم السلطات العامة في الدولة وتحديد اختصاصاتها والعلاقة فيما بينها، بالإضافة إلى حقوق وواجبات الأفراد¹⁸.

المبحث الثاني: تحديد وظيفة القانون الدستوري وأهدافه

لقد اختلفت آراء فقهاء القانون الدستوري فيما يخص تحديد وظيفة وهدف القانون الدستوري، فذهب البعض إلى أن هذا القانون هو تعبير عن السلطة في المجتمع فهو ينظمها ويحدد اختصاصاتها. بينما رأى آخرون أن الدستور يعبر عن الحرية. وثمة رأي أخير يحدد وظيفة القانون الدستوري وهدفه في إقامة التوازن بين السلطة والحرية وهو ما سنبينه فيما يلي من خلال ثلاث مطالب متتالية:

المطلب الأول: القانون الدستوري قانون السلطة

ذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأن قواعد القانون الدستوري هي التي تؤسس السلطة في الدولة وتحدد كيفية ممارستها والهيئات القائمة عليها والعلاقات فيما بينها¹⁹. والقانون الدستوري يقوم بهذا الدور أي تأسيس السلطة وتنظيمها أيا كان النظام السياسي الذي ينتمي إليه وسواء أكان نظاما ديموقراطيا أم غير ديموقراطيا²⁰.

¹⁷ / سعد عصفور: المرجع السابق، ص 29.

¹⁸ / نعمان أحمد الخطيب: الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 449.

¹⁹ / نعمان أحمد الخطيب: نفس المرجع، ص 450.

²⁰ / عبد الغني بسيوني عبد الله: المرجع السابق، ص 24.

وهذا المفهوم عن القانون الدستوري منتقد من وجهين:

فمن ناحية أولى يوحى بأن ممارسة السلطة هدف في حد ذاته. ويجعل الاهتمام الوحيد منصبا على مصالح الحكام. وإهدار مصالح الشعوب وهذا يصطدم ببديهية أن السلطة تمارس لتحقيق رفاهية المحكومين وخيرهم. فهي ليست امتيازاً للحكام بل هي حقيقتها وسيلة²¹.

ومن ناحية ثانية: فإن اعتبار القانون الدستوري قانون السلطة فقط، إنما يناقض التطورات التاريخية التي أفرزت قواعد هذا القانون، وأدت إلى ذيوعه وانتشاره. فمن الثابت تاريخياً أن نشأة الدساتير ارتبطت بكفاح الشعوب وحصولها على حقوقها وحرّياتها، مما اقتضى معه نزول الحكام والملوك عن كثير من سلطاتهم لصالح الشعوب²².
المطلب الثاني: القانون الدستوري تعبير عن الحرية

يذهب الأستاذ مركين جيتزيفتش mirking Guetzevitch إلى أن القانون الدستوري هو قانون فن وصناعة الحرية²³. فغاياته تنظيم الحرية ووضع الاطار الفعلي الذي من خلاله يسترد الشعب حقوقه وحرّياته من الملوك والحكام. فقواعد هذا القانون تعني تقييد سلطات الحكام لصالح الحرية.

وعلى الرغم من أن تحديد وظيفة وهدف القانون الدستوري بالحرية اتجاه محمود إذ أنه يؤدي إلى تعظيم قيمة الحرية في المجتمع، إلا أنه يغفل جانباً هاماً من جوانب أهداف القانون الدستوري، إذ أنه يعمل على تنظيم السلطة وتنظيم الحرية في آن واحد. كما أن هذا الاتجاه يؤدي إلى الاعتقاد بأن الحرية مطلقة وليست لها حدود، وهي إن أصبحت كذلك كانت هي غاية في ذاتها، ذلك أن الحرية يجب أن تنظم، ويصبح هدف القانون الدستوري ينحصر في مدى تحقيق التوافق بين السلطة والحرية.

²¹ / عبد الغني بسيوني عبد الله: المرجع السابق، ص 25.

²² / سعاد الشراوي، عبد الله ناصف: القانون الدستوري والنظام السياسي المصري، تحرير الاقتصاد وستور 1971 ، 1994، ص

66.

²³ / عبد الغني بسيوني عبد الله: المرجع السابق، ص 23.

فالتوفيق بين هذين المتناقضين هو هدف القانون الدستوري وغايته وبقدر توفيقه في هذا الصدد بقدر ما يكون قد بلغ غايته.

المطلب الثالث: القانون الدستوري يهدف إلى إقامة التوازن بين السلطة والحرية يتفق الفقه الدستوري الحديث على أن القانون الدستوري يهدف إلى إقامة توازن بين السبطة والحرية في المجتمع. فبهذا التوازن تستقيم الأمور في الدولة، ويصبح القانون الدستوري اطارا حاكما لعمل المؤسسات السياسية في المجتمع بما يحقق التعايش السلمي بين السلطة والحرية²⁴.

فمنذ ظهور الدولة وتدخلها في تنظيم نشاط الأفراد عن طريق الأمر والنهي ظهر التناقض بين السلطة والحرية. فالتوسع في تقرير أحدهما يأتي بالضرورة على حساب الآخر. ومن هنا تصبح وظيفة القانون الدستوري في الدولة بالغة الأهمية في رفع هذا التناقض وتنظيم الوسائل القانونية التي تكفل ذلك.

وهذا التوازن يؤدي من ناحية أولى: إلى استقرار المجتمع لأنه يمنع الصراع بين طبقتي الحكام والمحكومين، فالحكام في كل حين يندشون مزيدا من السلطة. والمحكومون على النقيض يسعون إلى مزيد من الحرية. وعدم وجود وسيلة للتوفيق بين هذه الرغبات يؤدي إلى عدم استقرار المجتمع.

من ناحية أخرى: فإن التنظيم القانوني للحرية أمر لازم حتى لا تتحول ممارسة الحرية إلى فوضى²⁵.

على أنه من الثابت عملا أن التوازن بين السلطة والحرية في إطار النظام السياسي لا يتحقق بصورة واحدة، وإنما هي عملية معقدة تتأثر بالظروف وبالزمان والمكان، حيث أن القانون الدستوري يعمل على تحقيق هدفه في اطار مفاهيم نسبية للحرية.

²⁴ / نعمان أحمد الخطيب: المرجع السابق، ص 451.

²⁵ / عبد الغني بسيوني عبد الله: المرجع السابق، ص 25.

الفصل الثاني: مصادر القانون الدستوري

تتنوع مصادر القانون الدستوري إلى نوعين رئيسيين، المصادر المباشرة أو الرسمية، وتتمثل في التشريع والعرف الدستوري، والمصادر الغير مباشرة أو المصادر التفسيرية وهي القضاء والفقهاء.

وإذا كانت المصادر الرسمية هي التي تعطي للقاعدة الدستورية قوتها الملزمة²⁶، فإن المصادر الموضوعية أو المادية هي التي تستمد منها القاعدة القانونية مضمونها وموضوعها²⁷، فمثلا تعتبر أحكام الشريعة الاسلامية هي المصدر المادي لقانون الأسرة الجزائري، ويعتبر القانون الاداري الفرنسي هو المصدر المادي والتاريخي لكثير من أحكام القانون الاداري الجزائري.

غير أن أهمية كل مصدر من هذه المصادر تختلف من بلد لآخر ومن عصر إلى آخر. فالعرف مثلا الذي يعتبر المصدر التاريخي - المادي - لمعظم القواعد الدستورية، فهو يعد المصدر الرئيسي للدستور الانجليزي الذي يعد المثال التقليدي للدستور العرفي. وعليه سنقسم هذا الموضوع إلى مبحثين رئيسيين، نتناول في المبحث الأول المصادر الرسمية للقانون الدستوري ونعرض في المبحث الثاني لمصادره التفسيرية.

²⁶ / سعيد بوشعير: المرجع السابق، ص 159.

²⁷ / نعمان أحمد الخطيب: الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، نفس المرجع، ص 457.

المبحث الأول: المصادر الرسمية

تتمثل المصادر لرسمية للقاعدة الدستورية في التشريع والعرف ورغم أن العرف هو المصدر الأقدم والأول في الظهور فإن التشريع أصبح مع انتشار حركة تدوين الدساتير المصدر الأساسي للقاعدة الدستورية.

المطلب الأول: القواعد الدستورية المكتوبة - التشريع -

يقصد بالتشريع القواعد القانونية المدونة التي تصدر عن هيئة محددة مختصة بذلك وفقا لإجراءات خاصة، تسمى هذه الهيئة بالسلطة التشريعية²⁸. ويقصد به كذلك سن القواعد القانونية وإخراجها بألفاظ وإجراءات معينة بواسطة سلطة مختصة بذلك²⁹.

وبخصوص التشريع كمصدر للقاعدة الدستورية فإنه يتمثل في الوثيقة التي تضم مجموعة من القواعد المنصوص عليها في الوثيقة المسماة بالدستور، والتي تصدر عن السلطة التأسيسية في الدولة، والتي يتبع في إصدارها إجراءات وأشكال خاصة تختلف عن تلك الإجراءات والأشكال التي تصدر بها القوانين العادية.

كما يقصد به كذلك - طبقا للمعيار الموضوعي في تعريف القانون الدستوري - القوانين العادية التي تصدر عن السلطة التشريعية وتتضمن موضوعات لها طبيعة دستورية يطلق عليها القوانين العضوية.

ويتميز التشريع بالوضوح والتحديد، الأمر الذي يمنع الخلاف حول وجود القاعدة القانونية. كما أنه يساعد المواطنين على معرفة حقوقهم وحياتهم في مواجهة السلطات الإدارية وغيرها. ويساهم في التكوين السياسي للمواطنين وتعودهم على ممارسة حقوقهم خاصة السياسية منها. كما أن تدوين الدساتير يكفل لها مزيدا من الثبات والجمود النسبي الذي يؤدي إلى احترام أحكام هذه الدساتير.

وعليه سنعالج في هذا المطلب الوثيقة الدستورية ثم القوانين العضوية على النحو التالي:

²⁸ / سعيد بوشعير: المرجع السابق، ص 159.

²⁹ / نعمان أحمد الخطيب: المرجع السابق، ص 460.

الفرع الأول: الوثيقة الدستورية

تعتبر الوثيقة الدستورية المصدر الأساسي للقواعد الدستورية في الدول التي يوجد بها دستور مكتوب. والوثيقة الدستورية تصدر عن السلطة التأسيسية في الدولة. والسلطة التأسيسية الأصلية هي التي تقوم بوضع دستور لدولة جديدة لم يسبق أن كان لديها دستور مكتوب أو لدولة كان لها دستور وسقط على أثر قيام ثورة أجهزت على النظام الدستوري القديم وتريد وضع دستور جديد يتفق مع الظروف السياسية الجديدة. فهذه السلطة لا تستند في عملها إلى نصوص دستورية موجودة سلفا تبين كيفية اقامتها وتحدد سلطاتها. أما السلطة التأسيسية المنشأة أو الفرعية فهي سلطة تستمد وجودها وشرعية عملها من دستور قائم يحدد اختصاصاتها وكيفية عملها. ومن ثم فإنه يجب عليها أن تلتزم في عملها القواعد والأشكال التي حددها الدستور الساري العمل به³⁰.

والوثيقة الدستورية لا تنشأ بطريقة واحدة. فثمة طرق غير ديمقراطية وأخرى ديمقراطية في نشأة هذه الوثيقة. وتحديد الطريقة التي تنشأ بها الوثيقة الدستورية إنما يرتبط أساسا بطبيعة نظام الحكم ومدى ديمقراطيته³¹.

الفرع الثاني: القوانين العضوية كمصدر تشريعي للقانون الدستوري

يعتبر القانون الصادر عن السلطة التشريعية مصدرا للقواعد الدستورية حسب أنصار الرأي الفقهي الذي يأخذ بالمعيار الموضوعي في تعريف القانون الدستوري. فحسب المعيار

³⁰ / عبد الحميد حشيش: الوجيز في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، بدون اكر سنة الطبعة، ص 105.

³¹ / سعاد الشراقوي عبد الله ناصف: القانون الدستوري والنظام الدستوري المصري، تحرير الاقتصاد وستور 1971 ، 1994 ، ص

الموضوعي فإن القاعدة القانونية تكون قاعدة دستورية بحسب طبيعتها وجوهرها دون النظر إلى الجهة التي أصدرت هذه القاعدة. وكذلك دون النظر إلى الإجراءات المتبعة في انشاء وتعديل هذه القاعدة. وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك سابقا.

ويطلق على القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية التي تعد من مصادر القانون الدستوري اصطلاح القوانين العضوية أو القوانين الأساسية³².

والقوانين العضوية هي مجموعة القوانين الصادرة من السلطة التشريعية بناء على تكليف من الدستور، وقوانين تصدر بمبادرة منها، والتي تتصل بموضوعات دستورية في جوهرها³³.

فالقوانين التي تصدر بتكليف من الدستور تعني أن الدستور ينص على المبدأ العام بخصوص موضوع معين ثم يحيل الأمر إلى السلطة التشريعية لتنظيمه. ومن ذلك مثلا ما ينص عليه الدستور الجزائري في المادة رقم 196 منه على: "يحدد قانون عضوي اجراءات وكيفيات الاخطار والاحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية"³⁴.

أما عن القوانين العضوية التي تصدرها السلطة التشريعية بمبادرة منها أي من تلقاء نفسها فهي تلك القوانين التي تنظم مسائل تعتبر دستورية بطبيعتها مثل القانون العضوي الذي ينظم الانتخابات³⁵ والقانون الذي ينظم الأحزاب السياسية في الجزائر³⁶.

أما بالنسبة لتحديد مرتبة وقوة القوانين العضوية بين مصادر القانون الدستوري يفرق الفقه بين حالتين:

³² / يطلق عليها في الدستور الجزائري اصطلاح القوانين العضوية حسب المادة 140 من المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المؤرخ في 15 جمادى الأولى 1442 الموافق 30 ديسمبر 2020 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء 01 نوفمبر 2020 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 82. أما في جمهورية مصر العربية فيطلق عليه اصطلاح القوانين الأساسية.

³³ / عبد الغني بسيوني عبد الله: القانون الدستوري المبادئ العامة الدستور اللبناني، الدار الجامعية، بيروت 1987، ص 48.

³⁴ / المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري لسنة 2020.

³⁵ / الأمر رقم 01/21 مؤرخ في 26 رجب 1442 الموافق 1 مارس 2021 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 17.

³⁶ / القانون العضوي رقم 04/12 المؤرخ في 18 صفر 1433 الموافق 12 يناير 2012 بالأحزاب السياسية الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 02.

الأولى: وجود دستور مرن، يعني أنه لا يوجد اختلاف في طريقة وضعه أو تعديله عن القوانين العادية، فلا يستلزم اجراءات خاصة في تعديله. فالبرلمان كما يعدل القوانين العادية يعدل قواعد القانون الدستوري وبنفس الاجراءات. ففي هذا النظام وفي هذه الحالة لا توجد فكرة تدرج القواعد القانونية، فكل القواعد القانونية في مرتبة واحدة سواء أكانت قواعد في الوثيقة الدستورية أو قوانين عضوية أو قوانين عادية³⁷.

الثانية: وجود دستور جامد. فهنا تتمتع الوثيقة الدستورية بنوع من الجمود. فالوثيقة الدستورية تصدر وتعدل بإجراءات خاصة. ومن تم فهي تسمو على غيرها من القواعد القانونية الأخرى في الدولة. أما عن التساؤل عن مرتبة القوانين العضوية بين مصادر القانون الدستوري، فهي تأتي في مرتبة أقل من مرتبة الدستور رغم أنها تعتبر مكملة للدستور وتنظم موضوعات دستورية بطبيعتها. كما أن لها مرتبة متميزة في الدستور الجزائري فهي تعلو عن القوانين العادية، بحيث نجد أن المادة 140 من الدستور الجزائري بعد أن حددت المجالات التي يشرع فيها البرلمان بقوانين عضوية نصت على أن: "تتم المصادقة على القوانين العضوية بالأغلبية المطلقة للنواب ولأعضاء مجلس الأمة. ويخضع القانون العضوي قبل اصداره لمراقبة مطابقته للدستور من طرف المحكمة الدستورية"³⁸. كما تنص الفقرة الرابعة من المادة 145 على: "وفي كل الحالات يصادق مجلس الأمة على النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني بأغلبية أعضائه الحاضرين بالنسبة لمشاريع القوانين العادية أو بالأغلبية المطلقة بالنسبة لمشاريع القوانين العضوية"³⁹.

فالملاحظ أن قواعد اجراءات سن تشريعات القوانين العضوية وتعديلها أكثر تشددا من قواعد واجراءات سن وتعديل تشريعات العادية، فهذه الأخيرة اشترط المشرع للمصادقة عليها أغلبية

³⁷ / عبد الغني بسيوني عبد الله: القانون الدستوري المبادئ العامة الدستور اللبناني، المرجع السابق، ص 52.

³⁸ / المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري لسنة 2020.

³⁹ / المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري لسنة 2020.

الحاضرين من جهة ولم يلزم اخضاعها للرقابة القبلية المحكمة الدستورية قبل اصدارها كما هو ملزم بالنسبة للقوانين العادية.

المطلب الثاني: القواعد الدستورية الغير مكتوبة (العرف الدستوري)

يحتل العرف الدستوري مكانة هامة كمصدر رسمي ومباشر للقواعد الدستورية، سواء في الدساتير غير المدونة (التي يعتبر العرف فيها المصدر الرئيسي للدستور)، أو في الدساتير المدونة (التي يمثل العرف فيها أحد المصادر الرسمية للدستور)⁴⁰.

والعرف هو "قاعدة مطردة (أو عادة مطردة)، يقصد بها تنظيم العلاقات فيما بين السلطات الحاكمة بعضها ببعض أو فيما بينها وبين الأفراد، ويكون لها صفة الإلزام في الرأي القانوني للجماعة"⁴¹.

ويعرفه كذلك الأستاذ ثروت بدوي بأنه: "ينشأ حين تجري الهيئات الحاكمة على إتباع عادة معينة في موضوع من موضوعات القانون الدستوري، ويقوم في ضمير الجماعة الإحساس بوجوب احترام هذه العادة، ويستقر في ذهن أفرادها أنها أصبحت قاعدة قانونية ملزمة"⁴².

يتضح من هذه التعريفات أن للعرف ركنان ركن مادي وركن ومعنوي.

الفرع الأول: الركن المادي، ويقصد به السير على نهج معين من جانب احدى السلطات الحاكمة في الدولة بصفة مطردة وثابتة وواضحة بشأن مسألة دستورية معينة. ويتضح من ذلك أنه يشترط لتحقيق الركن المادي عدة شروط تتمثل في التكرار والعمومية والوضوح والثبات.

⁴⁰ / عبد الغني بسيوني عبد الله: القانون الدستوري المبادئ العامة الدستور اللبناني، المرجع السابق، ص 53.

⁴¹ / سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، الاسكندرية، 1970، ص 46.

⁴² / ثروت بدوي: القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 68.

أ - التكرار: يشترط غالبية الفقه الدستوري تكرار العادة عدة مرات حتى يتحقق الركن المادي للعرف. لم يتفقوا على عدد المرات التي يجب أن يتكرر فيها العمل أو التصرف الصادر من إحدى السلطات الحاكمة⁴³.

ب - العمومية: يقصد بها أن يكون العمل أو التصرف الصادر من إحدى السلطات العامة والذي أصبح عادة هامة بحيث تلتزم به جميع السلطات الحاكمة في الدولة دون اعتراض من أي جهة أخرى. أما إذا اعترضت إحدى تلك السلطات العامة التي يعينها الأمر فإن حدوث التكرار لا يعتبر عرفاً في هذه الحالة لعدم توفر شرط العمومية اللازم لتوافر الركن المادي للعرف الدستوري⁴⁴.

ج - الوضوح: يعني أنه يجب أن تكون العادة التي درجت على اتباعها السلطات العامة ليست غامضة لها عدة تأويلات وعدة تفسيرات بل واضحة تماماً. ولا يشترط أن تكون العادة المكررة عملاً ايجابياً، بل حتى امتناع السلطات العامة عن استعمال حق دستوري مقرر لها يعتبر عرفاً دستورياً بشرط عدم مخالفته لقاعدة دستورية مكتوبة⁴⁵.

د - الثبات: ينبغي أن يتكرر العمل أو التصرف المكون للركن المادي للعرف بشكل ثابت ومطرد دون انقطاع⁴⁶.

⁴³ / عبد الغني بسيوني عبد الله: القانون الدستوري المبادئ العامة الدستور اللبناني، المرجع السابق، ص 62.

⁴⁴ / عبد الغني بسيوني عبد الله: القانون الدستوري المبادئ العامة الدستور اللبناني، المرجع السابق، ص

⁴⁵ / عبد الغني بسيوني عبد الله: القانون الدستوري المبادئ العامة الدستور اللبناني، المرجع السابق، ص 64.

⁴⁶ / سعد عصفور: سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، الاسكندرية، 1970، ص 42-43.

الفرع الثاني: الركن المعنوي، يعني استقرار الإحساس في ضمير الجماعة بأن ذلك التصرف أو تلك العادة قد أصبحت قاعدة قانونية واجبة الاتباع⁴⁷. ونقصد بالجماعة هنا السلطات العامة الحاكمة في الدولة وأفراد الجماعة المحكومين. فيتحقق الركن المعنوي للعرف الدستوري بعد أن يرسخ الاعتقاد في ضمير السلطات العامة والأفراد أن هذه العادة هي بمثابة قاعدة دستورية ملزمة كبقية القواعد الدستورية الأخرى⁴⁸.

الفرع الثالث: أنواع العرف الدستوري وقيمه القانونية

والعرف إما أن يكون مفسرا أو معدلا أو مكملا لنصوص الدستور وسنتناول كل نوع من هذه الأنواع على النحو التالي:

1 - العرف المفسر: يهدف إلى تفسير نص من نصوص الدستور فدوره ليس إنشاء أو تعديل قاعدة دستورية، وإنما يبين كيفية تطبيق قاعدة دستورية وشروطها لتوضيح ما بها من غموض وإبهام⁴⁹، كأن يعمم تطبيقها أو يخصصه. وهذا التفسير يصبح جزء من الدستور فيكتسب قيمته القانونية.

أمثلة عن العرف المفسر:

لقد كان للعرف دورا هاما في تفسير العديد من نصوص الدستور الفرنسي لسنة 1875. فمثلا نص المادة الثالثة من هذا الدستور كانت تقرر أن رئيس الجمهورية هو الذي يكفل تنفيذ القوانين. ففسرت هذه المادة على أن لرئيس الجمهورية الفرنسية الحق بأن يصدر اللوائح التنفيذية استنادا إلى المادة الثالثة من دستور 1875⁵⁰.

⁴⁷ / سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، الاسكندرية، 1970، 43.

⁴⁸ / عبد الغني بسيوني عبد الله: القانون الدستوري المبادئ العامة الدستور اللبناني، المرجع السابق، ص 66.

⁴⁹ / عبد الغني بسيوني عبد الله: القانون الدستوري المبادئ العامة الدستور اللبناني، المرجع السابق، ص 67.

⁵⁰ / سعيد بو الشعير: القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الأول، الطبعة الحادية عشر، ديوان المطبوعات الجامعية،

2010، ص 162.

وفيما يتعلق بالقيمة القانونية للعرف المفسر فإن معظم الفقهاء يرون بأن له نفس القيمة القانونية التي تملكها النصوص الدستورية المكتوبة التي نشأ في ظلها لأنه يعتبر جزءاً من هذه النصوص الدستورية⁵¹.

2 - العرف المكمل: هو الذي يتناول موضوعات لم ينظمها الدستور، حيث يسد الفراغ الموجود في الدستور. فإذا كان العرف المفسر لا ينشئ قاعدة دستورية جديدة، فإن العرف المكمل ينشئ قاعدة دستورية جديدة⁵².

ومن الأمثلة على ذلك نص الدستور الفرنسي الصادر سنة 1975 على أن الانتخاب يتم على أساس الاقتراع العام لتشكيل أعضاء البرلمان دون تحديد أوضاع هذا الانتخاب، أي لم ينص على أن هذا الانتخاب مباشراً أو غير مباشر، فكملة العرف بأن جعله على درجة واحدة⁵³، نظراً لأن العرف كان يجري منذ سنة 1848 على أن يكون الاقتراع عام ومباشر، فاستمر العمل على هذا العرف لإكمال النقص الذي ظهر في دستور سنة 1975 الفرنسي. ولقد اختلف الفقه بخصوص القيمة القانونية للعرف الدستوري المكمل. فذهبت الأغلبية إلى تقرير مشروعية العرف المكمل وأن تكون له نفس مرتبة وقيمة النصوص الدستورية التي جاء ليكملها. وذلك على اعتبار أن العرف المكمل يفسر سكوت المشرع الدستوري، ولا يخالف الدستور المكتوب ولم يعدله. فالفقه الغالب يعتبر العرف المكمل مثل العرف المفسر. فالعرف المفسر يفسر الإرادة الصريحة للمؤسس الدستوري والعرف المكمل يفسر الإرادة الضمنية التي سكت المؤسس الدستوري عن التعبير عنها صراحة. ومن ثم تكون لكل من نوعي العرف مرتبة وقيمة نصوص الدستور المكتوب⁵⁴.

⁵¹ / عبد الحميد حشيش: الوجيز في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 80.

⁵² / عبد الغني بسيوني عبد الله: القانون الدستوري المبادئ العامة الدستور اللبناني، المرجع السابق، ص 68.

⁵³ / سعيد بو الشعير: القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، المرجع السابق، ص 162.

⁵⁴ / محمد رفعت عبد الوهاب وإبراهيم عبد العزيز شيجا: النظم السياسية والقانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية،

1998، ص 435.

وهناك رأي فقهي آخر جعل للعرف الدستوري نفس مرتبة وقيمة التشريعات العادية، وأقل من مرتبة النصوص الدستورية. لأن القيمة القانونية للعرف هي ذات القيمة القانونية للتشريعات العادية، لأن المشرع العادي لا يملك بإرادته الصريحة أن يمنح للتشريعات العادية التي يسنها في ظل دستور جامد مرتبة وقيمة النصوص الدستورية، فهذا يتناقض الدستور⁵⁵.

ولكن هناك رأي يمثل أقلية في الفقه منهم الفقيه لافريير لا يعترف بأية قيمة قانونية للعرف المكمل لأنه يعتبره نوع من العرف المعدل بالإضافة للدستور المكتوب. فحسب هذا الرأي فإن العرف المكمل يضيف قاعدة جديدة للدستور المكتوب فهو في حقيقته يعدل نصوص الدستور وهذا غير جائز في الدساتير الجامدة. فالدستور الجامد لا يعدله العرف وإنما يعدل فقط حسب الاجراءات والشروط التي نص عليها الدستور نفسه، وليس عن طريق العرف⁵⁶.

3 - العرف المعدل: يراد به تلك القواعد العرفية التي تعدل في نصوص الوثيقة الدستورية سواء بإضافة أحكام جديدة إليها أو بحذف أحكام منها. وخطورة العرف المعدل أنه يخالف قاعدة في الدستور المكتوب، لأن التعديل يقتضي بالضرورة مخالفة الدستور⁵⁷.

ومن أمثلة العرف المعدل بإضافة، فقد جرى العرف في ظل الجمهورية الثالثة والجمهورية الرابعة في فرنسا على قيام البرلمان الفرنسي بتفويض الحكومة في اصدار مراسيم أو قرارات لها قوة القانون. فقد كان ذلك عرفا معدلا بالإضافة، لأن دستور 1875 (الجمهورية الثالثة)، ودستور 1946 (الجمهورية الرابعة) قد أعطت البرلمان اختصاصا مانعا في التشريع، ولم تسمح بأي تفويض تشريعي للحكومة. كما أن نص المادة 13 من دستور 1946 جاء صريحا في منع الجمعية الوطنية من تفويض سلطاتها التشريعية. وهكذا رغم صراحة نص

⁵⁵ / سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، المرجع السابق، ص 45.

⁵⁶ / محمد رفعت عبد الوهاب وإبراهيم عبد العزيز شيحا: النظم السياسية والقانون الدستوري، السابق، ص 435.

J. Laferrière : Manuel de droit constitutionnel, 1947, p 349.

⁵⁷ / محمد رفعت عبد الوهاب وإبراهيم عبد العزيز شيحا: النظم السياسية والقانون الدستوري، السابق، ص 436.

الدستور بالمنع، إلا أن العرف المعدل بالإضافة جاء ليمنح الحكومة اختصاصا بإصدار مراسيم لها قوة القانون بتفويض من البرلمان مخالف بذلك أحكام الدستور⁵⁸.

ومن الأمثلة على العرف الدستوري المعدل بالحذف عدم استعمال رئيس الجمهورية في فرنسا لحقه الدستوري في حل مجلس النواب رغم تقرير هذا الحق في أحد مواد دستور 1875 للجمهورية الثالثة. وقد استمر عدم استعمال الرئيس لهذا الحق منذ 1877 حتى قيام حكومة فيشي سنة 1940⁵⁹.

أما بخصوص القيمة القانونية للعرف المعدل، فإذا كان اجماع لدى الفقه الدستوري على مشروعية العرف الدستوري المفسر. وأن غالبية الفقه الدستوري تعترف بمشروعية العرف الدستوري المكمل، إلا أن مشروعية العرف الدستوري المعدل للدستور المكتوب وقوته الدستورية محل خلاف كبير لدى الفقهاء. وسبب هذا الخلاف أن العرف المعدل يعدل نصا دستوريا مكتوبا وجامدا، ومن تم فهو يخالف النص الدستوري وهو أمر لا يمكن قبوله ازاء نصوص الدستور الجامد⁶⁰.

المبحث الثاني : المصادر التفسيرية للقانون الدستوري

المصادر التفسيرية للقانون الدستوري هي الفقه والقضاء، بحيث يجمع الفقه على عدم اعتبارهما من المصادر الرسمية⁶¹، فهي مصادر لا تهتم بإنشاء أحكام دستورية جديدة. فوظيفة القضاء هي تطبيق قواعد القانون لا إنشاء هذه القواعد. كما أن دور الفقه هو دراسة هذه القواعد ووضع شروحه ونظرياته لمساعدة القضاء والمشرع وكافة المشتغلين بالقانون.

⁵⁸ / محمد رفعت عبد الوهاب و ابراهيم عبد العزيز شيحا: النظم السياسية والقانون الدستوري، السابق، ص 438.

⁵⁹ / سعيد بو الشعير: القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، المرجع السابق، ص 163.

⁶⁰ / سعيد بو الشعير: القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، المرجع السابق، ص 164.

⁶¹ / نعمان أحمد الخطيب: الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 478.

وعليه سنتناول هذين المصدرين في مطلبين متتاليين على الوجه التالي:

المطلب الأول: الفقه

يقصد بالفقه كمصدر للقانون الدستوري مجموع الشروح والآراء والنظريات التي يصدرها علماء القانون بما يقومون به من تفسير للتشريعات، وابداء الرأي في مطابقة أحكامها للحاجات الاجتماعية أو عدم مطابقتها لها، وتعليق على أحكام المحاكم⁶².

والفقه في العصر الحديث يعتبر مصدر تفسيري أي ليس له أي صفة إلزامية إلا أن ذلك لا ينفي دوره وأثره الكبير في مجال تفسير وتطبيق القانون بصفة عامة⁶³. فالقده قد يكون له أثر في نشأة القواعد القانونية وتطورها فالمشرع في كثير من المرات يعود للشروح والنظريات التي ابداهها الفقه في كتبه ودراساته.

كما أنه كثيرا ما يستفيد أعضاء البرلمان أثناء المناقشة في المجالس النيابية أو في الجمعيات التأسيسية من آراء واجتهادات فقهاء القانون، وحتى القضاء فإنه في كثير من الأحوال التي يكون فيها النص القانوني الواجب تطبيق على الواقعة المعروضة عليه غامض وغير واضح، فيرجع إلى الشروح والآراء الفقهية في تفسير هذه النصوص⁶⁴.

وتتعدد وسائل الفقه عند تفسير القاعدة القانونية سواء كانت دستورية أم عادية فقديمًا ساد المذهب الشكلي الذي يقتصر في تفسيره للنص القانوني على ألفاظه، وهو ما يعرف بمدرسة الشرح على المتون. فقد كان أنصار هذه المدرسة يعملون على تتبع إرادة المشرع الظاهرة وقت وضع التشريع. على أنه ما لبث أن تبين أن هذا الاتجاه في التفسير يؤدي إلى جمود في فهم النص القانوني مما يؤدي إلى تخلفه عن مواكبة التطور⁶⁵.

⁶² / نعمان أحمد الخطيب: نفس المرجع، ص 480.

⁶³ / عبد الحميد حشيش: الوجيز في القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 48.

⁶⁴ / نعمان أحمد الخطيب: الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 480.

⁶⁵ / عبد المنعم فرج الصدى: أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ص 277-279.

ومن ثم ظهرت الاتجاهات الحديثة في التفسير والتي تفسر النص الدستوري في إطار الظروف السياسية التي يطبق فيها، مع الأخذ في اعتبار الظروف والتطورات التي صاحبت وضعه. ويمكن التعرف عليها من خلال الوثائق التي تصاحب إصدار هذا النص، ومن ذلك المناقشات التي صاحبت وضعه والمذكرة الإيضاحية التي وضعت لتفسيره⁶⁶.

المطلب الثاني: القضاء

يتمثل عمل القاضي في تطبيق النص القانوني على المنازعات التي تعرض عليه، أما القضاء الدستوري فهو مجموعة القواعد القانونية المستتبطة من أحكام المحاكم في المجال الدستوري⁶⁷. وهذه العملية عملية فنية تخضع لتقديرات وتفسيرات القاضي سواء في فهم الوقائع أو في إنزال النص القانوني على هذه الوقائع. ومهما بلغت دقة المشرع في صياغة النص التشريعي أو الدستوري، فإنه لا يستطيع أن يواجه كل الفروض التي يمكن أن تحدث في الواقع العملي.

ويتعاضد دور القضاء كمصدر تفسيري لنصوص الدستور إذا كان الدستور يأخذ بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين. فقد كان لقضاء المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية دور كبير في مجال القانون الدستوري خاصة فيما يتعلق بتفسير أحكام الدستور ودوره في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين وحمايتها للحقوق والحريات المدنية بل وتقرير البعض منها رغم سكوت الدستور عن ذلك⁶⁸.

⁶⁶ / عبد المنعم فرج الصدي: نفس المرجع، ص 279 - 281.

⁶⁷ / نعمان أحمد الخطيب: الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 479.

⁶⁸ / نعمان أحمد الخطيب: الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 480.

وفي الجزائر فإن المحكمة الدستورية هي المختصة بممارسة الرقابة على دستورية القوانين وهي مؤسسة مستقلة مهمتها ضمان احترام الدستور⁶⁹. تتكون من اثني عشر عضوا من بينهم أربعة أعضاء يعينهم رئيس الجمهورية منهم رئيس المحكمة الدستورية وعضو واحد تنتخبه المحكمة العليا من بين أعضائها، وعضو واحد ينتخبه مجلس الدولة من بين أعضائه. وستة أعضاء ينتخبون بالاقتراع من أساتذة القانون الدستوري⁷⁰. ويمكن للمحكمة الدستورية في الجزائر أن تبدي رأيها حول تفسير حكم أو عدة أحكام دستورية إذا تم إخطارها بذلك⁷¹.

⁶⁹ / المادة 185 رقم من المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري لسنة 2020.

⁷⁰ / المادة رقم 186 من المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري لسنة 2020.

⁷¹ / المادة رقم 192 من المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري لسنة 2020.

الفصل الثالث: أنواع الدساتير

يقسم الفقه الدستوري عادة الدساتير من حيث شكلها أو تدوينها إلى دساتير مدونة أو مكتوبة ودساتير غير مدونة أو غير مكتوبة. كما يقسمها من ناحية كيفية تعديلها إلى دساتير إلى دساتير مرنة ودساتير جامدة، ويعتبر هذا التقسيم أكثر أهمية من الناحية العملية.

وسندرس هذين التقسيمين في مبحثين متتاليين كما يلي:

- الدساتير المدونة والدساتير غير المدونة

- تقسيم الدساتير من حيث تعديلها

المبحث الأول: الدساتير المدونة والدساتير غير المدونة

سنتناول في هذا المبحث دراسة الدساتير المدونة والدساتير غير المدونة في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: الدساتير المدونة

يعتبر الدستور مدونا إذا كانت غالبية قواعده صدرت في شكل وثيقة أو عدة وثائق رسمية من السلطة التأسيسية. ولا يقصد بالتدوين مجرد تسجيل القواعد الدستورية في وثيقة مكتوبة، وإنما تسجيلها في وثيقة رسمية من سلطة مختصة بسنها، وابتلاع إجراءات معينة⁷².

ولا يشترط تدوين نصوص الدستور في وثيقة واحدة، فقد تصدر عدة وثائق تتضمن نصوص الدستور مثل دستور الجمهورية الثالثة الفرنسي الذي صدر سنة 1875 في ثلاث وثائق متتابعة تتضمن المبادئ والقواعد التي تنظم السلطات العامة في الدولة⁷³.

ويلاحظ أن غالبية دساتير العالم في الوقت الحاضر دساتير مدونة⁷⁴ مثل دستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادر سنة 1787، والدساتير الفرنسية المتتابعة منذ قيام الثورة الفرنسية حتى الدستور الحالي الصادر سنة 1958⁷⁵.

⁷² / سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، المرجع السابق، ص 85.

⁷³ / سعيد بو الشعير: القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، المرجع السابق، ص 184.

وقد بدأت حركة تدوين الدساتير في أعقاب ثورة المستعمرات الأمريكية على انجلترا وحصولها على استقلالها⁷⁶، حيث قامت الولايات الأمريكية المستقلة في إصدار دساتير مكتوبة لكل منها، ابتداء من سنة 1776 عندما أصدرت ولاية فرجينيا وعدة ولايات أخرى دساتيرها⁷⁷. وبعد عدة سنوات صدر الدستور الاتحادي للولايات المتحدة الأمريكية سنة 1787 الذي استمر العمل به حتى يومنا هذا⁷⁸. ولقد عرف هذا الدستور عدة تعديلات بلغت 26 تعديل منها تعديل سنة 1971 الخاص بتخفيض السن القانونية لممارسة حق الانتخاب من 21 سنة إلى 18 سنة.

وانتقلت حركة تدوين الدساتير من أمريكا إلى أوروبا عن طريق الثورة الفرنسية التي أصدرت أول دستور مكتوب لها سنة 1791. ولقد قامت عدة دول أوروبية بإصدار دساتير مكتوبة خلال القرن التاسع عشر. إذ أصدرت بلجيكا دستورها سنة 1831 وسويسرا سنة 1848 وهولندا سنة 1887.

ولقد ساهم رجال الفكر والسياسة والقانون في انتشار حركة تدوين الدساتير في القرن الثامن عشر لاعتقادهم أن الدستور المدون أسمى من الدستور غير المدون لما يمتاز من دقة الأحكام ووضوحها واعتبروه بمثابة تجديد للعقد الاجتماعي، الذي نشأت الجماعة السياسية على أساسه. فكتابة القواعد الدستورية في نصوص واضحة، يضيفي عليها قدسية ويعرف كل مواطن بحقوقه وواجباته تجاه الأمة التي ينتمي إليها⁷⁹.

⁷⁴ / سعيد بو الشعير: نفس المرجع، ص 184.

⁷⁵ / هاني علي الطهراوي: النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 341

⁷⁶ / مولود ديدان: مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية، المرجع السابق، ص 49.

⁷⁷ / يرى الأستاذ سعيد بو الشعير مع بعض العلماء والباحثين في مجال القانون والسياسة أن أول وثيقة دستورية هي تلك الوثيقة التي أعدها الرسول صلى الله عليه وسلم لتنظيم أحوال الدولة بعد أن انتقل إليها من مكة. لدراسة المزيد في ذلك ارجع إلى مؤلف الأستاذ: القانون الدستوري والنظم السياسية، المرجع السابق، ص 167.

⁷⁸ / هاني علي الطهراوي: النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1432 هـ - 2011 م، ص 341.

⁷⁹ / هاني علي الطهراوي: نفس المرجع، ص 342.

وبعد الحرب العالمية الثانية سادت حركة تدوين الدساتير في معظم دول العالم خاصة في افريقيا وآسيا وأمريكا الجنوبية نتيجة لتحرر العديد من الدول من الاستعمار ونيل استقلالها⁸⁰.

أما في الجزائر فإنه بعد استعادتها لسيادتها واستقلالها في 05 يوليو - جويلية - سنة 1962 بدأت في تدوين دساتيرها.

وصدر أول دستور مكتوب سنة 1963 ، هذا الدستور تم الاستفتاء عليه من قبل الشعب بتاريخ 08 سبتمبر 1963 ونال الأغلبية، وتم اصداره بتاريخ 10 سبتمبر 1963.

ثاني دستور عرفته الجزائر هو دستور سنة 1976 الذي تم عرضه على الاستفتاء الشعبي بتاريخ 19 نوفمبر 1976 ووافق عليه الشعب بالأغلبية المطلقة وتم اصداره في الجريدة الرسمية بتاريخ 22 نوفمبر 1976.

ثم صدر بعد ذلك دستور 23 فيفري 1989، ثم دستور 82 نوفمبر 1996، هذا الأخير عرف عدة تعديلات كان آخرها - لحد كتابة هذه المطبوعة- تعديل سنة 2020⁸¹.

المطلب الثاني: الدساتير غير المدونة

تستمد الدساتير غير المدونة معظم قواعدها من غير طريق التشريع الدستوري، ويطلق جانب من الفقه على الدساتير غير المدونة الدساتير العرفية⁸²، لأن العرف يعتبر المصدر الرئيسي لقواعدها. غير أن الفقه الراجح يفضل اصطلاح الدساتير غير المدونة لأنه يتسع ليشمل المصادر غير التشريعية، سواء تمثلت في العرف أو في القضاء⁸³.

ويعتبر الدستور الانجليزي المثال البارز على الدساتير غير المدونة، لأنه لا يستمد قواعده من وثيقة دستورية أو عدة وثائق تمثل الدستور، وإنما يستمد غالبية أحكامه من العرف وبعضها من القضاء⁸⁴.

⁸⁰ / ثروت بدوي: القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، المرجع السابق، ص 22 وما بعدها.

⁸¹ / لمعرفة المزيد عن الدساتير الجزائرية، أنظر: راجي أحسن: الوسيط في القانون الدستوري: المرجع السابق، ص 355، 356، 357، 361، 362، 363، 367، 372، 373.

⁸² / سعيد بو الشعير: القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، المرجع السابق، ص 184-185.

⁸³ / سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، المرجع السابق، ص 85.

⁸⁴ / مولود ديدان: مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية، المرجع السابق، ص 49.

وهكذا نجد أن القواعد الدستورية التي تقرر النظام الملكي، أو التي تحدد سلطات الملك، وتلك التي تقرر الأخذ بالنظام البرلماني أو الأخذ بنظام المجلسين النيابيين، كلها قواعد دستورية غير مكتوبة رغم استمرار العمل بها واستقراره منذ سنوات طويلة⁸⁵. هذا ويجب أن نشير إلى أنه في إنجلترا توجد قواعد دستورية مدونة، إلى جانب القواعد الدستورية غير المدونة. إذ توجد عدة وثائق مكتوبة تمثل جانبا هاما من القواعد الدستورية. ومن أهم هذه الوثائق الميثاق الكبير المعروف باسم الماجنا كارتا المعن سنة 1215 وملتمس الحقوق في سنة 1628 ووثيقة الحقوق الصادر سنة 1689، وقانون توارث العرش سنة 1701 وقانون البرلمان سنة 1911. وكذلك قانون الوصاية على العرش سنة 1937، وقانون سنة 1949 الخاص بتقييد اختصاصات مجلس اللوردات، وقانون 1958 الذي سمح للنساء بأن يكن أعضاء في مجلس اللوردات⁸⁶.

تقدير تقسيم الدساتير إلى دساتير مدونة ودساتير غير مدونة:
تعتبر الدساتير غير المدونة - العرفية - أسبق في الظهور من الدساتير المدونة، إذ كانت الدساتير غير المدونة حتى القرن الثامن عشر هي القاعدة والدساتير المدونة هي الاستثناء. غير أن الوضع تغير تدريجيا بعد منتصف القرن الثامن عشر بحيث أصبحت الدساتير المدونة هي القاعدة والدساتير غير المدونة هي الاستثناء. ويعود هذا التحول إلى حركة التدوين الدستوري التي كانت تدعو إلى تدوين الدستور لأنه خير وسيلة لتقييد السلطات المطلقة للحكام. بحيث يعتبر الدستور المكتوب ضمانا هامة ضد الحكم المطلق والاستبداد بحقوق وحریات الأفراد، لأن السلطة تخشى الخروج على النصوص المكتوبة بعكس الحال بالنسبة للقواعد العرفية التي لا يكون الخروج عليها ظاهرا⁸⁷.

⁸⁵ / هاني علي الطهراوي: النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 339.

⁸⁶ / هاني علي الطهراوي: نفس المرجع، ص 340.

⁸⁷ / ثروت بدوي: المرجع السابق، 74 وما بعدها.

ورغم كل هذه الايجابيات للدساتير المكتوبة إلا أن فقه القانون الدستوري يكاد يجمع على أن تقسيم الدساتير إلى مدونة وعرفية هو تقسيم نسبي غير مطلق⁸⁸. فكل دستور مكتوب توجد إلى جانبه بعض الأعراف الدستورية. كذلك فإن الدستور العرفي توجد إلى جواره بعض الوثائق المدونة كاللستور الانجليزي⁸⁹.

المبحث الثاني: تقسيم الدساتير من حيث تعديلها

تنقسم الدساتير من حيث كيفية تعديلها إلى قسمين هما: الدساتير المرنة والدساتير الجامدة
المطلب الأول: الدساتير المرنة

الدستور المرن هو الذي يتم تعديل قواعده بنفس الاجراءات التي تعدل بها القواعد القانونية العادية. ولهذا فإن الدساتير المرنة تأخذ ذات القيمة القانونية المقررة لهذه القوانين⁹⁰. وإذا كانت القواعد التي تحدد التنظيم السياسي للدولة أكثر استقراراً وثباتاً وأقل تعديلاً من القوانين العادية، فذلك من الناحية الواقعية فقط. أما من الناحية القانونية فلا توجد أية تفرقة بين القواعد الدستورية المرنة والقوانين العادية من حيث القيمة والقوة القانونية. وعلى ذلك تستطيع القوانين العادية أن تعدل النصوص التي يتضمنها الدستور المرن⁹¹.
فالدساتير المرنة إذن هي التي يمكن تعديلها بواسطة نفس السلطة التي تسن القوانين العادية، وابتداءً ذات الاجراءات التي تتبع في تعديل هذه القوانين. وبذلك لا نجد أي فروق بين شكلية القواعد الدستورية المرنة والتشريعات العادية. ولا يبقى غير الفرق من الناحية الموضوعية فقط، بحكم اختلاف طبع الموضوعات التي ينظمها كل منهما⁹².

⁸⁸ / سعد عصفور: المرجع السابق، ص 85.

⁸⁹ / هاني علي الطهراوي: نفس المرجع، 343 - 344.

⁹⁰ / مولود ديدان: المرجع السابق، ص 51.

⁹¹ / ثروت البدوي: المرجع السابق، ص 83 وما بعدها.

⁹² / هاني علي الطهراوي: المرجع السابق، ص 345.

ويترتب على ذلك أن الدساتير المرنة تتمتع السلطة التشريعية فيها باختصاصات واسعة. إذ أنها تملك اجراء ما تراه من تعديلات في أحكام الدستور بواسطة ذات الشروط والأوضاع التي تعدل بها القوانين العادية إضافة إلى قيامها بسن وتعديل التشريعات العادية⁹³.
ويترتب على ذلك أيضا أن الدستور المرن لا يتمتع بأي سمو شكلي على القانون العادي، فإذا أصدر المشرع العادي قانونا خالف به نصا دستوريا مرنا فهذه المخالفة تعتبر تعديلا للنص الدستوري المرن⁹⁴.

وأوضح مثال للدستور المرن الدستور الانجليزي، حيث يستطيع البرلمان أن يعدل القواعد الدستورية العرفية، أو القواعد الدستورية المكتوبة عن طريق التشريعات العادية، وبنفس الاجراءات لتعديل القوانين العادية⁹⁵.

وإذا كان الدستوري الانجليزي غير مدون، فإن هناك دساتير مدونة ولكنها مرنة، مثل الدستور الإيطالي الصادر سنة 1848 الذي لم ينص على اجراء خاص لتعديل نصوصه⁹⁶.
وتجدر الإشارة إلى أن هناك من فقه القانون الدستوري من انتقد سهولة تعديل الدساتير المرنة، على أساس أنها تؤدي إلى اضعاف ما تتمتع به من قدسية وهيبة لدى السلطات العامة الحاكمة ولدى الأفراد. كما يخشى أن تغري هذه السهولة في التعديل السلطة التشريعية بإجراء تعديلات لا ضرورة لها إلا لخدمة أغراض شخصية للحكام، أو يكون الدافع إليها بواعث وأهواء حزبية مما يؤدي إلى العبث بقدسية الدستور وزعزعة ثباته واستقراره⁹⁷.

المطلب الثاني: الدساتير الجامدة

ندرس في هذا المطلب كيفية تحقيق جمود الدستور، والجمود المطلق والجمود النسبي، وذلك في فرعين متتاليين على النحو الآتي:

⁹³ / سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 187.

⁹⁴ / هاني علي الطهراوي: نفس المرجع، ص 345.

⁹⁵ / سعيد بو الشعير: نفس المرجع، ص 187.

⁹⁶ / سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 187.

⁹⁷ / سعد العصفور: المرجع السابق، ص 94.

- كيفية تحقيق جمود الدستور

- الجمود النسبي والجمود المطلق

الفرع الأول: كيفية تحقيق جمود الدستور

الدستور الجامد هو الدستور الذي اجراءات تعديله تختلف عن اجراءات تعديل الوانين العادية، ويكون ذلك باشتراط اجراءات معينة أو بشروط خاصة أشد وأصعب من تلك الاجراءات والشروط التي تعدل بها التشريعات العادية⁹⁸.

فقد يتحقق هذا الجمود عن طريق تحديد هيئة أخرى تختلف عن الهيئة التي تتولى تعديل القوانين العادية، وهي السلطة التشريعية. وقد يعود هذا الجمود إلى اشتراط اتباع اجراءات معينة لتعديل الدستور.

وتختلف هذه الشروط والاجراءات المطلوبة في التعديل من دستور إلى آخر. فقد يشترط اجتماع المجلسين التشريعيين، وقد يشترط لإتمام التعديل أغلبية خاصة أعلى من الأغلبية التي تشترط لتعديل القوانين العادية. وقد يلزم موافقة الشعب على التعديل المقترح عن طريق الاستفتاء الشعبي⁹⁹.

ويترتب على مبدأ جمود الدستور سريان هذا الجمود على جميع نصوص الدستور، بحيث لا يجوز تعديل أي نص من النصوص التي تتضمنها الوثيقة الدستورية إلا عن طريق الاجراءات والشروط الواجب اتباعها لتعديل الدستور. سواء كانت هذه النصوص متعلقة بنظام الحكم، أو خاصة بموضوعات أخرى مما يطلق عليها بالقواعد غير الدستورية بطبيعتها كتلك المتعلقة ببعض المسائل المالية والادارية المنصوص عليها في الدستور¹⁰⁰. ولكن صفة الجمود لا تمتد إلى القواعد الدستورية بطبيعتها التي تضمنتها قوانين عادية، إذ يتم تعديلها بقوانين عادية أخرى تصدر بذات الاجراءات.

⁹⁸ / سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 188.

⁹⁹ / هاني علي الطهراوي: المرجع السابق، ص 347، 348.

¹⁰⁰ / نعمان أحمد الخطيب: المرجع السابق، ص 510.

والسبب الذي يدعو المشرع الدستوري إلى تشديد اجراءات تعديل الدستور ليوصف بأنه جامد هو رغبة المشرع في اكتساب الدستور وما يحتوي عليه من أحكام صفة الثبات والاستقرار وعدم تركها لأهواء الأغلبية الحزبية في البرلمان. هذه الشدة والتعقيد في اجراءات تعديل الدستور تتلاءم وطبيعة القواعد الدستورية باعتبارها أعلى مرتبة من القوانين العادية. هذه القواعد هي التي تقرر نظام الحكم في الدولة وتبين السلطات العامة فيها واختصاصاتها وعلاقتها ببعض وبالأفراد، بحيث لا تتساوى في كيفية تعديلها مع اجراءات تعديل القوانين العادية، وبالتالي يتحقق لها طابع السمو الشكلي والتمتع بنوع من الحصانة إزاء السلطة التشريعية التي لا يجوز لها بعد ذلك الاعتداء عليها بتعديلها أو بإلغائها¹⁰¹.

الفرع الثاني: الجمود النسبي والجمود المطلق

يقصد بالجمود النسبي للدستور أن اجراءات تعديله أشد تعقيدا من اجراءات تعديل القوانين العادية. وهناك الجمود المطلق ويعني عدم جواز تعديل الدستور كله أو بعضه بصفة مطلقة¹⁰².

وينقسم الجمود المطلق إلى عدة أنواع، فقد يرد الجمود على بعض مواد الدستور، بحيث ينص على عدم جواز تعديلها مطلقا في أي وقت من الأوقات، وهذا هو الجمود المطلق الجزئي، مثل دستور الجمهورية الرابعة الفرنسية لسنة 1946 الذي كان يمنع تعديل النظام الجمهوري بصفة مطلقة، ودستور ألمانيا الغربية لسنة 1949 الذي يمنع اجراء أي تعديل على التنظيم الفيدرالي للدويلات، والدستور المغربي لسنة 1970 الذي يمنع تعديل النظام الملكي¹⁰³.

والنوع الثاني تكون عند سريان الجمود المطلق على جميع مواد الدستور لفترة زمنية محددة، بحيث لا يجوز اجراء أي تعديل في أي نص من نصوص الدستور خلال هذه المدة. أي أن

¹⁰¹ / نعمان أحمد الخطيب: المرجع السابق، ص 510، 511.

¹⁰² / مولود ديدان: المرجع السابق، ص 50.

¹⁰³ / سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 189، 190.

الجمود هنا مطلق وكلي ولكنه مؤقت. مثل الدستور الأمريكي منع تعديله قبل سنة 1808، والدستور الفرنسي لسنة 1791 الذي حظر تعديله لمدة أربع سنوات¹⁰⁴. والنوع الثالث، هو الجمود المطلق الكلي والدائم، أي حظر اجراء أي تعديل في الدستور بصفة دائمة.

ويتفق الفقه الدستوري على بطلان الجمود المطلق الكلي والدائم، وأن النص عليه لا قيمة له¹⁰⁵.

ويرتكز الفقه في رفضه لهذا النوع من الجمود إلى اعتبارات سياسية وأخرى قانونية. فمن الناحية السياسية يتنافى الجمود المطلق الكلي الدائم للدستور مع سنة التطور، لأن دستور أي دولة يحتوي على الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تقوم عليها الدولة عند صدوره، وأن هذه الأسس تتطور بمرور الزمن فإنه يلزم أن يسايرها الدستور في هذا التطور. ولا يعقل أن تتجمد نصوصه دون أي بصفة دائمة.

كما أن الدستور بحكم طبيعته هو نص قانوني، وأي نص قانوني بطبيعته يقبل التعديل، وإن لم يحدث التعديل بطريقة قانونية فسيؤدي ذلك إلى الالتجاء إلى الطرق غير القانونية كالثورة والانقلاب.

ومن الناحية القانونية فإن فكرة الجمود المطلق الكلي للدستور تتعارض مع مبدأ سيادة الأمة، لأن هذا الجمود إنما يعني أن الأمة قد تنازلت عن سلطتها التأسيسية بصفة أبدية، وحرمت نفسها من ممارسة سيادتها في مجال تعديل الدستور كلياً وجزئياً¹⁰⁶.

ويتضح لنا من ذلك أنه إذا كان الثبات والاستقرار هما أهم ما يحققه الدستور الجامد من مزايا، فإن ذلك لا يعني ثباتاً دائماً لا يتغير، لأن الجمود المطلق يستحيل من الناحية العملية. وإنما المقصود بالجمود النسبي الذي يقبل التعديل.

¹⁰⁴ / سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 189.

¹⁰⁵ / ثروت بدوي: المرجع السابق، ص 85 وما بعدها.

¹⁰⁶ / ثروت بدوي: المرجع السابق، ص 86.

وجمود الدستور فإضافة لما يحققه من ثبات واستقرار، فإنه يحقق له السمو الشكلي إلى جانب السمو الموضوعي، مما يمنحه القداسة والاحترام لدى أفراد الشعب، ولدى السلطات العامة الحاكمة على حد سواء. كما أن الجمود يتلاءم مع طبيعة الدساتير باعتبارها أعلى مرتبة من القوانين العادية، إذ يجب ألا تتساوى إجراءات تعديلها مع إجراءات تعديل هذه القوانين بل يجب أن تكون أصعب وأشد منها¹⁰⁷.

¹⁰⁷ / سعد عصفور: المرجع السابق، ص 94.

الفصل الرابع: نشأة الدساتير

تنصب الدراسة حول نشأة الدساتير على دراسة أساليب نشأتها. والمقصود بالدساتير في هذا الصدد الدساتير المكتوبة أو المدونة. ولا يتعلق البحث بالدساتير غير المدونة أو العرفية، وذلك لأن قواعد هذه الدساتير تنشأ في معظمها عن طريق تكون الأعراف والتقاليد مع مرور الزمن، التي تضرب بجذورها في أعماق تاريخ الأمة وتطورها. تختلف أساليب نشأة الدساتير باختلاف الظروف والأوضاع المحيطة بهذه النشأة. وذلك لأن كل دستور يعتبر وليد ظروف ومشكلات سياسية، وتطورات اجتماعية واقتصادية، أحاطت به وأثرت فيه سواء بالنسبة لنشأته أو مضمونه¹⁰⁸.

ويصنف فقه القانون الدستوري أساليب نشأة الدساتير إلى نوعين رئيسيين، أساليب غير ديمقراطية وأساليب ديمقراطية. ويرجع هذا التقسيم إلى كون النوع الأول من هذه الأساليب يعبر عن غلبة ارادة الحكام على ارادة الشعوب المحكومة، أو على الأقل اشتراك الارادتين في وضع الدستور. في حين يعبر النوع الثاني عن تفوق الارادة الشعبية وسيادتها على ارادة الحاكم¹⁰⁹.

وعلى الأساس سنتناول بالدراسة أساليب نشأة الدساتير الديمقراطية والأساليب غير الديمقراطية في بحثين متتاليين على النحو التالي:

- الأساليب غير الديمقراطية لنشأة الدساتير

- الأساليب الديمقراطية لنشأة الدساتير

¹⁰⁸ / عبد الغني بسيوني عبد الله: المرجع السابق، ص 77.

¹⁰⁹ / مولود ديدان: المرجع السابق، ص 41.

المبحث الأول: الأساليب غير الديمقراطية لنشأة الدساتير

الأساليب غير الديمقراطية لنشأة الدساتير هي التي تسود فيها إرادة الحاكم على إرادة الشعب، أو تشترك الإرادتان في وضع الدستور.

فالدستور قد يصدر بإرادة الحاكم المنفردة في شكل منحة، وقد يتم وضعه باتفاق إرادة الحاكم مع إرادة الشعب عن طريق التعاقد.

وعليه سندرس أسلوب المنحة وأسلوب العقد باعتبارهما يمثلان أساليب غير ديمقراطية لنشأة الدساتير في مطلبين متتاليين على النحو التالي:

- أسلوب المنحة

- أسلوب العقد

المطلب الأول: أسلوب المنحة

نشأة الدستور عن طريق المنحة، الدستور فيها ينشأ بالإرادة المنفردة للحاكم أو الملك الذي يقرر بمحض إرادته منح شعبه وثيقة الدستور بما يتضمنه من تنازل عن جانب من سلطاته للشعب. فالملك أو الحاكم باعتباره صاحب السيادة ومصدرها يقبل بإرادته وحده منح الشعب دستورا، بحيث يقبل أن يقيد سلطاته المطلقة بواسطة الدستور الذي يمنحه¹¹⁰.

وتعتبر وثيقة الدستور في أسلوب المنحة عمل قانوني صادر بالإرادة المنفردة للحاكم كهبة أو منحة منه لشعبه. ولكن الواقع وحقيقة الأمر أن دستور المنحة لم يصدر إلا بعد ضغط الشعوب على الحكام نتيجة لزيادة وعيها السياسي وإدراكها لضرورة حصولها على وثيقة دستورية تصون لها حقوقها وحريتها¹¹¹.

¹¹⁰ / محمد رفعت عبد الوهاب وإبراهيم عبد العزيز شيجا: المرجع السابق، ص 481.

¹¹¹ / مولود ديدان: المرجع السابق، ص 42.

ويتضح لنا من ذلك أنه إذا كان صدور الدستور عن طريق المنحة يعتبر وليد إرادة وسيادة الحاكم من الناحية القانونية، فإنه من الناحية الواقعية والتاريخية لم يكن ذلك إلا خوفا من ثورة الشعوب وتمرد لها، وامتصاصا للسخط والغضب على السلطان المطلق لهؤلاء الحكام¹¹². وقد نتج عن هذا التكييف القانوني لكيفية صدور الدستور عن طريق المنحة نقاش فقهي حول مدى أحقية الحاكم في سحب أو إلغاء الدستور الصادر بهذا الأسلوب. فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن صدور الدستور في شكل منحة أو هبة بالإرادة المنفردة للحاكم يعطيه كامل الحق في إلغاء هذا الدستور أو سحبه لأن من يملك المنح يملك المنع¹¹³.

ويساند هذا الرأي أمثلة تاريخية. فقد قرر شارل العاشر ملك فرنسا إلغاء دستور سنة 1814 متحججا بأن الشعب الفرنسي أظهر جحودا للمنحة ونكرانا للجميل. وفي مصر قام الملك فؤاد بإلغاء دستور 1923 عام 1930 وأصدر بدلا عنه دستورا جديدا يعطيه سلطات أقوى مما كانت له في الدستور السابق، وذلك بحجة التوفيق بين النظم الأساسية وبين حاجات البلاد.

ومع ذلك فإن غالبية فقهاء القانون الدستوري اتجهت إلى القول بأن هناك حقوق للأمة قد تعلقت بالدستور الممنوح من الحاكم، فلا يحق له المساس بها إلا برضاها وطبقا للإجراءات المنصوص عليها في الدستور¹¹⁴.

ومن ناحية أخرى فإنه لا يعني صدور الدستور في شكل المنحة عن طريق إرادة الحاكم المنفردة أنه يملك حق الرجوع فيما منح أو تعديله من تلقاء نفسه، لأن الإرادة المنفردة تكون مصدرا للالتزامات إذا ما صادفت قبولا لدى أصحاب الشأن. وبناء على ذلك فإن قبول الأمة لهذا الدستور يحول بين الحاكم وبين امكانية سحبه أو تعديله¹¹⁵.

¹¹² / سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 176.

¹¹³ / محمد رفعت عبد الوهاب وإبراهيم عبد العزيز شيجا: المرجع السابق، ص 482.

¹¹⁴ / عبد الغني بسيوني عبد الله: المرجع السابق، ص 81.

¹¹⁵ / ثروت بدوي: المرجع السابق، ص 42.

ونشير إلى أن قيام الملوك بإلغاء الدساتير التي منحوها لم يمر دون رد فعل من جانب الشعوب في الأمثلة السابق ذكرها.

فقد أدى قيام الملك شارل العاشر بسحب دستور سنة 1814 إلى اندلاع ثورة شعبية أطاحت به، وأنت بالأمير فيليب ملكا بعد قبوله للدستور الذي عرضه عليه ممثلو الشعب الفرنسي¹¹⁶.

كما أن إلغاء دستور سنة 1923 من جانب الملك فؤاد سنة 1930 قوبل بمعارضة قوية من جانب الشعب المصري، مما أدى إلى إزاعانه للإرادة الشعبية واعادته لهذا الدستور سنة 1934¹¹⁷.

المطلب الثاني: أسلوب العقد

يكون الدستور قد صدر بأسلوب العقد إذا تم وضعه باتفاق أو تعاقد بين الحاكم أو الملك من ناحية وبين الشعب من ناحية أخرى¹¹⁸.

وبذلك يختلف أسلوب العقد عن أسلوب المنحة. ففي أسلوب المنحة يقوم الحاكم أو الملك بإرادته المنفردة بمنح الدستور للشعب. بينما يتم وضع الدستور في أسلوب العقد عن طريق اشتراك إرادة الحاكم مع إرادة ممثلي الشعب، فيكون الدستور قد نشأ نتيجة توافق وتلاقي إرادة الشعب مع إرادة الحاكم.

ولهذا هناك من يرى أن أسلوب العقد هو مرحلة انتقال بين انفراد الحاكم بإنشاء الدستور، وبين استقلال وانفراد الأمة وحدها بهذا الانشاء¹¹⁹.

وبالرغم من إيجابيات أسلوب العقد مقارنة بأسلوب المنحة، إلا أنه يعتبر أسلوب غير ديمقراطي، وذلك لأنه في ظل أسلوب العقد تكون إرادة الحاكم من الناحية القانونية مساوية

¹¹⁶ / سعيد بو الشعير: نفس المرجع، ص 176.

¹¹⁷ / عبد الغني بسيوني عبد الله: المرجع السابق، ص 82.

¹¹⁸ / راجي أحسن: الوسيط في القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 344.

¹¹⁹ / محمد رفعت عبد الوهاب وإبراهيم عبد العزيز شيجا: المرجع السابق، ص 483.

لإرادة الشعب في وضع الدستور، بينما الديمقراطية السلمية التي تجعل السيادة للأمة أو الشعب تقتضي انفراد الشعب بوضع الدستور بإرادته وحدها¹²⁰.

ويترتب على انشاء الدستور بالاشتراك بين الحاكم والشعب، عدم استطاعة أي منهما الانفراد بإلغاء الدستور أو سحبه أو تعديله. ولكن تاريخيا فإنه مع انتشار الوعي السياسي وترسيخ الفكر الديمقراطي لدى الشعوب كان الغاء هذه الدساتير نتيجة ثورات الشعب الذي لم يعد يقبل مشاركة الحاكم في سيادته¹²¹.

ولقد ظهر أسلوب العقد لنشأة الدساتير في كل من إنجلترا وفرنسا عقب قيام الثورات والانقلابات ضد حكامهما. فقد قام الأشراف في إنجلترا بثورة ضد الملك، وبعد الانتصار عليه أرغموه على التوقيع على وثيقة العهد الكبير أو الماجنا كارتا في سنة 1215، فكانت بمثابة وثيقة دستورية نشأت بأسلوب العقد¹²². وتعتبر هذه الوثيقة مصدرا أساسيا للحقوق والحريات في إنجلترا إلى غاية يومنا هذا.

وفي فرنسا بعد قيام ثورة الشعب في سنة 1830 ضد الملك شارل العاشر وأجبرته على التنازل على العرش. صدر دستور سنة 1830، الذي يعتبر هذا مثالا واضحا على الأسلوب التعاقدى لنشأة الدساتير، حيث تم الاتفاق بين نواب الشعب والأمير فيليب على هذا الدستور وقام الأمير بالتوقيع عليه، فأصبح ملكا على فرنسا على أساسه¹²³.

¹²⁰ / عبد الغني بسيوني عبد الله: المرجع السابق، ص 84.

¹²¹ / محمد رفعت عبد الوهاب وابراهيم عبد العزيز شيحا: المرجع السابق، ص 484.

¹²² / رابحي أحسن: الوسيط في القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 346، 347.

¹²³ / محمد رفعت عبد الوهاب وابراهيم عبد العزيز شيحا: نفس المرجع، ص 484.

- رابحي أحسن: نفس المرجع، ص 347.

المبحث الثاني: الأساليب الديمقراطية لنشأة الدساتير

تعتبر الأساليب الديمقراطية في نشأة الدساتير عن انفراد الشعب صاحب السيادة بوضع الدستور دون تدخل من جانب الحاكم. وتتنوع هذه الأساليب إلى أسلوبين رئيسيين، أسلوب الجمعية التأسيسية وأسلوب الاستفتاء الدستوري.

المطلب الأول: أسلوب الجمعية التأسيسية

يعتبر هذا الأسلوب تطبيقاً للديمقراطية النيابية، حيث يقوم الشعب بانتخاب جمعية نيابية تضطلع بالسلطة التأسيسية وتتولى مهمة وضع الدستور. فإذا كان الدستور هو الذي ينشئ السلطات العامة في الدولة، ومن بينها السلطة التشريعية، فإنه لا يجوز أن تقوم هذه السلطة بوضع الدستور لأنها سلطة منشأة.

ولهذا كان من الضروري أن تتولى وضعه هيئة أو جمعية خاصة أعلى من السلطة التشريعية تنتخب من الشعب بوكالة خاصة من أجل انجاز هذه المهمة¹²⁴.

وكانت الولايات المتحدة الأمريكية أول من أخذ بهذا الأسلوب في وضع الدستور، إذ طبقت عدة ولايات في وضع دساتيرها بعد استقلالها عن بريطانيا سنة 1776. وتم وضع الدستور الاتحادي نفسه سنة 1787 عن طريق جمعية نيابية منتخبة¹²⁵.

وطبقت فرنسا هذا الأسلوب في وضع الدستور الأول لثورتها سنة 1791¹²⁶. وسميت الجمعية المنتخبة التي تولت هذا الدستور بالجمعية التأسيسية. *Assemblée*

Constituante

كما وضع دستور سنة 1848، ودستور الجمهورية الفرنسية الثالثة الصادر سنة 1875 بنفس الأسلوب.

¹²⁴ / عبد الغني بسيوني عبد الله: المرجع السابق، ص 76، 77.

¹²⁵ / هاني علي الطهراوي: المرجع السابق، ص 329، 330.

¹²⁶ / سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 177.

والأخذ بهذا الأسلوب يعني إعلاء سيادة الشعب وانتصار ارادته على ارادة الحاكم وانتهاء كل سيطرة ونفوذ من جانب الحاكم في وضع الدستور .

وتجدر الاشارة إلى أن الدستور الذي ينشأ بأسلوب الجمعية التأسيسية يصبح نافذا بمجرد اقراره من قبلها ولا داعي للرجوع إلى الأمة أو الشعب الذي سبق له انتخاب هذه الجمعية وفوضها بوضع مشروع الدستور واققراره. وبما أن الجمعية التأسيسية هي جمعية منتخبة لفترة زمنية محددة، ولها مهمة خاصة هي وضع الدستور فإن عملها ينتهي بإنجاز هذه المهمة¹²⁷.

المطلب الثاني: وضع الوثيقة الدستورية بواسطة الاستفتاء الدستوري
يعتبر أسلوب الاستفتاء الشعبي في نشأة الدساتير تطبيقا حقيقيا للديمقراطية المباشرة، حيث يباشر الشعب بنفسه سلطاته دون مشاركة أحد¹²⁸.

وأسلوب الاستفتاء الشعبي في نشأة الدساتير معناه طرح مشروع الدستور على المواطنين لإبداء الرأي بشأنه سواء بالموافقة أم بالرفض. فإن وافق عليه الشعب أصبح دستورا نافذا وذا قوة قانونية . أما إذا حدث العكس ورفض الشعب المشروع فإنه يعتبر كأن لم يكن¹²⁹.
ونظرا لما وجه للديمقراطية النيابية من انتقادات¹³⁰، فقد برزت الديمقراطية شبه المباشرة التي تشرك الشعب في ممارسة السلطة بجوار الهيئة النيابية المنتخبة وتجعله رقيبا عليها، وعلى السلطة التنفيذية عن طريق وسائل أو مظاهر معينة.

ومن أهم مظاهر الديمقراطية شبه المباشرة، الاستفتاء الشعبي، الذي ينقسم إلى عدة أنواع تتمثل في الاستفتاء الدستوري أو التأسيسي الذي يتعلق بالدستور أو بموضوع دستوري،

127 / هاني علي الطهراوي: المرجع السابق، ص 330.

128 / نعمان أحمد الخطيب: المرجع السابق، ص 489.

129 / سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 178.

130 / لقد كان الفيلسوف الفرنسي جان جاك روسو يشكك في نظام الديمقراطية النيابية حيث يمارس الشعب سيادته عن طريق نوابه، فكان يدعو إلى ضرورة الرجوع إلى الشعب لإقرار القوانين الهامة وعلى رأسها الدستور . للمزيد أنظر رابحي أحسن: الوسيط في القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 352.

والاستفتاء التشريعي، والاستفتاء السياسي الخاص بأمر من الأمور السياسية العامة في الدولة¹³¹.

فمن طريق الاستفتاء الدستوري يتم معرفة رأي الشعب حول مشروع الدستور تم وضعه بواسطة جمعية نيابية منتخبة من الشعب، أو لجنة فنية معينة من الحكومة، بحيث لا يصبح هذا المشروع دستورا نافذا إلا بعد موافقة الشعب عليه¹³².

ولقد ظهرت فكرة الاستفتاء الدستوري كوسيلة لإنشاء الدساتير في الربع الأخير من القرن الثامن عشر وكانت البداية في بعض الولايات الأمريكية عام 1776 .

ولقد طبقت فرنسا أسلوب الاستفتاء الدستوري عدة مرات كان أبرزها الاستفتاء على دستور السنة الثامنة الذي تم وضعه عقب انقلاب سنة 1799 بواسطة مدبري هذا الانقلاب وعلى رأسهم نابليون بونابرت، واستفتاء سنة 1802 بشأن استمرار نابليون قنصلا أول مدى الحياة وكذلك استفتاء سنة 1804 المتعلق بتحديد توارث عرش الامبراطورية في سلالو نابليون وأخيرا استفتاء سنة 1851 الخاص بتفويض لويس نابليون ما يلزم من سلطات لوضع دستور سنة 1852¹³³.

وكانت أيضا طريقة الاستفتاء الشعبي هي أسلوب انشاء دستور الجمهورية الخامسة وهو الدستور الحالي لفرنسا و صدر في 04 أكتوبر 1958. أما في الجزائر فقد أتبع أسلوب الاستفتاء الشعبي في وضع دساتير 1976 ، 1989 ، 1996 ، والتعديل الدستوري لسنة 2020 في الجزائر .

ويختلف أسلوب الاستفتاء الدستوري عن أسلوب الجمعية التأسيسية ويستقل عنه. ففي حين يقوم الشعب بانتخاب ممثلين عنه يكونون الجمعية التأسيسية التي تقوم بوضع الدستور نيابة عنه، في طريقة الجمعية التأسيسية. فإنه يجب عرض مشروع الدستور الذي أعدته الجمعية

¹³¹ / عبد الغني بسيوني عبد الله: المرجع السابق، ص 89.

¹³² / سعيد بو الشعير: نفس المرجع، ص 178.

¹³³ / مولود ديدان: المرجع السابق، ص 44.

المنتخبة على الشعب لإعلان رأيه فيه بالقبول أو الرفض في طريقة الاستفتاء الدستوري أو التأسيسي¹³⁴.

ولهذا لا تعتبر طريقة الاستفتاء الدستوري مجرد حلقة مكملة لطريقة الجمعية التأسيسية، لأنه من الممكن أن تقوم لجنة حكومية أو الحاكم نفسه بوضع الدستور ثم يطرح على الشعب لإبداء رأيه فيه، ولا تكتسب وثيقة الدستور قوتها القانونية إلا بعد موافقة الشعب عليها¹³⁵. على أنه وإن كانت كل هذه الدساتير قد صدرت عن طريق الاستفتاء الشعبي مما يوحي بأن الشعب كانت له الكلمة العليا في اصدار مثل هذه الدساتير، إلا أن الواقع العملي يؤكد غير هذه الحقيقة. فطريقة الاستفتاء الشعبي كأسلوب لإصدار الدستور ليست بذاتها دليلا على ديمقراطية هذا الدستور، وإنما تكون كذلك بما يحوطها من ظروف موضوعية أخرى ومنها طريقة وضع واعداد نصوصه. وهذه الطريقة تختلف وتتعدد فمنها ما يكون قريبا من المفهوم الديمقراطي، ومنها ما يكون بعيدا عن هذا المفهوم. فمشروع الدستور قد يكون من وضع واعداد جمعية تأسيسية منتخبة، كما قد يكون من وضع لجنة حكومية معينة.

¹³⁴ / مولود ديدان: المرجع السابق، ص 44، 45.

¹³⁵ / عبد الغني بسيوني عبد الله: المرجع السابق، ص 90.

الفصل الخامس: نهاية الدساتير

كما تنشأ الدساتير بعدة أساليب، فإنها تنتهي كذلك بأكثر من طريق. ولا نقصد بنهاية الدستور، نهاية بعض نصوصه، أي الانهاء الجزئي لهذه النصوص عن طريق تعديلها، ولكننا نقصد التعديل الشامل أو الانهاء الكلي للوثيقة الدستورية.

ويحدث ذلك الانهاء الكلي للدستور عندما يظهر عجز ما يتضمنه من مبادئ وأحكام عن مسايرة التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية في المجتمع. بحيث لا تكفي التعديلات الجزئية لمواجهتها، بل يلزم وضع دستور جديد يتوافق مع هذه التطورات.

ويقسم فقه القانون الدستوري طرق انهاء الدساتير إلى طريقين رئيسيين، الطريق العادي أو الطبيعي وهو الالغاء، والطريق غير العادي وهو الطريق الثوري.

وعلى هذا الأساس سنتناول هذين الطريقين في بحثين متتاليين كما يلي:

المبحث الأول: الطريق العادي لإنهاء الدساتير - أسلوب الالغاء -

تتمثل الطريقة العادية لإنهاء الدساتير، الغائها وتوقف العمل بأحكامها في هدوء وبدون عنف، واستبداله بدستور جديد، يتلاءم مع التطورات السياسية والاجتماعية والاقتصادية للبلاد¹³⁶.

ويختلف انهاء الدساتير بالطريق العادي أي بالالغاء حسب نوع الدستور. فتعديل الدساتير العرفية سواء كان التعديل جزئياً أو كلياً لا يمثل صعوبة، فقد يتم ذلك إما عن طريق نشأة قواعد عرفية جديدة تتوافر لها أركان العرف المادي والمعنوي. وإما بإصدار دستور مكتوب يلغي الدستور العرفي ويحل محله¹³⁷، كما هو الحال في إنجلترا حيث يستطيع البرلمان تعديل الأحكام الدستورية والغائها بنفس الاجراءات المتبعة لتعديل القوانين العادية أو الغائها¹³⁸.

¹³⁶ / نعمان أحمد الخطيب: المرجع السابق، ص 595.

¹³⁷ محمد رفعت عبد الوهاب: ابراهيم عبد العزيز شيجا: المرجع السابق، ص 495، 496.

¹³⁸ / نعمان أحمد الخطيب: نفس المرجع، ص 595.

أما الدساتير المكتوبة فقد تكون جامدة أو مرنة. فبالنسبة لتعديل الدساتير المرنة سواء كان التعديل جزئياً أو كلياً، فإن تعديله يتم بنفس الطريقة التي يتم بها تعديل التشريعات العادية. أما الدساتير المكتوبة الجامدة فغالبا ما تنص على طريقة تعديلها جزئياً، تكون وفقاً لإجراءات محددة، ولكن هذه الدساتير الجامدة لا تنص في الغالب على كيفية تعديلها كلياً أي إلغائها¹³⁹.

وهناك فارق بين نهاية أو إلغاء الدستور القائم كلياً، وبين مجرد تعديله جزئياً. فكل دستور يقبل التعديل الجزئي لبعض مواده وفقاً لإجراءات معينة نظمها نص خاص في ذات الدستور. وقد رأينا من قبل أن الدستور الجامد يتطلب لتعديل بعض أحكامه إجراءات أكثر شدة وصعوبة من إجراءات تعديل القانون العادي.

فالتعديل بطبيعته وبحكم تعريفه هو دائماً جزئي لبعض أحكام الدستور وليس كلها. أما إنهاء الدستور أو الغاؤه فهو يعني إسقاط كل الدستور بكل أحكامه، ثم إحلال دستور آخر جديد محله بأي من أساليب نشأة الدساتير¹⁴⁰.

ونتيجة لذلك ثار التساؤل عن كيفية إلغاء الدستور الجامد، وعن السلطة التي تملك هذا الحق. تنص الدساتير الجامدة عادة على الإجراءات الخاصة بتعديل نصوصها تعديلاً جزئياً. وتحدد السلطة التي تملك إجراء هذا التعديل، فهل تملك هذه السلطة الحق في تعديل الدستور تعديلاً كاملاً وشاملاً؟

يذهب غالبية فقهاء القانون الدستوري إلى منع السلطة التي تملك تعديل الدستور تعديلاً جزئياً من حق الإنهاء الكلي للدستور¹⁴¹. ودليلهم في ذلك أن التعديل الكلي لنصوص الدستور يعني إلغاء هذا الدستور ووضع دستور جديد يحل محله، وهذا حق لا تملكه أية

¹³⁹ / من النادر أن ينص الدستور المكتوب الجامد على طريقة إنهائه، ولم يحدث ذلك إلا في دستور الجمهورية الثالثة الفرنسي

الصادر سنة 1875. أنظر في هامش مؤلف عبد الغني بسيوني عبد الله: المرجع السابق، ص 98.

¹⁴⁰ / محمد رفعت عبد الوهاب وإبراهيم عبد العزيز شيجا: المرجع السابق، ص 493.

¹⁴¹ / عبد الغني بسيوني عبد الله: المرجع السابق، ص 99.

سلطة منشأة، وإنما هو ملك للسلطة التأسيسية الأصلية التي تمثل الشعب وتعبّر عن سيادة الأمة¹⁴².

كما أن حق إلغاء الدستور لا يملكه إلا الأمة. فالأمة وحدها هي التي تستطيع إلغاء الدستور باعتبارها صاحبة السيادة في الدولة. فحيث يتضح للأمة عدم مسايرة الدستور القائم للتطورات والظروف السائدة في المجتمع وعدم ملاءمة أحكامه لتطلعات ورغبات الأفراد فيها، جاز لها إلغاء ذلك الدستور ووضع دستور جديد يلبي حاجاتها ويساير تطور كافة جوانب الحياة فيها¹⁴³.

ويرى غالبية الفقه أن يتم إلغاء الدستور القديم وإنشاء دستور جديد يحل محله بأحد أساليب نشأة الدساتير الديمقراطية أي بواسطة انتخاب جمعية نيابية تمارس السيادة الشعبية وتضع الدستور، أو بأسلوب الاستفتاء الدستوري كتعبير عن ارادة الأمة¹⁴⁴.

المبحث الثاني: الأسلوب غير العادي لإنهاء الدساتير - الأسلوب الثوري -

المقصود بالطريق الثوري لإنهاء الدساتير إسقاطها والقضاء عليها وإيقاف العمل بها عقب اندلاع ثورة أو وقوع انقلاب. وإذا كان الطريق العادي هو الأسلوب القانوني لإلغاء الدساتير، فإن الثورات والانقلابات لعبت دورا كبيرا في إسقاط العديد من الدساتير في دول العالم¹⁴⁵.

وما يؤكد صحة هذا القول أن جل الدساتير الفرنسية قد سقطت بهذه الوسيلة باستثناء دستور الجمهورية الثالثة لسنة 1875 الذي ألغي سنة 1940 بعد سقوط باريس أمام الجيش الألماني¹⁴⁶.

¹⁴² / عبد الغني بسيوني عبد الله: نفس المرجع، ص 99.

¹⁴³ / نعمان أحمد الخطيب: المرجع السابق، ص 595، 596.

- محمد رفعت عبد الوهاب وإبراهيم عبد العزيز: المرجع السابق، ص 494، 495.

¹⁴⁴ / نعمان أحمد الخطيب: المرجع السابق، ص 596.

¹⁴⁵ / مولود ديدان: مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية، المرجع السابق، ص 46.

¹⁴⁶ / عبد الغني بسيوني عبد الله: القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 100.

وسنعرض لدراسة الأسلوب الثوري لنهاية الدساتير من خلال مطلبين رئيسيين على النحو التالي:

- التعريف بالثورة

- النتائج القانونية للثورة

المطلب الأول: التعريف بالثورة

يقصد بالثورة لغة الانتفاضة أو الهيجان ومواجهة الوضع السائد. أما المعنى الاصطلاحي للثورة فتعني حركة فجائية أو تغيير فجائي جذري وشامل للنظام السياسي والاجتماعي في الدولة¹⁴⁷.

وهناك من يعرفها من الناحية القانونية أنها احلال لفكرة قانونية جديدة محل فكرة أخرى، لتكون أساسا للنظام القانوني في الجماعة البشرية، وتؤدي إلى قيام نظام قانوني جديد وانهاء نظام قانوني قديم لم يعد يتلاءم مع الجماعة البشرية¹⁴⁸.

وسنحاول بعد تعريف الثورة أن نميز بين مفهوم الثورة ومفهوم الانقلاب ثم بعد ذلك نعرض لحكومة الثورة أو الحكومة الواقعية.

الفرع الأول: الفرق بين الثورة والانقلاب

يفرق الفقه الدستوري بين الثورة والانقلاب. فبعض الفقه يميز بينهما على أساس اختلاف الهيئة التي تقوم بالحركة أي مصدر الحركة، فالثورة مصدرها الشعب، في حين أن الانقلاب تقوم به جماعة ذات نفوذ بغرض الاطاحة بالأشخاص الحاكمين والاستلاء على السلطة¹⁴⁹.

ولكن غالبية الفقه تميز بين الثورة والانقلاب ليس على أساس مصدر الحركة وإنما على أساس الأهداف التي قامت من أجل تحقيقها. فإذا كان هدف الحركة هو مجرد تولي فريق

¹⁴⁷ / سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 181.

¹⁴⁸ / مصطفى أبو زيد فهمي: النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة الاسكندرية، 1965، ص 209.

- سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 42.

¹⁴⁹ / سعيد بو الشعير: نفس المرجع، ص 183.

جديد لمقاليد الحكم محل الفريق السابق، فإنها تكون في هذه الحالة انقلاب. أما إذا كانت الحركة تستهدف أحداث تغيير جذري في النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي المطبق فهي ثورة¹⁵⁰.

وبناء على ذلك تسمى الحركة انقلابا إذا كانت تهدف إلى تحقيق مصلحة فرد أو فئة قليلة من الناس، مثل قيام رئيس الوزراء أو وزير الدفاع أو قائد الجيش أو طائفة معينة بالحركة بقصد الاستيلاء على السلطة والاستئثار بها دون اجراء أي تغيير في النظام السياسي والاجتماعي للبلاد.

في حين تعتبر الحركة ثورة إذا كانت الغاية من قيامها إحداث تغييرات شاملة في النظام السياسي والاجتماعي، كتغيير نظام الحكم من النظام الملكي إلى النظام الجمهوري، أو استبدال النظام الرأسمالي بنظام اشتراكي يعمل على ازالة الفوارق بين الطبقات الاجتماعية. وذلك مثل الثورة الفرنسية سنة 1789 ، والثورة الاسبانية سنة 1931 ، والثورة المصرية سنة 1952.

الفرع الثاني: حكومة الثورة أو الحكومة الواقعية

يترتب على نجاح الثورة اقامة حكومة ثورية تسمى حكومة واقعية، *Gouvernement de fait* تسيطر على الحكم لكي تتمكن من تحقيق أهدافها. ويختلف اصطلاح حكومة واقعية عن اصطلاح الحكومة القانونية. فهو يدل على أن الحكومة الثورية لم تأت للحكم وفقا لأحكام الدستور القائم، أي وفق للقواعد والاجراءات الدستورية النافذة. ومن ثم لا تعتبر حكومة قانونية بل واقعية يفرضها الواقع نتيجة تولي حكومة الثورة بعد نجاحها لمقاليد الحكم في الفعل والواقع. فشرعيتها مصدرها الواقع وليس نصوص الدستور القائم وكذلك أن شرعيتها تستمد من أهدافها الاصلاحية وتأييد الشعب لها¹⁵¹.

¹⁵⁰ / مصطفى أبو زيد فهمي: المرجع السابق، ص 210.

¹⁵¹ / محمد رفعت عبد الوهاب وابراهيم عبد العزيز شيجا: المرجع السابق، ص 497.

وتتميز الحكومة الواقعية بميزتين أساسيتين وهما:

- أنها حكومة مؤقتة تتولى السلطة عقب نجاح الثورة لفترة مؤقتة والانتقال بالبلاد من النظام القديم إلى النظام الجديد الذي قامت الثورة من أجل تحقيقه.

- أنها حكومة تركيز للسلطات حيث تجمع في يدها السلطتين التشريعية والتنفيذية، لذلك تعتبر حكومة ذات طابع ديكتاتوري. والسبب في كونها حكومة تركيز للسلطات هو خوف رجال الثورة من قيام حركة انقلابية أو ثورة مضادة من أعداء الثورة.

المطلب الثاني: النتائج القانونية للثورة

يترتب على نجاح الثورة آثار قانونية هامة سواء بالنسبة للدستور أو فيما يتعلق بالقوانين العادية.

الفرع الأول: أثر الثورة على الدستور

هل يسقط الدستور القائم بصفة تلقائية بعد نجاح الثورة؟ أم أن هذا السقوط لا يحدث تلقائياً بعد قيام الثورة؟

لقد انقسم الفقه الدستوري في مسألة سقوط الدستور بعد قيام الثورة إلى ثلاث اتجاهات.

الاتجاه الأول: السقوط التلقائي للدستور

ذهب غالبية الفقه الدستوري إلى أن الدستور القائم يسقط من تلقاء نفسه بعد قيام الثورة، ودون حاجة إلى إصدار أي تشريع خاص ينص على هذا الإلغاء¹⁵².

وإذا ما أعلن بعد ذلك عن سقوط الدستور، أو تم النص على الغائه في الدستور الجديد الذي تقوم الثورة بوضعه، فإن ذلك لا يعتبر منشئاً لوضع قانوني جديد، وإنما يعتبر كاشفاً ومقرراً لما حدث فعلاً بعد نجاح الثورة¹⁵³.

¹⁵² / هاني علي الطهراوي: المرجع السابق، ص 401.

¹⁵³ / محمد رفعت عبد الوهاب وإبراهيم عبد العزيز شيجا: المرجع السابق، ص 498.

الاتجاه الثاني: عدم سقوط الدستور بصفة تلقائية

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن سقوط الدستور بعد قيام الثورة لا يعتبر أمرا حتميا. وليس بالضرورة أن يترتب على نجاح الثورة سقوط الدستور. فقد يكون هدف الثورة المحافظة على الدستور وحمايته من عبث الحكام، وقد يحتاج الأمر إلى الإبقاء على الدستور فترة من الزمن ثم تعلن الثورة بعد ذلك على سقوطه.

الاتجاه الثالث: يتوقف سقوط الدستور على طبع أهداف الثورة

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن سقوط الدستور يتوقف على طبيعة الأهداف التي قامت الثورة من أجل تحقيقها.

وعلى هذا الأساس يفرق هذا الاتجاه بين ثلاث حالات محددة. الحالة الأولى هي حالة الثورة الشاملة تعبيرا عن رفض الشعب رفضا كاملا لكل القيم التي كانت موجودة قبل الثورة، سواء كانت قيما اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية. وفي هذه الحالة يؤدي قيام الثورة ونجاحها إلى سقوط الدستور.

الحالة الثانية تكون عندما تقوم الثورة كرد فعل ضد اساءة الحكام للدستور، وكتعبير عن رغبة الشعب في المحافظة على الدستور. وهنا لا تؤدي الثورة إلى اسقاط الدستور، وإنما تعتبر ضمانا من ضمانات احترام الدستور.

الحالة الثالثة لا يكون قيام الثورة تعبيرا عن الرفض الكامل لكل ما كان سائدا قبلها، ولكنه لبعض الأمور فقط، مما يترتب عليه مجرد تعديل الدستور. ويرى هذا الاتجاه أن البداية تكون هكذا ولكن استمرار الثورة يجعلها تسعى لإحلال نظام قانوني جديد محل النظام القانوني القديم.

ولكن الرأي الذي نعتقد بسلامته هو أنه من الصعب وضع قاعدة عامة في هذا الشأن، لأن كل ثورة لها ظروفها وأوضاعها الخاصة بها، ولها أهداف معينة قامت من أجلها.

وعلى هذا الأساس لا نستطيع أن نرجح رأي محدد بشأن أثر الثورة على الدستور القائم طالما أن كل ثورة لها ظروفها وأهدافها التي تختلف من ثورة لأخرى¹⁵⁴.

الفرع الثاني: أثر الثورة على القوانين العادية

من المسلم به أن قيام الثورة لا يؤثر على التشريعات العادية، كالقانون المدني والقانون التجاري والقانون الجنائي، وغيرها من القوانين الأخرى، بحيث تظل قائمة نافذة إلى أن يتم الغاؤها بالطرق العادية لإلغاء القوانين، سواء صراحة أو ضمناً¹⁵⁵.

وترجع العلة في بقاء القوانين والتشريعات العادية بعد قيام الثورة إلى عدم تعلقها بالتنظيم السياسي للدولة من ناحية. ومن ناحية أخرى يعتبر بقاء هذه القوانين نتيجة طبيعية ومنطقية لمبدأ دائمية وجود الدولة بصرف النظر عن تغيير شكلها أو نظام الحكم فيها. وما يؤكد هذا القول هو أن كثيراً من التشريعات الفرنسية التي صدرت في عهد النظام الملكي القديم تم تعديلها وتغييرها عن طريق البرلمان وليس نتيجة لقيام الثورات¹⁵⁶.

¹⁵⁴ / للاطلاع على بعض الأمثلة لثورات قامت بها بعض الشعوب وهل أدى ذلك إلى سقوط الدستور من عدمه أنظر:

هاني علي الطهراوي: النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 401-406.

¹⁵⁵ / هاني علي الطهراوي: نفس المرجع، ص 405.

¹⁵⁶ / عبد الغني بسيوني عبد الله: المرجع السابق، ص 116، 117.

الفصل السادس: سمو الدستور

القانون الدستوري في الدولة، سواء أكان دستور مدون أم دستور عرفي فإنه يتميز بسموه وعلوه على غيره من القواعد القانونية في المجتمع. فهو يأتي على قمة البناء القانوني في الدولة¹⁵⁷.

ومبدأ سمو الدستور يعد من الأسس الرئيسية التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة القانونية، ذلك أنه يعني وجود قواعد قانونية عليا تضمن خضوع الحكام للقانون. كما يعني أيضا أن ترتبط القواعد القانونية في الدولة بقواعد الدستور. فلا يجوز لها أن تخالفها أو تخرج عليها¹⁵⁸.

فصوص الدستور تمثل الأصل بالنسبة لسائر القواعد القانونية الأخرى والتي تنفرد عنها. فالدستور هو الذي ينشئ سلطات الدولة ويحدد اختصاصاتها وآليات عملها ومن ثم فإنها ترتبط به ارتباط الفرع بالأصل والجزء بالكل¹⁵⁹. وعليه فإن مبدأ سمو الدستور من المبادئ المسلم بها في فقه القانون الدستوري حتى في حالة عدم النص عليه في صلب الوثيقة الدستورية¹⁶⁰.

ويتحقق سمو الدستور من الناحية الموضوعية والناحية الشكلية. فالسمو الموضوعي للدستور يتحقق بالنظر إلى طبيعة قواعده ومضمونها. أما سمو الشكلي للدستور فهو يرتبط بالشكل والاجراءات التي توضع بها الدساتير وتتقرر كذلك لتعديلها¹⁶¹.

وإذا كان سمو الموضوعي يتحقق لكافة الدساتير سواء أكانت دساتير جامدة أم دساتير مرنة، فإن سمو الشكلي لا يمكن أن يتحقق إلا لدستور جامد.

¹⁵⁷ / سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 190.

¹⁵⁸ / هاني علي الطهراوي: النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 352.

¹⁵⁹ / ثروت بدوي: المرجع السابق، ص 94.

¹⁶⁰ / هاني علي الطهراوي: النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 352.

¹⁶¹ / سعيد بو الشعير: نفس المرجع، ص 191.

وعليه سنقسم هذا الموضوع إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول سمو الموضوعي للدستور وفي المبحث الثاني سمو الشكلي للدستور.

- سمو الموضوعي للدستور

- سمو الشكلي للدستور

المبحث الأول: سمو الموضوعي للدستور

سنتناول في هذا المبحث مضمون سمو الموضوعي ثم نبين النتائج التي تترتب على هذا سمو.

- مضمون سمو الموضوعي للدستور

- النتائج المترتبة على سمو الموضوعي

المطلب الأول: مضمون سمو الموضوعي للدستور

يتصل سمو الموضوعي بمضمون القاعدة وطبيعتها. فالقواعد القانونية التي تنظم موضوعات دستورية تتصل بأساس الدولة ونظام الحكم فيها وتبين وتنظم طريقة ممارسة السلطة¹⁶². وتحدد الفلسفة التي يسير على هديها النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي في الدولة. هي قواعد دستورية تسمو على كافة القواعد القانونية الموجودة في الدولة.

وعليه فإن سمو الموضوعي للقاعدة الدستورية يرتبط بالمعيار الموضوعي في تعريف القانون الدستوري. ومن ثم فإن هذا سمو الموضوعي يثبت لكافة القواعد الدستورية التي تتصل بتنظيم كافة السلطات الحاكمة في الدولة سواء كانت هذه القواعد يحتويها دستور مكتوب أم دستور عرفي.

فالدستور من حيث الموضوع يمثل قمة البناء القانوني في الدولة ولا يكون للسلطات الحاكمة في الدولة أن تخالفه لأنه هو الذي أنشأها وبين اختصاصاتها¹⁶³. ولا يؤثر على ذلك كون

¹⁶² / هاني علي الطهراوي: النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 353.

¹⁶³ / سعيد بو الشعير: المرجع السابق: ص 191.

هذه القواعد تتميز بالمرونة بحيث لا تختلف مع القواعد القانونية العادية من حيث وضعها أو تعديلها كما هو الحال في الدستور المرن.

والسمو الموضوعي للدستور يؤدي إلى أن الدستور هو الذي ينشئ السلطات الحاكمة ويحدد اختصاصاتها ويبين كيفية ممارسة هذه الاختصاصات وشروط ممارستها. فالسلطة ليست امتيازاً شخصياً للحاكم وإنما هي تكليف بممارسة مهمة معينة.

المطلب الثاني: النتائج المترتبة على سمو الموضوعي

يرتب الفقه الدستوري على سمو الموضوعي نتيجتين وهما:

الأولى: أن سمو الموضوعي يؤدي إلى تأكيد مبدأ المشروعية، والذي يعني خضوع الحاكم والمحكوم للقانون¹⁶⁴. فسمو القاعدة الدستورية تعني بالضرورة خضوع الحكام لها وعدم مخالفة أحكامها، وذلك لأنها تؤسس سلطاتهم وتبين حدودها وكيفية ممارستها. وعليه فإن على السلطات الحاكمة أن تتقيد بما تقرره القواعد الدستورية، فأى نشاط أو تصرف يكون مخالفاً لتلك القواعد يعتبر غير مشروع ولا يتمتع بأي أثر قانوني¹⁶⁵. كما أن مخالفة الحكام لهذه القواعد يمثل اعتداء على الشرعية ومن ثم تفقد سلطة الحكام أساسها.

الثانية: فتعني أن من مقتضى سمو الموضوعي لقواعد الدستور هو منع التفويض في الاختصاص الذي يحدده الدستور لشخص أو لهيئة معينة. فالدستور عندما يحدد اختصاصاً لهيئة معينة فهو لا يمنح لها امتيازاً تتصرف فيه كيفما شاءت. ومن ثم لا يجوز لها أن تفوض غيرها في ممارسة هذه الاختصاصات¹⁶⁶.

هذا ونشير إلى أن النتائج التي تترتب على سمو الموضوعي للدستور لا يمكن أن تتحقق إلا إذا اعتمد الدستور مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وهو ما لا يمكن أن يتحقق إلا في ظل دستور مدون يتحقق له سمو الشكلي.

¹⁶⁴ / نعمان أحمد الخطيب: المرجع السابق، ص 535.

¹⁶⁵ / هاني علي الطهراوي: النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 354.

¹⁶⁶ / هاني علي الطهراوي: نفس المرجع، ص 354.

وهذا يؤدي إلى أن السمو الموضوعي يمكن أن يرتب رد فعل سياسي أو اجتماعي دون أثر قانوني معين. فانتهاك الحكام للسمو الموضوعي للدستور قد يؤدي إلى اثاره الرأي العام أو قيام الشعب بالثورة ضد هؤلاء الحكام. وذلك على خلاف السمو الشكلي الذي يرتب أثارا قانونية تكفل بذاتها حماية الدستور.

وعلى هذا الأساس فإن الفقه الدستوري يتفق على وجوب توافر السمو الشكلي إلى جانب السمو الموضوعي حتى يتحقق للدساتير الحماية اللازمة حتى لا يتم الخروج على أحكامه من السلطات الحاكمة في الدولة.

المبحث الثاني: السمو الشكلي للدستور

سنناول في هذا المبحث مضمون السمو الشكلي ثم نتطرق للنتائج التي تترتب على

جمود الدستور في مطلبين متتابعين على النحو التالي:

- مضمون السمو الشكلي للدستور

- النتائج التي تترتب على جمود الدستور

المطلب الأول: مضمون السمو الشكلي للدستور

إذا كان السمو الموضوعي يتحقق للقاعدة الدستورية بالنظر إلى محتواها ومضمونها. فإن

السمو الشكلي يثبت للدستور من ناحية الشكل والاجراءات التي يوضع بها وتلزم لتعديله.

وإذا كان السمو الموضوعي يشمل جميع الدساتير سواء أكانت مرنة أم جامدة، عرفية أم

مكتوبة. فإن السمو الشكلي للدستور لا يتحقق إلا للدساتير الجامدة أي تلك التي تشترط

اجراءات خاصة في تعديلها تخالف الأشكال والاجراءات التي توضع أو تعدل بها القوانين

العادية¹⁶⁷.

والسمو الشكلي للقواعد الدستورية يهيئ لها مكانة خاصة في البنيان القانوني في الدولة. فهي

تأتي على رأس تدرج هرمي للقواعد القانونية في الدولة.

¹⁶⁷ / نعمان أحمد الخطيب: المرجع السابق، ص 538.

ففي ظل وجود دستور جامد تتحقق فكرة السمو الشكلي وتتميز القوانين الدستورية عن القوانين العادية¹⁶⁸. فالقوانين الدستورية توضع وتعديل بإجراءات مختلفة عن تلك الاجراءات التي تصاحب وضع وتعديل القوانين العادية التي تصدر عن السلطة التشريعية¹⁶⁹. وتجدر الاشارة أننا تكلمنا في المحاضرات السابقة عند تطرقنا لموضوع أنواع الدساتير الفرق بين الدستور المرن والدستور الجامد، لذلك فإننا نحيل إلى تلك المحاضرات لمعرفة الفرق بينهما.

المطلب الثاني: النتائج التي تترتب على جمود الدستور

يترتب على جمود الدستور النتائج التالية وهي:

- ضرورة تمايز واختلاف اجراءات تعديل الدستور عن اجراءات تعديل التشريعات العادية.
- التقيد بمبدأ تدرج القواعد القانونية حيث يخضع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى وبالتالي لا يجوز أن يتعارض قانون عادي مع قواعد الدستور ولا أن يتعارض قرار تنظيمي صادر عن السلطة التنفيذية مع قانون صادر عن البرلمان أو قانون دستوري¹⁷⁰.
- أن القواعد الدستورية لا تلغى أو تعدل إلا بقواعد دستورية أخرى¹⁷¹.
- أن هذا الجمود يترتب نتيجة قانونية بالغة الأهمية وهي السمو الشكلي للدساتير. والذي يقتضي معه تنظيم نوع من الرقابة يكفل خضوع القوانين العادية للقانون الدستوري وضمان عدم مخالفة أحكامه، وهي ما تعرف بالرقابة على دستورية القوانين¹⁷².

168 / محمد رفعت عبد الوهاب وابراهيم عبد العزيز شيجا: المرجع السابق، ص 509.

169 / نعمان أحمد الخطيب: المرجع السابق، ص 539.

170 / سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 190-191.

171 / نعمان أحمد الخطيب: المرجع السابق، ص 540.

172 / سعيد بو الشعير: نفس المرجع، ص 193.

الفصل السابع: الرقابة على دستورية القوانين

إن مبدأ سمو الدستور يقتضي علو قواعده، بمعنى أنها تحتل المرتبة العليا في البناء القانوني في الدولة، وبالتالي فإن هذه القواعد الدستورية تسمو على ما عداها من قوانين أو قرارات تتخذها السلطات العامة في الدولة¹⁷³.

ومبدأ سمو الدستور هو مبدأ قانوني مسلم به سواء نص عليه الدستور أو لم ينص عليه¹⁷⁴. فالدستور الذي ينشئ السلطات العامة في الدولة، ويحدد اختصاصاتها والشروط اللازمة لممارسة هذه الاختصاصات، فإنه هو الذي ينشئ السلطة التشريعية ويبين كيفية تشكيلها وشروط صحة انعقادها والقواعد التي يجب أن تطبقها. وأن هذه السلطة التشريعية ملزمة باحترام القواعد الدستورية وعدم مخالفتها.

فإن هي قامت باحترام الدستور كانت تشريعاتها صحيحة من الناحية القانونية. والمقصود بالتشريع الصحيح أن كون التشريع العادي الصادر من البرلمان سليما من الناحية الشكلية وكذلك من الناحية الموضوعية.

ويكون التشريع صحيحا من الناحية الشكلية إذا صدر وفقا للشروط والاجراءات المقررة في الدستور. كما يكون التشريع صحيحا من الناحية الموضوعية إذا صدر موافقا لأحكام الدستور نصا وروحا. فإذا خالف التشريع العادي أحكام الدستور اعتبر باطلا وغير دستوري¹⁷⁵.

إن مسألة دستورية القوانين لا تثار إلا بالنسبة للدساتير الجامدة. أما بالنسبة للدساتير المرنة، فلا تثار هذه المسألة، لأن الدستور المرن يتساوى في اجراءات تعديله مع القوانين العادية. ولهذا لا تخضع القوانين التي يصدرها البرلمان لبحث دستورية القوانين¹⁷⁶.

¹⁷³ / نعمان أحمد الخطيب: المرجع السابق، ص 545.

¹⁷⁴ / مولود ديدان: المرجع السابق، ص 58.

¹⁷⁵ / هاني علي الطهراوي: المرجع السابق، ص 357-358.

¹⁷⁶ / محمد رفعت عبد الوهاب وابراهيم عبد العزيز شيجا: المرجع السابق، ص 514.

وإذا كان من المسلم به أن القانون الذي يتعارض مع أحكام الدستور يعتبر باطلا، فإن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو ما العمل إذا أصدرت السلطة التشريعية قانونا يخالف الدستور رغم جموده وسمو الشكلي؟ ومن هي الجهة التي يحق لها ببطان القانون؟ هنا تثار مشكلة دستورية هذا القانون، ولذلك نجد أن الأنظمة الدستورية المعاصرة دأبت على تقرير مبدأ الرقابة على دستورية القوانين.

وهذه الرقابة تعد من أهم الوسائل لضمان نفاذ القانون الدستوري والتزام السلطات الحاكمة في الدولة بقواعده. فهي إما أن تقرر عدم اصدار العمل إن كانت رقابة سابقة أو عدم نفاذه إن كانت رقابة لاحقة.

ويوجد نظامان رئيسيان للرقابة على دستورية القوانين،

نظام الرقابة السياسية على دستورية القوانين، ونظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

وبناء عليه سنعرض لهذين النظامين في مبحثين رئيسيين على النحو التالي:

المبحث الأول: الرقابة السياسية على دستورية القوانين

تتميز الرقابة السياسية على دستورية القوانين بأنها رقابة وقائية، أي رقابة تمارس قبل صدور القانون تتولاها هيئة سياسية محددة للتأكد من مطابقة القانون لأحكام الدستور والحيلولة دون صدور القانون إذا كان مخالفا للقانون¹⁷⁷.

والهيئة السياسية التي تختص بالرقابة على دستورية القوانين تتعدد أشكالها فقد تكون هيئة يتم اختيارها بواسطة السلطة التشريعية وحدها أو بالاشتراك مع السلطة التنفيذية¹⁷⁸.

المطلب الأول: تطبيقات الرقابة السياسية على دستورية القوانين

لما كان المجلس الدستوري الفرنسي يمثل التطبيق الحقيقي للرقابة السياسية على دستورية القوانين وعلى ذلك سوف نعرض بإيجاز لتطبيقات الرقابة السياسية في فرنسا.

¹⁷⁷ / محمد رفعت عبد الوهاب وابراهيم عبد العزيز شيجا: المرجع السابق، ص 515.

¹⁷⁸ / سعد عصفور: المرجع السابق، ص 44.

شهدت فرنسا عدة تطبيقات لأسلوب الرقابة السياسية منذ دستور السنة الثامنة الصادر سنة 1799 إلى دستورها الحالي الصادر في أكتوبر سنة 1958 مروراً بدستور سنة 1852 ، ودستور سنة 1946.

الفرع الأول: تجربة مجلس الشيوخ المحافظ في ظل دستور السنة الثامنة للجمهورية الفرنسية أنشأ دستور السنة الثامنة للجمهورية في ديسمبر سنة 1799 مجلس الشيوخ المحافظ بناء على اقتراح من الفقيه الفرنسي سيزر Siéyes¹⁷⁹. وذلك للتحقق من دستورية القوانين والقرارات والمراسيم التي تصدر عن السلطة التنفيذية قبل إصدارها. غير أن الظروف والعوامل التي أحاطت بإنشاء هذا المجلس لم تساعد على نجاحه، حيث كان يخضع خضوعاً تاماً للإمبراطور نابليون بونابرت من ناحية، كما أنه لم يكن يمارس الرقابة من تلقاء نفسه، وإنما كان يتولى فحص القوانين والقرارات التي تحال إليه إما من الحكومة أو من المجلس النيابي¹⁸⁰.

على أن هذا المجلس لم يكن مستقلاً عن الإمبراطور نابليون مما أدى إلى فشله في أداء مهمته. فقد كان يشكل بإرادة الإمبراطور ولم يكن له أن يراقب دستورية القوانين إلا بطلب من الحكومة. ومن ثم لم ينجح هذا المجلس في منع إصدار القوانين التي تخالف الدستور¹⁸¹.

الفرع الثاني: المجلس المحافظ في ظل دستور الامبراطورية الفرنسية الثانية سنة 1852 في عهد الامبراطور لويس نابليون أعيد انشاء مجلس ليمارس الرقابة الدستورية على القوانين على غرار مجلس الشيوخ المحافظ. فبعد صدور دستور سنة 1852 منح هذا الأخير للمجلس الجديد اختصاصات أوسع من المجلس القديم، إذ جعل من سلطته التحقق من مطابقة جميع القوانين للدستور قبل إصدارها، وإلغاء القوانين التي يثبت عدم دستورتها. كما

179 / سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 196.

180 / محمد رفعت عبد الوهاب وإبراهيم عبد العزيز شيجا: المرجع السابق، ص 516-517.

181 / محمد رفعت عبد الوهاب وإبراهيم عبد العزيز شيجا: المرجع السابق، ص 517.

كان له الحق في تعديل الدستور طبقا لشروط معينة. وكان للأفراد الحق في طلب الغاء القوانين غير الدستورية من المجلس¹⁸².

ومع ذلك لم يستطع المجلس المحافظ القيام بهذه السلطات عمليا، بالنظر إلى سيطرة لويس نابليون على أعضاء المجلس، حتى أن المجلس لم يقيم بإلغاء أي قانون عرض عليه لرقابة مدى دستوريته¹⁸³.

وبذلك انتهت تجربة الرقابة على دستورية القوانين بواسطة هيئة سياسية مرة أخرى. ولم يستطع هذا المجلس أن يمارس رقابة فعالة على دستورية القوانين.

الفرع الثالث: اللجنة الدستورية المشكلة طبقا لدستور سنة 1946

أنشأ دستور الجمهورية الفرنسية الرابعة الصادر سنة 1946 لجنة دستورية تتولى مهمة فحص دستورية القوانين. إذ نصت المادة 91 من هذا الدستور على تشكيل اللجنة برئاسة رئيس الجمهورية، وتتألف من رئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الجمهورية، وسبعة أعضاء يختارهم الجمعية الوطنية من غير أعضائها في بداية كل دورة سنوية على أساس التمثيل النسبي للهيئات السياسية، وثلاثة أعضاء يختارهم مجلس الجمهورية من غير أعضائه. أي أن المجموع الكلي لأعضاء اللجنة ثلاثة عشر عضوا مع رئيس الجمهورية¹⁸⁴. وتقتصر مهمة اللجنة في البحث عما إذا كانت القوانين التي تم اقرارها من طرف الجمعية الوطنية تتضمن تعديلا للدستور أم لا.

ولا تباشر اللجنة عملها من تلقاء نفسها، وإنما بناء على طلب مشترك من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الجمهورية، بعد موافقة مجلس الجمهورية عليه بالأغلبية المطلقة لأعضائه، وذلك قبل اصدار القانون¹⁸⁵.

ولقد انتقدت اللجنة سواء من حيث تشكيلها أو من حيث اختصاصها.

182 / عبد الغني بسيوني عبد الله: المرجع السابق، ص 191.

183 / محمد رفعت عبد الوهاب وابراهيم عبد العزيز شيجا: المرجع السابق، ص 517.

184 / عبد الغني بسيوني عبد الله: المرجع السابق، ص 192.

185 / سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 198.

من حيث تشكيلها فإن قيام البرلمان باختيار عشرة أعضاء في اللجنة يفقدها استقلالها في مواجهة البرلمان. كما أن مراعاة قاعدة التمثيل النسبي للأحزاب إلى اختيار أعضاء لا تتوافر فيهم الدراية القانونية التي تتطلبها مهمة فحص دستورية القوانين.

أما عن اختصاصها فهو محدد وفي وقت ضيق لكي تباشر مراقبة دستورية القوانين قبل إصدارها. كما أنها لا تستطيع أن تتصدى لهذه المراقبة من تلقاء نفسها، إذ لا بد من طلب مشترك يقدم إليها من رئيس الجمهورية مع رئيس مجلس الجمهورية. كما أن نطاق رقابتها كان يقتصر حسب دستور 1946 على المسائل التي وردت في الدستور فقط، فلم تدخل مقدمة دستور 1946 في نطاق الرقابة. في حين أن هذه المقدمة أكثر أهمية لاحتوائها على حقوق وحرقات الأفراد وضماناتها. لأن المقدمة أحالت إلى إعلان حقوق الإنسان الفرنسي الذي تضمن تلك الحريات¹⁸⁶.

وهكذا ولهذه الأسباب فشلت اللجنة الدستورية في تحقيق رقابة فعالة على دستورية القوانين، بحيث لم توفق في المهمة التي أنشأها الدستور من أجلها¹⁸⁷.

الفرع الرابع: دستور سنة 1958 وإنشاء المجلس الدستوري
تبنى الدستور الفرنسي الصادر سنة 1958 أسلوب الرقابة السياسية السابقة على صدور الدستور وعهد بها إلى المجلس الدستوري.

نصت المادة 56 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 على كيفية تشكيل المجلس الدستوري وبينت أنه يتكون من نوعين من الأعضاء¹⁸⁸.

1 - أعضاء معينون بقوة القانون ولمدى الحياة وهم رؤساء الجمهورية السابقون، وذلك بغرض الاستفادة من خبراتهم السياسية التي اكتسبوها خلال فترة حكمهم¹⁸⁹.

¹⁸⁶ / محمد رفعت عبد الوهاب وإبراهيم عبد العزيز شيجا: المرجع السابق، ص 518.

¹⁸⁷ / عبد الغني بسيوني عبد الله: المرجع السابق، ص 192.

¹⁸⁸ / نعمان أحمد الخطيب: المرجع السابق، ص 548.

¹⁸⁹ / محمد رفعت عبد الوهاب وإبراهيم عبد العزيز شيجا: المرجع السابق، ص 519.

2 - تسعة أعضاء آخرون مدة عضويتهم في المجلس الدستوري تسع (09) سنوات غير قابلة للتجديد. ثلاثة منهم يعينهم رئيس الجمهورية، وثلاثة يعينهم رئيس الجمعية الوطنية، وثلاثة يعينهم رئيس مجلس الشيوخ. ويجري تجديد ثلث الأعضاء كل ثلاث سنوات¹⁹⁰. أما رئيس المجلس الدستوري فيتم اختياره من قبل رئيس الجمهورية من بين أعضاء المجلس وله صوت مرجح عند تساوي الأصوات¹⁹¹.

اختصاصات المجلس الدستوري:

يختص المجلس الدستوري بالرقابة على دستورية القوانين، إضافة إلى الاختصاصات الأخرى التي حددها الدستور¹⁹². ورقابة المجلس الدستوري على دستورية القوانين هي رقابة سياسية ووقائية وسابقة على إصدار القوانين وهي حسب المادة 61 من دستور 1958 نوعان:

- رقابة وجوبية:

وهي التي تنص عليها الفقرة الأولى من المادة 61 على القوانين العضوية والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان. فالقوانين العضوية والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان لا يجوز إصدارها قبل عرضها على المجلس الدستوري وإقراره لها¹⁹³.

- رقابة جوازية:

وهي التي تبينها الفقرة الثانية من المادة 61 من دستور 1958 والخاصة بما يراه رئيس الجمهورية أو رئيس الوزراء أو رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ أو 60 ستون نائباً من أحد المجلسين¹⁹⁴ ضرورياً من مشروعات قوانين للنظر في مدى دستورتها¹⁹⁵.

¹⁹⁰ / نعمان أحمد الخطيب: المرجع السابق، ص 548 - 549.

¹⁹¹ / محمد رفعت عبد الوهاب وإبراهيم عبد العزيز شبحا: المرجع السابق، ص 518.

¹⁹² / من هذه الاختصاصات: - الإشراف على سلامة انتخاب رئيس الجمهورية وفحص الطعون وإعلان نتائج الاقتراع.

- الفصل في منازعات صحة انتخاب أعضاء مجلس النواب ومجلس الشيوخ.

- الإشراف على صحة عملية الاستفتاء وإعلان نتائجه.

¹⁹³ / نعمان أحمد الخطيب: المرجع السابق، ص 549.

¹⁹⁴ / حق 60 نائب من المجلسين بإخطار المجلس الدستوري بعدم الدستورية نص عليه التعديل الدستوري الصادر في 29 أكتوبر

1974.

¹⁹⁵ / سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 199.

وفي كلتا الحالتين (الرقابة الوجودية والرقابة الجوازية) يجب على المجلس الدستوري ابداء رأيه في مدة أقصاها شهر. كم أنه في حالة الاستعجال يمكن للحكومة طلب قصر هذه المدة إلى ثمانية أيام¹⁹⁶.

وفي كل الأحوال فإن النص الذي يقرر المجلس الدستوري عدم دستوريته لا يجوز اصداره أو تطبيقه. ولا تقبل قرارات المجلس الدستوري أي وجه من أوجه الطعن وهي ملزمة لجميع السلطات العامة.

المطلب الثاني: تقدير الرقابة السياسية على دستورية القوانين

سنتناول في هذا المطلب مبررات الرقابة السياسية والانتقادات التي وجهت لها

الفرع الأول: مبررات الرقابة السياسية

- تتم الرقابة السياسية قبل صدور القانون وصيرورته نافذا فهي إذن رقابة وقائية، فهي تحول دون إصدار القانون المخالف للدستور. فهي رقابة لتدارك الخطأ قبل أن يقع. وبالتالي فإن هذه الرقابة أكثر فائدة وأكثر فاعلية من الرقابة اللاحقة التي تتدارك المخالفة بعد وقوعها. وذلك لا يمنع من نفاذ القانون وانتاج آثاره مما يؤدي إلى كثير من المشكلات حين يتقرر عدم دستوريته¹⁹⁷.

- إذا كانت الرقابة على دستورية القوانين رقابة قانونية من حيث موضوعها فهي رقابة سياسية من حيث آثارها، لأن السلطة التي تتولى هذه المهمة تكون بحكم وضعها أعلى من بقية السلطات، ومشرفة على عملها، فإنه من الطبيعي إذن أن تسند هذه المهمة إلى هيئة سياسية¹⁹⁸.

¹⁹⁶ / نعمان أحمد الخطيب: المرجع السابق، ص 550.

¹⁹⁷ / سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 202.

¹⁹⁸ / ثروت بدوي: المرجع السابق، ص 100.

الفرع الثاني: الانتقادات الموجهة للرقابة السياسية

غير أن هذه الرقابة لاقت عدة انتقادات نذكرها فيما يلي:

- إن عملية الرقابة على دستورية القوانين ذات طبيعة قانونية. وهذه الطبيعة تتطلب فيمن يتولى مهمة الرقابة مواصفات فنية خاصة وكفاءة قانونية عالية لا يتوافران عادة لدى أعضاء الهيئة السياسية¹⁹⁹.

- إذا كان الهدف من الرقابة على دستورية القوانين هو وضع حد لاستبداد السلطة التشريعية في أثناء قيامها بإصدار القوانين، فإن اسناد مهمة فحص دستورية القوانين إلى هيئة سياسية يعني العهد بهذه المهمة إلى سلطة أخرى غير معصومة من الوقوع في نفس الخطأ، وهو الاستبداد بالسلطة²⁰⁰.

- تنتقد هذه الرقابة كذلك من جهة تكوين الهيئة السياسية التي تتولى مهمة الرقابة. إذ أن هذا التكوين لو تم عن طريق البرلمان أو الحكومة فإن هذا سيعني انعدام كل استقلال لأعضاء هذه الهيئة في مواجهة السلطات.

وإذا تم تكوين هذه الهيئة بواسطة الانتخاب من الشعب، فإنها ستعتقد أنها تستند إلى الإرادة الشعبية وأنها أعلى من بقية السلطات الأخرى. فتثير السلطات الأخرى بتصرفاتها، مما يوقع الخلاف والنزاع بينها وبين هذه السلطات²⁰¹.

- يؤدي الأخذ بأسلوب الرقابة السياسية إلى حرمان الأفراد من حق الطعن بعدم دستورية مشروعات القوانين المعروضة أمام البرلمان، إذ أن هذا الحق مقصور على الهيئات العامة فقط²⁰².

ونتيجة لهذه الانتقادات فإن طريقة الرقابة السياسية على دستورية القوانين لا تشكل ضماناً حقيقية لكفالة مبدأ سمو الدستور.

199 / ثروت بدوي: نفس المرجع، ص 100.

200 / عبد الغني بسيوني عبد الله: المرجع السابق، ص 196.

201 / نعمان أحمد الخطيب: المرجع السابق، ص 552.

202 / نعمان أحمد الخطيب: المرجع السابق، ص 553.

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على دستورية القوانين

سنتناول في هذا المبحث معنى الرقابة القضائية على دستورية القوانين وتقييمها ثم

أخيرا وسائل تحريكها وذلك من خلال ثلاث مطالب متتالية على النحو التالي:

- تحديد مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين

- تقييم الرقابة القضائية على دستورية القوانين

- وسائل تحريك الرقابة القضائية على دستورية القوانين

المطلب الأول: تحديد مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين

تقوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين على اسناد مهمة الرقابة إلى هيئة قضائية.

فالقاضي وهو يفصل في المنازعات التي تعرض عليه يطبق القانون. وهو مطالب بأن يبحث

- كخطوة أولى - مدى اتفاق هذا القانون مع الدستور على أساس أن هذا الأخير يأتي في

قمة البناء القانوني في الدولة، وعليه يتم اسناد الرقابة على دستورية القوانين إلى هيئة

قضائية²⁰³.

والرقابة القضائية على دستورية القوانين، قد تكون رقابة لامركزية تمارسها المحاكم على

اختلاف درجاتها. فكل محكمة تستطيع أن تفصل فيما يثار أمامها من منازعات بشأن

القانون الذي تزمع تطبيقه على النزاع المعروض عليها. ومن الدول التي تأخذ بهذه الصورة

الولايات المتحدة الأمريكية²⁰⁴.

والطريقة اللامركزية في الرقابة على دستورية القوانين وإن كانت تتميز بالبساطة وعدم

التعقيد، حيث أن المحكمة التي تنظر النزاع هي التي تتولى البث في مسألة اتفاق القانون مع

الدستور من عدمه. إلا أنها تؤدي في كثير من الأحيان إلى قيام تعارض وتناقض بين

الأحكام. فقد تذهب محكمة معينة إلى دستورية نص قانوني معين، وقد ترى أخرى عدم

دستوريته. وهو ما يؤدي إلى نتائج لا تتفق مع العدالة ولا دور القضاء في المجتمع.

²⁰³ / محمد رفعت عبد الوهاب وابراهيم عبد العزيز شيحا: المرجع السابق، ص 522-523.

²⁰⁴ / سعيد بوالشعير: المرجع السابق، ص 207-208.

هذه النتيجة ليست ظاهرة تماما في النظام الأمريكي الذي يعتبر النموذج الأول لطريقة الرقابة القضائية اللامركزية. إلا أن ذلك يرجع لأخذها بنظام السوابق القضائية التي تكفل توحيد الأحكام القضائية في الحالات المشابهة مما يقلل تعارضها²⁰⁵.

وقد تكون هذه الرقابة مركزية ويعني ذلك أن يعهد بممارسة الرقابة القضائية على دستورية القوانين إلى محكمة محددة يبين الدستور كيفية تشكيلها واختصاصاتها والاجراءات المتبعة أمامها والآثار التي تترتب على أحكامها. أو يحيل في ذلك كله أو بعضه إلى القانون العادي²⁰⁶.

ونجد أن الدساتير تختلف في تحديد المحكمة التي تتولى الرقابة على دستورية القوانين. فمن الدساتير ما يسند هذه المهمة إلى المحكمة العليا القائمة على قمة الجهاز القضائي في الدولة، ومن ذلك الدستور السويسري حيث خول للمحكمة الاتحادية القيام بهذه المهمة²⁰⁷. وثمة اتجاه آخر تذهب إليه كثير من الدول وذلك بإنشاء محكمة متخصصة في الرقابة على دستورية القوانين. ومثال على ذلك المحكمة الدستورية التي نظمها التعديل الدستوري الجزائري الصادر بتاريخ 2020²⁰⁸، ومن ذلك أيضا المحكمة الدستورية العليا التي نظمها الدستور المصري الصادر في 11 سبتمبر 1971²⁰⁹.

²⁰⁵ / محمد رفعت عبد الوهاب وابراهيم عبد العزيز شيحا: المرجع السابق، ص 529-530.

²⁰⁶ / نعمان أحمد الخطيب: المرجع السابق، ص 559-563.

- محمد رفعت عبد الوهاب وابراهيم عبد العزيز شيحا: المرجع السابق، ص 523.

²⁰⁷ / سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 205.

²⁰⁸ / مرسوم رئاسي رقم 442/20 مؤرخ في 15 جمادى الأولى 1442 الموافق 30 ديسمبر 2020 يتعلق بإصدار التعديل

الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد 82.

²⁰⁹ / نعمان أحمد الخطيب: المرجع السابق، ص 559.

المطلب الثاني: تقييم الرقابة القضائية على دستورية القوانين

سنعرض في هذا المطلب لمزايا الرقابة القضائية ثم لعيوبها في فرعين متتاليين على النحو التالي:

الفرع الأول: مزايا الرقابة القضائية على دستورية القوانين

إن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تميز بالحيادة والاستقلال والتخصص. فالقضاء سلطة مستقلة، تحرص الدساتير عادة على ضمان استقلالها عن سلطات الدولة الأخرى. ومن ثم تكون أحكامه بعيدة عن تدخلات السلطات العامة الأخرى. وهو الأمر الذي لا يتوافر للرقابة السياسية على دستورية القوانين. مما أدى عدم فاعليتها²¹⁰.

كذلك فإن القاضي يتميز بالحيادة في اصدار حكمه في نظر مشكلة الدستورية. فهو ليس طرفا في النزاع وليس ممثلا لجهة لها مصلحة في النزاع حول دستورية القانون. فلا يمثل السلطة التشريعية فيهمه في المقام الأول الاقرار بدستورية القانون. ولا هو ممثل للسلطة التنفيذية، فاستقلاله عن هذين السلطتين يؤدي بالضرورة إلى حياده.

صحيح أن القضاء الدستوري في حقيقته يوائم بين الاعتبارات القانونية والاعتبارات السياسية وذلك لخطورة الأثر الذي يترتب على الحكم بعدم دستورية القانون. إلا أن ذلك لا يؤدي إلى الاخلال بدور القاضي والنيل من حيده.

ومن ناحية ثالثة فإن تخصص القاضي ومقدرته على الفصل في المنازعات لا شك يرجح نظام الرقابة القضائية على الرقابة السياسية التي غالبا ما يكون أفرادها غير ذي صلة بعلم القانون، رغم أن جوهر المشكلة محل البحث هو تطبيق القانون²¹¹.

الفرع الثاني: عيوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين

- يرى بعض الفقهاء الذين انتقدوا الرقابة القضائية على دستورية القوانين، أن تقرير هذه الرقابة يؤدي إلى اهدار مبدأ الفصل بين السلطات وهو يعد من المبادئ الأساسية التي تقوم

²¹⁰ / هاني علي الطهراوي: المرجع السابق، ص 364.

²¹¹ / محمد رفعت عبد الوهاب وابراهيم عبد العزيز شيجا: المرجع السابق، ص 523.

عليها الدولة الحديثة فهذه الرقابة تعطي القاضي الحق في ابطال القانون الذي شرعه البرلمان. وهو في أصل وظيفته لا يملك غير تطبيق هذا القانون لا البحث في دستوريته²¹². ثم إن تقرير حق القاضي في ابطال القانون يعطي من سلطة القاضي ويجعله سلطة أعلى من السلطات الأخرى وهو أمر غير صحيح، ذلك أنه يخل بالتوازن الواجب توافره بين سلطات الدولة حين تمارس مهامها. ومن ذلك ما حدث في أمريكا حيث تحول النظام فيها إلى ما يسمى بحكومة القضاة *le gouvernement des juges* .

وفي الحقيقة أن هذا التصور خاطئ، فالقاضي عندما ينظر في مشكلة دستورية القانون إنما يفصل في منازعة هي في الأصل من اختصاصه، فهو يمارس الفصل في المنازعات أيًا كانت طبيعتها أو أطرافها، وبالتالي لا يعد ذلك مساسا بالفصل بين السلطات. أما الخوف من تسلط القضاة وتدخلهم في شؤون السلطات الأخرى فهذا القول لا يصح إن صح التنظيم القانوني للمحكمة التي تقوم بالرقابة وتحديد اختصاصها ووسائل اتصالها بالدعوى الدستورية²¹³.

ومن ثم نرى أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين أمر أصبح ضروريا لحماية نصوص الدستور وانضباط المؤسسات السياسية الحاكمة في الدولة.

المطلب الثالث: وسائل تحريك الرقابة القضائية على دستورية القوانين

تتعدد الوسائل التي يمكن عن طريقها وضع موضوع دستورية القانون أمام المحكمة المختصة. في البداية نشير أن البحث في وسائل تحريك الرقابة القضائية لا يثور إلا بشأن تطبيق النظام المركزي في الرقابة، أما حين تأخذ الدولة بفكرة لامركزية الرقابة فإن الطريق الوحيد والطبيعي هو الدفع أمام القاضي المختص بالنزاع أصلا. وهو يفصل في الأمر وذلك حتى يتسنى له الفصل في النزاع الأصلي²¹⁴.

²¹² / هاني علي الطهراوي: المرجع السابق، ص 374.

²¹³ / هاني علي الطهراوي: المرجع السابق، ص 374.

²¹⁴ / أحمد كمال أبو المجد: دراسات في القانون الدستوري، 1991، ص 118.

والدساتير التي أخذت بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين لم تتفق على أسلوب واحد، فمنها من اختار الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية ومنها من أخذ بالرقابة القضائية بواسطة الدفع الفرعي بعدم الدستورية. وعليه سنبحث في الأسلوبين من خلال ثلاث فروع متتالية على النحو التالي:

- الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية
- الرقابة القضائية عن طريق الدفع بعدم الدستورية
- تمييز الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية عن الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي

الفرع الأول: الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية

تحدث الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية أو عن طريق الإلغاء، عندما يقوم صاحب الشأن المتضرر من قانون معين بالطعن فيه مباشرة أمام المحكمة المختصة طالبا الغاءه لمخالفته للدستور، دون أن ينتظر تطبيق القانون عليه في دعوى من الدعاوى القضائية²¹⁵.

فإذا ما ثبت للمحكمة المختصة أن القانون المطعون فيه مخالف للدستور، فإنها تحكم بإلغائه، بحيث يسري هذا الحكم في مواجهة كافة، واعتبار القانون المحكوم بإلغائه كأن لم يكن، أو إنهاء حياته بالنسبة للمستقبل طبقاً لأحكام الدستور الذي ينظم الرقابة²¹⁶.

وإذا كانت الرقابة السياسية سابقة على صدور القانون، فإن الرقابة القضائية تكون في الغالب لاحقة على صدوره. ولكن رقابة الإلغاء قد تكون سابقة على صدور القانون وقد تكون لاحقة على هذا الإصدار وهذا هو الغالب. وهذا يعني أنه من الممكن أن تباشر الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية على مشروعات القوانين، كما تمارس على القوانين النافذة بعد صدورها²¹⁷.

²¹⁵ / مولود ديدان: المرجع السابق، ص 61.

²¹⁶ / مولود ديدان: نفس المرجع، ص 61

²¹⁷ / محمد رفعت عبد الوهاب وابراهيم عبد العزيز شيجا: المرجع السابق، ص 523.

وتختلف الدساتير التي تأخذ بهذه الطريقة، بحيث منها من أغلقت باب الطعن بعدم دستورية القوانين أمام الأفراد، وجعلته من حق بعض الهيئات العامة فقط²¹⁸.

ومنها من - وهي الغالبة - تفتح باب الطعن أمام الأفراد بعدم الدستورية، طالما توافر شرط المصلحة في الدعوى. كما أن البعض منها من فتح الباب على مصراعيه أمام طعون الأفراد دون اشتراط مصلحة خاصة جدية في الطعن، أي حتى ولو لم يكن هناك ضرر من تطبيق قانون²¹⁹.

وبذلك تتميز طريقة الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية بأنها دعوى مبتدأه يقوم صاحب الشأن بتوجيهها بصفة مستقلة ضد قانون معين للحكم بإلغائه نظرا لمخالفته للدستور. كما أنها دعوى مباشرة تهاجم القانون بطريق مباشر بأنه يخالف أحكام الدستور²²⁰.

وتتميز كذلك بأنها دعوى موضوعية، وذلك على خلاف القاعدة العامة في الدعاوى القضائية وهي كونها شخصية. وذلك لأن الطاعن لا يختصم خصما معينا. وإنما يرفع دعواه ضد قانون معين²²¹.

كما أنها تتميز كذلك بالحسم والفعالية، إذ يتم حسم النزاع حول دستورية القانون مرة واحدة وبشكل نهائي. بحيث يقفل الباب في المستقبل أمام أية دعوى أخرى قد تنثور بشأن الحالات الفردية التي يحكمها هذا القانون الذي فصلت المحكمة المختصة بشأن دستوريته. وهذا يؤدي إلى تحقيق الوحدة القانونية في الدولة²²².

218 / مولود ديدان: نفس المرجع، ص 61.

219 / مولود ديدان: المرجع السابق، ص 61.

220 / محمد رفعت عبد الوهاب وابراهيم عبد العزيز شيجا: المرجع السابق، ص 525.

221 / مولود ديدان: المرجع السابق، ص 61.

222 / سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 205.

ونظرا لأهمية وخطورة هذه الطريقة، فإن الاتجاه الغالب في الدول التي تأخذ بها هو جعلها مركزية، أي تركيز سلطة البت في دستورية القوانين في يد محكمة واحدة دون بقية المحاكم في الدولة²²³.

الفرع الثاني: الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي بعدم الدستورية يمارس القضاء الرقابة على دستورية القوانين بطريق الدفع، بمناسبة دعوى مرفوعة أمامه، ويطلب فيها تطبيق قانون معين، فيدفع أحد أطراف الدعوى بعدم تطبيق هذا القانون في الدعوى لعدم دستوريته.

وفي هذه الحالة يتصدى القاضي لفحص دستورية هذا القانون، فإذا تبين له عدم صحة الدفع، فإنه يطرحه جانبا ويحكم في النزاع طبقا لهذا القانون. أما إذا تأكد من مخالفة القانون لأحكام الدستور، فإنه يمتنع عن تطبيقه، ويفصل في الدعوى على هذا الأساس²²⁴.

يتضح لنا مما تقدم أن الرقابة القضائية عن طريق الدفع وسيلة دفاعية من جانب صاحب الشأن، حيث يتم الدفع بعدم دستورية القانون في أثناء نظر الدعوى، وليس برفع دعوى أصلية ضد هذا القانون.

كما أن هذا الطريق هو طريق غير مباشر أو فرعي، ولهذا يطلق الفقه عليه الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي²²⁵.

ويستطيع صاحب الشأن أن يدفع بعدم دستورية القانون في أثناء نظر الدعوى التي يراد فيها تطبيقه، بصرف النظر عن المدة التي انقضت بين صدور هذا القانون والتقدم بالدفع.

²²³ / سعيد بو الشعير: نفس المرجع، ص 205.

²²⁴ / محمد رفعت عبد الوهاب وابراهيم عبد العزيز شيحا: المرجع السابق، ص 526.

²²⁵ / مولود ديدان: المرجع السابق، ص 62.

وينتج عن تقديم الدفع أن تتصدى المحكمة للفصل فيه وحسم الأمر بإعلان دستورية هذا القانون أو عدم دستوريته، بحيث تمتنع عن تطبيقه إذا ما أيقنت بمخالفته للدستور. ولهذا تسمى الرقابة عن طريق الدفع برقابة الامتناع²²⁶.

بذلك تنحصر سلطة المحكمة في الامتناع عن تطبيق القانون المدفوع بعدم دستوريته إذا ما اتضح لها صحة هذا الدفع، وليس لها أن تحكم بإلغائه.

ويحوز الحكم الصادر من المحكمة بحجية نسبية مقصورة على موضوع النزاع المطروح أمامها، ولا يسري على أية دعاوى أخرى. كما أن امتناع المحكمة عن تطبيق هذا القانون لا يؤثر على المحاكم القضائية الأخرى، ولا يمنعها من تطبيق ذات القانون على منازعات أخرى.

بل إن المحكمة التي امتنعت عن تطبيق القانون لاقتناعها بعدم دستوريته لا تتقيد برأيها هذا، بحيث يجوز لها أن تطبقه في دعوى أخرى لاحقة إذا ما رأت أنه قانون لا يتعارض مع الدستور²²⁷.

وعليه فإن الرقابة عن طريق الدفع تثبت لجميع المحاكم في النظام القضائي على اختلاف درجاتها وأنواعها.

ويحدث الالتجاء إلى الرقابة القضائية على دستورية القوانين عن طريق الدفع في حالة سكوت الدستور عن تنظيم رقابة قضائية بواسطة الدعوى الأصلية²²⁸. ويفسر الفقه ذلك على أساس أن القضاء يختص بالفصل في المنازعات والدعاوى التي ترفع أمامه، وبإنزال حكم القانون عليها. ويتفرع عن ذلك قيامه بتفسير أحكام القانون، وحسم الموقف عند حدوث التعارض بين القوانين، فيغلب القانون الأعلى على الأدنى، والقانون الأحدث على الأقدم وهكذا.

²²⁶ / محمد رفعت عبد الوهاب وإبراهيم عبد العزيز شيجا: المرجع السابق، ص 526-527.

²²⁷ / مولود ديدان: المرجع السابق، ص 62-63.

²²⁸ / مولود ديدان: نفس المرجع، ص 63.

فإذا ما تعارض قانون من القوانين مع أحكام الدستور فمن الطبيعي أن يغلب الدستور على القانون لسموه وارتفاع مرتبته فوق جميع التشريعات في الدولة²²⁹.

الفرع الثالث: تمييز الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية عن الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي

يتضح لنا مما تقدم أن أهم الفروق التي تميز الطريقتين تتلخص فيما يلي:

- أن الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية تتم بدعوى مبتدأة، حيث يهاجم صاحب الشأن القانون بصفة مستقلة، وبطريقة مباشرة.

أما الرقابة عن طريق الدفع فتتم بطريقة غير مباشرة، في أثناء نظر دعوى من الدعاوى أمام القضاء.

- تحكم المحكمة بإلغاء القانون وبطلانه إذا ما أيقنت بأنه مخالف للدستور في حالة الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية.

ولكن الأمر يقتصر على امتناعها عن تطبيق القانون إذا ما تبينت عدم دستوريته في حالة الدفع الفرعي.

- تختص محكمة واحدة فقط بفحص دستورية القانون المطعون فيه في حالة الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية، سواء كانت هذه المحكمة هي المحكمة العليا في النظام القضائي القائم، أو محكمة دستورية متخصصة، وذلك لأن هذه الطريقة تتطلب مركزية في الرقابة على دستورية القوانين، كما تستند إلى نص دستوري ينظمها.

هذا في حين يكون التصدي لبحث دستورية القوانين من اختصاص جميع المحاكم، على اختلاف درجاتها وأنواعها، عندما تكون الرقابة عن طريق الدفع الفرعي. وهذا النوع من الرقابة قد يتم تنظيمه بنصوص دستورية، وقد تتولاه المحاكم دون الاستناد إلى نص من الدستور.

²²⁹ / هاني على الطهراوي: المرجع السابق، ص 374.

- يحوز الحكم الصادر بالإلغاء في الدعوى الأصلية بعدم الدستورية حجية مطلقة في مواجهة الكافة، لأنه يلغي القانون المطعون فيه ويحكم ببطلانه لمخالفته لأحكام الدستور. بينما لا يكون للحكم الصادر في حالة الدفع الفرعي إلا حجية نسبية إذ يقتصر أثره في النزاع المعروف على المحكمة فقط، وهو غير ملزم للمحاكم الأخرى. بل إنه لا يلزم ذات المحكمة التي أصدرته في المستقبل، حيث يمكن لها أن تعدل عن رأيها بشأن دستورية القانون محل الدفع.

الفصل الثامن: تعديل الدستور

أشرنا في السابق أن الفرق بين الدساتير المرنة والدساتير الجامدة يعتمد على معيار كيفية تعديل الدستور. فإذا كان التعديل يتم بنفس الاجراءات والأوضاع التي يتم بها تعديل القوانين العادية فهو دستور مرن. أما إذا كان التعديل يتم وفق شروط واجراءات خاصة مختلفة عن تلك التي تتبع بصدد تعديل القواعد القانونية العادية، فإنه يكون دستورا جامدا²³⁰.

وعلى هذا الأساس فإن دراستنا لتعديل الدساتير ستقتصر على تعديل الدساتير الجامدة التي تتطلب شروطا وأوضاعا خاصة لتعديلها.

ويمثل تعديل الدستور ضرورة سياسية وقانونية في آن واحد. فمن الناحية القانونية، فإن مبدأ سيادة الأمة يتنافى مع جمود الدستور جمودا مطلقا، لأن هذا الجمود سيجلب عليه حرمان الأمة صاحبة السيادة من ممارسة حقها في تعديل دستورها طبقا لتغير الظروف والأوضاع، لذلك يستلزم أن يكون جمود الدستور جمودا نسبيا، بحيث يسمح للأمة بإمكانية تعديله بإجراءات محددة كلما رأت أن ذلك ضروريا، حتى لا تفرض الأجيال السابقة ارادتها على الأجيال اللاحقة²³¹.

ومن الناحية السياسية، فإن الدستور يحتاج إلى تعديله من حين لآخر، لأنه يقوم بوضع القواعد الأساسية للدولة وفقا لأوضاعها السياسية والاجتماعية والاقتصادية وقت صدوره، غير أن هذه الأوضاع تتطور وتتغير من وقت إلى آخر، ومن ثم لا يمكن تجميد نصوص الدستور تجميدا أبديا، بل يلزم تعديل هذه النصوص حتى تتطابق وتتلاءم مع التغييرات التي تطرأ على الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية في الدولة²³².

وتعديل الدستور يصبح أمرا ضروريا عندما تتغير الظروف السياسية والمقومات الأساسية للمجتمع، ذلك أن قواعد الدستور تأتي دائما ترجمة للفلسفة السائدة في المجتمع لحظة اصدار

²³⁰ / مولود ديدان: المرجع السابق، ص 49، 50.
- سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 187، 188.
²³¹ / هاني علي الطهر اوي: المرجع السابق، ص 387.
²³² / ثروت بدوي: المرجع السابق، ص 104 ، 105.

هذا الدستور. فتغير هذه الفلسفة يؤدي إلى عدم ملاءمة هذا الدستور مع هذا التغيير إن لم يلحقه التعديل.

فالتحول من نظام اشتراكي إلى نظام رأسمالي يخضع لقواعد السوق الحر أمر يرتب بالضرورة تعديل الدستور حتى يتناسب مع هذا التغيير.

والمسلم به فقها أن الدساتير قد اتفقت على ضرورة امكانية تعديل الدستور، وأن تكون اجراءات تعديله أكثر صعوبة من اجراءات تعديل القانون العادي، وهذا لضمان جمود الدستور وضمان ثباته وهيبته²³³.

وعليه فإن دراسة تعديل الدستور تقتضي منا أن نحدد السلطة المختصة بالتعديل ونطاق هذا التعديل واجراءات ومراحل التعديل وذلك في ثلاث مباحث متتالية على النحو التالي:

- السلطة المختصة بالتعديل

- نطاق التعديل

- مراحل واجراءات التعديل

المبحث الأول: السلطة المختصة بالتعديل الدستوري

سنتناول في هذا المبحث الاتجاهات الفقهية المختلفة التي درست وبحثت في السلطة التي تملك الحق في تعديل الدستور، ثم سنعرض للهيئات التي تمارس السلطة التأسيسية المنشأة وذلك في مطلبين رئيسيين على النحو التالي:

المطلب الأول: التحديد الفقهي للسلطة المختصة بالتعديل

اختلف فقهاء القانون الدستوري بشأن تحديد السلطة التي تملك الحق في تعديل الدستور، وظهرت ثلاث آراء متباينة في هذا الصدد. أولها يجعل حق التعديل ملك لجميع أفراد الشعب، أما الرأي الثاني فيرى أن سلطة التعديل من حق ممثلي الشعب، ويرى الرأي الأخير إلى أن الدستور هو الذي يحدد السلطة المختصة بالتعديل²³⁴.

²³³ / محمد رفعت عبد الوهاب و ابراهيم عبد العزيز شبحا: المرجع السابق، ص 461.

²³⁴ / سيد صبري: المرجع السابق، ص 224 وما بعدها.

الفرع الأول: اعطاء سلطة التعديل لجميع أفراد الشعب

يرى أنصار هذا الرأي أن أي تعديل لقواعد الدستور لا يتحقق إلا بعد رضا وموافقة جميع أفراد الشعب عليه.

ويقوم هذا الرأي على أساس القاعدة التي تقول أن الدستور المكتوب يعتبر بمثابة تجديد العقد الاجتماعي الذي أنشأ الجماعة السياسية. وإذا كان العقد الاجتماعي لا ينعقد إلا بموافقة واجماع الشعب عليه، فإنه يجب توافر الاجماع كذلك إذا أريد تعديل هذا العقد.

ويتبين أن الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى الحكم على الدستور بالجمود المطلق والكلي. ويترتب على هذا أن اجراء أي تعديل لأحكام الدستور لن يتحقق إلا بعد اجماع أعضاء الجماعة السياسية عليه، وهذا أمر يستحيل تحقيقه، نظرا لاستحالة اجماع الشعب على رأي واحد.

إلا أن الفقيه فاتل Vattel أجاز امكانية تعديل الدستور بناء على ارادة الأغلبية، وأعطى الأقلية الحق في الانفصال عن الجماعة نتيجة لتعديل الدستور - العقد الاجتماعي -.

كما أجاز فاتل تعديل الدستور إذا كان منصوصا عليه في الدستور ذاته، لأن هذا النص الذي يجيز التعديل يعتبر في هذه الحالة أحد مواد العقد الاجتماعي نفسه²³⁵.

الفرع الثاني: اعطاء سلطة التعديل لأغلبية الشعب أو نوابه

يرتكز هذا الرأي على قاعدة أن الأمة هي صاحبة السيادة التي تملك تعديل الدستور كما أصدرته من قبل دون التقيد بشكل معين لإجراء هذا التعديل. كما يحق لها أن تنيب عنها من يمثلها لإتمام هذا التعديل.

ويعتبر فقيه الثورة الفرنسية سيزر Sieyes من أبرز أنصار هذا الرأي الذي يترتب عليه أن تعديل الدستور يمكن أن يتم بالطريق المباشر أي بموافقة أغلبية الشعب عليه، أو بالطريق النيابي - غير المباشر - أي بواسطة ممثلي الشعب²³⁶.

²³⁵ / هاني علي الطهراوي: المرجع السابق، ص 388.

²³⁶ / ثروت بدوي: المرجع السابق، ص 88.

الرأي الثالث: الدستور هو الذي يحدد السلطة المختصة بالتعديل يرى الاتجاه الغالب في فقه القانون الدستوري إلى أن السلطة المختصة بتعديل الدستور هي السلطة التي يحددها الدستور. وأنه يجب على هذه السلطة أن تتبع الاجراءات والأشكال التي نص عليها الدستور لتعديله.

ومن أبرز فقهاء هذا الرأي الفقيه جان جاك روسو، الذي بين أنه ليس من المعقول أن تفرض الجماعة على نفسها قوانين لا تستطيع تعديلها. ولكن من المنطقي أن تستطيع الجماعة أن تعدل القوانين القائمة بشرط أن تلتزم بمراعاة الشكل والاجراءات التي اتبعتها عند اصدارها لها.

وقد ترتب عن هذا الرأي الغالب، التمييز بين السلطة التأسيسية الأصلية والسلطة التأسيسية المنشأة، بحيث تلتزم الثانية بما وضعته الأولى في الدستور من قواعد تحدد اختصاصها والاجراءات التي يجب اتباعها²³⁷.

المطلب الثاني: الهيئات التي تمارس السلطة التأسيسية المنشأة لقد اختلفت الدساتير في تحديد الجهة أو الهيئة التي تباشر السلطة التأسيسية المنشأة المختصة في تعديل الدستور، فمنها ما يسند إلى البرلمان ممارسة هذه السلطة وفق اجراءات معينة. ومن الدساتير ما يعطي هذه السلطة لجمعية تأسيسية منتخبة لهذه المهمة، ومنها ما يجعل الشعب هو من يباشر هذه السلطة عن طريق الاستفتاء الشعبي.

الفرع الأول: البرلمان هو الذي يباشر السلطة التأسيسية المنشأة تخول بعض الدساتير للبرلمان سلطة ممارسة السلطة التأسيسية المنشأة وذلك باتباع اجراءات مغايرة لإجراءات تعديل القوانين العادية²³⁸.

²³⁷ / هاني علي الطهراوي: المرجع السابق، ص 389.

²³⁸ / ثروت بدوي: المرجع السابق، ص 90.

وتختلف الدساتير في ذلك على النحو التالي:

أولاً: بعض الدساتير تكتفي باشتراط أغلبية خاصة تختلف عن الأغلبية المطلوبة لتعديل القوانين العادية. فإذا كان البرلمان يتكون من مجلس واحد فإنه يشترط موافقة أغلبية خاصة، كالدستور اللبناني الصادر سنة 1926 الذي تنص المادة 79 منه موافقة الثلثين²³⁹.

ثانياً: وقد تمنح للبرلمان سلطة تولي السلطة التأسيسية المنشأة إذا كان يتكون من مجلسين، بحيث يجتمع المجلسان في هيئة مؤتمر مع اشتراط أغلبية خاصة لتعديل الدستور، وهذا ما اتبعه الدستور الجزائري في المادة 221 منه حيث نصت على: " إذا ارتأت المحكمة الدستورية أن مشروع أي تعديل دستوري لا يمس البتة المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري، وحقوق الانسان والمواطن وحرّياتهما، ولا يمس بأي كيفية التوازنات الأساسية للسلطات والمؤسسات الدستورية وعللت رأيها، أمكن رئيس الجمهورية أن يصدر القانون الذي يتضمن التعديل الدستوري مباشرة دون أن يعرضه على الاستفتاء الشعبي، متى أحرز ثلاثة أرباع $\frac{3}{4}$ أصوات أعضاء غرفتي البرلمان"²⁴⁰.

الفرع الثاني: الجمعية التأسيسية المنتخبة

تسند بعض الدساتير حق مباشرة السلطة التأسيسية المنشأة إلى جمعية تأسيسية تنتخب من طرف الشعب لتولي هذه المهمة.

ويعتبر دستور الجمهورية الفرنسية الصادر سنة 1848 من بين الدساتير الذي اتبعت فيه هذه الطريقة، إضافة إلى دساتير معظم دويلات الولايات المتحدة الأمريكية والكثير من دساتير دول أمريكا اللاتينية²⁴¹.

²³⁹ / عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص 154.

²⁴⁰ / المادة 221 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر سنة 2020 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر 2020 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020 في الجريدة الرسمية عدد 82.

²⁴¹ / عبد الغني بسيوني عبد الله: المرجع السابق، ص 155.

الفرع الثالث: الاستفتاء الدستوري

تتشرط بعض الدساتير موافقة الشعب على تعديل الدستور لكي يصبح نافذا، أي عن طريق الاستفتاء الشعبي.

ويعتبر الدستور الفرنسي الصادر سنة 1958 من بين الدساتير التي تأخذ بهذا المبدأ، أي تعديل الدستور عن طريق الاستفتاء الشعبي، فحسب المادة 89 منه فإن حق اقتراح التعديل لكل من رئيس الجمهورية وأعضاء غرفتي البرلمان المجتمعين معا، على أن يعرض على البرلمان للنظر فيه وإقراره، ولا يصبح التعديل نافذا إلا بعد موافقة الشعب عليه في استفتاء شعبي²⁴².

وهذه الطريقة هي التي اعتمدها التعديل الدستوري الصادر سنة 2020، إذ تنص المادة 219 منه على: " لرئيس الجمهورية حق المبادرة بالتعديل الدستوري. بعد أن يصوت المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة على المبادرة بنفس الصيغة حسب الشروط نفسها التي تطبق على نص تشريعي يعرض التعديل على الشعب للاستفتاء عليه خلال الخمسين يوما الموالية لإقراره.

يصدر رئيس الجمهورية التعديل الدستوري الذي صادق عليه الشعب"²⁴³.

وتنص المادة 222 من نفس التعديل الدستوري على: " يمكن ثلاثة أرباع 3/4 أعضاء غرفتي البرلمان المجتمعين معا أن يبادروا باقتراح تعديل الدستور على رئيس الجمهورية الذي يمكنه عرضه على الاستفتاء الشعبي. ويصدره في حالة الموافقة عليه"²⁴⁴.

²⁴² / المادة 89 من الدستور الفرنسي لسنة 1958.

²⁴³ / المادة 219 من المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري لسنة 2020.

²⁴⁴ / المادة 222 من المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري لسنة 2020.

المبحث الثاني: نطاق تعديل الدستور

بعد تحديد السلطة المختصة بالتعديل فإن التساؤل الذي يطرح هو مدى حرية هذه السلطة في تعديل الدستور، هل تتمتع بحرية مطلقة في اجراء ما تراه من تعديل؟ أم إنها مقيدة بقيود لا يجوز لها أن تتعدها؟

وبمعنى آخر ما هو النطاق الذي تستطيع السلطة التأسيسية المنشأة أن تمارس فيه سلطتها في تعديل الدستور؟

وتجدر الإشارة إلى أن فقهاء القانون الدستوري يتفقون على بطلان الحظر المطلق الكلي لتعديل الدستور، وأن النص عليه خال من أي قيمة قانونية.

كما أن هناك صور أخرى لحظر التعديل تنص عليها بعض الدساتير، إذ قد يحظر بعضها تعديل بعض مواد الدستور بصورة مطلقة، وقد تقرر بعض الدساتير حظر تعديل جميع مواد الدستور خلال فترة زمنية معينة²⁴⁵، أو في ظروف معينة تتعرض لها الدولة²⁴⁶.

ولقد اختلف فقه القانون الدستوري حول القيمة القانونية للنصوص الدستورية التي تحظر تعديل الدستور، وعليه سنعالج هذا الموضوع من خلال المطالبين التاليين:

- تحديد نطاق تعديل الدساتير.

- القيمة القانونية للنصوص التي تحظر تعديل الدستور.

المطلب الأول: تحديد نطاق تعديل الدستور

تتعدد الأساليب التي تنص عليها الدساتير بشأن تحديد نطاق التعديل. فبعض الدساتير تمنع تعديل بعض نصوص الدستور بصفة مطلقة أو مؤقتة، وهذا ما يطلق عليه الحظر الموضوعي.

وبعض الدساتير تمنع تعديل جميع مواد الدستور، ولكن خلال فترة زمنية محددة، ويسمى هذا النوع من الحظر بالحظر الزمني.

²⁴⁵ / رابحي أحسن: المرجع السابق، ص 422-423.

²⁴⁶ / انظر مثلا المادة 89 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 التي تنص على: " ... لا يجوز البدء بإجراء أي تعديل عندما تكون وحدة التراب الوطني في خطر....".

وهناك بعض الدساتير تمنع اجراء أي تعديل أثناء تعرض الدولة لظروف معينة.

الفرع الأول: حظر تعديل بعض مواد الدستور

تتص بعض الدساتير على عدم جواز تعديل بعض نصوصها في أي وقت من الأوقات، أو لفترة معينة، من أجل المحافظة على أسس النظام السياسي - نظام الحكم- الذي أقامته وضمان استقراره²⁴⁷.

من الدساتير التي حظرت تعديل بعض النصوص بصفة دائمة، دستور الجمهورية الفرنسية الرابعة الصادر سنة 1946، الذي نص على أن الشكل الجمهوري للحكومة لا يمكن أن يكون محلاً للتعديل. وهذا ما نص عليه أيضا دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة الصادر سنة 1958²⁴⁸.

وكذلك الدستور الأمريكي الصادر سنة 1787 الذي منع تعديل حق التمثيل المتساوي للولايات داخل مجلس الشيوخ. والدستور المصري الصادر سنة 1923 الذي منع في المادة 156 منه اقتراح تعديل الأحكام الخاصة بشكل الحكومة النيابي ونظام وراثه العرش²⁴⁹.

نفس القاعدة أخذ بها الدستور الجزائري إذ تنص المادة 223 منه على: " لا يمكن أي تعديل دستوري أن يمس:

- الطابع الجمهوري للدولة،
- النظام الديمقراطي القائم على التعددية،
- الطابع الاجتماعي للدولة،
- الاسلام باعتباره دين الدولة،
- العربية باعتبارها اللغة الوطنية والرسمية،
- تمازيغت كلغة وطنية ورسمية،
- الحريات الأساسية وحقوق الانسان والمواطن،
- سلامة التراب الوطني ووحدته،
- العلم الوطني والنشيد الوطني باعتبارهما من رموز ثورة نوفمبر 1954 والجمهورية والأمة،

²⁴⁷ / نظر مثلا المادة 223 من المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري لسنة 2020.

²⁴⁸ / تنص المادة 89 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 على: " ... ولا يجوز تعديل الطابع الجمهوري للحكومة".

²⁴⁹ / رابحي أحسن: المرجع السابق، ص 426.

- عدم جواز تولي أكثر من عهدين رئاسيتين متتاليتين أو منفصلتين ومدة كل عهدة خمس سنوات²⁵⁰.

أما الحظر الموضوعي لبعض مواد الدستور بصفة مؤقتة فهو أقل حدوثاً من حالة الحظر الدائم.

الفرع الثاني: حظر تعديل الدستور خلال فترة زمنية محددة يهدف هذا النوع من الحظر الى ضمان سريان أحكام الدستور خلال مدة زمنية معينة حتى تثبت أحكامه قبل السماح بتعديلها²⁵¹.

ويحدث ذلك في العادة عند اقامة نظام سياسي جديد ، بقصد تحقيق الاستقرار والثبات لهذا النظام، خلال هذه الفترة الزمنية المحددة.

ومن أمثلة هذا الحظر ما نص عليه الدستور الفرنسي سنة 1791 من حظر تقديم أي اقتراح بتعديله لمدة أربعة أعوام. والدستور اليوناني لسنة 1930 الذي حرم تعديل أحكامه قبل مرور خمس سنوات على صدوره حماية للنظام الجديد. وكذلك الدستور الكويتي لسنة 1962 الذي منع تقديم أي اقتراح بتعديله قبل انقضاء خمس سنوات من تاريخ سريانه²⁵².

الفرع الثالث: حظر تعديل الدستور اثناء تعرض الدولة لظروف معينة تنص بعض الدساتير على حظر اجراء أي تعديل في احكامها في الفترات التي تتعرض فيها الدولة لظروف استثنائية أو لأحوال خطيرة .

ويحدث ذلك عند وقوع بعض اقليم الدولة في قبضة الاحتلال الأجنبي، أو عن تعرض أمن الدولة و سلامتها للخطر .

ولعل السبب في هذا الحظر ترجع إلى أن ارادة الشعب وحرية في ممارسة سيادته تكون مقيدة .

فاذا أراد الشعب الذي يكون محتلاً من طرف دولة أخرى القيام بإجراء تعديلات في أحكام الدستور فإن ذلك قد يأتي ذلك بتعديلات مخافة لإرادة الشعب الحقيقية، ومعارضة.

ومن تم فإن هذه الدول قد تضمن في دساتيرها حظر أي تعديل لنصوص الدستور أثناء تعرضها لظروف معينة كوقوعها تحت الاحتلال أو تعرض أمنها ووحدة ترابها للخطر .

²⁵⁰ / المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري لسنة 2020.

²⁵¹ / رابحي أحسن: المرجع السابق، ص 423.

²⁵² / رابحي أحسن: نفس المرجع، ص 424.

وهذا ما نص عليه الدستور الفرنسي لسنة 1958 من عدم جواز تعديل الدستور اثناء احتلال كل أو جزء من الاراضي الفرنسية²⁵³.

المطلب الثاني: القيمة القانونية للنصوص التي تحظر تعديل الدستور

اختلف فقهاء القانون الدستوري حول القيمة القانونية للنصوص التي تحظر تعديل الدستور لفترة زمنية معينة، والتي تحظر تعديل بعض موادها بصفة مؤقتة أو مؤقتة، وتلك التي تحظر التعديل عند تعرض الدولة لظروف معينة، وتفرعت هذه الآراء إلى أربعة آراء رئيسية على النحو التالي:

الفرع الأول: عدم مشروعية حظر التعديل

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن النصوص الدستورية التي تحظر تعديل الدستور ليس لها أية قيمة قانونية أو سياسية، وأنها لا تعدو أن تكون مجرد رغبات وأمانى لا تتمتع بأي قوة إلزامية.

ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أن هذا الحظر يتعارض مع مبدأ سيادة الأمة. إذ لا يجوز للأمة التي وضعت الدستور أن تقيد حق الأجيال المقبلة في تعديل هذا الدستور أو تغييره سواء كلياً أو جزئياً. لذلك نجد أن اعلان حقوق الانسان لسنة 1793 نص على: " لكل شعب أن يغير ويعدل دستوره دائماً. وأن جيلا من الأجيال لا يجوز له أن يخضع الأجيال المستقبلية لقوانينه"²⁵⁴.

وعلى هذا الأساس فإن جميع النصوص الدستورية التي تحظر تعديل الدستور كله بصفة مؤقتة، أو بعضه بصفة مؤقتة أو في أثناء ظروف خاصة، نصوص باطلة لا تحظى بأي قيمة قانونية، ومن حق الأمة ادخال ما تشاء من التعديلات في الدستور في أي وقت دون تقييد بأي نص من النصوص²⁵⁵.

²⁵³ / تنص الفقرة الرابعة من المادة 89 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 على: " ... لا يجوز البدء بإجراء أي تعديل أو مواصلته عندما تكون وحدة التراب الوطني في خطر...".

²⁵⁴ / محمد رفعت عبد الوهاب وإبراهيم عبد العزيز شبحا: المرجع السابق، ص 452.

²⁵⁵ / رابحي أحسن: المرجع السابق، ص 429.

الفرع الثاني: مشروعية حظر التعديل

اتجه أصحاب هذا الرأي إلى أن النصوص التي ترد في الدستور وتحظر تعديله خلال فترة زمنية محددة وتلك التي تحرم بعض موادها بصفة مؤقتة أو مؤقتة، وكذلك النصوص التي تمنع التعديل في أثناء تعرض الدولة لظروف معينة كلها مشروعة وصحيحة من الناحية القانونية، باعتبار الشعب - وهو صاحب السيادة - هو الذي منح هذه القواعد القيمة الدستورية عن طريق الاستفتاء، وعليه فإن اقرار الحظر ضمن نصوص الدستور هو مسألة مشروعة وقانونية²⁵⁶.

الفرع الثالث: التفرقة بين الحظر الموضوعي والحظر الزمني

يتزعم هذا الرأي الأستاذ جورج بيردو، وهو يفرق بين نوعي الحظر، الحظر الموضوعي الذي يمنع تعديل بعض قواعد الدستور بصفة مؤقتة، والحظر الزمني الذي يمنع تدليل الدستور كله أو بعضه خلال مدة زمنية محددة.

فهو يرى أن الحظر الموضوعي ليس له أي قيمة قانونية، لأنه لا يجوز للسلطة التأسيسية للأمة وقت وضع الدستور أن تقيد السلطة التأسيسية في وقت لاحق في المستقبل. أما الحظر الزمني فهو في رأيه مشروع ويجب الامتثال لأحكام الدستور التي تضمنت هذا النوع من الحظر²⁵⁷.

فمثلا إذا تم وضع دستور جديد فإنه حتى تعرف أحكامه الثبات والاستقرار يجب حظر تعديله خلال فترة زمنية معينة.

²⁵⁶ / رابحي أحسن: المرجع السابق، ص 427.
²⁵⁷ / محمد رفعت عبد الوهاب وإبراهيم عبد العزيز شيحا: المرجع السابق، ص 453-454.

الفرع الرابع: التفرقة بين السلطة التأسيسية الأصلية والسلطة التأسيسية المنشأة يرى أنصار هذا الاتجاه أن حظر ومنع تعديل أحكام الدستور ليس له قوة قانونية ملزمة بالنسبة للسلطة التأسيسية الأصلية، بينما السلطة التأسيسية المنشأة فيجب عليها أن تحترم وتلتزم بأحكام وقواعد الدستور والتي من بينها القواعد التي تحظر تعديله سواء الحظر الموضوعي أو الحظر الزمني²⁵⁸.

والسلطة التأسيسية الأصلية هي السلطة التي تقوم بوضع دستور كامل جديد وإلغاء دستور قائم. وهي سلطة تنتهي بمجرد القيام بمهمة وضع دستور جديد.

أما السلطة التأسيسية المنشأة فهي تختص بتعديل الدستور القائم تعديلاً جزئياً. فهي سلطة أدنى مرتبة من السلطة التأسيسية الأصلية لأن السلطة المنشأة أنشأها الدستور الذي قامت بوضعه السلطة التأسيسية الأصلية.

258 / محمد رفعت عبد الوهاب وإبراهيم عبد العزيز شبحا: المرجع السابق، ص 454.

المبحث الثالث: مراحل واجراءات تعديل الدستور

في هذا المبحث سنحاول دراسة المراحل والاجراءات التي يمر بها أي تعديل دستوري، ثم نحدد أبرز الاتجاهات العامة لدى الدساتير في كل مرحلة من تلك المراحل المتتابعة.

يرى فقهاء القانون الدستوري²⁵⁹ أن تعديل الدستور يمر بأربعة مراحل وهي:

- اقتراح تعديل الدستور.

- ثم اقرار مبدأ تعديل الدستور .

- ثم اعداد أو تحضير مشروع التعديل الدستوري.

- وأخيرا اقرار التعديل الدستوري نهائيا.

وعليه سنعرض لهذه المراحل في أربعة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: مرحلة اقتراح تعديل الدستور

يختلف موقف الدساتير بشأن الهيئة التي يكون لها حق اقتراح تعديل الدستور. فقد يتقرر هذا الحق للسلطة التنفيذية وحدها. وقد تملك هذا الحق السلطة التشريعية -البرلمان- وحدها، وقد يكون هذا الحق مقررا لكل من السلطة التنفيذية والبرلمان معا. وأخيرا قد يكون مقررا للشعب يمارسه بنفسه.

وتقرير حق اقتراح تعديل الدستور لأي هيئة من هذه الهيئات مرتبط بمركز قوة كل سلطة منها في نظام الحكم في الدولة²⁶⁰.

فإذا كان نظام الحكم في الدولة يعمل على تقوية السلطة التنفيذية ورجحان كفتها على كفة غيرها من السلطات، فإن الدستور في هذه الحالة يعطي للسلطة التنفيذية وحدها حق اقتراح تعديل الدستور.

²⁵⁹ / يرى الأستاذ مولود ديدان أن تعديل الدستور يمر بثلاث مراحل: - مرحلة اقتراح التعديل - مرحلة اعداد التعديل - مرحلة اقرار التعديل، المرجع السابق، ص 51. ويرى الأستاذ رابحي أحسن أن اجراءات تعديل الدستور تمر بثلاث مراحل وهي: - اقتراح التعديل - اقرار مبدأ التعديل - اقرار التعديل نهائيا، المرجع السابق، ص 436.

²⁶⁰ / مولود ديدان: المرجع السابق، ص 51.

لقد كانت بعض الدساتير تعطي حق اقتراح التعديل للسلطة التنفيذية وحدها لأن مبادئ الفكر الديمقراطي لم تكن مطبقة بشكل واسع في تلك الفترة، منها دستور البرتغال الصادر سنة 1933 ودستور رومانيا الصادر سنة 1938²⁶¹.

ولكن بدا هذا الاتجاه في الوقت الحاضر يتراجع مع انتشار وتعمق الافكار الديمقراطية لدى الشعوب²⁶².

أما إذا كان نظام الحكم الذي يقيمه الدستور يعطي مركز القوة للسلطة التشريعية ويعمل على تقويتها، ففي هذه الحالة يتقرر حق اقتراح تعديل الدستور للبرلمان وحده. مثال ذلك دستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادر سنة 1787 ومعظم دساتير دول أمريكا اللاتينية كدستور الأرجنتين ودستور الشيلي ودستور²⁶³.

أما إذا كان الدستور في الدولة يأخذ بنظام التوازن والتعاون بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، فإنه يجعل حق اقتراح التعديل لكل منهما، ومثال على ذلك دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لسنة 1958 الذي اعطى حق اقتراح التعديل لرئيس الجمهورية بناء على اقتراح الوزير الأول ولأعضاء البرلمان أيضا²⁶⁴.

وقد يتقرر حق اقتراح تعديل الدستور للشعب نفسه بالإضافة لحق البرلمان أيضا. ويكون ذلك في الدساتير التي تشرك الشعب في مباشرة بعض مظاهر الحكم أي الدساتير التي تأخذ بمبدأ الديمقراطية شبه المباشرة²⁶⁵.

261 / سعد عصفور: المرجع السابق، ص 198.

262 / سعد عصفور: المرجع السابق، ص 198.

263 / سعد عصفور: المرجع السابق، ص 198.

264 / المادة 89 من الدستور الفرنسي لسنة 1958.

265 / انظر المادة 71 من الدستور الإيطالي لسنة 1947 . هذه المادة تعطي لعدد من الناخبين لا يقل عن 500000 طلب تعديل الدستور وذلك بالإضافة لحق أعضاء البرلمان والحكومة. نقلا عن محمد رفعت عبد الوهاب و ابراهيم عبد العزيز شيحا: المرجع السابق، ص 465.

أما عن التجربة الدستورية في الجزائر فنشير أن دستور الصادر سنة 1976 والدستور الصادر سنة 1989 كانا ينصان على أن لرئيس الجمهورية ولوحده - أي لا يشاركه في هذا الحق البرلمان - الحق في المبادرة بتعديل الدستور²⁶⁶.

أما الدستور الصادر سنة 1963 والدستور الصادر سنة 1996 وتعديلاته المتتالية²⁶⁷ فكانا ينصان على حق أعضاء البرلمان إلى جانب رئيس الجمهورية بالمبادرة بتعديل الدستور²⁶⁸.
المطلب الثاني: اقرار مبدأ تعديل الدستور

المقصود بذلك تقرير ما اذا كانت هناك حاجة أو ضرورة لتعديل الدستور أصلا أم لا. والقاعدة العامة هو اعطاء البرلمان حق هذا التقرير في مدى ضرورة التعديل، لأن البرلمان هو ممثل الشعب وبالتالي هو مؤهل لاتخاذ القرار المبدئي في هذا الشأن²⁶⁹.

هذه القاعدة قررها الدستور الجزائري في المادة 19 منه حيث تنص على: " لرئيس الجمهورية حق المبادرة بالتعديل الدستوري.

بعد أن يصوت المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة على المبادرة بنفس الصيغة حسب الشروط نفسها التي تطبق على نص تشريعي، يعرض التعديل على الشعب للاستفتاء عليه... " ²⁷⁰.

كذلك الدستور الفرنسي الصادر سنة 1958 يطبق نفس القاعدة، حيث أن اقتراح التعديل يجب أن يعرض على كل من مجلسي البرلمان (الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ) لكي يقررا الموافقة على مبدأ التعديل. وإلا توقفت اجراءات التعديل عند هذه المرحلة ولا تستمر²⁷¹.

²⁶⁶ / رابحي أحسن: المرجع السابق، ص 452.

²⁶⁷ / رابحي أحسن، نفس المرجع، ص 452.

²⁶⁸ / على سبيل المثال أنظر المادة 219 و المادة 222 من المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري لسنة 2020 .

²⁶⁹ / رابحي أحسن: المرجع السابق، ص 439.

²⁷⁰ / المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري لسنة 2020.

²⁷¹ / محمد رفعت عبد الوهاب و ابراهيم عبد العزيز شيحا: المرجع السابق، ص 466.

المطلب الثالث: اعداد مشروع تعديل الدستور

القاعدة السائدة في معظم الدساتير هو منح حق اعداد مشروع التعديل الدستوري الى البرلمان نفسه. ولكن مع وضع بعض الشروط الخاصة.

فتشترط بعض الدساتير اجتماع مجلسي البرلمان في هيئة مؤتمر, كما كان عليه الوضع في دستور الجمهورية الفرنسية سنة 1875²⁷².

وتشترط دساتير أخرى نسبة خاصة مشددة في الحضور لصحة جلسات البرلمان, أو في التصويت لصحة القرارات الصادرة منه, كما هو الوضع في دساتير بعض دول امريكا اللاتينية, مثل دستور كولومبيا ودستور المكسيك ودستور البيرو.

كما أن بعض الدساتير تشترط حل البرلمان واجراء انتخابات لتشكيل برلمان جديد يتولى مهمة التعديل, كما هو الشأن في دستور بلجيكا وهولندا والنرويج و الدانمارك, ودستور رومانيا لعام 1923 ودستور اسبانيا لعام 1931²⁷³.

المطلب الرابع: اقرار التعديل الدستوري نهائيا

تجعل بعض الدساتير سلطة إقرار التعديل النهائي للدستور للشعب نفسه عن طريق الاستفتاء, مثل الدستور السويسري الصادر في 29 مايو 1874, ومثال ذلك أيضا دستور مصر الصادر سنة 1971, حيث اشترط لنفاذ التعديل نهائيا موافقة الشعب على الاستفتاء²⁷⁴.

إلا أن معظم الدساتير تجعل حق الاقرار النهائي للتعديل لذات السلطة التي تولت مهمة إعداد مشروع التعديل الدستوري, سواء أكانت هذه السلطة الجمعية التأسيسية التي انتخبت من أجل إعداد واقرار تعديل الدستور, وإما من طرف البرلمان ولكن بإتباع بشروط خاصة. وغالبية الدساتير تأخذ بهذا لحل الاخير. وهو اعطاء حق الاقرار النهائي للتعديل للبرلمان مع وضع شروط خاصة لذلك, إما في التشكيل أو في حضور الجلسة والاعلبية المتطلبة للتصويت²⁷⁵.

272 / سعد عصفور: المرجع السابق, ص 200.

273 / سعد عصفور: المرجع السابق, ص 201.

274 / محمد رفعت عبد الوهاب وابراهيم عبد العزيز شيحا: المرجع السابق, ص 468.

275 / سعد عصفور: المرجع السابق, ص 201-202.

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة النظرية العامة للدستور والتي تناولنا فيها تعريف القانون الدستوري وتحديد مصادره ثم بعد ذلك درسنا أنواع الدساتير وبعدها نشأة الدساتير ونهايتها ثم عرضنا بعد ذلك لمبدأ سمو الدستور وكفالة احترامه أي الرقابة على دستورية القوانين.

فعند دراستنا لتعريف القانون الدستوري لاحظنا أن البحث في تعريفه وتحديد معناه في الفقه الدستوري ينحصر في معيارين رئيسيين، المعيار الشكلي أو العضوي، والمعيار الموضوعي أو المادي ويعتمد المعيار الشكلي على الشكل الذي تصدر فيه، وكذلك الإجراءات التي تتبع في وضعها وفي تعديلها.

يعتمد المعيار الموضوعي أو المادي في تعريف القانون الدستوري على الموضوع أو المضمون بصرف النظر عن الشكل أو الإجراءات المتخذة في إصدار قواعده.

وتبين لنا أن الاعتماد على المعيار الشكلي لن يعطينا تعريفا محددًا ودقيقًا للقانون الدستوري، إذ سيختلف هذا التعريف من دولة لأخرى، ومن وقت إلى آخر تبعًا لاختلاف الوثيقة الدستورية، بينما المطلوب تعريف القانون الدستوري تعريفًا ثابتًا ومنضبطًا وموضوعيًا وهذا لا يتحقق إلا بالأخذ بالمعيار الموضوعي المادي.

وعند دراستنا لمصادر القانون الدستوري لاحظنا أن له نوعين من المصادر هناك المصادر الرسمية أو المباشرة التي تعطي القواعد الدستورية قوتها الملزمة والمصادر غير المباشرة أو الموضوعية التي تسمى بالمصادر التفسيرية.

وتتمثل المصادر الرسمية للقانون الدستوري في الوثيقة الدستورية والقوانين العضوية والعرف، أما المصادر التفسيرية فهي القضاء والفقه.

أما عند دراستنا لأنواع الدساتير فلاحظنا أن الدساتير تنقسم إلى دساتير مدونة أو مكتوبة ودساتير غير مدونة أو غير مكتوبة.

كما تنقسم الدساتير من ناحية كيفية تعديلها إلى دساتير مرنة ودساتير جامدة.

فالتقسيم الأول للدساتير أي من ناحية تدوينها أو عدم تدوينها، فنجد فيه الدساتير غير المدونة والتي يطلق عليها بعض الفقهاء بالدساتير العرفية لأن العرف هو المصدر الرئيسي لقواعدها. وهناك الدساتير المدونة التي تصدر قواعدها في شكل وثيقة أو عدة وثائق رسمية من المؤسس الدستوري.

أما التقسيم الثاني الذي يعتمد على معيار كيفية تعديلها. فإذا كان تعديل الدستور يتم بذات الإجراءات التي تعدل بها القوانين العادية فهو دستور مرن، أما إذا كان هذا التعديل يستلزم إجراءات خاصة أشد من تلك التي يتم بها تعديل القوانين العادية فإن الدستور يكون جامدا. وعند تناولنا لموضوع نشأة الدساتير لاحظنا أن فقه القانون الدستوري يصنف أساليب نشأة الدساتير إلى نوعين رئيسيين أساليب غير ديمقراطية وأساليب ديمقراطية.

ويرجع هذا التقسيم إلى كون النوع الأول من هذه الأساليب يعبر عن غلبة إرادة الحكام عن إرادة الشعوب المحكومة أو على الأقل اشتراك الإرادتين في وضع الدستور. في حين نجد تفوق الإرادة الشعبية وسيادتها على إرادة الحكام في النوع الثاني.

وتتمثل الأساليب غير الديمقراطية في أسلوب المنحة وأسلوب العقد أو التعاقد أما الأساليب الديمقراطية فتتمثل في أسلوب الجمعية التأسيسية وأسلوب الاستفتاء الدستوري.

وعند بحثنا في موضوع نهاية الدساتير توصلنا إلى أن الفقه يصنف طرق انهاءها إلى طريقتين رئيسيين، الطريق العادي أو الطبيعي وهو الإلغاء والطريق غير العادي وهو الطريق الثوري.

ولاحظنا أن الطريق العادي لإنهاء الدساتير هو الأسلوب القانوني لإلغاء الدساتير، ولكن تبين لنا أن العديد من الدساتير في مختلف دول العالم لم يتم انهاءها واسقاطها بالأسلوب القانوني وإنما بعد قيام ثورات وانقلابات.

وعند دراستنا لموضوع سمو الدستور لاحظنا أن هذا المبدأ لا يتم الأخذ به إلا في ظل النظم الديمقراطية، فهو يعد أحد خصائص الدولة القانونية الحديثة.

ويستند سمو القواعد الدستورية إلى مضمونها وما تحتوي عليه من أحكام وقواعد موضوعية وهو ما يسمى بالسمو الموضوعي للدستور الذي يتحقق لجميع أنواع الدساتير المدونة منها وغير المدونة والمرنة منها والجامدة.

كما قد يستند سمو الدستور من ناحية أخرى إلى الشكل التي تظهر فيه القواعد الدستورية، وذلك عندما يتطلب الدستور اجراءات وأوضاع معينة سواء في وضعه أو في تعديله وهذا ما يسمى بالسمو الشكلي للدستور الذي لا يتحقق إلا بالنسبة للدساتير المدونة الجامدة.

وبخصوص دراستنا لموضوع لمبدأ الرقابة على دستورية القوانين لاحظنا أن دساتير دول العالم التي أقرت هذا المبدأ قد تباينت بشأن تنظيم هذه الرقابة، فمنها ما عهد بهذه المهمة إلى هيئة سياسية، ومنها ما جعل هذه الرقابة من اختصاص هيئة قضائية.

ولقد لاقت الرقابة السياسية عدة انتقادات أثرت على فعاليتها، فالرقابة على دستورية القوانين تتطلب فيمن يتولى هذه المهمة مواصفات فنية وكفاءة قانونية عالية غالبا لا يتوفران لدى أعضاء هيئة سياسية علاوة على حرمان الأفراد من حق الطعن بعدم دستورية القوانين. لهذا لاحظنا أن غالبية فقه القانون الدستوري فضلت الأخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واعتبرتها أنها ضمانات حقيقية لكفالة مبدأ سمو الدستور.

أما عن دراستنا لموضوع تعديل الدستور فقد لاحظنا:

- أن موقف الدساتير قد اختلفت بشأن الهيئة التي يكون لها حق اقتراح تعديل الدستور. فقد يتقرر هذا الحق للسلطة التنفيذية وحدها. وقد تملك هذا الحق السلطة التشريعية -البرلمان- وحدها، وقد يكون هذا الحق مقررا لكل من السلطة التنفيذية والبرلمان معا. وأخيرا قد يكون مقررا للشعب يمارسه بنفسه.

- كما أن القاعدة العامة فيما يخص اقرار مبدأ تعديل الدستور هي اعطاء البرلمان حق هذا التقرير في مدى ضرورة التعديل، لأن البرلمان هو ممثل الشعب وبالتالي هو مؤهل لاتخاذ القرار المبدئي في هذا الشأن.

- كما أن مسألة اعداد مشروع التعديل الدستوري فالقاعدة السائدة في معظم الدساتير هي منح حق اعداد مشروع التعديل الدستوري الى البرلمان نفسه. ولكن مع وضع بعض الشروط الخاصة.

قائمة المراجع

أولاً: النصوص القانونية

1 - المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المؤرخ في 15 جمادى الأولى 1442 الموافق 30 ديسمبر 2020 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء 01 نوفمبر 2020 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 82.

2 - القانون العضوي رقم 04/12 المؤرخ في 18 صفر 1433 الموافق 12 يناير 2012 بالأحزاب السياسية الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 02.

3 - الأمر رقم 01/21 مؤرخ في 26 رجب 1442 الموافق 1 مارس 2021 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 17.

ثانياً: الكتب العامة باللغة العربية

عبد المنعم فرج الصدى: أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، بدون ذكر سنة النشر.

ثالثاً: الكتب المتخصصة باللغة العربية

ثروت بدوي: القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

1 - رابحي لحسن: الوسيط في القانون الدستوري، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014..

2 - سعيد بوشعير: القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الأول، الطبعة الحادي عشر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

3 - سعاد الشراقوي عبد الله ناصف: القانون الدستوري والنظام الدستوري المصري، تحرير الاقتصاد ودستور 1971 ، 1994 .

4 - سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، الاسكندرية، 1970.

5 - سعيد بو الشعير: القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الأول، الطبعة الحادية عشر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.

- 6 - عبد الغني بسيوني عبدالله: القانون الدستوري - المبادئ العامة، الدستور اللبناني - دار الجامعة، 1987.
- 7 - عبد الحميد حشيش: الوجيز في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، بدون اكر سنة الطبعة.
- 8 - عثمان خليل عثمان: المبادئ الدستورية العامة، القاهرة، 1943.
- 9 - محمد رفعت عبد الوهاب و ابراهيم عبد العزيز شيحا: النظم السياسية والقانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998
- 10- مصطفى أبو زيد فهمي: النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة الاسكندرية، 1965 .
- 11 - مولود ديدان: مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار بلقيس للنشر، دار البيضاء، الجزائر، 2007.
- 12 - نعمان أحمد الخطيب: الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة العاشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1435 هـ - 2014 م.
- 13 - هاني علي الطهراوي: النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1432 هـ - 2011 م.
- رابعا: كتب باللغة الأجنبية
- 1 - André Hauriou : Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 3^{em} éd, Paris, 1968.
- 2 - Julien Laferriere : Manuel de Droit Constitutionnel, 2^e édition, Paris, 1947
- 3 - Pierre Pactet : Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, 4^{eme} éd, Nassan, Paris, 1978

01.....	مقدمة
03.....	الفصل الأول: تعريف القانون الدستوري وتحديد وظيفته وأهدافه
04.....	المبحث الأول: تعريف القانون الدستوري
04.....	المطلب الأول: تعريف القانون الدستوري حسب المعيار الشكلي أو العضوي
05.....	الفرع الأول: مزايا المعيار الشكلي
05.....	الفرع الثاني: عيوب المعيار الشكلي
06.....	المطلب الثاني: تعريف القانون الدستوري حسب المعيار الموضوعي أو المادي
07.....	المبحث الثاني: تحديد وظيفة القانون الدستوري وأهدافه
07.....	المطلب الأول: القانون الدستوري قانون السلطة
08.....	المطلب الثاني: القانون الدستوري تعبير عن الحرية
09.....	المطلب الثالث: القانون الدستوري يهدف إلى إقامة التوازن بين السلطة والحرية
11.....	الفصل الثاني: مصادر القانون الدستوري
11.....	المبحث الأول: المصادر الرسمية
12.....	المطلب الأول: القواعد الدستورية المكتوبة - التشريع -
13.....	الفرع الأول: الوثيقة الدستورية
13.....	الفرع الثاني: القوانين العضوية كمصدر تشريعي للقانون الدستوري
16.....	المطلب الثاني: القواعد الدستورية الغير مكتوبة (العرف الدستوري)
16.....	الفرع الأول: الركن المادي
17.....	الفرع الثاني: الركن المعنوي
21.....	المبحث الثاني : المصادر التفسيرية للقانون الدستوري
21.....	المطلب الأول: الفقه
22.....	المطلب الثاني: القضاء
24.....	الفصل الثالث: أنواع الدساتير

24.....	المبحث الأول: الدساتير المدونة والدساتير غير المدونة
24.....	المطلب الأول: الدساتير المدونة
26.....	المطلب الثاني: الدساتير غير المدونة
28.....	المبحث الثاني: تقسيم الدساتير من حيث تعديلها
28.....	المطلب الأول: الدساتير المرنة
29.....	المطلب الثاني: الدساتير الجامدة
29.....	الفرع الأول: كيفية تحقيق جمود الدستور
31.....	الفرع الثاني: الجمود النسبي والجمود المطلق
34.....	الفصل الرابع: نشأة الدساتير
34.....	المبحث الأول: الأساليب غير الديمقراطية لنشأة الدساتير
35.....	المطلب الأول: أسلوب المنحة
37.....	المطلب الثاني: أسلوب العقد
39.....	المبحث الثاني: الأساليب الديمقراطية لنشأة الدساتير
39.....	المطلب الأول: أسلوب الجمعية التأسيسية
40.....	المطلب الثاني: وضع الوثيقة الدستورية بواسطة الاستفتاء الدستوري
43.....	الفصل الخامس: نهاية الدساتير
43.....	المبحث الأول: الطريق العادي لإنهاء الدساتير - أسلوب الإلغاء -
45.....	المبحث الثاني: الأسلوب غير العادي لنهاية الدساتير - الأسلوب الثوري -
46.....	المطلب الأول: التعريف بالثورة
46.....	الفرع الأول: الفرق بين الثورة والانقلاب
47.....	الفرع الثاني: حكومة الثورة أو الحكومة الواقعية
48.....	المطلب الثاني: النتائج القانونية للثورة
48.....	الفرع الأول: نتائج الثورة بالنسبة للدستور

50.....	الفرع الثاني: نتائج الثورة بالنسبة للقوانين العادية.
51.....	الفصل السادس: سمو الدستور
52.....	المبحث الأول: السمو الموضوعي للدستور
52.....	المطلب الأول: مضمون السمو الموضوعي للدستور
53.....	المطلب الثاني: النتائج المترتبة على السمو الموضوعي
54.....	المبحث الثاني: السمو الشكلي للدستور
54.....	المطلب الأول: مضمون السمو الشكلي للدستور
55.....	المطلب الثاني: النتائج التي تترتب على جمود الدستور
56.....	الفصل السابع: الرقابة على دستورية القوانين
57.....	المبحث الأول: الرقابة السياسية على دستورية القوانين
57.....	المطلب الأول: تطبيقات الرقابة السياسية على دستورية القوانين
	الفرع الأول: تجربة مجلس الشيوخ المحافظ في ظل دستور السنة الثامنة للجمهورية الفرنسية.....
58.....	الفرع الثاني: المجلس المحافظ في ظل دستور الامبراطورية الفرنسية الثانية سنة 1852..
58.....	
59.....	الفرع الثالث: اللجنة الدستورية المشكلة طبقا لدستور سنة 1946
60.....	الفرع الرابع: دستور سنة 1958 وانشاء المجلس الدستوري
62.....	المطلب الثاني: تقدير الرقابة السياسية على دستورية القوانين
62.....	الفرع الأول: مبررات الرقابة السياسية
63.....	الفرع الثاني: الانتقادات الموجهة للرقابة السياسية
64.....	المبحث الثاني: الرقابة القضائية على دستورية القوانين
64.....	المطلب الأول: تحديد مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين
66.....	المطلب الثاني: تقييم الرقابة القضائية على دستورية القوانين

- 66..... الفرع الأول: مزايا الرقابة القضائية على دستورية القوانين
- 66..... الفرع الثاني: عيوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين
- 67..... المطلب الثالث: وسائل تحريك الرقابة القضائية على دستورية القوانين
- 68..... الفرع الأول: الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية
- 70..... الفرع الثاني: الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي بعدم الدستورية
- الفرع الثالث: تمييز الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية عن الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي
- 72.....
- 75 الفصل الثامن: تعديل الدستور
- 75 المبحث الأول: السلطة المختصة بالتعديل
- 75 المطلب الأول: التحديد الفقهي للسلطة المختصة بالتعديل
- 75..... الفرع الأول: اعطاء سلطة التعديل لجميع أفراد الشعب
- 76..... الفرع الثاني: اعطاء سلطة التعديل لأغلبية الشعب أو نوابه
- 76..... الفرع الثالث: الدستور هو الذي يحدد السلطة المختصة بالتعديل
- 77..... المطلب الثاني: الهيئات التي تمارس السلطة التأسيسية المنشأة
- 81..... المبحث الثاني: نطاق تعديل الدستور
- 81..... المطلب الأول: تحديد نطاق التعديل
- 82..... الفرع الأول: حظر تعديل بعض مواد الدستور
- 83..... الفرع الثاني: حظر تعديل الدستور خلال فترة زمنية معينة
- 83..... الفرع الثالث: حظر تعديل الدستور
- 84..... المطلب الثاني: القيمة القانونية للنصوص التي تحظر تعديل الدستور
- 84..... الفرع الأول: عدم مشروعية حظر التعديل
- 85..... الفرع الثاني: مشروعية حظر التعديل
- 85..... الفرع الثالث: التفرقة بين الحظر الموضوعي والحظر الزمني

86.....	الفرع الرابع: التفرقة بين السلطة التأسيسية الأصلية والسلطة التأسيسية المنشأة
87.....	المبحث الثالث: مراحل واجراءات تعديل الدستور
87.....	المطلب الأول: مرحلة اقتراح تعديل الدستور
89.....	المطلب الثاني: اقرار مبدأ تعديل الدستور
90.....	المطلب الثالث: اعداد مشروع تعديل الدستور
90.....	المطلب الرابع: الاقرار النهائي لتعديل الدستور
91.....	الخاتمة
.....	قائمة المراجع
.....	الفهرس