جامعة الشهيد زيان عاشور – بالجلفة –
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر في الحقوق
تخصص: دولة و مؤسسات قانون عام

إعداد الطالبين:
إشراف الأستاذ:

- محمد رمضان عسالي — أ/د .عبد الرحمان نوري
- إحسان بلخيري

أعضاء لجنة المناقشة :

أ/د عمران عطية ..... رئيسا
أ/د عبد الرحمان نوري .....مشرفا ومقررا
أ/د لحول دراجي..... ممتحنا

السنة الجامعية 2022/2021م

إهـداء

الحمد لله الذي وفقنا لهذا ولم نكن لنصل إليه لو لا فضل الله علينا أما بعد

فإلى من نزلت في حقّهم الآيتين الكريمتين في قوله تعالى

أهدي هذا العمل المتواضع أمي و أبي العزيزين حفظهما الله لي

اللّذان سهرا وتعبا على تعليمي في إتمام هذا العمل من قريب أو من بعيد

وإلى أفراد أسرتي ، سندي في الدنيا ولا أحصي لهم فضل

إلى كل أقاربي.

إلى كل الأصدقاء و الأحباب من دون استثناء.

إلى أساتذتي الكرام و كل رفقاء الدراسة.

محمد رمضان عسالي

إهـداء

اللهم لا تجعلنا نصاب بالغرور إذا نجحنا ، وباليأس إذا فشلنا وذكرنا دائما أن الاخفاق هو التجربة التي تسبق النجاح.

اللهم إن أعطيتني نجاحا ، فلا تأخذ تواضعي ، وإذا أعطيتني تواضعا فلا تأخذ اعتزازي بكرامتي.

يا رب إذا أسأت فامنحني شجاعة الاعتذار، وإذا أساء الناس إلي فامنحني شجاعة العفو.

الحمد لله رب العالمين الذي بنعمته تتم الصالحات وبفضله تنشرح الصدور وتيسر الأمور وبتوجيهه تبلغ الغايات.

اللهم لك الحمد والشكر حتى ترضى ، إلى من أحاطنا برحمته الربانية وأطعمنا القدرة على تحمل عناء البحث إلى الرحمن المنان.

اهدي ثمرة جهدي هذا إلى من قال فيهما عزوجل " وبالوالدين إحسانا".

إلى **أبي** الغالي الذي لولاه لما أكملت دراستي والذي دعمني ماديا ومعنويا وكان لي المعين والمؤيد في حياتي الدراسية.

والى الصدر الحنون وقرة عيني **أمي** التي كانت سندي وذراعي الأيمن التي شرحت صدري لمواصلة الدراسة وكانت لي المرشد والدليل.إلى إخوتي وأخواتي.

وكل من ساهم في هذا الانجاز من قريب أو بعيد

إحسان بلخيري

شكر وعرفان

قال تعالى:" وقليل من عبادي الشكور"..

إنه لمن الوفاء والاعتراف بالجميل ان تزف تحية شكروعرفان

لكل من اعطانا يد المساعدة في انجاز هذا البحث

المتواضع سواء من قريب او بعيد ...

ونخص بالذكر الاستاذ الدكتور" **عبد الرحمان نوري** " الذي له جزيل الشكرعلى المجهوات

الجبارة الذي بذله في اشرافه على مراحل بحثنا ولم يبخل عنا بتوجيهاته المثمرة

الذي انار لنا الطريق للوصول الى هاته المرحلة...

دون ان ننسى اساتذة كلية الحقوق

الافاضل وبالاخص الأستاذ " **عبد الرحمان نوري** "

والطاقم الاداري الساهر

وعماله المتفانين وجميع من كان لنا معينا

ولو بجزء بسيط لانجاز هاته المذكرة

شكرا للجميع

مقـــــــــــدمة

مقدمة

نصت أغلب التشريعات المقارنة المتمثلة في دساتيرها على كفالة الحريات الفردية وإرادة الشعوب والحامية للحقوق والحريات، وانطلاقا من كون تلك الدساتير تعبري الأصل عن اغلبيه إرادة الشعب، وكيفية تنظيم الدولة للشؤون العامة وهذا بما يخدم مصالح المحكومين، مما يترتب من بنيان تعتبر الشرعية الدستورية دعامة له، وكل ذلك يجتمع بين مقتضيات سمو الدستور من جهة، ومبدأ سيادة القانون[1].

إن حقوق الإنسان التي كانت في ظل مرحلة القانون الدولي التقليدي حكرا على القانون الداخلي، أضحت وبفعل تصاعد مركز الفرد في نطاق القانون الدولي المعاصر، محل اهتمام هذا الأخير وتنظيمه وصولا إلى مراقبة ضمان احترامها داخل الدول .و على هذا الأساس، فإن مستوى ما توفره النظم القانونية الوطنية من ضمانات لكفالة هذه الحقوق، إنما يعد أحد العوامل البالغة الخطورة في تقويم مدى اقتراب الدول من المعايير الدولية العامة للتقدم الاجتماعي والرقي الحضاري ومعايشتها لروح العصر وأيضا لا جدال في أن الاهتمام العالمي بحقوق الإنسان- كفكرة ومبدأ- بات يمثل قيمة مستهدفة للنظام القانوني الدولي، حيث أصبح من الأمور الشائعة تقييم سلوك الحكومات بمدى احترامها لحقوق الإنسان على المستويين الداخلي والدولي، بل وأصبح تقييم النظم الاجتماعية والاقتصادية ذاتها يخضع لمدى ما تحققه تلك النظم لمواطنيها من حقوق وحريات و تعتبر حقوق الإنسان منظومة قيم تمس الإنسان من شتى جوانبه السياسية والمدنية، والاقتصادية والاجتماعية والثقافية من أهم القضايا المطروحة على مستوى الممارسة محليا ودوليا، وتجلى ذلك من خلال تكييف القوانين الداخلية مع الصكوك الدولية لحقوق الإنسان .فالمشكلة التي يطرحها موضوع الحريات العامة وحقوق الإنسان لا تختصر بمسألة الاعتراف بالحقوق والحريات العامة أو عدم الاعتراف بها، بل إنها تتعلق أساسا بمسألة تنظيم ممارسة الحريات العامة وحماية ميدانها وإحاطته بالضمانات. ومن أبرز هذه الضمانات، الضمانات الدستوري[2].

[1] إبراهيم بوعمرة،عبد العالي حفظ الله،الشرعية كضمانة دستورية،في ظل قانون الإجراءات الجزائية والنتائج المترتبة عنها،مجلة الاجتهاد القضائي،المجلد 13، العدد01،جامعة محمد خيضر،بسكرة،2021م،ص641.

[2] محمد بوسلطان،الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان،مذكرة لنيل شهادة الماجستير،كلية الحقوق، جامعة وهران،2012/2011م،ص01.

وعليه نطرح الإشكالية التالية:

– إلى أي مدى ساهمت الشرعية الدستورية في حقوق الإنسان؟

أسباب اختيار الموضوع :الدوافع الرئيسية لاختيار الموضوع يمكن حصرها في:

الأسباب الموضوعية:

- ✓نشر الوعي القانوني المتمثل في الشرعية الدستورية
- ✓عدم المساس بحقوق الإنسان وذلك تحت طائلة تسليط عقوبات صارمة على المخالفين.

الأسباب الذاتية:

- ✓قلة الدراسات في مجال الشرعية الدستورية.
- ✓التعرف على الطرق المستعملة لحماية الإنسان من خلال الشرعية الدستورية.
- ✓موضوع حيوي.
- ✓الشرعية الدستورية أساس قيام الدولة القانونية وعمادها المتين.
- ✓وجود الدولة واستمرارها مرتبط بوجود هذا المبدأ.

أهمية الموضوع:

- ✓الضمانات الدستورية لحماية مبدأ الشرعية يطرح نفسه كموضوع متعدد الوجه والزوايا (قانونية – سياسية – اقتصادية – فلسفية – و اجتماعه...)
- ✓تداعيات خطيرة تمس أساسها باستقرار الدولة ككل نتيجة انعدام الثقة بين الدولة (الدارة) والمواطن وهو ما جعلنا نعيش حقيقةً "أزمة شرعية" في مفهومها القانوني.

أهداف الدراسة:

تهد ف الدراسة إلى معرفة الضمانات الصورية الإنسانية من الضمانات الحقيقية من خلال البحث في الدور الحقيقي الذي تلعبه في حماية الشرعية الدستورية داخل المنظومة الدستورية لحقوق الإنسان.

المنهج المتبع : اعتمدنا لمعالجة هذه الإشكالية المنهج القانوني التحليلي أساسا من خلال حصرنا لكل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة فضال عن الاستعانة بالمنهج الوصفي الذي يبرز من خلال المفاهيم ذات الصلة بالموضوع كمفهوم الإنسان والحق ومفهوم الدولة وأشكالها، والتي تساعد على فهم الموضوع بصورة أفضل.

الفصل الأول:
الإطار المفاهيمي للدولة

تمهيد

بين الحرية والسلطة صراع طويل ومرير ممتد في عمق الزمن من أجل إيجاد توازن بين حقوق الأفراد في أن يعيشوا الحرية ويتنفسوها وبين حق السلطة في فرض النظام، وتمخض عن هذا الصراع ميلاد مبدأ "**المشروعية**"، وصارت الدولة في ظله دولة قانونية لها وظيفة محددة وغاية معلومة هي إقامة دولة الحرية أو دولة الحقوق والحريات، حيث السيادة فيها للمشروعية المنبثقة من قيم الجماعة ومثُلها الشرعية العليا التي يجب أن يخضع لها الحكام والمحكومون على السواء لتصير معها غاية القانون عموما والقانون الدستوري خصوصا تنظيم التعايش السلمي بين السلطة والحرية في إطار الدولة والأمة، ويصبح معها القانون "السيد المستبد"، الذي يحمي الحرية ويقف في وجه السلطة، فكانت "المشروعية" هي الغاية المنشودة للشعوب لما ستقرره لهم من ضوابط قانونية لممارسة السلطة وحماية الحرية.

المبحث الأول ماهية الدولة

لقد أضحى من مسلمات البحث العلمي الذي يروم الوصول إلى رصانة معرفية تميزه عن انساق المقاربات الأخرى تحديد المفاهيم والمصطلحات لإبعاد الاختلاط والإشكال الناتج عن الخلط في المفاهيم والصيغ، فكان لزاما علينا تحديد مفهوم الدولة بأشكالها المتعددة، لاسيما وان مفاهيم الدولة والسلطة والمجتمع من أكثر المفاهيم تداولا في الخطابات المعاصرة بتعدد توجهاتها الفكرية والفقهية والثقافية لتتشكل بحسب أجهزتها المفاهيمية وأسسها النظرية[1] وتبعا لذلك تعددت تعريفات الدولة وتوصيفاتها وسنعرض فيما يأتي لمفهوم الدولة من خلال مطلبين المطلب الأول(تعريف الدولة) المطلب الثاني(مراحل تطور دور الدولة وإشكالها).

المطلب الأول تعريف الدولة

نتطرق في هذا المطلب على فرعين الفرع الأول(تعريف الدولة لغة)الفرع الثاني(تعريف الدولة اصطلاحا)

الفرع الأول: تعريف الدولة لغة

لعل أول من استعمل كلمة الدولة بمفهومها الشائع في هذا العصر هو المفكر الايطالي نيكولا ميكيافلي NICOLA MIKIAVILI ،إذ حدد في كتابه الأمير كافة القوى من شانها إن تمارس سلطة على الأفراد تسمى دولا، وهي إما إن تكون جمهوريات أو إمارات[2].

هي اشتقاق من الفعل دال،دولا،أي بمعنى دار وتبدل[3]، والدولة يضم الدال ما يتداوله المتداولون، والتداول التعاقب في التصرف في الشيء، وخصها بتداول الأموال، والدولة بفتح الدال النوبة في الغلبة

[1] مهند مصطفى جمال الدين، الدولة في المنظور الفقهي،مجلة كلية الفقه،العدد 40، جامعة الكوفة،2016م،ص 30.

[2] محمد محمد جاب الله عمارة، العلوم السياسية بين الأقلمة و العولمة، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، ط1، 2003، ص30.

[3] محمد محمد جاب الله عمارة، نفس المرجع السابق، ص31.

والملك[1] والأصل البعيد لكلمة دولة State في اللغة الانجليزية،وهي الكلمة اللاتينية status وهي كلمة ذات معنى عام تدل على الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي، أو الأسلوب، فقد استعملت كلمة Status لوصف وضع اقتصادي أو اجتماعي معين، وهذه الكلمة هي أيضا الأصل اللغوي نفسه الذي اشتقت منه كلمة Statol في الايطالية و Stats في الألمانية و état في الفرنسية[2].

الفرع الثاني: تعريف الدولة اصطلاحا

عرفها بطرس غالي ومحمود خيري عيسى"بأنها مجموعة من الأفراد يقيمون بصفة دائمة في إقليم معين، وتسيطر عليهم هيئة منتظمة، استقر الناس على تسميتها الدولة[3].

الدولة هي السلطة السياسية، والقانون المنظم، وهي مجموعة من المؤسسات والأنظمة القانونية[4] ،تمتلك سلطة الإجبار ومشروعيته على مختلف الأفراد والهيئات والدولة سلسلة متصلة من الظواهر الاقتصادية التي تتجلى في تحرير الأسواق ونشر التكنولوجيا، وتوظيف الأمثل للاستثمار الأجنبي المباشر، وتحقيق التكامل بين الأسواق الرأسمالية لضمان توزيع الإنتاج المصنع عبر القارات.[5]

ولقد استخدمت الدولة على نطاق واسع في المحاسبة القومية في تصنيفها للأعوان الاقتصاديين،حيث تعتبر الدولة عن أنواع فريدة من الكيانات القانونية تنشأ بعمليات سياسية، ولها سلطات تشريعية، وقضائية، وتنفيذية على وحدات مؤسسية أخرى، والوظائف الأساسية للدولة هي :أن تتولى مسؤولية توفير السلع والخدمات للمجتمع، وإعادة توزيع الدخل والثروة بواسطة التمويل[6].

إن إنسان اليوم مرتبط أشد الارتباط بالدولة، فهي التي تمنحه الاعتراف القانوني، وكافة المعاملات التي يحتاجها في حياته من الوثائق الرسمية التي تجعله ينتمي إلى هذه الدولة أو تلك)) .فالدولة في عالمنا

[1] علي سعد الله، نظرية الدولة في الفكر الخلدوني، دار المجدلاوي، عمان، ط1، 2003، ص25.
[2] محمد محمد جاب الله عمارة، مرجع سابق، ص31.
[3] حازم الببلاوي، الديمقراطية الليبرالية، دار الشروق، بيروت، ط1، 1993، ص22.
[4] ماهر ظاهر بطرس، دور الدولة في ظل اقتصاديات السوق، دار النهضة العربية، القاهرة، ص4.
[5] عاطف السيد، العولمة في ميزان الفكر، مطبعة الانتصار، الإسكندرية، 2001، ص9.
[6] عبد المجيد قدي، مدخل إلى السياسات الاقتصادية الكلية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص8.

المعاصر هي التي تعطي الإنسان الاعترافين الرسمي والشرعي بولادته وبموته وبوجوده على الأرض))؟، ومن هنا يمكن القول: ((إن الدولة هي جماعة دائمة ومستقلة من الأفراد يملكون إقليماً معيناً وتربطهم سياسة مصدرها الاشتراك في الخضوع لسلطة مركزية تكفل لكل فرد منهم التمتع بحريته ومباشرة حقوقه))، وعرفها الأستاذ السويسري بلنتشلي ((بأنها جماعة مستقلة من الأفراد يعيشون بصفة مستمرة على أرض معينة، بينهم طبقة حاكمة وأخرى محكومة)) ، أما الفرنسي كاريه فعرفها: ((بأنها مجموعة من الأفراد مستقرة على إقليم معين ولها من التنظيم ما يجعل للجماعة في مواجهة الأخطار سلطة عليا آمرة وقاهرة .((وينظر الأستاذ بونار للدولة ((بأنها وحدة قانونية دائمة تتضمن وجود جماعة لها حق ممارسة سلطات قانونية معينة في مواجهة أمة مستقرة على إقليم محدد, وتباشر الدولة حقوق السيادة بإرادتها المنفردة وعن طريق استخدام القوة المادية التي تحتكرها)) ، والدولة في نظر الأستاذ أسمان هي: ((التشخيص القانوني لأمة ما)) ويعرفها الأستاذ هولاند: ((بأنها مجموعة من الأفراد يقطنون إقليماً معيناً , ويخضعون لسلطات الأغلبية أو سلطات طائفة منهم)) ، الرئيس الأمريكي ولسون ينظر لها ((بأنها شعب منظم خاضع للقانون يقطن أرضاً معينة)) ، ويعرفها الدكتور عبد المجيد متولي: ((بأنها عبارة عن ذلك الشخص المعنوي الذي يمثل قانوناً أمة، لأمة تقطن أرضاً معينة والذي بيده السلطة العامة))[1].

المطلب الثاني: مراحل تطور دور الدولة وإشكالها

نتطرق في هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول(مراحل تطور دور الدولة) و الفرع الثاني(أشكال الدولة).

الفرع الأول: مراحل تطور دور الدولة

الدولة ظاهرة تاريخية خاضعة للتغير، ولها مآل معين؛ بحكم التطور الاقتصادي والاجتماعي، فاختلفت نشأة تطور الدولة من مرحلة إلى أخرى، ويمكن إيجاز هذه المراحل فيما يلي:

[1] امحمد حسين نصر، مفهوم الدولة، مجلة ، المجلد الرابع عشر،العدد الاول، جامعة سبها،2015م،ص88.

بزغ عصر الدولة منذ خمسة قرون، وكان دور الدولة يتجدد من عصر إلى آخر، حيث تطلب التقدم التقني والتكنولوجي، وزيادة الإنتاجية في ذلك الوقت توسع نطاق السوق ليشمل جميع إرجاء الدولة بعد أن كان محدودا بحدود المقاطعة،فحلت الدولة محل الإقطاعية[1]، وتحقق هذا الانتقال بفعل تطور مستمر كانت عوامله الرئيسية: عوامل سياسية واقتصادية وثقافية ودينية –كاختراع الطباعة والأسلحة النارية، وتقدم الملاحة البحرية، والتوسع السكاني، وازدياد الأموال، والانتقال إلى اقتصاد التبادل، وظهور ثقافات انتقالية[2]، فأدى هذا إلى زيادة الإنتاج بفضل التقدم التقني،فدعت الحاجة إلى غزو أسواق خارجية لتصريف المنتوجات الأمر الذي تطلب بدوره إن يكون للدولة جيش قوي يمكنها من منافسة الدول الأخرى في الحصول على هذه الأسواق الخارجية الحديثة[3].

وكان بزوغ الدولة يمثل عصر الرأسمالية التجارية،وكان على الدولة إن تتدخل بفعالية في الاقتصاد القومي حديث النشأة، ولإرساء قواعد هذا الأخير كان يحتم عليها إن توحد السوق القومية، وان تزيل العقبات التي تتعرض انتقال السلع من مقاطعة إلى أخرى، وفرض سياج جمركي حول الدولة لحماية الصناعة الناشئة من منافسة دول اخرى كانت تقوم بالمهمة نفسها،[4] وتشجيع قيام الاحتكارات لتدعيم قدرتها على غزو الأسواق الخارجية، وكان التجاريون يعتقدون إن زيادة الثروة القومية هو زيادة حجم الصادرات عن الواردات وتلك مسؤولية الدولة،كما كانت تقدم الدولة القروض إلى المشروعات الخاصة بمعدل عائد منخفض، ومنح الإعانات، وتزود المشروعات بالأراضي والمباني المملوكة لها بدون مقابل أو بثمن منخفض،[5] ومن مظاهر تدخل الدولة أيضا فرض الضرائب لغايات اقتصادية واجتماعية، ومراقبة المصارف، الاستثمار المباشر لبعض المشاريع الصناعية والتجارية: كالكهرباء، والمياه...الخ[6]

[1] جلال أمين، العولمة و الدولة، بحوث و مناقشات الندوة الفكرية، العرب و العولمة، مركز الدراسات الوحدة العربية، بيروت، ط3. ص157-188.

[2] عادل زغبوب، الدولة الاتحادية، دار المسيرة لبنان، ط1، 1989، ص18.

[3] عاطف السيد، نفس المرجع السابق، ص28.

[4] عاطف السيد، نفس المرجع، ص28.

[5] ماهر ظاهر بطرس، نفس المرجع السابق، ص10.

[6] أنطوان ناشف، الخوصصة مفهوم جديد لفكرة الدولة، و دورها في إدارة المرافق العامة، منشورات الحلبي حقوقية، بيروت، 2000، ص44.

و تأسس نظام الدولة الحديث،وتبادل أعضاء هذا النظام الاعتراف في القرن السابع عشر، وكان لب هذا الاعتراف إن كل دولة هي السلطة السياسية الوحيدة التي تمتلك ارض ذات نطاق محدد، وتأسيسا على ذلك أصبحت الدولة الشكل السائد للحكم دون منازع،وكانت الدول تتمتع بالسيادة وبالتالي فقد حددت كل دولة داخل نطاقها طبيعة سياستها الداخلية، والخارجية[1].

و عليه فإن الحكومة التمثيلية أضافت شرعية على قدرة الدولة على فرض الضرائب المفروضة على الدخل والثروة لتشجيع رجال الأعمال على القيام بالاستثمار،وزيادة الإنتاج، ومحاولة الرقابة على الأسعار والأجور،[2] وبهذه السلطة المالية أتيح للدولة مد نطاق التحكم الاجتماعي بإيجاد أنظمة عامة لمقاييس التعلم والصحة العامة[3].

ثم حل عصر الثورة الصناعية، فتراجع دور الدولة من حيث التدخل المباشر في عملية الإنتاج التي أصبحت من المناسب تركها لقرارات أرباب العمل أنفسهم ،كما تراجع أيضا دورها في حماية منتجاتها من المنافسة الخارجية[4].

واتبعت الدولة في هذه الفترة سياسة الحرية الاقتصادية،ولقد رفع شعار 'دعه يعمل دعه يمر' الموروثة عن مبادئ علم الاقتصاد في أول تأسيسه،[5]كشعار المقصود منه إن تترك الدولة المنتجين وشانهم،وان تترك التجارة الدولية والداخلية حرة،لان تدخلها يعيق جهاز المنافسة والاثمان المحقق للتوازن الاقتصادي التلقائي.

فشعار "دعه يعمل دعه يمر" لا يعني عدم الحاجة إلى وجودها الدولة، بل إن وجودها يعتبر ضروري [6].

[1] عاطف السيد، نفس المرجع السابق، نفس الصفحة.
[2] ماهر ظاهر بطرس، نفس المرجع السابق، ص21.
[3] محمد محمد جاب الله عمارة، نفس المرجع السابق، ص42.
[4] جلال أمين، مرجع سابق، ص153-188.
[5] أنطوان ناشف، نفس المرجع السابق، ص45.
[6] محمد فاروق نبهان، نفس المرجع السابق، ص56.

فالدولة لم تتراجع عن التصدي لأية محاولة لرفع الأجور ولقد ظلت الدولة مخلصة لرسالتها الدائمة وهي خدمة مصالح الطبقة المسيطرة،وإنما كانت تقوم فقط بالعمل المناسب في الوقت المناسب[1].

و عندما حل عصر الاستعمار الحديث في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، والنصف الأول من القرن العشرين ،شمرت الدولة عن ساعدها،وقامت بالواجب الجديد المطلوب منها تجييش الجيوش لفتح المستعمرات الجديدة، و احتلال بلاد بعيدة والدخول في الحروب لمنع دولة اخرى من الحصول على مستعمرتها،[2] ولقد نجم عن فتحها ارتفاع ملحوظ في مستوى المعيشة،ثم رفعت الدولة يدها الباطشة على الطبقة العاملة إذ سمحت للنقابات العمالية بتحقيق انجازات ملموسة، كما أتاحت مناخا افضل للديمقراطية السياسية[3].

أما الدولة في مطلع القرن العشرين، فقد اضطرت بحكم الظروف الموضوعية الداخلية والخارجية إن تتدخل في كثير من الميادين الاقتصادية والاجتماعية هذا تأمينا للمصلحة العامة كالكهرباء، والمياه، الاتصالات اللاسلكية والسلكية...، وقد أخذ مبدأ الحماية الاقتصادية والاجتماعية يزداد انتشارا في الحياة العملية[4].

وفي ستينات القرن العشرين ،بدا مماثلا للعيان أن الدولة هي الكيان الاقتصادي والاجتماعي المسيطر، وفي واقع الأمر كانت الدولة والمجتمع مشتركي الحدود وحكمت الدولة المجتمع ووجهته بطرائق مختلفة في العالمين الرأسمالي والشيوعي[5]. لقد شهدت الدولة خلال هذا القرن تغيرا كليا في المجال الاقتصادي، إلا أن أن هذا التغير يختلف من بلد الى آخر،فدور الدولة في البلدان الغنية فارق دورها في البلدان الفقيرة والمفارقة في هذا المنحنى إن هناك عوامل عدة تحدد دور الدولة أهمها نمط توزيع الدخل[6].

[1] عاطف السيد، نفس المرجع السابق، ص28.
[2] جلال أيمن مرجع سابق، ص 153-188.
[3] عاطف السيد، نفس المرجع السابق، ص29.
[4] أنطوان ناشف، نفس المرجع السابق، ص10.
[5] عاطف السيد، نفس المرجع السابق، ص29،30.
[6] يونس بدري ، العولمة و قضايا الاقتصاد السياسي، دار الفرابي، بيروت، ط1، 2000، ص165.

الفرع الثاني: أشكال الدولة

نتطرق في هذا الفرع إلى أشكال الدولة وهي الدولة الحارسة و الدولة المتدخلة و دولة الرفاهية و دولة التحولات .

أولا:الدولة الحارسة

ظهر تعبير الدولة الحارسة والذي يشير إلى اختصار وظيفة الدولة على تهيئة المناخ المناسب للأفراد وضمن المجتمع ليمارسوا أعمالهم بحرية،ولقد رافق هذه الدعوة شيوع المذهب الفردي الذي يقود إلى تقديس حق الملكية وترك الأفراد أحرار في أعمالهم الاقتصادية،[1] لقد أسرفت الدولة في التدخل بصورة تعرقل تطورها نحو الرقي،وتضر بالروح الإنتاجية فيها،وتقضي على روح الابتكار[2].

وهي دولة تستوحي وظائفها من الفكر الليبرالي الذي يدعو الى حياد الدولة وعدم تدخلها في النشاط الاقتصادي[3].

فلقد نادى الاقتصاديون الكلاسيكيون في بريطانيا بخاصة الغاء كافة القيود التي كانت تفرضها الدولة على النشاط الاقتصادي ، وقصر وا وظائفها على الحد الأدنى اللازم في اقتصار جبايتها للضرائب على ما يمكن من تغطيته لوظائفها التقليدية الأربع- ضمان الأمن العمومي،حماية الإقليم،التمثيل الخارجي، وإقامة العدالة- وفيما عدا ذلك فيجب إن تسود الحرية الفردية في مجالات الإنتاج والاستهلاك والتجارة الداخلية والخارجية[4].

[1] منير حنيش، مناقشة جلال أمين، مرجع سابق، ص192.

[2] محمد محمد جاب الله عمارة، نفس المرجع السابق، ص43.

[3] عبد المجيد قدي، نفس المرجع السابق، ص12.

[4] عبد العزيز محمد الدخيل،تعقيب عن البيئة العالمية من منظور المشروع الحضاري نهظوي عربي، مرجع سابق، ص222.

ثانيا:الدولة المتدخلة

قد أصبحت الدولة متدخلة كما وصفها علماء الاقتصاد لاضطرارها الى التدخل في مختلف إشكال العمل والإنتاج[1].

وهي دولة غير حيادية ،تمارس النشاط الاقتصادي ،ويجد تدخل الدولة مبررا له في أطروحات التجاريين ضمان ميزان تجاري موافق وذلك بالحد من الاستيراد حفاظا على عدم خروج المعدن النفيس[2]. أو في أطروحات المدرسة الكينزية والقاضية برعاية الدولة الطلب الكلي الفعال اللازم لتحقيق مستوى معين للعمالة ،وهكذا قامت الدولة الكينزية المتدخلة بالازدهار بعد الحرب العالمية الثانية،والدافع إلى هذا الدور هو تعمير ما هدمته الحرب والرغبة في الخروج من الأزمات الاقتصادية،[3] أو في أطروحات المدرسة التاريخية القاضية بضرورة حماية الصناعات الناشئة،او في بعض الأطروحات الاشتراكية الداعية إلى توسيع نطاق الملكية العامة للقضاء على التناقض الموجود بين المصالح الخاصة والمصالح العامة[4].

ثالثا:دولة الرفاهية

قد تمت تسمية هذه الدولة بشتى الأسماء من دولة الرخاء في أوروبا الغربية،الصفقة الجديدة لهاري تومان والمجتمع العظيم لليندون جونسون،وتضمنت كلها مقادير متفاوتة من الهندسة الاجتماعية ومن تدخل الدولة في الاقتصاد القومي[5].

و من بين الاستجابات الأكثر دلالة "الكساد الكبير" في الولايات المتحدة الأمريكية إقامة ما يسمى فيها بعد "دولة الرفاهة" وهي تسمية أطلقت مع الموافقة الحدودة أحيانا ،والاستنكار في اغلب الأحيان.

[1] أنطوان ناشف، نفس المرجع السابق، ص169.

[2] عبد المجيد قدي، نفس المرجع السابق، ص12.

[3] جلال أمين، مرجع سابق، ص 153-188.

[4] عبد المجيد قدي، مرج سابق، ص12.

[5] عزيز عظمة، البيئة العالمية من منظور المشروع الحضاري، مرجع سابق، ص170.

لقد ولدت دولة الرفاهة بألمانيا في عهد الكونت اتون بسمارك 1815-1898. ففي الثمانينات القرن التاسع عشر لم يعد العمل الاجتماعي في ألمانيا نتيجة للقيود الراديكالية بشان دور الدولة ،ولقد كان الاقتصاديون الألمان معنيين بالتاريخ ولم يكن عملهم بوجه عام مصدر التحذير بشان التدخل الحكومي، ووفقا للتراث الروسي والألماني كانت الدولة تتسم بالكفاءة والنفع ،وتتمتع بمكانة عالية، وما كان يعتبر الخطر الرئيسي في ذلك العصر هو اليقظة المتزايدة للطبقة العاملة الصناعية التي تنمو بسرعة والتي تنفتح بوضوح على الأفكار الثورية ولا سيما الأفكار التابعة من مواطنها[1].

ومع عام 1945 ظهر شكل دولة الرفاه بصورة أخرى معتمدا على سياسة ميزانية نشطة وعلى التوسع في الحماية الاجتماعية، ذلك إن هذا الشكل للدولة اخذ على عاتقه مسؤولية توفير قدر من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للمواطنين،[2] حيث انتهى قهر العمال نهائيا في دولة الرفاه، وحل محله تذليل العمال والامتثال لرغبات نقاباتهم التي أصبحت من متطلبات التسويق الواسع للمنتجات ذات الزيادة المتصاعدة.[3] وضمان تحقيق درجة عالية من العدالة والمساواة مستفيدة من السيادة الديمقراطية كمؤسسات حكم ،باعتبارها القاعدة الحقيقية لأي دور فعال وسليم للدولة، والمشاركة الشعبية في الحكم، التي ما فتئت تدعم المطالب الاجتماعية[4].

إلا إن الدولة عرفت أزمتها بنهاية السبعينيات نظرا للتراجع في النمو الاقتصادي .وهذا ما جعل الدولة عاجزتة عن التكفل بمشاكل كل المجتمع[5].

رابعا:دولة التحويلات:

[1] جون كنيث جالبريث، تاريخ الفكر الاقتصادي الماضي صورة الحاضر، سلسلة كتب ثقافية شهرية، يصدرها المجلس الوطني للثقافة و الفنون و الآداب، الكويت، 2000، ص233

[2] عبد المجيد قدي، نفس المرجع السابق، ص13.

[3] عاطف السيد، نفس المرجع السابق، ص29.

[4] جلال أمين، مرجع سابق، ص153-188.

[5] عبد المجيد قدي، نفس المرجع السابق، نفس الصفحة.

وهي عبارة عن تطور سلبي في مسار دولة الرفاهية،حيث انطوت على تحويلات ليست بالضرورة من الأغنياء للفقراء ،حيث مع مرور الوقت لم يعد التركيز منصبا على حماية القطاعات الأكثر تعرضا للإخطار الناجمة عن عدم المساواة المتاتية عن النظام ،وإنما انصب الاهتمام على الاستمرار في تعويض اللذين تخلفوا عن الركب في سباق الرخاء،مع ترك القطاعات الأضعف قدرة على ممارسة الضغط السياسي على أطراف الطريق[1].

إذن فالدولة ظاهرة تاريخية خاضعة للتغير ولها مآل معين بحكم التطور الاجتماعي. ولعل اختلاف مفاهيم الدولة باختلاف وجهات نظر المفكرين ويرجع ذلك تأكيد بعضهم على أهمية عوامل أو عناصر دون غيرها،غير إن هناك سبب آخر أدى إلى وجود اختلافات كبيرة حول مفهوم الدولة وإشكالها وهي التحولا التاريخية التي مرت بها.

المبحث الثاني دور الدولة في بلورة حقوق الإنسان

كل مجتمع يخلو من ضمان الحقوق ومن فصل السلطات ليس له دستور، هكذا جاء نص المادة السادسة عشر من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في سنة 1789 ومن خلال هذا نتطرق في هذا المبحث على مطلبين المطلب الأول (ماهية حقوق الإنسان) و المطلب الثاني(الشرعية الدستورية).

المطلب الأول : ماهية حقوق الإنسان

بتتبع معنى الحق في المعاجم اللغوية نجد أن أنه ليس للحق معنى واحدا محددا بل ارتبط بعدة معاني تدور عليها في أصل الوضع اللغوي ومن خلال هذا نتناول في هذا المطلب على فرعين الفرع الأول(مفهوم الحق) الفرع الثاني(مفهوم الإنسان).

[1] عبد المجيد قدي، نفس المرجع، نفس الصفحة.

الفرع الأول: مفهوم الحق

نتطرق في هذا الفرع إلى مفهوم الحق لغة و قانونا

أولا:الحق لغة

وهو من حق الحاء والقاف أصل واحد يدلان على إحكام الشيء وصحته، وجمعه حُقوق وحِقاق.[1]

ويقال: حق الأمر حقا وحقّة وحقوقًا، صح وثبت وصدق وتجمع على حقوق وحِقاق.[2]

والحق من أسماء الله تعالى الحسنى أو من صفاته، والأمر المقضي، والعدل، والإسلام،والمال، والملك[3]والوجود، و الثابت، و الصدق، الموت، وتطلق على النصيب الواجب للفرد والجماعة[4]. ويقال الحق في اللغة: هو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره، والشيء الحق أي الثابت حقيقة، ويستعمل في الصدق والصواب.[5] وقد ترد كلمة الحق بمعنى المطابقة والموافقة،والواجب واللازم وتستعمل في الاعتقاد.

وغالبا ما كان استعمال الفقهاء لكلمة الحق بمعنى : الثبوت والوجوب والاستحقاق، وبهذا الاستعمال لم يخرجوا عن المعنى اللغوي،ولا على المعنى الشرعي الوارد في النصوص الشرعية.[6]

ثانيا: الحق في القانوني

[1] أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري،لسان العرب، دار الكتب العلمية (بيروت)،ج10، ص58

[2] الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر: مختار الصحاح، ط1995م، ناشرون بيروت- لبنان- ص167..

[3] فيروز آبادي، القاموس المحيط،مؤسسة الرسالة،بيروت، ط3، 1993، ابراهيم مصطفى وآخرون، مجمع اللغة العربية، القاهرة، دار الدعوة، استنبول، ص188.

[4]. فيروز آبادي، المرجع السابق، ص188.

[5] أبو الحسن علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني: التعريفات، وضع حواشيه وفهارسه محمد باسل عيون السود، ط2، 1420هـ- 2000م، دار الكتب العلمية، ص94

[6] إحسان سمارة، مفهوم حقوق الملكية وضوابطها في الإسلام، جامعة جرش الأهلية- الأردن- مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جوان 2005م، ص15

كان الفكر القانوني البدائي يأخذ بنظرة أحادية،وكان مفهوم القانون لدى المجتمعات البدائية والمجتمعات السياسية القديمة أنه مجموعة الأوامر التي تحدد ما هو مسموح وما هو غير مسموح به من التصرفات،وفي ظل هذه الفكرة البدائية لم يكن يوجد أي مجال لفكرة الحق.

وظل التجاهل لفكرة الحق حتى في القانون الروماني الذي لم يكن يعرف فكرة الحق إلا من خلال الدعاوى القضائية.[1] فقد اختلفت آراء رجال القانون كثيرا حول تعريف الحق وبيان مدلوله وتحديد ماهيته وذهبوا في ذلك إلى مذاهب شتى.[2] يقول الفقيه (doneau)ينبغي النظر إلى القانون باعتباره نظاما للحقوق وليس نظاما للدعاوى،فالدعوى ليست وسيلة تعطي للحق قوته وتوفر له الجزاء عند المساس به.[3]

وهكذا فقد ظهرت فكرة الحق بجانب القانون وما ترتب على ذلك من ظهور النظرية الثنائية للنظام القانوني الذي أصبح يتكون من القانون والحق.[4] وقد بلغ الاهتمام بفكرة الحق وتطورها مقابل فكرة القانون إلا أن تحديد مفهومه كمصطلح قانوني يحمل في طياته الكثير من تشعبات النظر.[5] ولتحديد المفهوم توجد ثلاثة مذاهب أساسية في تعريف الحق:

1-المذهب الموضوعي:

ويتزعمه الفقيه الألماني إهرنج (Ihring): الحق هو مصلحة مادية أو معنوية يحميها القانون.[6]

إلا أن النقد الموجه لكليهما أدى إلى ظهور مذهب حاول الجمع والتوفيق بينهما وهو ما عرف بالمذهب المختلط،ثم ظهر الفقيه دابان الذي قدّم تعريفا للحق من خلال تحديد عناصره الأساسية[1]:

---

[1] موفق طيب شريف، ، مراتب حقوق الإنسان وآليات الموازنة بينها ، دراسة مقارنة بين مقاصد الشريعة الإسلامية والقانون الدولي،رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم الإسلامية ،تخصص شريعة وقانون ، كلية العلوم والحضارة الإسلامية ، جامعة وهران،السنة الجامعية 1431هـ/2010م،2011، ص26.

[2] Paul houbier،Droit subjectifs،et situation juridiques،Dalloz ،paris1963،p07.

[3] جلال محمد ابراهيم: المدخل لدراسة القانون- نظرية الحق- ج02، ص07.

[4] موفق طيب شريف، مرجع سابق، ص26.

[5] المرجع نفسه، ص26.

[6] محمد الصغير بعلي: المدخل للعلوم القانونية، -نظرية الحق-نظرية القانون-دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، ص98.

يعرّف المذهب الشخصي الحق بالنظر إلى صاحبه على أنه: قدرة أو سلطة إرادية تثبت لشخص من الأشخاص يسمى صاحب الحق.[2] ومثلها حق الملكية على عقار أو منقول وحق الدائن قبل مدينه.[3]

كمثل حق الملكية: يخول للمالك سلطة مباشرة على الشيء المملوك تتضمن التصرف في هذا الشيء واستغلاله واستعماله وحمايته من الاعتداء عليه.[4]

وحق الدائن ـ مثلا ـ قدرة الدائن على أن يقتضي من المدين عملا أو شيئا ما كمبلغ من النقود مثلا.[5]

يعد هذا المذهب من أقدم المذاهب في تعريف الحق، ويعتبر صاحب هذا المذهب أن إرادة الحق هي العنصر الجوهري الذي يميز الحق عن غيره، لما لها من القدرة على إنشاء الحقوق وتغييرها وإنهائها.[6] ويستمد الشخص هذه القدرة أو السلطة من القانون وتعمل دائما في حدوده ولا يمنحها لنفسه. والحق مصلحة مادية أو معنوية لشخص قبل آخر يحميها القانون.[7] وفي نظر هذا المذهب كذلك: الحق استئثار أو اختصاص شخص بقيم أو بأشياء معينة استئثارا يحميه القانون عن طريق التسلط والاقتضاء بهدف تحقيق مصلحة لهذا الشخص والمجتمع جديرة بالرعاية والحماية.[8] وعلى هذا فالحق في نظر أنصار المذهب الشخصي إنما هو قدرة إرادية يخولها القانون لشخص معين ويرسم حدودها.[9] فالحق يتكون من عنصرين[10]:

[1] موفق طيب شريف، مرجع سابق، ص20.

[2] حسن كيرة، أصول القانون، ط1978م، منشأة المعارف–الإسكندرية–مصر، 556/جميل الشرقاوي: دروس في أصول القانون، ط1981م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص20/توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية، ط04، 1993م، الدار الجامعية،بيروت–لبنان–ص445.

[3] محفوظ لعشيب: المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط05- 2011م، ص83.

[4] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص99.

[5] موفق طيب شريف، مرجع سابق، ص27.

[6] شفيق شحاته،محاضرات في النظرية العامة للحق، ط1978م، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية- مصر- ص139.

[7] أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، ط1983م، دار النهضة، بيروت، ص183.

[8] بدر حاسم اليعقوب، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، ط01- 1981م، ص119.

[9] موفق طيب شريف:،مرجع سابق، 28.

[10] محفوظ لعشب ،المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط05- 2011م ، ص83.

أ–الأول: الاستئثار بشيء أو بقيمة معينة أي أن الحق يرد على الأشياء المادية سواء كانت منقولة أم عقارية، كما يرد على القيم اللصيقة بالشخص كالحق في الحرية وسلامة الجسم، أو يرد على العمل أو امتناع عن عمل يلتزم به الغير لصاحب الحق.

ب–الثاني: استئثار يحميه القانون: وتتحقق تلك الحماية عن طريق التسلط والاقتضاء، وبعبارة أخرى أن يكفل القانون لصاحب الحق مباشرة السلطات اللازمة التي تمكنه من تحقيق ذلك الاستئثار ؛ ويختلف الأمر من حيث مدى التسلط بين حق وآخر، فالحقوق المادية يمكن استعمالها واستغلالها والتصرف فيها في حين أن الحقوق اللصيقة بالشخصية تقتصر على حق الاستعمال. فالقانون هو الذي يمنح للشخص هذه القدرة، وهو يكون صاحب الحق متى كانت إرادته في حدود القانون.[1] فالحماية القانونية لا يعدوا من أن تكون أثرا من آثار وجود الحق، فهي تالية لوجوده ولا تعتبر من عناصره الجوهرية ولا من مكوناته الذاتية.[2]

2–المذهب الشخصي

يعرّف المذهب الشخصي الحق بالنظر إلى صاحبه على أنه: قدرة أو سلطة إرادية تثبت لشخص من الأشخاص يسمى صاحب الحق.[3] ومثلها حق الملكية على عقار أو منقول وحق الدائن قبل مدينه.[4]

كمثل حق الملكية: يخول للمالك سلطة مباشرة على الشيء المملوك تتضمن التصرف في هذا الشيء واستغلاله واستعماله وحمايته من الاعتداء عليه.[5] وحق الدائن ـ مثلا ـ قدرة الدائن على أن يقتضي من المدين عملا أو شيئا ما كمبلغ من النقود مثلا.[6]

[1] شفيق شحاته، مرجع سبق ذكره، ص115.

[2] موفق طيب شريف، مرجع سابق، ص32.

[3] حسن كيرة، أصول القانون، ط1978م، منشأة المعارف–الإسكندرية–مصر، 556/جميل الشرقاوي: دروس في أصول القانون، ط1981م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص20/توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية، ط04، 1993م، الدار الجامعية،بيروت–لبنان–ص445.

[4] محفوظ لعشيب: المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط05– 2011م، ص83.

[5] محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص99.

[6] موفق طيب شريف، مرجع سابق، ص27.

و يعد هذا المذهب من أقدم المذاهب في تعريف الحق، ويعتبر صاحب هذا المذهب أن إرادة الحق هي العنصر الجوهري الذي يميز الحق عن غيره، لما لها من القدرة على إنشاء الحقوق وتغييرها وإنهائها.[1] ويستمد الشخص هذه القدرة أو السلطة من القانون وتعمل دائما في حدوده ولا يمنحها لنفسه.

والحق مصلحة مادية أو معنوية لشخص قبل آخر يحميها القانون.[2] وفي نظر هذا المذهب كذلك: الحق استئثار أو اختصاص شخص بقيم أو بأشياء معينة استئثارا يحميه القانون عن طريق التسلط والاقتضاء بهدف تحقيق مصلحة لهذا الشخص والمجتمع جديرة بالرعاية والحماية.[3] وعلى هذا فالحق في نظر أنصار المذهب الشخصي إنما هو قدرة إرادية يخولها القانون لشخص معين ويرسم حدودها.[4]

الفرع الثاني: مفهوم الإنسان

الإنسان الذي خلقه الله سبحانه و تعالى مخلوق في أحسن تقويم من الناحية التكوينية ومن الناحية الفطرية وكما ورد بقوله تعالى " **لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم**[5]

يُعرف الإنسان في اللغة بأنه الكائن الحي القادر على التفكير، أو هو اسم جنس لكائن لديه القدرة على التفكير، والكلام والاستدلال بالعقل، وتُطلق كلمة إنسان لغوياً على المفرد والجمع ووفقاً لقاموس إكسفورد، فإن مفهوم الإنسان يدل على التسميات القائمة على وصف الكائن البشري أو الجنس البشري، كما ورد في قاموس كامبريدج أن مصطلح الإنسان يتم إطلاقه على مختلف الكائنات البشرية التي تعيش على الأرض، سواء كانوا رجالاً أو نساءً أو أطفالاً[6].

[1] شفيق شحاته،محاضرات في النظرية العامة للحق، ط1978م، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية- مصر- ص139.

[2] أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، ط1983م، دار النهضة، بيروت، ص183.

[3] بدر حاسم اليعقوب، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، ط01- 1981م، ص119.

[4] موفق طيب شريف:،مرجع سابق، 28.

[5] سو ة التين ، الآية رقم 4.

[6] تعريف و معنى الإنسان في معجم المعاني الجامع"، www.almaany.com، اطلع عليه يوم 2022/05/09م،على الساعة 14:17مساءا 14:17مساءا

يعرف الإنسان بأنه الموجود الذي يمتلك بطبيعته عناصر فطرية تولد معه وهي تتطلب مسيرة معينة اذا اخرج عنها خرج عن الصفة الإنسانية[1].

قالت العرب إن الإنسان يشمل الذكر والأنثى ، وهو مشتق من الانس ووزنه ((فعلان)) وهو قول اللغويين البصريين . وقيل انه مشتق من النسيان وهو قول اللغويين الكوفيين . وعلى ذلك سمي الإنسان إنسانا أما لتؤنسه وإما لنسيانه ، وهو يختص بالأخير بين الكائنات بأسم يميزه وهو اسم الانس[2]. ويطلق لفظ الإنسان في اللغة على كل فرد من أفراد الجنس البشري اما من الناحية الاصطلاحية يّعرف الإنسان بأنه كائن بشري عكس حيوان للمذكر والمؤنث ويتميز بسمو خلقه [3] .

المطلب الثاني: الشرعية الدستورية

نتطرق في هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول(تعريف الشرعية) و الفرع الثاني(تعريف الشرعية الدستورية)

الفرع الأول: تعريف الشرعية

عادة ما تعرف الشرعية بأنها مجرد "الأحقية". ولهذا السبب فان تعريف الشرعية ومفهومها مهم للتميز بين القوة والسلطة. إن الشرعية هي الصفة التي تحول القوة العارية إلى سلطة شرعية، إنها تمنح إصدار الأوامر والقيادة طابعا لواجب وليس على الخوفً رسمياً أو ملزماً، ما يضمن أن الطاعة تقوم على .وهناك العديد من التعريفات التي تناولت الشرعية ومنها: "إن كل ما هو مؤسس قانونياً أو قيما أو عقلياً هو شرعي". "الشرعية أساس السلطة وتبرير الخضوع أو الطاعة الناجمة عنها". " الشرعية تعني الحكام الذين يمارسون السلطة من خلال السياسيات العامة التي يضعونها وينفذونها بحيث تتوافق مع معتقدات المحكومين وميولهم ومشاعرهم،إن المفكرين والباحثين الذين تناولوا مفهوم الشرعية، ومهما اختلفت اتجاهاتهم ومنطلقاتهم يتفقون في التحليل النهائي على أن قبول المواطنين الطوعي بالحكومة هو الذي يجعل

[1] عامر حسن فياض ،(مقدمة منهجية في الرأي العام وحقوق الإنسان) الناشر صباح صادق ط1 ، بغداد ، 2003 ، ص76 .

[2] عامر حسن فياض،المرجع السابق،ص78.

[3] نسرين محمد عبده حسونة ، حقوق الانسان في المفهوم والخصائص والتصنيفات والمصادر ب.م.ن، 2015 ، ص 4 .

الأخيرة شرعية. بمعنى آخر أن جوهر الشرعية هو قبول الأغلبية من المحكومين لحق الحاكم في أن يحكم وان يمارس السلطة . "الشرعية تتحقق حينما تكون ادراكات النخب الحاكمة لنفسها وتقدير غالبية المجتمع لها متطابقتين وفي توافق مع القيم والمصالح الأساسية للمجتمع، وبما يحفظ للمجتمع تماسكه . "إن مبدأ الشرعية يكمن في امتثال الحكومة للقيم التي يرتكز إليها النظام التي تضمن عمله وسيرورته. وتعني أن النظام السياسي يمتثل للإجماع الشعبي ويستجيب لتطلعاته. فالشرعية قيمة سياسية بذاتها وثقافية بجوهرها. إنها متطابقة مع الأعراف والممارسات والأفكار العامة والمنتشرة في المجموعة كما ينظر إلى الشرعية بأنها هي القناعة بأن المؤسسات السياسية، رغم ثغراتها وإخفاقاتها، هي أفضل من أية مؤسسات أخرى يمكن إقامتها، مما يمنحها من حيث النتيجة الحق في طلب الطاعة والخضوع[1].

فالشرعية مفهوم يرمز إلى العلاقة القائمة بين الحاكم والمحكوم المتضمنة توافق العمل او النهج السياسي للحكم مع المصالح والقيم الاجتماعية للمواطنين بما يؤدي إلى القبول الطوعي من قبل الشعب بقوانين وتشريعات النظام السياسي. وبالنسبة إلى (ماكس فيبر) تكون الشرعية علاقة تبادلية بين الحكام والمحكومين، وذلك أنه مقابل طاعة المحكومين للأوامر الصادرة عن السلطة يقوم الحاكم بتقديم دليل على قدرته على خدمة شعبه .ويرى فيبر أن الشرعية تشير إلى الاعتقاد في "الحق في الحكم"، بمعنى آخر، يمكن وصف نظام الحكم بأنه شرعي، شريطة أن يكون شعبه مستعداً للإذعان والطاعة.بينما يعتقد (أرسطو) أن الحكم يكون شرعياً فقط عندما يعمل لصالح المجتمع ككل، وليس من اجل المصالح الأنانية للحكام. ويعتقد (روسو) أن الحكومة تكون شرعية إذا كانت معتمدة على "إرادة العامة". وحاول (دافيد بيتهام) Beetham David في كتابه "إكساب الشرعية للقوة" 1991 أن يطور مفهوما – علمياً للشرعية (وينطلق من مفهوم فيبر). ومن وجهة نظر (بيتهام) إنه يمكن اعتبار القوة شرعيةً اجتماعياً إذا استوفت ثلاثة شروط:[2]

[1] . إحسان عبدالهادي النائب، مفهوم السلطة وشرعيتها : إشكالية المعنى والدلالة، قسم العلوم السياسية ، كلية القانون و السياسية، جامعة السليمانية، 2017م،ص 76.

[2] إحسان عبدالهادي النائب،المرجع السابق،ص77.

أولا : يجب ان تمارس القوة طبقاً لقواعد راسخة، سواء كانت متضمنة في مجموعة قوا رسمية او مواثيق غير رسمية

ثانياً: يجب أن تبرر هذه القواعد من منظور المعتقدات المشتركة للحكومة والمحكومين.

ثالثاً: يجب ان يتم إثبات الشرعية بالتعبير عن الموافقة من جانب المحكومين .

وهناك جدل حول (الطرق) التي تكتسب من خلالها الشرعية "اكتساب الشرعية"، فطبقاً إلى(بيتهام) يمكن القول :إن الشرعية تمنح فقط للنظم التي تمارس السلطة وفقاً لمبادئ راسخة ومقبولة، وبشكل خاص النظم التي تحكم على أساس الموافقة الشعبية. غير أن آخرين يفترضون أن اغلب النظم تحاول اختلاق شرعية بالتلاعب بما يعرفه مواطنوها، او يفكرون فيه أو يعتقدونه وفي الواقع، قد تكون الشرعية ببساطة شكلاً من إشكال الهيمنة الايدولوجية أو السيطرة .

وأخيراً، يشير"نوبيرتو بوبيو" إلى أن"السلطة الشرعية هي السلطة ذات السند الصحيح. السلطة المشروعة هي سلطة ممارستها صحيحة. الشرعية هي الزاوية التي يقف فيها عادة صاحب السلطة . المشروعية هي الزاوية التي يقف فيها عادة الرعية. وعندما يتذرع الحاكم بالشرعية،يتذرع الرعية بالمشروعية. أن تكون السلطة شرعية، هذه مصلحة الحاكم، وأن تكون مشروعة، فهذه مصلحة الرعية.بالنسبة للحاكم، الشرعية هي التي تؤسس حقه، والمشروعية هي التي تؤسس واجبه، أما بالنسبة للرعية، على العكس، فشرعية السلطة هي أساس ومرتكز واجبه في الطاعة والخضوع، .وأخيراً، يمكن القول: إن السلطة ومشروعية السلطة هي الضمانة الأساسية لحقه في ألاَّ يضطهد "تتحرك على مفترق أو نقطة التقاء ثلاثة مجالات تشكل معايير ضرورية لتقييمها: الشرعية (مجال التمثلات)، الفعالية (مجال الواقع والنتائج) والمشروعية (مجال القانون).[1] أما مفهوم الشرعية، فيجب أن يتم تحديده من خلال علاقته وترابطه مع مفهوم الموافقة والقبول ومع شبكة المعايير التي يحصل بصددها التوافق بين أفراد المجتمع، ومع القانون الذي يعد عنصر حماية وتعميم للاتفاق حول الشرعية، التي تتمتع بقيمة سياسية خارجة عن

[1] أحمد ناصوري، النظام السياسي وجدلية الشرعية والمشروعية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية– المجلد 24 –العدد الثاني، كلية العلوم السياسية جامعة دمشق،2008م،ص354

إطار النظام القانوني، و"ترمي إلى إيجاد حل لمشكلة سياسية أساسية هي تبرير السلطة السياسية والطاعة في الوقت ذاته".[1]

الفرع الثاني: تعريف الشرعية الدستورية

تحتل النصوص الدستورية المكانة الأسمى في سلم التدرج الهرمي للنظام القانوني لأي بلد، حيث تضفي الشرعية على ممارسات السلطة وتكفل الحماية القانونية والرقابة على عمل السلطات، فكقاعدة عامة لا يجوز لأي نص قانوني أن يخالف الدستور، ونظرا للصلة الوثيقة التي تربط الدستور بقانون العقوبات الذي يمثل القانون الجنائي في الجانب الموضوعي، من خلال تنظيمه للمحور الموضوعي للقانون الجنائي الذي يشمل كل من الجرائم والعقوبات، ومدى خطورة الحقوق التي يمسها القانون الجنائي في شقه الموضوعي من الحكم بالعقوبات التي تسلب الحرية وتصادر الحق في الحياة، فإن الدول المعاصرة قد حرصت على كفالة الحقوق الجنائية الموضوعية في دساتيرها واعتبرتها مبادئ دستورية تحصينا لها من الانتهاك من جهة، وامتثالا لتوجه الإعلانات العالمية والمواثيق الدو لية الإقليمية المعنية بحقوق الإنسان من جهة أخرى، فمخالفة القاعدة الجنائية الموضوعية للمبادئ والأسس الدستورية يشكل خرقا لمبدأ السمو الدستوري، مما يؤدي إلى عدم دستورية هاته القواعد وخروجها عن الشرعية الدستورية[2].

والمشروعية الدستورية بهذا المفهوم تشترط توافر سلسلة من المقومات والمبادئ والآليات، فمن جهة تتحقق المشروعية الدستورية حين تكون الوثيقة الدستورية نفسها نابعة من توافق المواطنين وإرادة تعبيراتهم الاجتماعية والسياسية مما يعني صياغة دستور ديمقراطي شرط لازم لتأكيد شرعية أحكامه على مستوى التطبيق، فحين يتم تغييب المجتمع عن آلية وضع الدستور وإشراكه فيه بأي شكل من أشكال المشاركة تضعف حظوظ تحقيق المشروعية وتتعذر شروط تكريسها، ومن ثم فإنه وبتحقيق هذه المقومات – القانونية والفكرية — وتكاملهما يقوم بناء دستوري قوي يكون الأساس لتحقيق المشروعية الدستورية والديمقراطية .لذلك شكلت المسألة الدستورية في البلاد التي تكرست الشرعية السياسية في مجالها السياسي

[1] أحمد ناصوري، المرجع السابق،ص354.

[2] عبد الكريم بلقاضي، الأسس الدستورية للشرعية الجنائية الموضوعية،مجلة معارف للعلوم القانونية والاقتصادية ،المجلد 02، العدد 03، جامعة الجزائر- 1-، 2021م،ص 136.

رهاناً مجتمعياً على قدر كبير من الأهمية، بل إن تاريخ نضال هذه الشعوب من أجل الديمقراطية ظل تاريخ صراع واختلاف وحوار من أجل التوافق حول الوثيقة الدستورية وآليات صيانة حرمتها على صعيد التطبيق والممارسة، سواء كانت هذه الضمانات قانونية – قضائية –، أو ضمانات شعبية ممثلة في مجتمع مدني قوي ورأي عام يقظ ومستنير يستطيع أن يرغم أصحاب السلطة في الدولة على احترام الشرعية .إن مبدأ سيادة القانون هدفه سياسي يتمثل في خضوع السلطة التنفيذية للسلطة التشريعية نظراً لكون هذه الأخيرة تحتل في سلم الهيئات العامة مرتبة أعلى من تلك التي تحتلها الأولي، على اعتبار أن التشريع هو تعبير عن الإرادة العامة، أي إرادة الشعب – صاحب السيادة – والتي لا تعلوها إرادة، ومن ثم فإن نطاق مبدأ سيادة القانون يقتصر فقط على أعمال السلطة التنفيذية وإن مجاله لا يتمثل الا في النظم الديمقراطية دون التظم الديكتاتورية[1].

[1] شريف طه، المشروعية الدستورية والتحول الديمقراطي،مقال منشور يوم 25 ديسمبر 2019م،على الموقع https://eipss-eg.org ، اطلع عليه يوم 2022/05/07م،على الساعة 22:24مساءا.

خلاصة الفصل

شكلت المسألة الدستورية في البلاد التي تكرست الشرعية السياسية في مجالها السياسي رهاناً مجتمعياً على قدر كبير من الأهمية، بل إن تاريخ نضال هذه الشعوب من أجل الديمقراطية ظل تاريخ صراع واختلاف وحوار من أجل التوافق حول الوثيقة الدستورية وآليات صيانة حرمتها على صعيد التطبيق والممارسة، سواء كانت هذه الضمانات قانونية – قضائية –، أو ضمانات شعبية ممثلة في مجتمع مدني قوي ورأي عام يقظ ومستنير يستطيع أن يُرغم أصحاب السلطة في الدولة على احترام الشرعية.

.

الفصل الثاني:
الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان

تمهيد

مما لا شك فيه أن وجود الدولة أخضع أفرادها لمنهج معين تحقيقا للنظام الداخلي فيها. وعلى اعتبار أن الدستور هو الوثيقة الأسمى في الدولة ، فقد وجب الاعتراف له لسيادة على جميع تصرفاا القانونية والمادية. وهو بذلك هدف يرمي إلى حماية الأفراد و ضمان حقوقهم و حرم هذا من جهة. ومن جهة أخرى ، فإن الدستور لوسم المذكور أعلاه لم يضمن بذاته تحقيق الديمقراطية مهما وردت به من نصوص مقيدة للسلطة الحاكمة . ذلك أنه وجدت الكثير من الدساتير إحتوت على مبادئ مثالية إلا أن تطب احتوت على مبادئ مثالية إلا أن تطبيقها كان درا على أرض.

ولنتيجة كان من اللازم وجود نظام قانوني و اجتماعي متكامل ، يستطيع المحافظة على ضمان تنفيذ هذه النصوص ، لأن الشعوب حينما ردت من أجل الديمقراطية والحرية ، لم تكتف أجل الحقوق والحريات ، بل أدت بضرورة وجود ضمانات لتحقيق هذه الحقوق وتلك الحريات و جعلها حقيقة واقعية .

المبحث الأول :الدولة و الدستور لإقامة الشرعية الدستورية و حماية حقوق الإنسان

نتطرق في هذا المبحث على اتحاد الدولة و الدستور لاقامة الشرعية الدستورية لحماية حقوق الانسان وهذ ا من خلال مطلبين المطلب الأول (الأساليب الديمقراطية لنشأة الدساتير و أنواعها) و المطلب الثاني(الديمقراطية مبدأ سمو الدستور وسيادة القانون كأسس للشرعية الدستورية)

المطلب الأول : الأساليب الديمقراطية لنشأة الدساتير و أنواعها

تختلف أساليب وضع الدساتير . و رغم الاختلاف فهي تستلزم وجود سلطة تضع الدستور. ونستطيع أن نميز بين أسلوبين لوضع الدستور . من حيث مدى ديمقراطية الدستور، هناك أساليب غير ديمقراطية أو تيوقراطية ، والتي يتم وضع الدستور فيها عن طريق الحاكم . و أساليب ديمقراطية، تقوم على مشاركة الشعب في وضع الدستور

ولتوضيح المسألة سندرس الأساليب الديمقراطية لنشأة الدساتير من خلال الفرع الأول . ثم ندرس أنواع الدساتير من خلال الفرع الثاني

الفرع الأول: الأساليب الديمقراطية لنشأة الدساتير

تعد عملية إعداد الدستور مسألة جوهرية ، لأن الأمر يتعلق عداد وثيقة تدور حولها كيفيات تنظيم وتسيير الحياة السياسية و القانونية للدولة بما يتطلبه دلك من قواعد تضبط أساليب تعيين السلطات و تحديد صلاحيتها ، و علاقتها المتبادلة . فضلا عن تلك الأحكام المكرسة لحقوق الأفراد و حرياتهم الأساسية [1].

وتطرح قضية كيفية أو أسلوب إعداد الدستور على المجتمع برمته . لأن من خلال هذه الكيفية تبرز طبيعة النظام السياسي في الدولة ومدى دور المواطنين في تسيير الشؤون العامة فيها . حيث تتلخص كيفية إعداد الدساتير بطريقة ديمقراطية في أسلوبين هما ، أسلوب الجمعية التأسيسية و هو ما سنتناوله في المقام الأول . و أسلوب الاستفتاء الشعبي وهو ما سنتناوله في المقام الثاني

[1] إبراهيم درويش، القانون الدستوري والنظرية العامة والرقابة الدستورية ، دار النهضة العربية ، القاهر ة ، 2004 ، ص 119.

أولا: أسلوب الجمعية التأسيسية

لقد أصبح إعداد الدستور من قبل الجمعية التأسيسية تقنية عالمية ، نظرا لما لها من مزايا وما توفره من فعالية ومصداقية للدستور . أين تكون محددة زمنيا لمهمة التي كلفت بنجازها . وعلى هذا فالجمعية التأسيسية يمكن أن تظهر بكيفيات عديدة و مختلفة ، و التي يمكن إجمالها في كيفيتين رئيسيتين إما لنظر إلى شكلها أو إلى مدى سلطتها[1].

1– **الجمعية التأسيسية المحددة زمنيا** : إن مثل هذه الجمعية تنتخب خصيصا لإنجاز مهمة واحدة ، وهي إعداد مشروع الدستور . وهي لتالي تعتبر مؤسسة عرضية . ومن أمثلة هذه الجمعيات (مؤتمر فيلادلفيا) التي أعدت وصاغت الدستور الفيدرالي للولات المتحدة الأمريكية سنة 1787 ، الذي جاء معبرا عن رغبة ممثلي الشعب الأمريكي) المنعقدين في شكل مؤتمر) في إقامة إتحاد كامل يضمن فيه العدل والحريات

و لنتيجة فإن هذا النوع من الجمعية التأسيسية المحددة لغرض يلجأ إليه عادة في حالة الدولة إبتداءا كحالة الولايات المتحدة الأمريكية . أو في حالة تغير النظام السياسي جذر ، كما حدث في فرنسا سنة 1791 . حيث سجل دستور هذه السنة قطيعة مع النظام الفرنسي القديم .

2–الجمعية التأسيسية و التشريعية:

إن اللجوء إلى هذا النوع من الجمعيات متوافر أكثر من استعمال النوع الأول المذكور أعلاه .

إذ لرجوع إلى السوابق المسجلة في كثير من الدول ، نلاحظ مدى أتساع اختصاصات الجمعية التأسيسية والتشريعية هذه بحيث تكفلت أساسا عداد مشروع الدستور والتصويت على القوانين العادية ، فضلا عن تنظيم الحكومة (تعيين رئيس الحكومة و الموافقة على تشكيلته الحكومية) .

بعبارة أخرى فإن الجمعية التأسيسية والتشريعية تتولى مصير اتمع و قيادته . هذا و لقد كان هذا الأسلوب شائعا في الحياة السياسية والدستورية الفرنسيين ، وذلك مند عهد الثورة . حيث ظهرت أول جمعية سيسية من هذا النوع عام 1789ثم الجمعية المعروفة بـ La convention سنة 1792. كما

[1] أين تتولى الجمعية التأسيسية التي يقوم الشعب انتاجها أو اختيارها من قبل السلطة المختصة بوضع الدستور .والذي يعد فذا و ملزما بعد إقرار الجمعية التأسيسية له دون حاجة للعرض على أية سلطة أخرى

أعتمد هذا الأسلوب أيضا في سنتي 1946 _ 1945في فرنسا . وبنفس الأسلوب ظهر دستور إيطاليا سنة 1948 والدستور اليوناني 1975.

ثانيا:أسلوب الإستفتاء الشعبي

يفترض هذا الأسلوب ، أن يقوم الشعب أو يشترك بنفسه في مباشرة السلطة التأسيسية و هو أسلوب الإستفتاء الشعبي . والواقع العملي يثبت أنه أسلوب ، يستخدم في غرضين أساسيين هما [1]:

1–أخذ رأي الشعب في مسألة جوهرية يترتب عليها وضع الدستور ،كما حدث لنسبة للإسفتاء الشعبي الذي تم في اليونان بشان إعادة النظام الملكي سنة 1946 . وكذلك استفتاء الشعب الإيطالي في إعلان النظام الجمهوري سنة 1947.

2– أخذ رأي الشعب في إقرار أو عدم إقرار مشروع الدستور الذي وضعته جمعية تأسيسية نيابة عنه ،كما حدث لنسبة لدستور فرنسا سنة 1792 ، وكذلك دستورها سنة 1946 و كذلك الشأن لنسبة لدساتير الولايات المتحدة الأمريكية خاصة دستورها الإنجليزي.

الفرع الثاني أنـواع الدساتير

قد تتفق الدساتير عادة في معظم الموضوعات التي تتضمنها كقيم للمجتمع المعين التي نشأت في الدساتير و النظام السياسي و علاقات السلطات ببعضها و حقوق الأفراد وحرم. بيد أن هذه الدساتير تختلف من حيث المصدر أساسا . فقد يكون المصدر ، المشرع الدستوري ، و قد يكون العرف. ولنتيجة توجد الدساتير المدونة و غير المدونة و هذا ما سنتناوله في المقام الأول . كما تتنوع الدساتير من حيث مدى إمكانية تعديلها. و لنتيجة توجد الدساتير الجامدة المرنة وهذا ما سنتناوله في المقام الثاني [2].

أولا: من حيث المصدر: الدساتير المدونة و الدساتير غير المدونة [3]

فمن حيث معيار المصدر تنقسم الدساتير إلى دساتير مكتوبة أو مدونة ودساتير عرفية . و المقصود لتدوين هنا التدوين لمعنى الفني أو الرسمي . ومن ثم فالدستور يعتبر مدو إذا كان مسنونا وصدر في شكل وثيقة أو عدة و ئائق . أما الدستور غير المدون فهو الدستور الذي يستند في أحكامه من غير طريق

[1] إبراهيم درويش ، مرجع سابق، ص31.

[2] السيد صبري ، مبادئ القانون الدستوري، مكتبة عبد الله وهبة ، الطبعة الرابعة ، القاهرة ، 1949 ،ص 221 .

[3] إبراهيم درويش ، المرجع السابق32.

المشرع الدستوري ، أي لم يصدر في شكل مسنون من قبله والدساتير المدونة هي الغالبة الآن في القانون الدستوري بينما تقلصت الدساتير غير مدونة .

ثانيا: من حيث مدى إمكانية التعديل الدساتير المرنة و الدساتير الجامد

يتفق الفقهاء على أن الدستور المرن هو الذي لا يتطلب إجراءات خاصة لتعديله . فالدستور المرن هو الذي يمكن تعديله لطريقة التشريعية العادية بواسطة المشرع العادي ، وتباع ذات إجراءات التشريع العادي وعن طريق السلطة التشريعية التي تتولى سن و تعديل القوانين العادية و يترتب على ذلك أنه ليس هناك حاجة لإتباع إجراءات خاصة لتعديل الدستور ، و إنما تتولى هذه المهمة السلطة التشريعية التي تقوم بوضع و تعديل التشريعات العامة .

أما الدستور الجامد فهو الدستور الذي يتطلب في تعديله و لوج إجراءات خاصة أشد من إجراءات تعديل التشريع العادي .

ومن ثم فإن هناك إجراءات و شروط أكثر تعقيدا و أشد صعوبة يجب إتباعها حين الرغبة في تعديل الدستور الجامد ، بمعنى أنه لا يمكن تعديل الدستور الجامد بقانون عادي[1].

والهدف من وراء جمود الدساتير ، هو تحقيق نوع من الثبات و الاستقرار حتى تستقر أحكامه و تكون بمنأى عن التبديل و التعديل و التغيير المستمر . ولتحقيق ذلك تستهدف الوثيقة الدستورية النص على اشتراط تنظيم خاص يجعل تعديل الدستور أمرا عسيرا . وكلما رغب المشرع الدستوري في توفير قدر أكبر من الاستقرار و الثبات للدستور ،كلما تشدد في شروط تنظيم إجراءات تعديله . ومن ثم هدف بعض المشرعين الدستوريين إلى حظر تعديل الدستور و إعتبروا أن هذا الحظر ضمان لاستقراره و ثباته .

لذلك فإن الدساتير الجامدة وإن تعددت وتنوعت فأنها في الحقيقة دف إلى كفالة الاستقرار لنفسها إما بواسطة حظر التعديل أو جازية بشروط خاصة .

وهذا ما يدفع بنا إلى القوله توجد أنواع للدساتير الجامدة ، فمنها ما يحظر التعديل و يظهر هذا الحظر هنا بنوعيه الزمني و الموضوعي ، ومنها التي تجيزه ولكن إجراءات وشروط خاصة [2].

[1] إبراهيم درويش، المرجع السابق ص 131.

[2] Marcel Prelot, instituions politiques et droit constitutionnel,1968 p255.

مما سبق عرضه نخلص إلى أن الدستور لا يضمن بذاته تحقيق الديمقراطية مهما ورد به من نصوص مقيدة للسلطات الحاكمة ، إذ لا بد من وجود نظام قانوني و اجتماعي متكامل يستطيع المحافظة على ضمان تنفيذ هذه النصوص والأهم من كل ذلك أن الشعوب المختلفة ومن خلال ثوراتها المتنوعة وحتى تعيش في كنف الديمقراطية و الحرية لم تجعل من صراعها من أجل الحقوق والحريات هدفها المنشود فحسب ، بل سعت لتجسيد ضمانات لتحقيق الحقوق والحريات و جعلها واقعا معاشا[1].

المطلب الثاني: الديمقراطية مبدأ سمو الدستور وسيادة القانون كأسس للشرعية الدستورية

نتطرق في هذا المطلب حول النظم الاجرائية للدستور وهذا من خلال فرعين

الفرع الأول(النظم الإجرائية الجزائية و تحقيق الموازنة بين فاعلية العدالة الجنائية و ضمان الحرية الشخصية وسائر حقوق الإنسان المتصلة) و الفرع الثاني (إختيار النظام الإجرائي الجزائي الأنسب تحقيقا للشرعية الدستورية و حقوق الإنسان)

الفرع الأول: النظم الإجرائية الجزائية و تحقيق الموازنة بين فاعلية العدالة الجنائية و ضمان الحرية الشخصية وسائر حقوق الإنسان المتصلة

من المهم بداية ، الإشارة إلى أن التطور التاريخي للحق في العقاب أثر بصورة واضحة في النظم الإجرائية الجزائية المعاصرة وما تضمنته ، سواء من حيث طرفي الحق في العقاب أو من حيث من يتولى اقتضاءه . ويظهر ذلك جليا من خلال سعي الدول على اختلاف بينهما الاجتماعي و القانوني إلى اختيار النظام الإجرائي الجزائي الأمثل لاقتضاء حقها في العقاب . وسعي بعض منها إلى الجمع بين سلطتي التحقيق و الإتهام أو بين سلطتي الاتهام و الحكم في يد شخص إجرائي واحد . كذلك تقرير حق المضرور من الجريمة في تحريك الدعوى العمومية ، رغم أن حقه مدني بحث . و في سياق شبيه نجد تعليق المشرع اقتضاء الدولة لحقها في العقاب على ضرورة القيام إجراءات معينة ، كالشكوى و لشكوى

[1] وفي هذا المنوال ير ى الأستاذ محمد أنس قاسم جعفر أن : " السلطات التأسيسية تضع في الدستور من النصوص ما يضمن تنفيذه . و يظهر هذا في مبدأ الفصل بين السلطات ، الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية . كما يظهر أيضا في الرقابة على دستورية القوانين " . للتفصيل في ضمانات تنفيذ القواعد الدستورية

و الإذن و الطلب ناهيك عن ظهور مسألة توزيع الاختصاص عند ممارسة اقتضاء حق الدولة في العقاب على أكثر من شخص إجرائي [1] .

إن ربط النظم الإجرائية الجزائية المختلفة من حيث مضمون كل نظام منها فيما يخص مسألة مدى تحقيق كل واحد منها للموازنة المطلوبة بين فاعلية العدالة الجنائية وضمان الحرية الشخصية وسائر حقوق الإنسان المتصلة في نسق يخدم الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان تأصيلا و تفصيلا من جهة.

و تعبيرا عن عمق الدولة القانونية المعنية داخل المجتمعات الديمقراطية المختلفة من جهة أخرى .

وحتى نقف عند معاني حقيقة هذه المسألة ، نفصل في مضمون كل نظام إجرائي جزائي انطلاقا من حيث فكرته ، مرورا بتطوره التاريخي وصولا و انتهاء بتقييمه . أين نتناول النظام الإتهامي في المقام الأول ثم نظام التحري و التنقيب في المقام الثاني ثم النظام المختلط في المقام الثالث

أولا : النظام الإتهامي:

34 يعتبر النظام الإتهامي من أقدم الأنظمة الإجرائية التي عرفتها المجتمعات البشرية في مجال اقتضاء الحق في العقاب . ولبحثه سنوجز فكرته و تطوره التاريخي ونقده وفق الأتي:

1_ فكرة النظام الإتهامي:

هو نظام إجرائي يقوم أساسا في تنظيمه للإجراءات الجزائية على تصور معين للخصومة الجنائية أين تعتبر هذه الأخيرة وفق تفصيلاته نزاعا شخصيا بين خصمين ، يتم فضه أمام شخص محايد من خلال إتباع إجراءات معنية [2].

ويتميز النظام الإتهامييجملة من الخصائص ، منها كون الدعوى العمومية تعتبر ملكا خالصا لشخص

المجني عليه أو لوالديه أو أنها ملك للمجتمع ، لمجتمع . ومن ثم يظهر الاتهام بنوعين ، فردي وهو الممنوح للمجني عليه أو لوالديه، أو لوالديه . و شعبي وهو الممنوح لأي فرد في المجتمع وفي الاتهامين ليس للقاضي سوي الدور السلبي إذ لا يمكنه نظر الدعوى العمومية بدون هذين ومن الخصائص أيضا أن

[1] للتفصيل في التطور التاريخي للحق في العقاب و دوره في النظم الإجرائية المعاصرة أنظر : _ عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، تأصيل الإجراءات الجنائية ، دار الهدى للمطبوعات ، القاهرة ، 2004

[2] أحمد فتحي سرور الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في قانون الإجراءات الجنائية، مجلة مصر المعاصرة ، 198 ،ص 83 .

دور المنوط لقاضي واعتباره سلبيا ، فإنه يقتصر فقط على إدارة المناقشة و توجيه سير الإجراءات دون التدخل فيها أمام حجج الخصوم و ليس له إتحاد أي إجراء لكشف الحقيقة و له فقط أن يحكم وفق الحقيقة المقدمة له من قبلهم المبنية على مهارة الخصوم في شرح الحجج على أن تتم المناقشة بصورة علنية و شفويةو على قدم المساواة [1].

2-التطور التاريخي للنظام الإتهامي :

لقد ظهرت ملامح النظام الإتهامي عند اليونان و في الرومان و لدى الجرمان وفي عهد الإقطاع أين تم توحيد الإجراءات في القضائيين الجنائي و المدني . تمثلت في مناقشة بين خصمين تتميز بالعلانية الشفوية والشكلية ، يوجه فيها ممثل الإتهامي طلبه بصوت قوي و بعبارات شكلية معينة . على أن يجيب المتهم عليها في ذات المكان . وإذ سكت فيعتبر ذلك اعترافا لتهمة وهو أحسن الأدلة . و يدعو فيها ممثل الاتهام المتهم إلى المبارزة القضائية بوصفها دعوة إلى الحكم الإلهي في النزاع ، أو أن يثبت دعواه بشهادة شاهدين ما لم يتهمهما المتهم بشهادة الزور . وكل هذه الإجراءات تتم وفقا لمراسيم معينة [2].

3-تقد وتقييم النظام الإتهامي

ينطلق نقد وتقييم النظام الاتهام أساسا من مسألة ما يقدمه من ضمان للحريات و الحقوق الفردية كمساواة الخصمين أمام القاضي و سيادة مبادئ علنية الجلسة و شفوية المرافعات و الحضور وحرية الإثبات الإثبات وحق الدفاع و حياد القاضي . وهي مبادئ تكفل احترام الحرية الشخصية للمتهم . أما من حيث فاعلية العدالة الجنائية ، فهولا يكفل الإجراءات الصحيحة للكشف عن الحقيقة طالما أن القاضي وفق هذا النظام مجرد دور سلبي . و الحقيقة المنشودة من قبله محصورة فقط بين الخصوم وما يقدمونه من حجج

[1] J.C. Soyer, procédure pénal, Paris, 198.

[2] تطور هذا النظام في حالة امتناع المجني عليه من توجيه الاتهام . أين سمح بمحاكمة المحبوس بعد موافقته بدون ممثل الاتهام اعتمادا على شهادة المحلفين بعد دية اليمين . لمزيد من التفصيل في التطور التاريخي للنظر :

p 47. 1969Eismein, Histoire de la procédure criminel,en France , paris, éditio-35

ثانيا : نظام التحري و التنقيب

هو نظام إجرائي ظهر في خضم التغييرات السياسية التي أدت إلى تقوية السلطة المركزية للدولة عبر مختلف العصور ، و بذلك فقد قام على فكرة مغايرة لفكرة النظام الإتهامي . ولبحثه سنوجز فكرته و تطور36 التاريخي و نقده وفق الأتي:

1–فكرة نظام التحري و التنقيب:

بمغايرة الفكرة التي يقوم عليها النظام الإتهامي ، فإن الفكرة التي يقوم عليها نظام التحري ونقيب ذلك أن الخصومة الجنائية إذا كانت في النظام الإتهامي هي نزاع شخصي بين المتهم و ممثل الإتهام سواء كان المجني عليه أو غيره ، فإنها في ظل هذا النظام خلاف ذلك . فهي مجموعة من الإجراءات تهدف إلى كشف الحقيقة لإقرار سلطة الدولة في توقيع العقاب و المتهم بها ليس طرف فيها

ولا يملك حقوقا إجرائية خاصة به ، بل هو مجرد جهة تتخذ تجاهه إجراءات و يخضع بذلك لسلطة المحقق دون أن تكون له فرصة للاتهام في جمع الأدلة [1].

ومن خصائص هذا النظام ، نجد أن الدعوى العمومية لم تعد ملكا للمجني عليه أو غيره بل هي ملكا للدولة يباشرها نيابة عنها جهازا خاصا.

ومن الخصائص أيضا الدور الإيجابي المنوط بالقاضي ، أين يختص هذا الأخير بالكشف عن الحقيقة المطلقة عما يقدمه المتهم أو ممثل الاتهام وهي بذلك حقيقة غير مقيدة بطلبات الخصوم وحججهم فكان للقاضي سلطة إيجابية في جمع الأدلة في سرية وبالكتابة و في غير حضور الخصوم . ومن الخصائص كذلك إقامة الإثبات على الأدلة القانونية بما قيد سلطة القاضي في حمله على الاقتناع مما أدى إلى إباحة استعمال الإكراه ضد المتهم لحمله على الاعتراف .

2_التطور التاريخي لنظام التحري و التنقيب:

يظهر نظام التحري و التنقيب أول ما ظهر في القانون الروماني بعصر الجمهورية ، أين كانت إجراءاته مقتصرة على الجرائم التي يتهم فيها الأرقاء ، ليمتد إلى محاكمة ارمين الرومان المنتمين إلى عامة الشعب .

[1] أحمد فتحي سرور ، مرجع سابق ص 87.

كما طبقته الكنسية في العهد الكنسي ، و طبقته المحاكم بفرنسا في العهد الملكي [1]ومن خصائص نظام التحري و التنقيب عند نشأته و قبل أن يطرأ عليه التعديل ، أن تحريك الدعوى العمومية و مباشرتها ، كان منوطا بهيئة عامة ولا تترك للأفراد . مع تحديد أدلة الإثبات مسبقا حتى يحد المشرع من تعسف القضاة بغض النظر عن اقتناعهم بالبراءة .

كما أن العقوبة تدرج تبعا للأدلة كما وكيفا ومن الخصائص أيضا تصدي القاضي لكل جريمة يعلم بها شخصيا ، حيث ظهر كما أسلفنا نظام يعرف بنظام الإتهام القضائي أو التلقائي ، و الذي تطور فيما بعد ليصبح النظام الإتهامي العام . كما للقاضي الدور الإيجابي في الخصومة الجنائية ، حيث يتعقب الأدلة و يوجهها و يوجه التحقيق أمامه كشفا عن الحقيقة . ومن الخصائص كذلك ظهور هيئة عامة تتولى الإتهام بعد تحريك الدعوى العمومية وهي النيابة العامة ، [2]أين اختل تبعا لذلك مركز المتهم ، و أضحى لهذا الأخير حقوقا تقابلها حقوق سلطات للنيابة . و بذلك تميزت سلطة هذه الأخيرة أثناء مباشرة اقتضاءها للحق في تسليط العقوبة تيان الإجراءات في سرية ، وعن طريق الكتابة ، و في غياب المتهم سواء بمناسبة إجراء التحقيق الابتدائي أو حتى النهائي أمام المحكمة[3].

الفرع الثاني: دور النظم الإجرائية الجزائية المختلفة في تحقيق الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان

إن المهم التسليم ن قانون الإجراءات الجزائية ، إنما هو تفصيل لما قام الدستور بتأصيله عبر المبادئ التي تضمنها . وهو ذا الوصف يعتبر تكريسا للنظام الإجرائي المتبع أثناء تحقيق الموازنة بين فاعلية العدالة الجنائية و ضمان الحرية الشخصية ، سواء تعلق الأمر لنظام الإتهامي أو نظام التحري و التنقيب أو النظام التحري وحتى نقف عند حقيقة دور النظم الإجرائية الجزائية المختلفة في تحقيق الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان ، لا بد من الوقوف لبحث في المقام الأول في علاقة الشرعية الدستورية بقانون

[1] أحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ،ص 89.

[2] _ Merl et Vitu, op cit, p 130 et S. _ A- Eismein, op cit,p68.

[3] سليمان بارش ، محاضرات في شرح قانون العقوبات الجزائري،القسم الخاص،دار البحث للطباعة والنشر،قسنطينة- 1-ص 37.55

الإجراءات الجزائية .وفي المقام الثاني لابد من الوقوف عند الدور المنوط سواء لدستور أو لقانون في تحديد النظام الإجرائي الجزائي المعين .

أولا: علاقة الشرعية الدستورية بقانون الإجراءات الجزائية

إن حماية وضمان حقوق الإنسان وفق مقتضيات العلاقة التي تجمع الشرعية الدستورية بقانون الإجراءات الجزائية ، يمكن ملامستها بصورة عملية من خلال رصد جملة المبادئ الدستورية كعامل في تحديد شرعية الإجراءات الجزائية . حيث تتطلب تلك المبادئ عدم جواز إتحاد أي إجراء إلا بقانون هدا ن جهة أولى. ومن جهة نية فإن المبادئ المنوه ا تعدد لقانون الإجراءات الجزائية تفاصيله ، التي يجب أن يسود تجسيدا لها . ومنها على سبيل الحصر لا الذكر ، الحرص على إحاطة المخاطبين حكام قانون الإجراءات الجزائية بقرينة البراءة ، و كفالة ما له من ضمانات تخص المحاكمة الجزائية . و تضفي عليها تسمية المنصفة و العادلة . أما من جهة لثة فإن الجهات القضائية المنوط ا مهمة وضع الإجراءات الجزائية موضع التطبيق الفعلي يجب أن تؤدى مهمتها تلك في ظل المبادئ المؤطرة للقضاء كضمانة دستورية حامية لحقوق الإنسان و حرية ومنها الحرية الشخصية و سائر حقوق الإنسان المتصلة بها

ثانيا: دور الدستور و النظام القانوني في تحديد النظام الإجرائي الجزائي الملائم :

إن البحث عن نموذج قانوني معين لكل دولة ينظم إجراءاتها الجزائية ، أمرا متروكا لظروفها . أين تلعب العوامل الثقافية والاجتماعية ، ناهيك عن الخبرات التاريخية ، وكذا المركز الاقتصادي والمالي الدور المركب في إجادة الاختيار [1] و بالموازاة يلعب الدستور والنظام القانوني القائم بها الأدوار المهمة.

ففي حين يقوم الدستور بواسطة ما له من تأثير ، من خلال الشرعية الدستورية في تحديد شكل هذا النظام المتأثرة بدورها لدور المركب المنوه به أعلاه ، انطلاقا من جعلها القيمة المطلقة المنشودة للحرية الشخصية و سائر حقوق الإنسان المتصلة ،كان النظام الإجرائي الملائم هو ذلك النظام الذي يحدث تواز مقبولا بين فاعلية العدالة الجنائية و ضمان الحرية وسائر حقوق الإنسان المتصلة. وكلما لعب النظام القانوني الأدوار المنوطة به في سياق متصل ، كلما ظهرت بصامته في تحديد النظام الإجرائي الجزائي الملائم . حينها تتجسد الأولوية في انتهاج النظام لنسبة لتلك الأنظمة التي تقسم المحاكم محاكمة

[1] أحمد فتحي سرور ،المرجع السابق ص 115.

إلى مرحلة الإدانة وفقا لقناعة المحلفين ثم مرحلة تحديد العقوبة المناسبة على أن انتهاج النظام الإتهامي يزدهر في الدول التي تحوز على جهة اتهام قوية بصلاحيتها[1].

المبحث الثاني : حماية حقوق الإنسان بين مبدأ سمو الدستور ومسألة الرقابة على دستورية القوانين

إن الدستور اعتباره تجسيدا لإرادة المجتمع في كيفية تنظيمه و تسيير مؤسساته من جهة أولى . وبصفتة القانون الأسمى في الدولة من جهة نية . و لهذين الاعتبار و جب أن تتقيد حكامه جميع السلطات ، و أن تكون القوانين الصادرة في الدولة منسجمة في أحكامه ، و ألا تتعارض.

وفي هذا المبحث سندرس مبدأ السمو الشكلي و السمو الموضوعي للدستور و مسألة حماية حقوق الإنسان من خلال المطلب الأول . ثم ندرس فكرة الرقابة على دستورية القوانين ومسألة حماية حقوق الإنسان التي جاءت كنتيجة حتمية لمفهوم سمو و تدرج التشريع كأحد ضمانات الهامة لتطبيق الدستور وقواعده حماية لحقوق الأفراد و حرم من خلال المطلب الثاني

المطلب الأول : مبدأ السمو الشكلي و السمو الموضوعي للدستور و مسألة حماية حقوق الإنسان

إن الحديث عن فكرة سمو الدستور لا ينبغي أن يلهينا عن جوهر المسألة المتمثل في أن علوية الدستور لا ستجسد في صورا الحقيقية إلا في المجتمعات التي تكون الدساتير فعلا انعكاسا لإرادة الأغلبية في كيفية تنظيم الدولة و تسيير الشؤون العامة بما يخدم مصالح المحكومين . و انطلاقا من هذه الفكرة السياسية قيل أن الديمقراطية المنظمة ظهرت في شكل الدساتير المعبرة عن إرادة الشعوب ، التي تعتبر سند ند السلطة السياسية في المجتمع.

ولا شك أن وجود الدستور والاعتراف له لسيادة على جميع تصرفات الدولة القانونية والمادية إنما هو هدف يرمي إلى حماية الأفراد و ضمان حقوقهم و حرم ضد احتمال اعتداء وتحكم سلطات الدولة ،

[1] أحمد فتحي سرور ،المرجع السابق ص 39.116

غير أن مثل هذا الهدف قد لا يتحقق ولا جدوى منه إذا لم يتسم لتفوق و السمو على السمو على جميع مؤسسات الدولة. لتوضيح المسألة وجب دراسة مبدأ تفوق الدستور و سموه من الناحيتين الشكلية من خلال الفرع الأول و الموضوعية من خلال الفرع الثاني .

الفرع الأول: مبدأ السمو الشكلي للدستور

يتمثل السمو الشكلي للدستور في أن يشترط لإمكان تعديل أحكام الدستور إجراءات خاصة أشد من تلك المتطلبة لتعديل أحكام القانون العادي . و بذلك خذ القواعد الدستورية مكانتها التي تليق بموضوعها و تعتلي قمة التدرج القانوني في الدولة ،[1] و يطلق على الدساتير التي تنتهج هذا المنهج إصطلاح الدساتير الجامدة ، و في هذه الحالة فقط يمكن التمييز بين النصوص الدستورية و القوانين العادية . ويكون حينئذ لهذا التمييز أثر هام ، حيث لا يمكن للبرلمان أن يمس من أحكام الدستور تعديلا

ومن باب أولى إلغاءا ، وعكس ذلك يعد هدما لقيمة الدستور و تفوقه في النظام القانوني للدولة من جهة و التقليل من أهمية السلطة المؤسسة من جهة نية ، الأمر الذي يؤول إلى إنهيار التدرج القانوني الذي يميز الأنظمة القانونية للدولة ذات الدساتير الجامدة ، حيث تحتل هذه الأخيرة قمة الهرم القانوني ، ثم تأتي القوانين العادية ، ثم اللوائح و هكذا [2].

الفرع الثاني: مبدأ السمو الموضوعي للدستور

يعد الدستور لنسبة للدولة قانونها الأساسي المتضمن لفلسفتها السياسية الاقتصادية والاجتماعية ولنتيجة فهو يشكل في ذات الوقت سند شرعية السلطات في الدولة ، فالهيئة الحاكمة في ظل هذه الدولة لا تمارس السلطة سمها هي، وإنما تؤدي وظيفة أسند إليها الدستور . وفي هذه الحالة فقط تكون تصرفات الهيئة الحاكمة معبرة عن الإدارة العامة [3].

[1] ماجد راغب الحلو، النظم السياسية و القانون الدستوري ، دارا لجامعة الجديدة ،الإسكندرية 1999،ص 15.

[2] ماجد راغب الحلو، المرجع السابق ،ص 16.

[3] المرجع السابق ،ص 433.

المطلب الثاني : الرقابة على دستورية القوانين و مسألة حماية حقوق الإنسان

يفرض الدستور قيودا على النظام السياسي في الدولة ، حيث لا تتجاوز سلطتها الحدود التي حددها الدستور . ولا تتدخل سلطة في أعمال سلطة أخرى ، أو تطغى إحداها على الأخرى ، و إنما تعمل جميع السلطات بشكل متعادل و متوازن من اجل تحقيق وظيفة الدولة و كفالة الحقوق والحريات العامة للأفراد ، والدستور بصفته القانون الأسمى في الدولة يتطلب ضمانات لحمايته حتى يشعر الجميع بضرورة تطبيقه ميدانيا من جهة ، وعدم مخالفة إرادة السلطة المؤسسة في أحكام الوثيقة الدستورية [1]من جهة أخرى. ومن أوجه ضمانات تحقيق الدستور في واقع الحياة في الجماعة السياسية ، ما إستقرت عليه النظم الدستورية من تقرير رقابة دستورية القوانين كوسيلة قانونية فعالة لضمان الالتزام لحدود الدستورية والمبادئ ولتوضيح المسألة سندرس نظام الرقابة على دستورية القوانين من خلال الأسس التي قام عليها في مجال كفالة احترام الشرعية الدستورية كضمان لحقوق الإنسان من خلال الفرع الأول ، ثم نوضح أشكال الرقابة الدستورية ومدى ضمانات لحقوق الإنسان من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول: أسس الرقابة على دستورية القوانين لكفالة احترام الشرعية الدستورية ولضمان حماية حقوق الإنسان

إن نتناول في المقام الأول الأسس الفلسفية التي قام عليها نظام الرقابة على دستورية القوانين بشكل عام ، ثم نتناول في المقام الثاني الأسس القانونية التي قام عليها هذا النظام القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية بشكل خاص .

أولا: الأسس الفلسفية للرقابة على دستورية القوانين

تستند الرقابة على دستورية القوانين على عدة أسس فلسفية هي:

1-_حماية النظام الديمقراطي وسيادة القانون:

[1] Andre Hauriou, droit constitutionnel et institutions politiques, 1968, p .282

ظهرت الحاجة إلى الرقابة القضائية على دستورية القوانين بعد إندحار النظم الدكتاتورية .ففي الديمقراطية يعتبر القانون عملا (مقدسا) تتوافر فيه قيمة المشروعية التي لا يجوز المساس. إلا أن الدروس المستفادة من تعسف النظم النازية و الفاشية ، أدت إلى البحث عن وسيلة لحماية القانون لا من بطش السلطة التنفيذية فحسب ، وإنما من تحكم السلطة التشريعية أيضا .

ويتطلب أن تنسحب الصفة (المقدسة) للقانون إلى الدستور نفسه ، بحيث يصبح هذا الأخير القانون الأساسي لكل القوانين . وقد بدأ تطور هذه الفكرة في ألمانيا وإيطاليا مند الخمسينات بعد نهاية الحرب العالمية الثانية ، ثم انتقلت إلى فرنسا و إسبانيا ، لذلك أصبحت الرقابة القضائية على دستورية القوانين إحدى وظائف النظام السياسي حين تتوافر على الأغلبية البرلمانية المستقرة المستمرة التي لها القدرة على الموافقة على القوانين، بما يستلزم موازنتها بقضاء دستوري يراقب دستورية القوانين. أما تلك الدول التي لا تتوفر فيها الأغلبية البرلمانية المستقرة كإيطاليا فإن تدخل المحكمة الدستورية يكون لازما لتعويض القدرة الحاسمة للسلطة التشريعية هذا من جهة ومن جهة أخرى فالديمقراطية لا تقوم بدون سيادة القانون ومنه لن تكون حقيقة واقعة إلا في الدول التي تنتهج أسلوب الرقابة على دستورية القوانين فتصبح شرعية الرقابة علامة على نضج الديمقراطية ذلك أن سيادة القانون لا ستود إلا لاعتراف الدائم بسيادة الدستور[1].

هذا و بخصوص الديمقراطية المستمرة ، و التي انعقدت بشأنها ندوة في مدينة مونبليه في أفريل 1992 فقد تم الوقوف عند مرور الديمقراطية النيابية بأزمة ضعف الثقة بين الحكومة والنواب في البرلمان فيما له علاقة بالتشريع ، مما استوجب ضرورة تحويلها إلى ديمقراطية مستمرة ، إذ لا يجب الوقوف عند مرحلة انتخاب نواب الشعب ، بل لابد من استمرار رقابة الشعب من خلال مؤتمرين ، الأول ليست له طبيعة قضائية كما هو الشأن بالنسبة لأجهزة الإعلام والاستفتاء الشعبي و الرأي العام ، و الثاني ذو طبيعة قضائية يظهر من خلال القضاء الدستوري عبر منع إصدار تشريعات لا تتفق مع الإرادة العامة للشعب المعبر عنها بالدستور. لذلك تظهر الرقابة على دستورية القوانين ليس من أجل إضفاء حماية قضائية على

[1] _ C.Eismein, la haute cour constitutionnel d'Autriche, Economica, N°9 p 22 _ G.Drago, l'exécution des déscision du conseil constitutionnel, Economi , 1991, p12.

مبادئ غير قانونية ، وليس لتمكين القضاء وحده من الإمساك بحقائق القانون ، وإنما فقط تمكينا لقيام الدولة القانونية بصورة واضحة عبر تأصيل وتفصيل مبدأ سيادة القانون ، ومن ثم إعطاء الكلمة النهائية للشعب الذي وضع الدستور حماية للديمقراطية في حد ذاتها[1] .

2-إشباع الحاجات المتطورة للمجتمع:

تعتبر هذه الرقابة من الوظائف الفنية القضائية حين ينهض بها قضاة متخصصون قادرون على كفالة الرقابة على القوانين . وهي وظيفة إبداعية أبعد بكثير من الوظائف القضائية التقليدية التي يغلب عليها عنصر التفسير و التطبيق وخدمة القوانين ، بل تفسير القضاء الدستوري يتم بمنهج جد مختلف عن منهج تفسير القوانين ، إن ما تتصف به بعض النصوص الدستورية من خاصية عدم التحديد يتيح الدستوري إشباع الاحتياجات المتطورة للمجتمع الديمقراطي ، ولهذا قيل بأنه كلما ضاقت صفة التحديد في هذه النصوص اتسعت سلطة المشرع وخضع في ممارستها للرقابة الدستورية ، كما أن زيادة العناية بتدقيق صياغة النصوص لتكون محددة في معانيها يؤدي من ناحية إلى تقليل حرية المشرع و تقييد الرقابة على الدستورية مما يصيب الدستور لجمود ، ذلك اعتبار أن الرقابة على دستورية القوانين تتيح للقضاء الدستوري فرصة التجاوب مع احتياجات المجتمع المتطورة لكي تكون نصوص الدستور على الدوام عملا حيا لا يتوقف

3-تحقيق الاستقرار السياسي و القانوني:

تحسم الرقابة على دستورية القوانين في النزاع بين الاتجاهات السياسية حول مضمون بعض القوانين وذلك إذا ما حدثت مواجهة بين الأغلبية و المعارضة حول مسائل هامة حولها خلاف دستوري . ففي هذه الحالة يكون الالتجاء إلى القضاء الدستوري ضروريا لحسم هذه المواجهة

وفي هذه الحالة تؤدي الرقابة على دستورية القوانين إلى تجنب الاضطراب التشريعي إذا ما جاءت أغلبية برلمانية جديدة تريد المساس بالقانون ، طالما أن القضاء الدستوري قد قال كلمته بشأن مدى مطابقة هذا القانون للدستور هذا من جهة . ومن جهة أخرى تساهم الرقابة على دستورية القوانين في

[1] D.Rousseau, la démocratie continue, ouvrage collectif sous la direction de D.Rousseau, Ed ,LGDJ , bruy lant, collection la pensé juridique 1999 p77

تحقيق الاستقرار وحسم المنازعات حول القانون والمراكز القانونية الناشئة بواسطة القانون ، إذ بالنظر للقضاء العادي فإنه يفصل في منازعات تحكمها تشريعات مختلفة مرتبطة في النهاية بمصدر رواق يعلوها وهو الدستور . وهو ما يعزز وحدة النظام القانوني ، أين يقف الدستور على قمته . وهو ما يجعل من القضاء الدستوري المفوض الوحيد في تحديد معاني الدستور عن طريق الرقابة على الدستورية محافظا بذلك على الاستقرار القانوني القائم هو الآخر على مبدأ سيادة القانون ، ولذلك تنعكس نصوص الدستور على جميع فروع النظام القانوني ، وهو ما أدى إلى ظهور قانون دستوري جنائي ، و دستوري مدني ، ودستوري إقتصادي ، وهكذا بالنسبة لجميع فروع القانون الأخرى [1].

4–ضمان احترام الحقوق و الحريات:

ان المؤكد أن الرقابة على دستورية القوانين تدفع المشرع إلى احترام و حماية الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور.وهو الأمر المؤكد بتحديد هذه الأخيرة بنص المشرع الدستوري عليها كفالة حمايتها . فبتطبيقات القضاء الدستوري وهي الحقيقة التي أقرت بها فرنسا وحتى الولايات المتحدة الأمريكية كنموذجين مثاليين لاهتمام الرقابة على دستورية القوانين بضمان احترام حقوق الإنسان وحرياته. فبالنسبة للنموذج الفرنسي في مجال دور الرقابة على دستورية القوانين و أهميتها في ضمان واحترام الحقوق والحريات لوحظ أن ديباجة دستور 1946 قد أكدت حقوق و حريات الإنسان و المواطن الواردة في إعلان الحقوق لسنة 1789، حينها ثار غموض حول طبيعة هذه الديباجة ، فجاء دستور 1958 ،الذي أورد في مقدمة أن الشعب الفرنسي يؤكد بصفة رسمية ارتباطه بحقوق الإنسان ومبادئ السيادة الوطنية التي حددها إعلان 1789 .

ثم جاء بعد ذلك المجلس الدستوري الفرنسي الذي أعطاها القيمة الدستورية . وبالنسبة للنموذج الأمريكي فإن الرقابة الدستورية تهدف مباشرة إلى حماية الحقوق والحريات في مواجهة السلطة وهي هدفها الأساسي[2].

[1] أحمد فتحي سرور ، المرجع سابق ، ص 162.

[2] المرجع السابق ،ص 159.

ثانيا: أسس الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة 45

يمكن حصر أسس الرقابة على دستورية القوانين في الأهداف الثلاثة الرئيسية أين يقال عادة أن الرقابة على دستورية القوانين تحتاج إلى وسائل لتحقيقها ، و تتلخص هذه الأهداف في حماية النظام الاتحادي ، ثم المحافظة على التوازن الذي أقامه الدستور بين الحكومة المركزية وحكومات الولايات ، وأخيرا كفالة إلتزام الحدود التي أقامها الدستور بين السلطات الثلاث الرئيسية في الدولة وحماية الحريات الفردية من عدوان السلطات العامة عليها[1].

الفرع الثاني: أشكال الرقابة على دستورية القوانين و مدى ضمانات لحقوق الإنسان

لتأكيد أهمية مبدأ الرقابة على دستورية القوانين انطلاقا من مبدأ سيادة القانون وسمو الدستور وفق ما سبق عرضه من أسس فلسفية يقوم عليها مبدأ الرقابة الدستورية . و بما تضمنه النموذجين الفرنسي والأمريكي من تشريعات و تطبيقات دستورية ، فإن الأهمية تظهر كذلك تأصيلا و تفصيلا من خلال عرض أشكال الرقابة على دستورية القوانين و مدى ضمانات لحقوق الإنسان.

هذا و لأجل تثبيت علوية الدستور في النظام القانوني للدولة ، فقد وجدت وسيلتان ، لتوفير الحماية الدستورية و المتمثلتان في الرقابة السياسية و التي نتناولها في المقام الأول ، و الرقابة القضائية و التي نتناولها في المقام الثاني.

أولا: الرقابة السياسية[2]

تقرر الوثيقة الدستورية أن حق رقابة مطابقة القوانين للدستور منوطا بهيئة لها طابع سياسي ، بحيث تقف هذه الهيئة لمرصاد في مواجهة السلطة التشريعية ، بهدف منع صدور القانون إلا بعد تحققها من وجود مخالفة للقواعد المقررة في الوثيقة الدستورية من عدمه ، ومن نقطة البدء هذه تتأتى الرقابة كضمانة

[1] أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية الرقابة على دستورية القوانين في و م أ و الإقليم المصري ، رسالة دكتوراه ، مكتبة دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1960.ص ، 539.

[2] شحاتة أبو زيد شحاتة ، مبدأ المساواة في الدساتير العربية في دائرة الحقوق و الواجبات العامة وتطبيقاته القضائية ، 20 شارع الجامع الإسماعيلية 2001 ، ص 197 .

سياسية لممارسة الحريات والحقوق المقررة في الوثيقة الدستورية ، ومنه نبين مضمون الرقابة السياسية ثم نعرض نماذج عنها

1–مضمون الرقابة السياسية:

مما يجدر بالتذكير به في هذا الصدد أن تشكيل هذه الهيئة قد يختلف تبعا للكيفية التي يحدد بها الدستور هذا النوع من الرقابة ،و عادة كما جرت على ذلك الدول المعاصرة التي طبقت فلسفة الرقابة السياسية يتم تشكيل هذه الهيئة إما بطريقة التكليف أو التعيين من جانب السلطة التشريعية أو من جانب السلطة التنفيذية أو طريق انتخاب أعضاء الهيئة بواسطة الشعب لينوبون عنه في رقابة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية أو عن طريق اختيار تلك الهيئة لأعضائها بذاتها . وواقع الأمر أن الدول التي أخذت بهذا النوع من الرقابة قد تأكد لديها عدم تحقيقه لهدفه الرامي إلى وجود رقابة فعالة وحقيقية على القوانين غير الدستورية ، ومن أجل ذلك عارضه الفقه و أعتبره وسيلة قاصرة عن تحقيق الهدف.

2–نمادج الرقابة الدستورية عن طريق الهيئة السياسية : سوف نلقى الضوء في هذا الشأن على بعض الدول التي تأخذ بفلسفة الرقابة الدستورية عن طريق هيئة سياسية ، ومدى فعالية هذا النوع من الرقابة ومدى حمايتها للحريات العامة وحقوق الأفراد :

أ–رقابة دستورية القوانين في فرتسا:

أخذ فرنسا بفلسفة الرقابة على دستورية القوانين بواسطة هيئة سياسية . وهو أمر إستحدثه دستور سنة 1958 . فقد أنشأ المجلس الدستوري لضمان سلامة تطبيق الدستور . و ينظم المجلس الدستوري الفصل السابع من الدستور (المواد من 56 إلى 63) . ويضاف إلى هذه النصوص الأمر " "Ordonnanceالمتضمن للقانون النظامي " Loi organique " رقم 58_1067 الصادر في 08 نوفمبر سنة 1958 والمعدل في 04 فبراير سنة 1959 وفي 13نوفمبر سنة 1959 (المعدل) وهذه النصوص الأساسية التي تحكم المجلس الدستوري و للمجلس أن يراقب دستورية القوانين بعد موافقة البرلمان وقبل أن يصير مشروع القانون " قانونا " بتصديق رئيس الجمهورية عليه . ولهذا وصفت

بأنها رقابة وقائية ديسمبر ومرسوم لأنها تأتي قبل اكتمال القانون ، وهذا عكس الرقابة القضائية بصفة عامة إذا كانت فرنسا تعتبر دولة الأصل أو دولة المنبت بالنسبة لفلسفة الرقابة على دستورية القوانين وإسنادها إلى هيئة ذات طابع سياسي ، إلا أن هذه الفلسفة تجاوزت حدود هذه الدولة و انتشرت في دول كثيرة مثل الجمهوريات السوفياتية الاشتراكية الشعبية سابقا والصين [1]، كذلك بلغاريا التي نص دستورها لسنة 1947 على اختصاص الهيئة التشريعية وحدها بحق الفصل فيما إذا كانت الشروط التي يتطلب الدستور قد روعيت عند إصدار القانون وفيما إذا كان هذا القانون دستوريا.

3–فعالية الرقابة السياسية ومدى حمايتها للحقوق و الحريات[2] :

ذهب (جورج بيردو) إلى أن الرقابة السياسية تهدف إلى تحقيق الرقابة الوقائية . وأنها من الناحية المنطقية المجردة تفضل عن الرقابة العلاجية فتمنع وقوع مخالفة أحكام الدستور خير من تتبعها و علاجها بعد صدورها . و ما دامت الرقابة بواسطة هيئة سياسية على حد تعبير جورج بيردو " تقوم لتمنع المخالفة الدستورية قبل وقوعها ، فهي تكون أكثر فعالية من غيرها من صور الرقابة العلاجية

ورغم هذا المنطق فقد فشلت الرقابة على دستورية القوانين عن طريق هيئة سياسية ، و تأكد عدم السلطة التشريعية من الاعتداء على الأحكام المقررة في صلب الدستور . ومن هذا الفشل وعدم الكفاية يعود إلى الهيئة السياسية المنوط بها القيام بالرقابة تخضع أولا للسلطة التي أنشأتها . فيتم اختيار أعضاء المجلس الدستوري الفرنسي من قبل رؤساء المجالس ورئيس الجمهورية يختاروا لعضوية .

لمجلس من الأشخاص الذين يشاركون الإيمان بمبادئ سياسية معينة . هذا بالإضافة إلى أن رئيس المجلس يختاره رئيس الجمهورية وهو له صوت مرجح عند انقسام الأصوات . ولهذا فقد أثبتت التجربة أن المجلس الدستوري بطبيعته و بحكم تشكيله يكون أكثر ميلا للحكومة ، لأن أعضاءه يجيئون من أحزاب الأغلبية المشكلة للحكومة . وتجاه ذلك فإن أعضاء البرلمان الفرنسي يستندون غالبا إلى الاعتماد على

[1] فجمهوريات الإتحاد السوفيتي جعلت الرقابة الدستورية من اختصاص الهيئة التشريعية ، و ذلك في دستور 1977 قبل إبارهما . الأمر الذي جعل من اختصاص المجلس السوفياتي الأعلى ، الرقابة على تنفيذ .

[2] شحاتة أبوزيد شحاتة ، المرجع السابق ، ص 500.

إعلانات حقوق الإنسان والمواطن لاسيما مبدأ المساواة ، بسبب احترام المشرع الفرنسي للقواعد الدستورية الصادرة عن المجلس الفرنسي.

ثانيا : الرقابة القضائية

وفقا للإعلانات السابقة التي أبرزت أسلوب الرقابة السياسية على دستورية القوانين كأداة تفتقر إلى الموضوعية و الفعالية ، فإن الرأي الراجح في الفقه الدستوري الحالي يتجه نحو ضرورة الأخذ لرقابة القضائية كوسيلة وحيدة لضمان احترام إرادة.

1-مضمون الرقابة القضائية :

حيث أن مفاد مضمون الرقابة على دستورية القوانين التي تكون لهيئة قضائية (القضاء العادي والإداري) أو لهيئة قضائية خاصة يطلق عليها المحكمة الدستورية (لكونها تراقب مدى مطابقة ما تصدره السلطة التشريعية مع الدستور) حق النظر فيما إذا كان القانون مخالف للدستور فتقضي بعدم دستوريته وتمتنع عن تطبيقه في الدعوى المعروضة ، أو أن يحكم بإلغاء القانون المخالف وذلك في حالة وجود هيئة قضائية أو محكمة دستورية .

معنى هذا أنه يمكن تقسيم الرقابة القضائية تبعا للأثر الذي يترتب عليها بالنسبة للقانون المطعون فيه بعدم الدستورية إلى نوعين رئيسيين هما رقابة الإمتناع ورقابة الإلغاء ، فرقابة الامتناع تعني أن القاضي يمهل حكم القانون غير الدستوري . بمعنى أنه يمتنع عن تطبيقه في القضية المطروحة أمامه ، وهذا القضاء حياة القانون غير الدستوري أو إنفاذ حكمه في الأحوال التي يتسنى معها ذلك ، و إنما يستمر هذا القانون المعيب دستوريا ، أما رقابة الإلغاء فإنها تعني إنهاء حياة القانون المطعون فيه بعدم الدستورية .

و إبطاله في مواجهة الكافة ، ومن ثم اعتبار هذا القانون كأن لم يكن . ومن ثم فلا جدوى من الاستناد إليه مستقبلا

2-أساليب ممارسة الرقابة القضائية على دستورية القوانين:

أ–أسلوب الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية:

يعتبر أسلوب الدعوى الأصلية وسيلة مباشرة يستعملها الفرد المتضرر بتطبيق قانون معين أو يحتمل يلحقه ضرر إن طبق . حيث تبدو الدعوى الأصلية وسيلة هجومية متاحة للأشخاص الذين يعارضون النص أمام المحاكم المختصة قبل تطبيقه عليهم من خلال رفع الدعوى بهدف إلغائه . ولو افترضنا أن قانون التقسيم الانتخابي الجزائري (القانون رقم 91_07 المؤرخ في 3 أفريل 1991 المتضمن تقسيم الدوائر الانتخابية) صدر في دولة تتيح للأفراد رفع الدعوى أمام الجهات القضائية الدستورية ضد نص مخالف للدستور ومضر بمصالحهم وحقوقهم لسجلت آلاف الطعون لدى تلك المحكمة المختصة قصد إلغائه ومحو كل أثر[1] .

و مهما يكن من الأمر فإن أسلوب الدعوى الأصلية يعد وسيلة راديكالية تشكل خطرا على كل مبادرات المشرع ، بحيث تصبح قوانينه عرضة لهجومات الأشخاص كلما ظهر نص يحتمل أن يكون غير دستوري . ونظرا لاحتمال شل العمل التشريعي في الدولة ، فإن نظامها القانوني لا يترك مهمة النظر في الدعاوي المقدمة من قبل الأشخاص ضد القوانين لكل المحاكم ، وإنما لا بد من إسناد مهمة الفصل .

في تلك الدعاوي الأصلية إلى جهة قضائية متخصصة يحددها الدستور ، وبتعيين محاكم مختصة في النظر في الدعاوي الأصلية يكون هذا الأسلوب وسيلة لتنظيم المنازعات الدستورية بشكل فعال و تمييزها كمنازعات مستقلة عن الجهات القضائية الأخرى في الدولة ، ومن جهة أخرى فإن إسناد القضاء الدستوري إلى هيئة متميزة يعد تنظيما يساعد على حصر الصراع الدستوري من حيث الزمان و يمنع بالنتيجة إثارة قضية عدم الدستورية بمناسبة أية محاكمة . ويمكن إيجاز آليات تحريك الدعوى الأصلية من خلال ضرب المثال التالي : شخص يتوجه إلى جهة قضائية مختصة بالفصل في النزاع الدستوري يطلب منها النظر في مدى دستورية قانون معين يعتقد انه مخالف للدستور . وهذا يعني أن الشخص يهاجم مباشرة القانون الذي يهدد حقوقه أو مصالحه إن طبق . ففي هذه الوضعية على القاضي الدستوري أن يفحص دعوى الشخص ، ويبين مدى صحتها . فإذا تأكد فعلا من مخالفة القانون المطعون فيه للدستور

[1] راجع في هذا الخصوص نص القانون رقم 91_07 المؤرخ في 3 أفريل 1991 المتضمن تقسيم الدوائر الانتخاب.

فإن القاضي هنا يحكم بإلغاء القانون غير الدستوري و يحرمه، وبالتالي من كل الآثار بالنسبة للكافة و بالنتيجة اعتباره كأن لم يكن ويجوز ذلك الحكم قوة الشئ المقضي فيه [1].

ب- أسلوب الرقابة عن طريق الدفع [2]:

يعتبر هذا الأسلوب مناقضا للأول لكونه يعد وسيلة دفاعية متوقعة و موضوعة تحت تصرف مدعي طرف في الدعوى العادية أمام محكمة عادية ، بعبارة أخرى فإن أسلوب الدفع يترك المبادرة للمواطنين أطراف الدعاوي العادية و التي سيطبق القاضي بشأنها قانونا معينا ، و تكمن آليات هذا الأسلوب في شخصان في محاكمة (أمام المحكمة التي ستفصل بينهما) نفترضهما (أ و ب) ، أحدهما (أ) يستند إلى نص قانوني يريد أن يطبق على النزاع لأنه يحقق مصلحته ، هنا يرد الشخص الثاني (ب) ويحتج أمام

القاضي ويرفض تطبيق القانون الذي أراده خصمه في الدعوى ، وذلك بحجة أن النص معيب وأنه مخالف للدستور وبالتالي فهو مجرد من القيمة القانونية ، والملاحظة هنا من الناحية التقنية أن الطرف الثاني في الدعوى وهو (ب) أثار عدم دستورية النص و الذي لم يكن موضوع عدم الدستورية و هو محل الدعوى الأصلية التي هو طرف فيها ، وإنما آثار عدم دستورية القانون وهو سبب وجوده طرفا في الدعوى (ذات موضوع آخر) ، وفي مثل هذه الوضعية نكون أمام إحتمالين[3]:

حيث يظهر الاحتمال الأول من خلال الدفع بعدم الدستورية و الذي يشكل بالنسبة للقاضي المطروح الموضوع Une question préjudicielle ، و بالتالي لا يستطيع معالجتها لأن الدستور أمامه أنشأ هيئة متخصصة في النظر في قضايا عدم الدستورية . والقاضي في هذه الحالة يحيل طرفي الدعوى إلى تلك الجهة المختصة وعندما تفصل المحكمة الدستورية في القضية فقط . و يعود النزاع إلى القاضي الأول .في حين يخص الاحتمال الثاني ، الدول التي لا تكرس محاكم دستورية مستقلة للنظر في دستورية القوانين ومنها بريطانيا و أمريكا فإن الطريق القضائي لمعالجة موضوع دستورية القوانين هو أن يكون باستطاعة كل واحد من القضاة أن ينظر في الدفع بعدم دستورية النص أو القانون الذي يبديه المتقاضون

[1] محمد عبد الحميد أبو زيد ، سيادة الدستور و ضمان تطبيقه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،1989،ص 230.

[2] محمد أرزقي نسيب ، المرجع سابق ، ص 500.

[3] محمد الحموري المحامي ، الحقوق و الحريات بين أهواء السياسية و موجبات الدستور دار وائل للنشر ، الطبعة الأولى ، 2010 ، ص 297

أمامه و يفصل فيه . و عندما يتوصل القاضي إلى عدم دستورية القانون ، فإنه لا يحكم بإلغاء هذا القانون وإنما يحكم بعدم دستوريته للوصول إلى عدم تطبيقه . فإن تأكد هذا الحكم من المحكمة الأعلى في الدولة ، فإن ذلك سيؤدي من الناحية الواقعية إلى شل تطبيق النص أو القانون المذكور على كل من يدفع بعدم دستوريته مستقبلا . و يصبح في النهاية من حيث الأثر كالقانون الذي حكم ببطلانه لعدم دستوريته من إحدى المحاكم الدستورية.

خلاصة الفصل:

على اعتبار أن الدستور هو الإطار العام للشرعية و المشروعية ، و مواجهة المتطلبات الأساسية لحقوق الأفراد وحرم عند ممارسة الشرعية مع البقاء في السلطة ، فإن هذه الحقوق والحريات تحظى اهتمام عالمي و محلي كبيرين . ومع اعتبار أن للدستور دور متميز في الدولة ، و الذي يكمن في تأسيس الشرعية الدستورية وحماية حقوق الإنسان ، و في اختيار الظواهر السياسية المتعددة ، و ذلك انطلاقا من أن أهمية الدستور تبرز دراسة مدى تأثير القاعدة القانونية في الدولة و نظامها السياسي بترجمته إلى واقع سياسي حقيقي .

هذه لدراسة والتحليل شكل الدولة ونظام الحكم فيها الذي يكفله الدستور كوثيقة رسمية في الدولة معترف ا من طرف السلطة العامة . وكذا تحديد اختصاصات قواعدها وعلاقات ببعضها البعض و علاقتها مع الأفراد . مع بيان الضمانات الأساسية لحقوق الأفراد و المجتمع. ناهيك عن تحليل مسألة تلاقي الشرعية الدستورية و مبدأ سمو الدستور . إلى جانب دراسة مدى فعالية الدستور داخل الدولة .

الخاتمة

الخاتمة

يعد الدستور المعبر الحقيقي عن الإرادة العامة للأمة انطلاقاً من أنه يشتمل على القواعد الجوهرية المتعلقة بنظام الحكم، فيوضح السلطات العامة في الدولة واختصاصاتها والعلاقة بينها، وانطلاقاً من خصوصية وضعه الذي تم بمعرفة السلطة التأسيسية و تعتبر الشرعية من أهم الضمانات لحقوق وحريات المواطنين الاجتماعية والاقتصادية والسياسية حيث لاستطيع الهيئات والحكام أن تفرض القيود على الحريات إلا من خلال القواعد القانونية طالما ظلت تلك القواعد القانونية قائمة ذلك لان تحديد حقوق وحريات المواطنين يتم وفقا للقواعد القانونية المقدمة مسبقا من قبل الصفوة الحاكمة ، فضلا عن أن كل مايتعلق في مجال العلاقات المتبادلة بين هيئات سلطة الدولة والمواطنين يفترض بأنها تحدد بالقواعد القانونية ، ولهذا فان القواعد القانونية تعتبر بالنسبة لجميع هيئات الدولة والحكام والمواطنين واحدة حيث أنهم جميعا ملزمون بصورة متساوية بالخضوع للقانون ولاحق لأي فرد الإخلال بالقانون أو الانحراف عن متطلبات الشرعية ذلك لان القانون هو قانون للجميع وهذا مبدأ ثابت من مبادئ الدولة القانونية لذا فان أي إخلال بالقواعد القانونية من قبل إحدى هيئات الدولة يعتبر عملا مخالفا للشرعية كما انه يعتبر استبدادا يعاقب عليه القانون.

الاستنتاجات

-إن الشرعية الدستورية مبدأ مهم من المباديء العامة للقانون

-أن للشرعية الدستورية و حقوق الإنسان ، ماهية خاصة و متميزة ، فيما له علاقة لإجراءات الجزائية بوجه عام ، تظهر من خلال قيامها على أسس عامة و دعائم قاعدية . وفي ظل هذه النتيجة ترتبت نتائج.

_أن ظهور الدولة و الدستور فيها ،كان غاية لإقامة الشرعية الدستورية و حماية حقوق.

_أن حقيقة حماية حقوق الإنسان ، تتجلى بين مبدأ سمو الدستور و مبدأ الرقابة على دستورية القوانين بشكل متميز.

-أن لمقتضيات الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان ، خصوصية تجلت من خلال مقاصد قانون الإجراءات الجزائية وحتى من خلال طبيعته القانونية.

التوصيات:

-يجب أن تظهر الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان في الإجراءات الجزائية بوجه عام بجلاء.

- بترتيب الأخذ لشرعية الدستورية و حقوق الإنسان من حيث مجال إعمالها في قانون الإجراءات الجزائية ، وفق عناصر مستقرة ، من حيث المبدأ . متطورة من حيث مسايرا لمتطلبات الفرد في مواجهة سلطات الدولة ، أو حتى مستوجبة على هذه سلطات في سبيل تحقيق الإستقرار و الأمن القانوني ، في نسق متكامل ، يتلاءم و ماطلبات تحقيق التوازن المطلوب بين المصلحتين المتعارض55.

_ضرورة إنتهاج الديمقراطية ، كأساس للحكم للحسم في مبدأ سمو الدستور و سيادة القانون كأساسين فعليين للشرعية الدستورية و حقوق الإنسان.

_ ضرورة تفعيل الدعائم القاعدية للشرعية الدستورية و حقوق الإنسان في قانون الإجراءات.

- ضرورة أن تسير الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان ، في الإجراءات الجزائية بوجه عام و في قانون الإجراءات الجزائية الجزائرية.

.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المراجع

القرآن الكريم

أولا: القوانين والمراسيم

- نص قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 المعدل و المتمم لقانون رقم 22/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006
- نص القانون رقم 07/91 المؤرخ في 3/ 1991/04 المتضمن تقسيم الدوائر الإنتخابات
- نص تعديل دستور 1989 المصادق عليه في إستفتاء 1996/11/28 بموجب المرسوم الرسي438/96 يوم 1996/12/07 .الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 76 ، 571996

ثانيا: الكتب

- إبراهيم درويش، القانون الدستوري والنظرية العامة والرقابة الدستورية ، دار النهضة العربية ، القاهر ة ، 2004
- أبو الحسن علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني: التعريفات، وضع حواشيه وفهارسه محمد باسل عيون السود، ط2، ، دار الكتب العلمية،1420هـ- 2000م
- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري،لسان العرب، دار الكتب العلمية (بيروت)، ج10
- أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية الرقابة على دستورية القوانين في و م أ و الإقليم المصري ، رسالة دكتوراه ، مكتبة دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1960. [1] شحاتة أبو زيد شحاتة ، مبدأ المساواة في الدساتير العربية في دائرة الحقوق و الواجبات العامة وتطبيقاته القضائية ، 20 شارع الجامع الإسماعيلية 2001
- أنطوان ناشف، الخوصصة مفهوم جديد لفكرة الدولة، و دورها في إدارة المرافق العامة، منشورات الحلبي حقوقية، بيروت، 2000م.
- أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة، بيروت، ط1983م.
- أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، ط1 دار النهضة، بيروت،1983م
- بدر حاسم اليعقوب، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، ط01- 1981م

قائمة المراجع

- بدر حاسم اليعقوب، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، ط01- 1981م.
- جلال أمين، العولمة و الدولة، بحوث و مناقشات الندوة الفكرية، العرب و العولمة، مركز الدراسات الوحدة العربية، بيروت، ط3،ب.س
- جلال محمد ابراهيم المدخل لدراسة القانون- نظرية الحق- ج02.
- جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، ط1981م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- جون كنيث جالبريث، تاريخ الفكر الاقتصادي الماضي صورة الحاضر، سلسلة كتب ثقافية شهرية، يصدرها المجلس الوطني للثقافة و الفنون و الآداب، الكويت، 2000م.
- حازم الببلاوي، الديمقراطية الليبرالية، دار الشروق، بيروت، ط1، 1993م
- حسن كيرة، أصول القانون، ط1978م، منشأة المعارف-الإسكندرية-مصر
- حسن كيرة، أصول القانون، منشأة المعارف-الإسكندرية-مصر، ط1978م
- الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر: مختار الصحاح، ط1995م، ناشرون بيروت- لبنان- .
- سليمان بارش محاضرات في شرح قانون العقوت الجزائري،القسم الخاص،دار البحث للطباعة والنشر،قسنطينة -1-،1985.
- شفيق شحاته،محاضرات في النظرية العامة للحق ، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية- مصر- ، ط1978م
- شفيق شحاته،محاضرات في النظرية العامة للحق، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية- مصر-1978م
- عادل زغبوب، الدولة الاتحادية، دار المسيرة لبنان، ط1، 1989م
- عاطف السيد، العولمة في ميزان الفكر، مطبعة الانتصار، الإسكندرية، 2001م
- عامر حسن فياض ،(مقدمة منهجية في الرأي العام وحقوق الإنسان) الناشر صباح صادق ط1 ، بغداد ، 2003 م
- عبد المجيد قدي، مدخل إلى السياسات الاقتصادية الكلية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003م

- علي سعد الله، نظرية الدولة في الفكر الخلدوني، دار المجدلاوي، عمان، ط1، 2003م
- فيروز آبادي، القاموس المحيط،مؤسسة الرسالة،بيروت، ط3، 1993م
- ماجد راغب الحلو، النظم السياسية و القانون الدستوري ، دارا لجامعة الجديدة ،الإسكندرية 1999م
- ماهر ظاهر بطرس، دور الدولة في ظل اقتصاديات السوق، دار النهضة العربية، القاهرة
- محفوظ لعشب ،المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط05- 2011م
- محفوظ لعشيب: المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط05- 2011م،
- **محمد** الحموري المحامي ، الحقوق و الحريات بين أهواء السياسية و موجبات الدستور دار وائل للنشر ، الطبعة الأولى ، 2010
- محمد الصغير بعلي: المدخل للعلوم القانونية، -نظريةالحق-نظرية القانون-دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة،
- محمد عبد الحميد أبو زيد ، سيادة الدستور و ضمان تطبيقه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،1989
- محمد محمد جاب الله عمارة، العلوم السياسية بين الأقلمة و العولمة، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، ط1، 2003م.
- محمود محمود مصطفى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة التاسعة ، 1964.
- مكتبة عبد الله وهبة ، الطبعة الرابعة ، القاهرة ، 1949 م
- وفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، ط04، الدار الجامعية،بيروت-لبنان-1993م
- يونس بدري ، العولمة و قضايا الاقتصاد السياسي، دار الفرابي، بيروت، ط1، 2000م.

ثالثا: الرسائل والمذكرات العلمية

قائمة المراجع

الدكتوراه

- موفق طيب شريف، ، مراتب حقوق الإنسان وآليات الموازنة بينها ، دراسة مقارنة بين مقاصد الشريعة الإسلامية والقانون الدولي،رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم الإسلامية ،تخصص شريعة وقانون ، كلية العلوم والحضارة الإسلامية ، جامعة وهران،السنة الجامعية 1431هـ/2010م،2011م.

الماجستير

- محمد بوسلطان،الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان،مذكرة لنيل شهادة الماجستير،كلية الحقوق، جامعة وهران،2012/2011م.

المجلات

- ابراهيم بوعمرة،عبد العالي حفظ الله،الشرعية كضمانة دستورية،في ظل قانون الاجراءات الجزائية والنتائج المترتبة عنها،مجلة الاجتهاد القضائي،المجلد 13، العدد01،جامعة محمد خيضر،بسكرة،2021م
- إحسان سمارة، مفهوم حقوق الملكية وضوابطها في الإسلام، جامعة جرش الأهلية- الأردن- مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جوان 2005م
- إحسان عبدالهادي النائب، مفهوم السلطة وشرعيتها إشكالية المعنى والدلالة، قسم العلوم السياسية ، مجلة كلية القانون و السياسية، جامعة السايمانية، 2017م
- أحمد فتحي سرور الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في قانون الإجراءات الجنائية، مجلة مصر المعاصرة ، 1982،
- أحمد ناصوري، النظام السياسي وجدلية الشرعية والمشروعية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية– المجلد 24 -العدد الثاني، كلية العلوم السياسية جامعة دمشق،2008م.
- أمحمد حسين نصر، مفهوم الدولة، مجلة ، المجلد الرابع عشر،العدد الاول، جامعة سبها،2015م
- عبد الكريم بلقاضي، الأسس الدستورية للشرعية الجنائية الموضوعية،مجلة معارف للعلوم القانونية والاقتصادية ،المجلد 02، العدد 03، جامعة الجزائر- 1-،2021م

- مهند مصطفى جمال الدين، الدولة في المنظور الفقهي،مجلة كلية الفقه،العدد 40، جامعة الكوفة،2016م.
- نسرين محمد عبده حسونة ، حقوق الانسان في المفهوم والخصائص والتصنيفات والمصادر ب.م.ن، 2015 م

رابعا :المراجع باللغة الأجنبية

- Paul houbier،Droit subjectifs،et situation juridiques،Dalloz ،paris1963
- J.C. Soyer, procédure pénal, Paris, 198
- Eismein, Histoire de la procédure criminel,en France , paris, éditio 1969
- Merl et Vitu, op cit, p 130 et S. _ A- Eismein, ,
- Andre Hauriou, droit constitutionnel et institutions politiques, 1968 .
- _ C.Eismein, la haute cour constitutionnel d'Autriche, Economica, N°9 p 22 _ G.Drago, l'exécution des déscision du conseil constitutionnel, Economi , 1991.
- D.Rousseau, la démocratie continue, ouvrage collectif sous la direction de D.Rousseau, Ed ,LGDJ , bruy lant, collection la pensé juridique 1999
- Marcel Prelot, instituions politiques et droit constitutionnel,1968 .

خامسا:مواقع الانترنت

- شريف طه، المشروعية الدستورية والتحول الديمقراطي،مقال منشور يوم 25 ديسمبر 2019م،على الموقع https://eipss-eg.org
- تعريف و معنى الإنسان في معجم المعاني الجامع"، www.almaany.com

الفهرس

الفهرس

إهداء

كلمة شكر

مقدمة.....03-01

الفصل الأول الإطار المفاهيمي للدولة

تمهيد.....05

المبحث الأول ماهية الدولة.....06

المطلب الأول تعريف الدولة.....06

الفرع الأول: تعريف الدولة لغة.....06

الفرع الثاني: تعريف الدولة اصطلاحا.....07

المطلب الثاني: مراحل تطور دور الدولة وأشكالها.....08

الفرع الأول: مراحل تطور دور الدولة.....08

الفرع الثاني: أشكال الدولة.....12

المبحث الثاني دور الدولة في بلورة حقوق الإنسان.....15

المطلب الأول : ماهية حقوق الإنسان.....15

الفهرس

الفرع الأول: مفهوم الحق.....16

الفرع الثاني: مفهوم الإنسان.....20

المطلب الثاني: الشرعية الدستورية.....21

الفرع الأول: تعريف الشرعية 21

الفرع الثاني: تعريف الشرعية الدستورية.....24

خلاصة الفصل 26

الفصل الثاني : الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان

تمهيد.....28

المبحث الأول الدولة و الدستور لإقامة الشرعية الدستورية و حماية حقوق الإنسان.....29

المطلب الأول : الأساليب الديمقراطية لنشأة الدساتير و أنواعها.....29

الفرع الأول: الأساليب الديمقراطية لنشأة الدساتير.....29

الفرع الثاني:أنـواع الدساتير.....31

المطلب الثاني: الديمقراطية مبدأ سمو الدستور وسيادة القانون كأسس للشرعية الدستورية..33

الفرع الأول : النظم الإجرائية الجزائية و تحقيق الموازنة بين فاعلية العدالة الجنائية و ضمان الحرية الشخصية وسائر حقوق الإنسان المتصلة.....33

الفرع الثاني : إختيار النظام الإجرائي الجزائي الأنسب تحقيقا للشرعية الدستورية و الإنسان.....37

الفهرس

المبحث الثاني : حماية حقوق الإنسان بين مبدأ سمو الدستور ومسألة الرقابة على دستورية القوانين.....39

المطلب الأول : مبدأ السمو الشكلي و السمو الموضوعي للدستور و مسألة حماية حقوق الإنسان.....39

الفرع الأول: مبدأ السمو الشكلي للدستور.....40

الفرع الثاني: مبدأ السمو الموضوعي للدستور.....40

المطلب الثاني : الرقابة على دستورية القوانين و مسألة حماية حقوق الإنسان.....41

الفرع الأول: أسس الرقابة على دستورية القوانين لكفالة احترام الشرعية الدستورية ولضمان حماية حقوق الإنسان.....41

الفرع الثاني: أشكال الرقابة على دستورية القوانين و مدى ضمانات لحقوق الإنسان.....45

خلاصة الفصل 52

الخاتمة.....55

. قائمة المصادر و المراجع.....56

الفهرس 63