

"إشكالية تفسير الدستور و مكانة الممارسة الدستورية ضمن الهرم المعياري"

بقلم/أ.قمار خديجة

أستاذة مساعدة قسم "أ" جامعة الجبلاي بونعامة بخميس مليانة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
عضو بمخبر نظام الحالة المدنية

ملخص المقال باللغة العربية:

أصبح الفقه الدستوري الحديث يميل أكثر فأكثر إلى دراسة موضوع تفسير الممارسة الدستورية و جعلها ضمن المواضيع الهامة و الجادة و أكثر واقعية، أكثر من البحث في النص الدستوري المكتوب الذي تم طرحه من طرف سلطة تأسيسية منتخبة، و تم إصداره في وثيقة رسمية ، لأن الدستور المكتوب يفسر أثناء وضعه محل التطبيق من طرف الهيئات الدستورية المختصة، هذا التطبيق الذي من شأنه أن يولد بصورة مباشرة أو في ظل ظروف معينة واقعا شبه قانوني، ما جعل بعض الفقهاء يبحثون عن موقع الممارسة الدستورية ضمن الهرم المعياري، وهل يمكن لهاء الممارسة أن تغير من القانون المكتوب وتنشئ قانون فعلي

الكلمات المفتاحية: تفسير- الدستور- مكانة- الممارسة- الدستورية

ملخص باللغة الفرنسية:

L'exemple de l'interprétation des pratiques constitutionnelles par la doctrine tend de plus en plus à se donner comme objet d'étude la pratique constitutionnelle. Dans un souci de "réalisme", elle ne se contente plus d'étudier le droit écrit tel qu'il a été posé à l'origine par les constituants, édicté solennellement dans un document officiel mais envisage ce droit tel qu'il a été interprété, complété et même modifié depuis en fonction des comportements des organes d'application de la Constitution; comportements dont on admet qu'ils peuvent soit directement, soit sous certaines conditions générer une réalité quasi juridique. La pratique se situe même au premier rang des préoccupations de certains auteurs qui lui font jouer un rôle essentiel: celui d'englober la Constitution en la concrétisant, en l'animant et en la faisant évoluer. Dans cette perspective, une Constitution n'est plus qu'un texte dont les potentialités doivent être réalisées, une forme qui doit être remplie, un signifié abstrait qui exige d'être précisé et actualisé. Capable de donner sens, valeur aux normes suprêmes, mieux encore de les créer ou recréer, la pratique passe de son statut traditionnel de droit appliqué à celui plus problématique de droit effectif, réel. Cette évolution doctrinale.

مقدمة :

يعتبر Dominique Rousseau أن الدستور " لم يعد مجرد نص سياسي ناتج عن توافق قوي في المجتمع ليؤدي دورا ثانويا، لكنه أصبح وثيقة قانونية تفرض قواعدها على جميع السلطات، و في الحالة السلبية يترتب على ذلك إبطال أعمال هذه السلطات من قبل القضاء"(1)، كما أن مما لا شك فيه أن " الدستور كلمة سحرية تتصف بها دولة القانون، و هي تجسد صورة الميثاق الوطني السامي"(2)، لذلك فإن "الدستور عمل حي و لكي يبقى على تواصل و مواكبة لتطور المجتمع فهو يحتاج إلى نقاش دائم حوله"(3)لذلك فإن تفسير النصوص الدستورية يُعد موضوع في غاية الأهمية. و من هنا أصبحت عملية التفسير الدستوري عند الفقه الدستوري عملية لا تنطوي فقط على توضيح الغموض و إنما كذلك تساعد في إنشاء قاعدة دستورية؛ خاصة إذا اعتمد عليها المجلس الدستوري، و الذي أصبحت قراراته يعتبرها جانب من الفقه المصدر الرسمي و الأساسي للدستور، فهو بذلك "يمارس دورا إنشائيا يتجاوز حدود التطبيق الحرفي لنصوص الدستور"(4)، و لذلك يذكر الأستاذ الفقيه D. G lavroff في هذا الشأن " أن الجميع يعلم و يقبل اليوم بفكرة أن تفسير القاعدة القانونية تشمل و تحتوي على نوع من الإنشاء، إلا عندما تكون القاعدة القانونية بسيطة و سهلة و لا تتطلب أية تفسير، و في هذا الصدد يكون المفسر ملتزما بإنشاء المعنى أو المضمون لهذه القاعدة من حيث الظروف الوقتية و المكانية و غيرها ...، و نحن نقمهم أن تحديد مطابقة القاعدة، و الذي يعطي من خلالها مضمون أو محتوى أو معنى معين لقاعدة مع مضمون أو معنى قاعدة أخرى والذي لا يمكن أن يكون معبرا عنها بوضوح في الصياغة، و هذا الأمر يتضمن نوعا من الإنشاء(5) و لا شك أن النظرية الحديثة في التفسير تؤكد على أن كل نص يحتوي فرضيا على تعدد في المعاني، و تقع على عاتق السلطة القائمة بتطبيق النص تحديد التفسير الذي تعنتقه من بين هذه المعاني، و الذي يحدد مضمون و محتوى النصوص الدستورية من بين المعاني و التحديدات المطروحة(6)، و

لذلك يجب النظر إلى الوثيقة المسماة الدستور على أنها مجموعة من النصوص التي لا يمكن تحديد معناها استقلالاً عن يقوم بتفسيرها عند تطبيقها(7).

و بناء على ما تقدم فإن التفسير يحدد المعنى الموضوعي للنص في لحظة تطبيقه، و يعني من جهة أخرى استبعاد التفسيرات المنافسة، و المفسر بناء على ذلك يلعب دوراً إنشائياً للنصوص الصماء، و لكن هذا لا يعني أن المعنى الذي يستخلصه المفسر ينفصل تماماً عن النص الذي يقوم بتفسيره، لأن النص يظل دائماً و أبداً هو أساس التفسير وجوهه(8)، و على ضوء ما تقدم سنقوم بمعالجة هذا الموضوع ضمن العناصر التالية:

المحور الأول

إشكالية طبيعة القواعد الدستورية و تناقض طرق تفسيرها

من المتفق عليه أن أهم خصائص القاعدة القانونية أنها قاعدة عامة مجردة و ملزمة، و أن محلها هو تنظيم الروابط و العلاقات الاجتماعية، و من المقرر أن أساس التفرقة بين القاعدة القانونية و القواعد الأخرى منها الأخلاقية مناطه الإلزام، فلا تستكمل القاعدة مقوماتها بدونه، إلا أن بعض الفقه يتجه إلا أن المرادفة بين الإلزام و الجزاء، بقولهم أن الجزاء هو الأثر المترتب على مخالفة تلك القاعدة، فتكفل الدولة احترامها بالقوة عند الاقتضاء عن طريق توقيع الجزاء على من يخالفها(9)، و لعل الخلاف الفقهي حول نوع ذلك الجزاء هو الذي أدى إلى ظهور الخلاف حول طبيعة القاعدة الدستورية، فهل هي قواعد قانونية بالمعنى الدقيق أم أنها قواعد من نوع آخر، و تعددت الآراء حول طبيعة القواعد الدستورية، و انقسمت على ثلاثة اتجاهات كما سيأتي بيانها:

أولا - طبيعة القواعد الدستورية أ- القواعد الدستورية قواعد قانونية:

شهد هذا الاتجاه جدلا طويلا و صراعا مريرا، و يرى أصحابه أن القاعدة الدستورية بما فيها المادة 158 هي قاعدة قانونية و لا تختلف من حيث طبيعتها عن غيرها من القواعد و استندوا في ذلك على حجبتين:

الحجة الأولى: المدرسة الفرنسية و عميدها DUGUIT الذي يرى انه لا بد من الاعتماد على الجزء المعنوي، لأن كل قاعدة تحتوي على جزء يتمثل في رد الفعل الاجتماعي تأسيسا على أن الجزء يختلف حسب نوع القاعدة و مضمونها و المصالح التي تحميها، و بهذا فان لكل قاعدة جزاؤها الخاص بها، و إن كان الجزء المباشر يتمثل في القوة فان تلك الصورة لا يمكن إعمالها بالنسبة للقواعد التي تخاطب الحكام كما هو الشأن في النصوص الدستورية و انتفاء الجزء المباشر لا يعني غيابه بالنسبة للنصوص الدستورية، إذ يبقى رد الفعل الاجتماعي قائما كجزء، إلا أن جدته تختلف باختلاف المكان و تباين الزمان (10)، فإن لم تفسر الصور المتقدمة جميعها عن تحقيق أهدافها المنشودة، يأتي الشعب باعتباره مصدر السلطات فيستطيع عدم انتخاب الرئيس إذا ما تقدم في عهدة أخرى ، كما أن الضغط الشعبي عن طريق العصيان و خلق الاضطرابات العنيفة قد يصل إلى حد الإطاحة به يعد هذا بمثابة جزاء للرئيس الذي لا يحترم قواعد الدستورية.

الحجة الثانية: ينظر هذا الرأي إلى الطبيعة القانونية للقاعدة الدستورية من زاوية علوية و سمو تلك القاعدة ، باعتبارها تأتي في أعلى الهرم القانوني و تحتوي على قوة قانونية معيارية تجعلها تسمو عن باقي القواعد و تضعها في المرتبة الأولى لتستنبط باقي القواعد منها مضمونها باعتبارها المصدر الأول و الأساسي لباقي القواعد الأخرى.

و بناءا عليه فان جميع القواعد القانونية تكون معلقة على الدستور بحيث يكون الدستور مصدر صحتها و قانونيتها، و من هنا يجيء الربط بين سمو و علوية الدستور و طبيعته القانونية، و بما أن الدستور هو الذي يعطي القوانين الأخرى الصفة القانونية يتوجب أن يتمتع الدستور بنفس الصفة التي تتمتع بها هذه القواعد (و هي الصفة القانونية)، و على هذا الأساس فان قواعد الدستور و طبيعة المادة الدستورية هي ذات طبيعة قانونية لأنها موجودة في الدستور الذي يعد مصدر قانونية جميع القواعد في الدولة.

ب- القواعد الدستورية ليست قواعد قانونية

و يطلق على هذا الاتجاه المدرسة الانجليزية التي يتزعمها الفقيه AUSTIN (11) و تعتمد هذه المدرسة في تحديد مدى طبيعة القواعد القانونية و الزاميتها على مدى توافر عنصر الجزاء-أصلا- في الإكراه المادي الذي تضمنه السلطة العامة بتوقيعه بما لها من وسائل، بمعنى آخر؛ إذا كانت السلطة الحاكمة هي التي تفرض الجزاء على الأفراد و توقع الجزاء على المخالف، فما الحل فيما لو خرجت هذه السلطة على حكم القانون؟ و من يوقع الجزاء بها؟ و لما كانت السلطة العامة هي من توقع الجزاء على الأفراد المخالفين للقواعد القانونية، و من ثم لا يتصور أن تقوم بتوقيع الجزاء على نفسها عند مخالفتها للقواعد الدستورية، و منها يرى أصحاب هذا الاتجاه أن القواعد الدستورية لا تعدو من أن تكون مجرد قواعد أخلاقية. فالطبيعة القانونية للقاعدة - على وفق هذا الاتجاه- إنما تكمن في عنصر الجزاء الذي توقعه السلطة العامة إزاء مخالفة القاعدة القانونية أو انتهاكها، و لأن القاعدة الدستورية تفتقر إلى الجزاء في حالة مخالفتها أو عدم تطبيقها، لذا فإنها لا تتمتع بأية صفة قانونية، و إذا

كان البعض يرى أن الدستور يشكل قيودا على الحكام يوجب التزامهم بقواعده، و هي حقيقة قائمة، إلا أن الحكام حتى مع افتراض وجود جزاء في القاعدة الدستورية، فإنهم لا يمكن أن يفرضوا الجزاء على أنفسهم، إذ لا توجد سلطة داخلية في الدولة أعلى من الحكام تتولى

إيقاع الجزاء بحقهم إذا ما خالفوا قواعد الدستور(12)، كذلك يرى أصحاب هذا الرأي أن القاعدة الدستورية لا يمكن عدّها من القواعد القانونية بالمعنى الفني، بل هي مجرد قواعد آداب تحميها جزاءات أدبية توجب احترامها و ليس أكثر من ذلك، أي أن التزام الحكام بالقواعد الدستورية يبقى اختياريًا، إذ أن في وسعهم أن يعدلوا الدستور ليستبدلوا النصوص المقيدة بنصوص أخرى، بل لهم أن يستبدلوا دستور كامل و يأتوا بآخر جديد لأسباب يحددها، من ناحية أخرى، يرى أصحاب هذا الاتجاه، أن الأساس الذي جاء به أصحاب الاتجاه الأول من القواعد الدستورية تحتل قمة الهرم القانوني في الدولة أساس غير سليم أيضا، لان هنالك قواعد معينة تعلوا حتى القواعد الدستورية، و هذه القواعد اسبق في الوجود حتى من الدولة نفسها، و يقصد بها مبادئ الإيديولوجية الحاكمة في الدولة

ج- القواعد الدستورية ذات طبيعة سياسية:

يرى أنصار هذا الرأي أن قواعد الدستور ذات طبيعة سياسية، و الصفة السياسية لقواعد الدستور تظهر كذلك عندما تبين ممارسة السلطة كونها تركز هيمنة من يتولى السلطة، خاصة و أن جميع دساتير العالم مثلت وثنائق انتصار لقوى سياسية على أخرى، و القواعد الدستورية لا يمكن أن تبين طريقة ممارسة السلطة من دون أن تحدد أو تركز المهيمين على هذه السلطة، و تنظم القواعد الدستورية إشكال ممارسة السلطة السياسية وفق نظامين نظام تركيز السلطة و نظام توزيع السلطة، فبالنسبة إلى نظام تركيز السلطة فان الطبيعة السياسية تظهر بوضوح اكبر، إذ يبقى الدستور في هذا النظام متمتعًا بميزته الأولى كوسيلة لتكريس سلطة فرد أو فئة أو حزب أو طبقة (13)، و الدستور على وفق المفهوم المتقدم لا يقف عند تنظيم السلطات العامة في الدولة من ناحية تركيبها العضوي فحسب، و إنما يمتد لتنظيم تلك السلطات من ناحية اختصاصها و كيفية مباشرتها لتلك الاختصاصات، و على الدستور للقيام بذلك، أن يضع أسسا و أصولا سياسية و اقتصادية و اجتماعية تسترشد بها السلطات العامة في أدائها لهذه الوظائف، و تمثل في نفس الوقت أهدافا يجب أن يعمل النظام القائم على تحقيقها، لأنها تعكس في حقيقة الأمر فلسفة إيديولوجية

معينة لا تستطيع السلطات العامة أن تحيد عنها و إلا عد ذلك انتهاكا للدستور و لروحه، بمعنى أن طريقة ممارسة السلطة ترتبط بالأسس الاقتصادية و الاجتماعية و كذلك السياسية، فهي تتأثر بها و تؤثر فيها، لذا فان القواعد الدستورية على وفق هذا التفسير في ذات طبيعة سياسية، و أن الدستور ذو مدلول سياسي، على الرغم من أن الدستور في حد ذاته يتضمن قواعد ذات طبيعة قانونية.

مما تقدم يمكن القول أن الدستور في حقيقته يمثل "ميزان القوى المختلفة" السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية، عندما لم تكن الهيمنة لطبقة أو حزب أو فئة معينة، بل أن هنالك إسهما في ممارسة السلطة، الأمر الذي يجعل من القواعد الدستورية قواعد توازن سياسي تنظم العلاقة بين القابضين على السلطة كما هو واضح، حيث يقول Dominique Rousseau: " أن الدستور لم يعد مجرد نص سياسي ناتج عن توافق قوي للمجتمع ليؤدي دورا ثانويا، لكنه أصبح وثيقة قانونية تفرض قواعدا على جميع السلطات، و في الحالة السلبية يترتب على ذلك إبطال أعمال هذه السلطات من قبل القضاء" (14) إلا انه عندما تتركز السلطة بيد قوى سياسية معينة تتجلى الطبيعة السياسية للدستور، حيث يعدو منهاج عمل للحاضر و المستقبل و تمثيل لفلسفة النظام السياسي و يبين الهدف من ممارسة السلطة، خاصة عندما يمثل الدستور طموحات الدولة فيغدوا هذا الأخير قيدا على سلطة الحكام(15) كما يؤكد المفكر الدستوري M. Olivier Camy بقوله: "le droit ne serait que le travestissement de la politique" (16) و ينتهي أصحاب هذا الاتجاه أن القاعدة الدستورية ذات طبيعة سياسية، لأن الدستور يُنظم ممارسة السلطة و يُمثل أساس الحكم و فلسفة النظام السياسي، إلا أن الطبيعة السياسية لا تلغي كون الدستور أعلى قاعدة في النظام القانوني للدولة و هو يحوي الكثير من القواعد ذات الطبيعة القانونية(17).

على أي حال " فليس من شك لدى الفقه الحديث في تمتع القواعد الدستورية بطبيعة القواعد القانونية، أو في توافر الخاصية الإلزامية

لها، أو في التزام السلطات العامة على وجه الخصوص بأحكامها، فهي تنشأ و تستمد اختصاصاتها استنادا إليها، مما يوفر لأعمالها الشرعية و من ثم يضي عليها القوة الإلزامية، لا سيما فيما يتعلق بالأعمال الصادرة عن السلطة التشريعية و التي تستمد طبيعتها القانونية و قوتها الإلزامية من القواعد الدستورية نفسها، فكيف يمكن إنكار هذه الطبيعة و هي المنبع الوحيد لتلك القوانين"، فالنتيجة الحتمية وفقا لهذا الرأي هي سحب القواعد الدستورية من البناء القانوني للدولة، لتتحول السلطات العامة إلى سلطات مطلقة، و يتحول البرلمان إلى سلطة تأسيسية و ليس تشريعية فحسب، فإذا ما كانت السلطة التنفيذية مسيطرة عليه، و هو الأمر الغالب في كثير من الدول تحققت الديكتاتورية و الاستبداد و انتفت من ثم صفة الدولة القانونية أو الدستورية، و هو أمر اتفق الفقه على انه مرفوض جملة و تفصيلا(18).

ثانيا- تناقض طرق الفقه الدستوري في تفسير غموض القاعدة الدستورية

إن تفسير القاعدة الدستورية يهدف إلى تحديد معنى القاعدة القانونية و بيان مداها و ذلك بواسطة عدم الوقوف على المعنى الظاهر المباشر الذي يظهر من ألفاظ النص، وإنما يكشف المفسر عن المعنى الحقيقي للقاعدة القانونية، محاولا الوصول إلى روح نص المادة، حتى نقف على مختلف العناصر التي صاحبت إرادة المؤسس الدستوري عند وضعها للقاعدة الدستورية(19)، فعند ممارسة عملية التفسير الدستوري لا بد من بيان مضمونه و دلالة معانيه و تفهم غياته و وفق المبادئ الحاكمة و الأسس الواردة في الدستور، و في ظل التنظيم المتناسك و المتكامل لأحكامه نصا و روحا، انتهاء إلى الكشف عن حقيقة مفهومه و استنباط أهدافه و معاني ألفاظه اللغوية، و يمكن الاستناد بما ورد في الأعمال التحضيرية أو التمهيدية لوضع النصوص الدستورية للوقوف على المعنى الحقيقي، كما لا بد من العودة إلى أصل النص في الدستور و مصادره في الأنظمة الدستورية المقارنة و التي استقى منها النص، فضلا عن الآراء الفقهية التي

تناولت ذلك النص بالتعليق و الشرح(20)، وحسب M. Troper ، فإن عبارة التفسير تعني في آن واحد عملية إعطاء معنى لشيء والذي يمكن أن يكون موضوعا ماديا أو نصا، وهو نتاج هذه العملية ويذهب M. Troper بالقول : " على أنه ثمة في أدب نظرية القانون حول التفسير مفاهيم جد مختلفة، هذه النظريات هي إما وضعية وإما قاعدية، وهي تتعارض في أكثر من نقطة، وخاصة حول طبيعة المعنى المعطى للشيء، و حول طبيعة عملية التفسير، أو حول طبيعة موضوع التفسير ومناهجه، أو أيضا حول نتائج هذه المفاهيم فيما يتعلق بفهم المنظومة القانونية(21)، و لا شك أن نظرية التفسير تؤكد على احتمال وجود نص دستوري يحتوي فرضيا على تعدد في المعاني، و تقع على عاتق السلطة القائمة بتطبيق النص تحديد التفسير الذي تعتنقه من بين هذه المعاني، و لكن الإشكال يكمن في انه إذا لم يتم تطبيق هذا النص لحد الساعة ما جعل غموضه سائدا، و غير ملاحظ من طرف الجهات المعنية، و بناءا على ما تقدم فان التفسير يحدد المعنى الموضوعي للنص في لحظة تطبيقه و يُعنى من جهة أخرى باستبعاد التفسيرات المناقسة، و المفسر بناءا على ذلك يلعب دورا إنشائيا للنصوص الصماء(22)، إن تفسير الدستور و نظرا لطبيعة النصوص الدستورية، يمكن أن يقود إلى تطوير المنظومة الدستورية كما يمكن أن يؤدي إلى تفهقها، فالطرف المعتمد في تفسير الدستور أثر كبير على المنظومة الدستورية فتفسير النص الدستوري يتطلب تحديد المفاهيم بشكل دقيق والأخذ بالاعتبار التوجهات الفكرية التي يقوم عليها الدستور وتحديد الاتجاه الذي يربط نصوصه بعضها ببعض.

وعموما فالنصوص الدستورية عادة ما تصاغ بجمل موجزة ومقتضبة فيها الكثير من العموميات وأحيانا الغموض وتبتعد عن التحديد القاطع وتستند إلى خلفيات إيديولوجية لمن صاغها لهذا ينبغي بالضرورة لاستخراج الحكم الدستوري من دليله الدستوري يستدعي الأمر اللجوء إلى التفسير لإزالة الغموض والإبهام وتبيان القصد الدستوري الحقيقي للنص ، لكن التفسير لا يرتبط فقط بالنصوص الغامضة وحدها فقد

يتجاوز الأمر ذلك لإبطال حتى النصوص الواضحة، لأن التأكد من وضوحها لا يأتي إلا بعد تفسيرها غير أن هذا التفسير لا يكون عامة موضوع خلاف فالتفسير لا يكون فقط عند **غموض النص وإنما عند وضع النص موضع التطبيق**، وهذا ما ينطبق موقع النص الدستوري الجزائري كمتناول لفكرة مسؤولية رئيس الجمهورية سواء ذلك النص الموجود في دستور 28 أوت 1963 أو النصوص الموجودة في دستور 28 نوفمبر 1996، التي لا يمكن التنبؤ بها وهكذا يتم التمييز بين العديد من أنواع الغموض وتم تحديدها كالتالي :

-**الغموض المترج** " :ويحدث عندما يحيل الدستور إلى الأشياء أو الظواهر التي تحدث في الواقع ولكن دون تحديد بعض خصائص التغيير، مثل التي تكون في الأنواع والكميات والمساحات الخ...
-**الغموض التركيبي** : يحدث عندما يستخدم الدستور التعبيرات التي تفنر إلى الإشارة إلى تلك الصفات والخصائص الضرورية والكافية، وفي كل الأحوال يشير إلى بعض الخصائص ذات الصلة ولكن دون أن يؤدي إلى تحديد دلالتها .

-**الغموض الذي يكتنف النص المفتوح**: يحدث ذلك عندما يستخدم الدستور التعبيرات التي لا تحمل صفات أو مميزات ضرورية وكافية ليميزها عن غيرها، والتي يوظفها مع ذلك في داخل النص الذي يولد الشكوك حول تحديد مفهومها و إعطاء تعريف دقيق بشأنها.
إلا أن جانب من الفقه الدستوري يفترض انه؛ حتى و إن لم يقدم الدستور قاعدة صريحة و واضحة يمكن تطبيقها، هذا يعني انه بمساعدة المصادر المنطقية نستطيع اكتشاف قاعدة ضمنية مكملة،ولكن لكل نص معين تفسيراً جيداً جداً وكل التفسيرات الأخرى تكون خاطئة.

وهذه القاعدة في رأي KELSEN هي **la bonne " norme(23)**، و انطلاقاً من هنا نصل إلى وجود فرضية أخرى و هي احتمالية وجود خلل تقني عند السلطة التأسيسية أي المؤسس واضع الدستور، لأنه فشل في وضع قاعدة يمكن الاستقرار عليها، لأن مسلمة KELSEN تقوم على معيار يكون فيه القانون متكامل و

منسق ، إلا أن رجال القانون تناسوا محاولة تبرير تجريبي حول معتقد أن " الدستور أو المؤسس الدستوري يتصفان دائما بالعقلانية" la Constitution ou le constituant sont toujours rationnels"، إن تفسير الدستور لا يقتصر على وجهة نظر واحدة، إلا أن هذا التفسير لا يمكن أن يكون له أي تأثير على المنظومة الدستورية والقانونية القائمة في الدولة، وهكذا فيما يخص التفسير يميز KELSEN(24) و بعده M. Troper(25) بين التفسير الأصلي والتفسير غير الأصلي والذي يُطلق عليه أحيانا بالتفسير العلمي، ويستخدم KELSEN عبارة أصلي بمعنى مختلف عن معناه أي يعني التفسير الذي يعطيه واضع النص أما مفهوم KELSEN للتفسير الأصلي ليس ذلك الذي صدر عن صاحب العمل وبصورة عامة هو التفسير الذي تقدمه سلطة فوضت لها سلطة التفسير أو سلطة لم تفوض لها سلطة التفسير بصورة رسمية ولكن النظام القانوني يُقر بفعالية أعمالها، أما التفسير غير الأصلي أو الفقهي فهو حسب KELSEN عمل معرفي لا يتيح إمكانية اكتشاف المعنى الخفي والوحيد، وهذا لتفسير لا يهدف سوى إلى وصف المعاني الممكنة للنص حيث يستطيع المفسر الأصلي أن يختار بينهما، تماشياً مع كل ما سقناه؛ يجب أن لا يتم الخلط هنا بين التفسير الدستوري والقانوني، وإذا كانت نظريات التفسير قد ولدت أصلاً بغرض تفسير قواعد القانون الخاص وتم تعميمها لتشمل قواعد الدستور والمشاكل الناتجة عن النص الدستوري الغامض، رغم كونها متشابهة فإنها ليست متطابقة مع إشكالات تفسير القانون، فالفرق بين تفسير القانون وتفسير الدستور هو أن الأول يهدف إلى تحقيق العدالة في قضية معينة في حين أن تفسير الدستور يهدف إلى تحديد المعنى الحقيقي للقاعدة الأساسية إذا كان هذا التمييز يركز على الغاية فهناك من ذهب إلى إبراز الفرق بالتركيز على مضمون كل منهما ، وعليه فإذا كان القانون يدخل في التفاصيل التي تتطلبها إدارة قطاع أو نشاط محدد فالدستور يقتصر عموماً على مبادئ يعبر عنها بكلمات القانون، وعلى الرغم من وجود نقاط أخرى مشتركة بين التفسيرين ففي تفسير الدستور كل كلمة يجب أخذها بعين الاعتبار نظراً لندرة الكلمات

وغناها فيآن واحد، فللكلمات معنى وللصمت معنى أيضا، و الأحكام المصاغة لها معنى وغير المصاغة لها معنى، (عدم صياغة قاعدة دستورية صريحة تمنح حصانة لرئيس الجمهورية و الوزراء مثل ما تم مع الحصانة البرلمانية) أيضا لأنها بمثابة الإسمنت الذي يدخل في الشقوق بين قرميد الجدران ويؤدي إلى تماسك المبنى وصلابته بكامله.

المحور الثاني

السلطة التفسيرية لرئيس الجمهورية

"الممارسة الدستورية تنشئ دستور فعلي و حقيقي"

إن الممارسة قادرة على خلق معنى ما وقيمة للقواعد العليا أو حتى إعادة وضعها، ومن هذا المنطلق فإن الممارسة تنتقل من المفهوم التقليدي للدستور إلى مفهوم أكثر جدلا وهو القانون الفعلي والحقيقي، ويبدو أنه بالإمكان تفسير هذا التطور الفقهي بالنسبة الفقه الدستوري بالدرجة الأولى بضرورة الأخذ بعين الاعتبار خصوصية المؤسسات في ظل التجربة الدستورية الجزائرية، وهي الخصوصية التي تنطبق على دستور 1996 والذي يبدو بالخصوص على خلاف سابقه بأنه أكثر غموضا ويحتمل أكثر من قراءة، وهنا أيضا نشير إلى خصوصية تصرفات الهيئات القائمة على تطبيق الدستور" أهمها رئيس الجمهورية"(26)، ومن هنا يجد رجال القانون أنفسهم في مواجهة تصرفات يصعب الحكم عليها بالاعتماد على القواعد الدستورية المكتوبة، ولكن فاعليتها وظاهرها الشكلي وادعاءها بالاتصاف بصفة القانونية يدفع إلى القول بأنه بإمكان هذه التصرفات أن تؤسس لنفسها وتفسر على أنها من التصرفات القانونية، وهكذا فإنه يبدو أن طبيعة مؤسساتنا الدستورية وسيرها يُمليان علينا رأيا يمكن تلخيصه في عبارة قديمة حديثة مفادها أنه "قد يكون لنا مستقبلًا جمهورية وجودية يتطور دستورها بفعل ممارسات الفاعلين السياسيين أكثر من تطوره بفعل كينونته" و ذلك على حد قول Olivier Camy ويقضي الفقه المعاصر واقعا بأنه يمكن للممارسة الدستورية أن تكون مصدرا للقانون، ولكن كيف ذلك؟

الممارسة الدستورية كمصدر من مصادر القانون

إننا نعلم بأنه بالنسبة لغالبية المختصين في القانون الدستوري لم يكن واردا أبدا بالأمس القريب أن تكشف الممارسة أو تكون سببا في وضع قواعد معيارية قانونية، إذ كيف يكون بإمكاننا أن نسلم ونحن بصدد دستور مكتوب وجامد بأن تصرفات بسيطة ومتغيرة ومخالفة للقانون في الغالب من شأنها وضع قواعد معيارية حقيقية؟ إن هذا ليس في الحقيقة أكثر من ضلال واختراق للقانون الدستوري، وهذا ما من شأنه على الأقل أن يعكس أو يولد معيار سياسي مؤقت وغير ثابت.

إننا في هذا الصدد أمام محاولة جادة ومجدة لاتجاه الفقه الدستوري، وهذا حتى مع وجود بعض رجال القانون البارزين الذين دافعوا آنذاك عن فكرة مبدعة مفادها وجود أعراف دستورية إلغائية على غرار M. Waline، L. Roland، A. Hauriou، R. Capitant وهذا الاتجاه الفقهي يتميز تمام التميز عن الاتجاه الفقهي الإداري المقيد بسلطة القاضي الذي يرفض في أغلب قراراته اعتبار الأعراف كمصدر شكلي للقانون، وعليه فإن العديد من الفقهاء يُبدون استعدادا لإدراج شبه القانون المتأتي من الممارسة الإدارية والذي يتشكل من المنشورات والتوجيهات في خانة الحقيقة القانونية بسبب فاعليته "effectivité" وشبه شكلية "quasi formalisme" وبسبب قدرته على تعديل النظام القانوني ضمنيا، إن شبه القانون هذا لا يزال رغم كل ذلك يوصف على أنه مجرد حقيقة فعلية، إن الاتجاه الفقهي الدستوري يتقاطع مع موقف بعض الفقهاء المختصين في القانون الخاص ولا سيما التجاري والذين يبدو أنهم يقرون منذ مدى بعيد بأن الممارسة بإمكانها أن تكتسب حجية قانونية كافية متى ارتضتها إرادة الأطراف، وهذا دون أن يكون لها أساس قانوني يمنحها صفة الحكم التمكيني "disposition habilitante"، سنعمل على توضيح معالم هذه المحاولة وذلك بتحديث نموذج التفكير الذي يستعمله الفقه الدستوري الحديث قصد التعرف على الممارسة والقانون، وسنحاول أن نبين أن هذا النموذج مستوحى من اتجاه القرارات الحاسمة "décisionniste".

أولاً- اصطدام الممارسة الدستورية بالفقه التقليدي للقانون الدستوري

أ- تحديد طبيعة الممارسة الدستورية

يتعين علينا كضرورة أولية أن نعطي تعريفا مؤقتا لما يعرف بالممارسة الدستورية، ولقد اخترنا عبارة تعريف مؤقت لاعتبارين اثنين، أولهما أن هذا التعريف يعكس الرأي الغالب لدى الفقهاء الفرنسيين المحدثين فقط، وهذا ما يتيح لنا الحياد في مسارنا هذا، أما ثانيهما فهو أن هذا التعريف محض افتراض، وهذا ما يتيح لنا أن نشكك فيه بل وحتى أن نراجعه في أثناء دراستنا ويجنبنا الإجابة بشكل سريع وقطعي عن طبيعة الممارسات الدستورية..

- أما **المصطلح الأول** فيحمل معنى واسعا وعميقا ويقصد به " كل التصرفات الإرادية التي تباشرها الأجهزة الدستورية باعتبارها ممكنة أو واجبة في نظر هذه الأجهزة وسواء كانت هذه التصرفات مؤسسة دستوريا أو لم تكن".

- أما **المصطلح الثاني** فيحمل معنى ضيقا ويقصد به " تلك التصرفات الإرادية الواجبة أو الممكنة في نظر الأجهزة الدستورية والتي يبدو أنها لا تؤسس على قاعدة دستورية مكتوبة، سواء لأن الدستور في هذه المسألة بالذات غير دقيق أو تشوبه فراغات أو لأنه يمنع صراحة مثل هذه التصرفات(27).

إن دراستنا سنتصب على هذه التصرفات التي من شأنها أن تخلق قانونا دستوريا غير مكتوب قادر لوحده على تبرير هذه التصرفات، وسواء كان هذا القانون خاليا من النص على بعض المسائل أو كان مخالفا للقانون، وإذا تعمقنا في هذا التعريف فإنه يتبين وجود ممارسات شكلية أو غير شكلية متكررة أو غير متكررة، حيث أننا نجد على سبيل المثال أن استقالة رئيس الجمهورية في الجزائر أصبحت ممارسة دستورية، كذلك مسألة لجوء رئيس الجمهورية إلى المادة 176 للقيام بأي تعديل دستوري(28) في كل من التعديلات اللاحقة

لدستور 28 نوفمبر 1996 و ذلك في تعديل 2002 و تعديل 2008، و كذا تعديل 2016، ولما كانت هذه الممارسة متكررة أصبح بعض الفقهاء يتحدثون عن أعراف دستورية، ولنوضح في الأخير أن مثل هذه الممارسات يمكنها أن تصدر من الناحية النظرية عن السلطة التنفيذية كما قد تصدر عن السلطة التشريعية وكذا القضائية، ومن هنا يمكننا أنولكن الفقه يميل عموما إلى الاقتصار في دراسته على الممارسات الصادرة عن السلطة التنفيذية باعتبارها أكثر ظهورا للعيان وإثارة للإشكال من حيث آثارها ومن حيث شكلها، إذ يمكن لها أن تعدل بكل سهولة من طبيعة النظام السياسي من جهة، ومن جهة أخرى يصعب علينا القول بقانونية هذه الممارسات لأنه لا يمكنها أن تظهر رسميا بمظهر القانون أو الحكم.

إن هذه الممارسات الأخيرة ذات الطابع الغامض والتي عادة ما تصدر عن رئيس الجمهورية تعتبر في غالبيتها من قبل الفقه صحيحة من الناحية القانونية، إن أكثر المواقف تشددا يعتبر هذه الممارسات بمثابة كاشفة لقانون دستوري عادي يمكن تسويته بالقانون المكتوب، وعلى هذا الأساس ليس هناك مجال للتمييز بينها من حيث مشروعيتها أو حتى من حيث مشروعية القانون الذي تخلقه، ولقد دافع O. Duhamel عن هذا الطرح حيث يدعو من الناحية المنهجية رجال القانون إذا ما أرادوا شرح النص الدستوري إلى الانطلاق من نص الدستور دون إغفال الممارسة الدستورية في ذلك(29)، وتشكل الممارسة الدستورية ثقافة دستورية "culture constitutionnelle" تتلقي بكامل وزنها على تطبيق النظام وكذا على ممارسة سلطات الرئيس، ومن هنا يمكننا استنباط ودراسة سلطات رئاسية تنشأ خارج إطار الدستور أو تنشأ جراء تفسير حركي "interprétation dynamique" لنص الدستور، وهي سلطات تحضى ضمنيا بنفس القيمة التي تحضى بها تلك السلطات المستوحاة من حرفية الدستور la lettre de la Constitution.

في النهاية يظهر لنا بأن الدستور ليس لا مكتوبا ولا جامدا وذلك رغم نوايا المؤسس الدستوري، إذ أن تطوره ليس مرده إلى التعديلات بل بالأحرى إلى الاستعمال، أما الموقف الأقل تشددا فيعتبر بأن بعض

هذه الممارسات الدستورية بمثابة تطبيق لقانون خاص من حيث شكله وطريقة نشأته وموضوعه وأثاره وتطوره، إنه بعبارة أخرى قانون غير رسمي، إنه قانون سياسي "droit politique"، إنه قانون مرن يتطور مستغلا ثغرات الدستور وعدم دقته أو غياب الرقابة الدستورية على أعمال السلطة التنفيذية.

ب- خصائص الممارسة الدستورية:

ويمكن تلخيص الخصائص العامة للقواعد المشكلة لهذا النوع من القانون حسب رجال القانون الذين يتبنون هذه الفكرة في ما يلي:

- من حيث شكلها: إنها قواعد غير مكتوبة ويعتد بصلاحياتها رغم أنها لا تستشف صراحة من النص الدستوري أو تتعارض معه في بعض الأحيان(30)
- من حيث طريقة نشأتها: تعد الممارسات الدستورية سببا في نشأة هذه القواعد، ثم تعود هذه القواعد لتبرر تلك الممارسات.
- من حيث موضوعها: تحدد هذه القواعد تصرفات السلطات العليا في الجهاز التنفيذي في إطار الدستور أو خارج هذا الإطار.
- من حيث قيمتها: يمكن لهذه القواعد أن تكون إما موافقة للقانون الدستوري المكتوب ومؤكدة له وإما أنها تخرج عن إطاره.
- من حيث تطورها: تتمتع هذه القواعد بالقدرة على الظهور فجأة وعلى التحول بسهولة، وتتباين في هذه النقطة بالذات مع القواعد العرفية بالمعنى التقليدي والتي تقوم أصلا على عنصر التكرار، حيث أن G. Vedel اعتبر سنة 1968 أن القاعدة الدستورية .
- العرفية المخالفة للقانون يمكنها أن تنشأ بمجرد وجود سابقة واحدة فقط(31).
- من حيث المصطلح: تختلف التسميات باختلاف الفقه، فبعض الفقهاء وهم قلائل لا يزالون يحتفظون بالمصطلح التقليدي للعرف، بينما يميل البعض الآخر إلى استخدام مصطلحات أكثر حداثة مثل الاستعمال أو الاتفاق، أو التطبيق، وهذا عندما لا يستخدمون مصطلح الممارسة الذي يقصد به التصرفات الحقيقية وكذا القانون الناشئ من هذه التصرفات.

وسواء أقررنا بأن الممارسات الدستورية تنشئ وتطبق قانونا عاديا أو قانونا خاصا، فإننا نجد أنفسنا في كلتا الحالتين أمام مشكلة مكانة هذا القانون، إذ يبدو أن النظرية التقليدية للقانون الدستوري عاجزة عن التكفل بهذا النوع من القانون باستخدام معاييرها التقليدية الشبيهة بالافتراضات المسبقة اللازمة لكل معرفة قانونية.

ثانيا- فشل الفقه الدستوري التقليدي في إعطاء مكانة للممارسة الدستورية ضمن الهرم المعياري:

إذا تتبعنا الحجج التي يقدمها الفقه الحديث بخصوص فشل النظرية التقليدية للقانون الدستوري يتبين لنا أن هذا الفشل في الحقيقة هو فشل مزدوج، أما **الفشل الأول** فيتمثل في كون النظرية التقليدية غير قادرة على تقديم تفسير معياري للممارسات الدستورية كتصرفات بسيطة تظهر في مظهر أعمال قانونية وذلك بإلحاقها بالدستور، إذ لا يمكن لهذه النظرية أن تقرر ما إذا كان القانون الدستوري المكتوب يجيز هذه الممارسات أو هو الذي يفرضها، وبعبارة أخرى فإنه يستحيل على **رجل القانون التقليدي أن يحكم بكل موضوعية** على هذه الأعمال التي يعتبرها أصحابها بكل ذاتية مؤسسة، أن يحكم بتأسيسها من عدمه، من الواضح أن رجل القانون هذا قد يحتج بأنه مؤهل للحكم على هذه الممارسات لكونها من الأعمال القانونية أم لا، ولكن لا يمكن الدفاع عن هذا الرأي إذا ما ألحقناه بمسلماته النظرية.

-أما **الفشل الثاني** فيتمثل في كون الفقه التقليدي للقانون الدستوري عاجزا عن تأسيس الممارسات الدستورية على القانون الذي تضعه هذه الممارسات، في حين أنه كان ينبغي عليه أن يصل إلى هذه النتيجة بما أنه لا يعرف إلحاق هذه الممارسات بالدستور المكتوب.

وسنقوم بإعادة بناء حجج الفقه الحديث حتى تتمكن من تحليل هذا الفشل المزدوج، ولكن قبل الخوض في ذلك، يجدر بنا أن نذكر في عجلة بالمعايير العامة للمعرفة القانونية التي يستعملها العلم التقليدي للقانون الدستوري، وسنتقيد بهذه المعايير كما نظر لها الاتجاه

الوضعي الذي تبناه Kelsen عن طريق ما يسمى بـ le positivisme kelsénien والتي يمكن تلخيصها في ما يلي:

- إن جميع التصرفات الإرادية يمكن تفسيرها على أنها أعمال قانونية أو أعمال مخالفة للقانون، إن هذا المعنى يلحق التصرفات الإرادية بموجب قواعد قانونية وضعية في شكل (مخطط تفسيري "schémas d'interprétation")، وعلى هذا الأساس يمكننا أن نقول بكل موضوعية ما إذا كانت من القانون أم لا.

- إن جميع التصرفات وحتى التصرفات غير الإرادية كما هو الحال بالنسبة للعرف يمكن اعتبارها منشئة للقانون بشرط أن تكون القواعد الناشئة مطابقة لمنهجية مستوحاة من قواعد قانونية عليا صالحة.

إن إعمال المعيار الأول يتيح لنا فهم الفشل الأول الذي تحدثنا عنه سابقا والمتمثل في استحالة تحديد ما إذا كانت الممارسات الدستورية بمثابة أعمال قانونية.

أ - الممارسات الدستورية كأعمال قانونية:

إننا بعرض المعيار الأول نتبين أنه ليس بإمكان الممارسات الدستورية أن يكون لها معنى قانوني موضوعي في إطار نظرية القانون التقليدي، وذلك للسبب التالي: إن أصحاب هذه الممارسات ولا سيما رئيس الجمهورية يؤكدون على إعطاء هذه الممارسات طابع الأعمال القانونية ويضفون عليها هذا المظهر، في حين أن القواعد الدستورية المكتوبة المتعلقة بها ولا سيما في حالة وجود أحكام غامضة أو تشوبها ثغرات تبقى غير محددة أو مخالفة لها، إن هذا الطرح يجعلنا عاجزين عن استعاب كون تفسير الأجهزة التنفيذية تفسيرا مؤسسا من الناحية القانونية وثابتا بموجب التفسير العلمي، وعلى أية حال وفي كلتا الحالتين، فإن غياب قاض دستوري مختص ومؤهل للقول بقانونية هذه الممارسات من عدمها لا يسمح بتدارك هذا الشذوذ الواقعي، وإذا كان مختصا؛ فإن المشكل الذي يبقى مطروحا يكمن في مشروعية القرارات التي قد تضيف المصادقية على مثل هذه الأعمال والتي بالإمكان أن تحمل طابع الممارسات القضائية، ويلجأ رئيس الجمهورية إلى التفسير في الحالات التالية:

- حالة القواعد الدستورية غير المحددة:

هل يكون رئيس الدولة على صواب عندما يؤكد قانونية بعض الأعمال التي تعتبر بمثابة نقض دستوري بموجب نص الدستوري المادة 124 (رفض التشريع بأوامر في حالة شغور البرلمان)، والمادة 126 (رفض متابعة الإجراءات بعد تصديق البرلمان مجتمعاً وبنصوص موحدة على مشروع قانون) أو المادة 177 (رفض اقتراح ثلاثة أرباع غرفتي البرلمان مجتمعين معا لتعديل دستوري)؟ لنحاول أن نتصور الإجابة التي قد يقدمها أنصار الاتجاه الوضعي الذي يتزعمه Kelsen، حيث يعتقد بأن القواعد القانونية لا يمكنها سواء بقصد أو بغير قصد أن تحدد إلا جزئياً الأعمال التنفيذية، وعليه فإنه من الواجب أن تحدد الأجهزة معنى هذه القواعد من خلال المسار التنفيذي عن طريق التفسير؛ ويمر هذا المسار حسب الفقيه النمساوي بالضرورة بمرحلتين اثنتين هما: **مرحلة معرفية** وتتمثل في تحديد إطار عن طريق التعرف على عدة إمكانيات تفسيرية موجودة داخل هذا الإطار؛ **مرحلة إرادية** وفي هذه المرحلة يقوم الجهاز الذي يطبق القانون بالاختيار بين هذه الإمكانيات وبالتالي فهو يضع القانون.

وكننتيجة لذلك يمكننا القول بأن **عدم تحديد القواعد القانونية لا يحول دون تطبيقها**، فعلى سبيل المثال يمكن لممارسات دستورية يعتبرها أصحابها صحيحة أن تؤسس على قواعد دستورية غامضة أو غير محددة ودقيقة، وبصفة أعم يمكن القول بأن القانون يطبق في كل الحالات ولا تشوبه من الناحية المنطقية أية نقائص، وهذا ما يفرض دائماً إلى أن أي تصرف دستوري يمكن أن يفسر على ضوء قاعدة من القواعد الدستورية.

إن هذا هو الذي يجعل التفسير العلمي لا تعترضه صعوبات إذ ليس هناك ما يمنع المفسر من أن يجد بمحض عملية عقلية إطاراً من الأطر بموجب مادة من مواد الدستور، وبعد استنباطه لمختلف المعاني الموجودة داخل هذا الإطار، يترك المفسر لرئيس الجمهورية حرية الاختيار بين هذه الإمكانيات ويحدث كل هذا في ظل غياب قاض دستوري مؤهل للقول بمطابقة المعنى الذي يختاره رئيس الدولة للدستور من عدمه، ومنه فإن تكييف الأعمال باعتبارها أعمالاً

قانونية من قبل القاضي الدستوري المؤهل تجعل المفسر يقبلها بكل موضوعية، إن هذا الحل غير معتبر من وجهة نظر الفقه الغالب، حيث أن الغموض أو عدم الدقة والتحديد الذي يطبع القواعد العليا يلزم حتما الجهاز التطبيقي حسب هذا الاتجاه باللجوء إلى قواعد غير متضمنة في الدستور المكتوب والمتمثلة في قواعد تفسيرية يجدها هذا الجهاز بكل حرية ويستعملها بشكل صريح أو غير صريح حتى يبرر أعماله، وهكذا فإن رئيس الجمهورية يكون ملزما متى أراد إضفاء المشروعية على أعماله على ضوء قاعدة تأهيلية غامضة بالاختيار بين هذه الإمكانيات التفسيرية، إن إجراء هذا الاختيار يستوجب من رئيس الجمهورية اللجوء إلى مبادئ أو غايات أو طريقة تفسير غير محددة دستوريا، وبالتالي فتكون لها قيمة تفوق وتزيد عن قيمة الدستور نفسه، وهكذا فإن التصرف لا يكون مؤسسا بقاعدة ظاهرة متضمنة في نص مادة من مواد الدستور، بل يكون مؤسسا على قاعدة غير ظاهرة يكون رئيس الجمهورية قد وضعها بكل حرية بنفسه ولنفسه ما لم تقيد الضوابط الاجتماعية والسياسية، ولا يقع عليه أي التزام قانوني غير التزام الملازمة حيث أنه يستعمل مثلا قاعدة عامة ذات مدى شبه قانوني حتى يتمكن من أن يؤسس لاختيارات تفسيرية أخرى، وفي القانون الدستوري يمكننا أن نأتي على ذكر استعمال بعض المبادئ الكبرى على غرار السيادة الوطنية أو الفصل بين السلطات أو استقلالية القضاء، استمرارية الدولة، الحفاظ على الأمن العام و سلامة التراب الوطني...، كما قد نستعمل بعض المفاهيم على غرار إرادة أو نية المؤسسين أو روح الدستور أو إرادة الشعب، أو غيرها من المفاهيم.

ومهما يكن من حال، فليس من المؤكد أن ثمة إطار للمفسر أن يتقيد به أو يخرج عنه، ويكون إطارا من شأنه ولو بالقدر الأدنى أن يفرض نفسه على رئيس الجمهورية أو يقيد، ويكون معنى حاسما موضوعيا بحيث لا يمكن لا رده ولا تجاهله، إن رئيس الدولة بإمكانه تبني أي تفسير وبكل حرية من الناحية القانونية التي لا تعبر أي اهتمام لأي إطار واضح يستفاد من هذه القواعد الغامضة، ويدفع في ذلك بالدستور بمعناه الواسع وبالمبادئ العامة وبالقيم الكفيلة بتبرير

تصرفاته، وبهذا يكون تفسيره وليد إرادته ما دام ليس ثمة قيد معرفي مستمد من نص الدستور، ومن هنا فإن العمل الذي شرعن (أضفيت عليه صبغة المشروعية) بموجب هذا التفسير لا يستمد قانونيته من مضمون الدستور بل لا يكون له في غالب الأحيان أي شيء قانوني غير مظهره الرسمي، وهذا ما ينطبق في غالب الأحوال على الأعمال التي يعتبرها رئيس الجمهورية كأعمال قانونية، في حين أنها تخالف صراحة القواعد التي تنظمها و هو ما سيتم التفصيل فيه على النحو التالي؛

- حالة القواعد الدستورية المخالفة:

عندما يقدم رئيس الجمهورية تعديل يتضمن مخالفة صراحة للدستور (32)، فكيف لرئيس الجمهورية في هذه الحالة أن يكون على صواب من الناحية القانونية في حين أن أعماله هذه تخالف حرفية الدستور؟ لنحاول هنا مرة أخرى أن نعرض حججا تتوافق مع ما يقول به الاتجاه الوضعي الذي يتزعمه Kelsen ففي هذا الشأن من المفترض أنه يجب على التفسير العلمي أن يتجاهل كل عمل يراد له أن يكون قانونيا في حين أنه يخالف القواعد العليا للدولة على اعتبار أن هذا الأمر غير مقبول من الناحية القانونية"، ولكن رغم ذلك فهناك حسب Kelsen حل يمكن بموجبه تدارك قانونية هذه الأعمال، سنستدل في هذا المقام بالقياس وذلك بعرض الحل الذي يقترحه Kelsen بالنسبة للنصوص التي يعتبرها البرلمان قانونية بينما هي في حقيقتها مخالفة للدستور، بحيث يجب على المؤسس الدستوري أن يأخذ بعين الاعتبار بأن قواعد الدستور لا تحترم في كل الأحوال احتراماً كاملاً... أو بمعنى آخر فإن هناك أعمالاً تقدم بشكل ذاتي على أنها قد وضعت قانوناً، في حين أن الإجراءات المتبعة في مباشرة هذه الأعمال أو أن مضمون القانون الذي وضعته لا يتطابق مع قواعد الدستور (33) مثال ذلك الأمر الرئاسي رقم 23/97 المؤسس لقانون محافظة الجزائر الكبرى ، و الذي يعد خرقاً صارخاً لنص المادة 15 من دستور 28 نوفمبر 1996 ، ولا يثار في هذه الحالة أي إشكال تفسيري محض بما أن المعنى اللغوي لمصطلح القاعدة لا يعترضه أي

ليس، كما أن الجهاز التطبيقي لا يحتمل أكثر من معنى واحد، ولكن الإشكال يكمن في معرفة ما إذا كان أي تصرف من التصرفات رغم مخالفته الصارخة للقواعد المتعلقة به دستوريا يعتبر تصرفا قانونيا بشكل موضوعي من وجهة نظر الملاحظ خاصة و أن المثال الراجح لهذه الحالة المذكورة أنفا المتعلق بالأمر الرئاسي المؤسس لمحافظة الجزائر الكبرى قد تم تطبيقه لمدة ثلاث سنوات، إن السبب الذي يقدمه Kelsen يتلخص في التالي:

إن غياب جهاز مؤهل لرقابة مدى دستورية أعمال رئيس الدولة يعبر عن الإرادة الضمنية للمؤسس الدستوري بإعطاء الرئيس سلطة تقرير مدى دستورية هذه الأعمال من عدمها، وتنطبق هذه الوضعية تماما على الجزائر التي يستحيل فيها على المجلس الدستوري ممارسة مثل هذه الرقابة بسبب محدودية اختصاصه الموضوعي، وبهذا يمكن للرئيس أن يحدد بكل حرية ما إذا كانت الإجراءات المتبعة في تبني هذه الأعمال وكذا موضوعها مطابقا للدستور، وهذا يفترض أن "كل ما يبشره هذا الجهاز من أعمال يجب أن يعتبره الملاحظ الخارجي مطابقا للدستور" أو حتى أن المعنى الذاتي الذي يعطيه رئيس الدولة لهذه الأعمال هو دائما معنى موضوعي؛

إنها في الحقيقة فكرة جريئة حيث أنها تسمح بتعديل المعنى الظاهر للقواعد العليا، وهذا ما يؤدي إلى أن بعض أعمال الرئيس يمكنها أن ترى النور بصورة مغايرة لتلك التي يحددها الدستور صراحة أي **بالصورة التي يحددها رئيس الدولة بنفسه، إن رئيس الدولة على هذا الأساس يملك سلطة إعطاء أعماله مضمونا مطابقا للقواعد الدستورية، كما له أن يعطيها معنى آخر مغايرا، ويؤكد Kelsen في هذا الشأن على أنه قد يحدث وأن يفضل الدستور إجراء معين على حساب الآخر، وهذا ما يتجلى من خلال نصه على إمكانية قيام مسؤولية بعض الأشخاص أمام جهات قضائية خاصة وتقريره في ذلك لعقوبات جزائية في حالة اشتراكهم في وضع قواعد غير دستورية، وهذا ما تبينه المادة 158 التي تقضي بإمكانية قيام مسؤولية الرئيس في حالة ارتكابه للخيانة العظمى ومثوله كنتيجة لذلك أمام المحكمة العليا للدولة، وبما أن المؤسس الدستوري الجزائري قد نص حرفيا على**

(حالة ارتكاب الخيانة العظمى) فإنه يحبذ احترام الرئيس للدستور، وهكذا فإن الافتراض الذي يقترحه Kelsen كفيل بحل المشكلة بتناقض ظاهر داخل القانون، إذ هو تناقض بين الإرادة الصريحة للمؤسس الدستوري الذي يؤكد على أن التصرف يجب أن يكون، وبين إرادة الجهاز التنفيذي الذي يؤكد على أن التصرف يجب أن لا يكون، أو العكس بالعكس، كما أن هذا الافتراض كفيل بإعطاء قاعدة أو أساس قانوني لأعمال مخالفة للدستور رغم أنه لهذه الأعمال آثارا قانونية واضحة خاصة إذا تعلق الأمر بتعديل الدستوري التي ستكون له آثار معيارية.

وعليه فإن هذا الافتراض يقوي من شوكة النظرية التقليدية للقانون الدستوري والتي تضعف الملاحظ الذي ليس له أي خيار آخر غير دعم بطلان الأعمال الرئاسية رغم كونها فعلية وتعد من قبل أصحابها أو من قبل أي جهاز دستوري آخر واجبة أو ممكنة (34)، إن هذا الحل المعقد والدقيق مردود من وجهة نظر الفقه الحديث بحجة أن التناقض لا يمكن رفعه لا من وجهة نظر منطقية ولا قانونية، إننا نكتفي هنا بافتراض وجود قاعدة تمنح الاختصاص للرئيس حتى يباشر أعمالا مخالفة للدستور، وذلك بموجب مبدأ من مبادئ التفسير العلمي الذي يقضي بأن كل الأعمال أو القواعد القانونية تجد لها أساسا في قاعدة أعلى منها، وإذا افترضنا أن الرئيس هو من يثير هذه القاعدة المزعومة بنفسه وليس الملاحظ، فإن ذلك لا يغير في الأمر شيئا، حيث أننا سنكون مجبرين على القول بأن رئيس الدولة قد استعمل اعتبارا قاعدة أو مبدأ تفسيريا ليس له أساس نصي.

ب- الممارسة الدستورية كأعمال منشئة للقانون:

إن فشل الفقهاء الدستوري التقليدي الذي يتجلى حسب الفقه الحديث في الخلافات العديدة بين الفقهاء حول صلاحية الممارسة الدستورية يفضي منطقيا إلى حل آخر، ومؤدى هذا الحل يظهر من خلال طرح التساؤل التالي: إذا لم يكن بالإمكان تبرير هذه الممارسات بواسطة القواعد الدستورية الأصلية، أفلا يكون ممكنا تأسيسها على قواعد جديدة من وضع هذه الممارسات في حد ذاتها؟ هذا ما من شأنه أن يسمح بتخليص اللاشريعة أو بكل بساطة غياب الأساس القانوني من التصرفات التي لا

يستشف مضمونها من الدستور بسهولة، وعندما تكتسب هذه التصرفات صفة الأعمال المنشئة للقانون يصبح بإمكانها أن تحضى بالمشروعية وتظهر في مظهر الأعمال القانونية المطابقة للدستور وحتى من حيث مضمونها، وهذا في الحقيقة رهان صعب في ظل وجود دستور مكتوب وجامد لأننا بإعطاء هذه التصرفات صفة الأعمال المنشئة للقانون فإننا ننسب لها آثارا خارجية لا يميزها هذا الدستور ولا ينظمها، وبعبارة أخرى فإننا بسعيينا لحل مشكل عدم الدستورية نتجه نحو خلق مشكل آخر... وفضلا عن العائق القانوني فإنه تصادفنا عوائق أخرى متصلة بفكرة قانون العادات والأعراف، وهي كلها أساسا عوائق منطقية ومادية، إما كون هذه العوائق منطقية فيتمثل في استحالة الانتقال من الوجود إلى وجوب الوجود، وكذا استحالة وضع قاعدة بواسطة أعمال يفترض وجودها القانوني سلفا وجود هذه القاعدة، إما كونها عوائق مادية فيتمثل في استحالة التعرف على هذا القانون.

وسنعمد في هذا المقام إلى دراسة موقف Kelsen الذي يعد أحد القائمين بالنظرية التقليدية الذين أقروا بإمكانية ظهور القانون خارج إطار الدستور المكتوب، ثم نتعرض إلى نقد هذا الموقف من قبل الفقه الحديث الذي يحاول بدوره هو أيضا من خلال حجج جديدة إلحاق الممارسة الدستورية بمصدر أصلي للقانون إن لم يكن المصدر الوحيد.

ج- ظهور قانون خارج إطار الدستور المكتوب:

لنستعرض أولا وباختصار الحل الذي يقترحه Kelsen: حيث يرى أنه بالإمكان أن تكون ممارسة ما منشئة للقانون إذا توافرت مجموعة من الشروط "dans certaines conditions identiques d'une certaine façon identique" التي تأتي على تعدادها:
- يجب أن تتمتع هذه الممارسة بخصائص العرف الذي يحتوي حسب Kelsen على عنصر مادي بإمكانه أن يوجد عنصرا ذاتيا، أما العنصر المادي فيتمثل في تكرار سلوك ما بالطريقة نفسها إذا توافرت الشروط نفسها، وأما العنصر الذاتي فيتمثل في الحكم القانوني، وهو حكم الفاعلين الذي على أساسه يمكن القول بإلزامية هذا السلوك من جواره، ولقد تأتي هذا الحكم من كون هذا السلوك قد حدث في وقت طويل وكاف.

-يجب أن تكون هذه الممارسة باعتبارها فعلا منشأ للقانون قد تم تأسيسها "institué" من قبل قاعدة عليا لا يمكن من دونها اعتبار تطبيق هذا القانون الجديد تطبيقا موافقا للدستور، وإذا لم يكن هذا التأهيل نتاجا للدستور الوضعي، فإننا نفترض أن تأسيس العرف قد تم في إطار الدستور بمعناه المنطقي أي في إطار القاعدة الأساسية، وهذا من شأنه أن يسمح بفهم وتبرير كون قانون العادات والأعراف يتمتع بقوة مخالفة القوانين الدستورية الرسمية وحتى القوانين الدستورية التي تستبعد صراحة تطبيق القواعد العرفية(35).

وإذا ما أسقطنا هذا الطرح على الجزائر، فإننا نقر بأن تصرفا من تصرفات رئيس الجمهورية مثلا قد يتدرج ليصبح جائزا أو واجبا في نظر الرئيس وخلفه متى كان هذا التصرف متكررا وموحدا حتى ولو لم ينظمه الدستور صراحة أو منعه، وهنا نكون أمام وضع للقانون بواسطة العرف، فهو ليس وضعا للقانون مؤسسا على تأهيل من دستور 28 نوفمبر 1996 بل مؤسسا على تأهيل من قاعدة أساسية تؤسس من جهة لهذا الدستور باعتباره قانونا مكتوبا ومن جهة أخرى وبالتساوي للعرف الذي من شأنه على أساس هذا التساوي بينه وبين الدستور أن يخالف الدستور.

خاتمة :

ويجدر بنا في هذا الباب أن نوضح أن القاعدة العرفية التي تبرر الحالة الخاصة جدا لاختراق رئيس الدولة لحكم من أحكام الدستور هي قاعدة سلبية، حيث أنها تقوم بإلغاء هذا الحكم الدستوري محل الاختراق والذي أصبح غير فعال وتبدله بحكم يؤهل تصرف الرئيس، وهي وضعية سقطت بالنقادم إذ لا تتحقق إلا إذا أصبحت القاعدة الدستورية التي تمنع تصرف الرئيس معطلة وغير محترمة، ويصطدم هذا الحل بمختلف العوائق التي سبق وأن أشرنا إليها.

العائق المنطقي: من المفترض أن الفعل لا يمكنه أن ينشئ قاعدة، فلا يمكننا مثلا أن نقول بأنه بإمكان الرئيس أن يستعمل المادة 176 بدل المادة 174 لتعديل الدستور زعما منه بأنه يباشر عملا قانونيا، إذ

كيف لتصرف ما سواء كان متكررا أم لا وسواء اعتبره صاحبه جوازيا أم واجبا أن يخلق قاعدة تعود لتبرره؟
 إن الصعوبة تكمن هنا في كون القاعدة العليا التي يحتج بها الفقيه النمساوي غير موجودة أصلا، فهو يطلب منا أن نفترض وجودها، ولكن منطق التعريف يقضي بأن الافتراض لا يقوم مقام القاعدة، وبما أن الدستور لا يتوقع أو يمنع أصلا مسار وضع القواعد عن طريق العرف دون أن يكون هناك أي وجود لقاعدة فوق دستورية وضعية تؤهل هذا المسار، فمن الصعب على الملاحظ أن يحتج بقاعدة تبرر تصرف الرئيس، وإذا ما حدث وأن قام الملاحظ بذلك دون أن يكون له أساس وضعي، فإنه هو من يحتال ويسمح بالانتقال من الوجود إلى وجوب الوجود.

كما أنه لا يمكن من الناحية المنطقية أيضا أن يتحجج جهاز من الأجهزة بقاعدة لم توجد بعد، إذ كيف للرئيس مثلا أن يقبل بكامل إرادته بتطبيق قاعدة تسمح له بإقالة وزيره الأول في حين أنه يفترض أن هذه القاعدة غير موجودة سلفا.
 إن العنصر الذاتي المتمثل في الحكم القانوني يفترض على النقيض من ذلك أن يكون للفاعلين إدراك لتطبيق قانون لم يوجد بعد. فضلا عن ذلك، فإنه بالرجوع إلى الدستور الذي لا يؤهل تصرفات الفاعلين أو يمنعها أصلا، يمكننا القول بأنه للفاعلين رؤية خاطئة للقانون الواجب التطبيق، ومع ذلك فإنه ليس لهم أن يدفعوا دائما بتطبيق قاعدة قانونية لم توجد بعد.

وفي هذه الحالة نكون بصدد ثغرة زمنية يبدو أن كالمس لم يتمكن من سدها لأن الحل الذي يقترحه يقضي بأن نفترض مسبقا بأن القاعدة الناشئة غير موجودة سلفا، إذ أن الأعمال التي تشكل العرف ليس لها ابتداء المعنى الذاتي للإلزام لأنه ليس ثمة في البداية غير العنصر المادي المتمثل في تكرار التصرف الذي من شأنه أن يخلق فيم بعد الإحساس بالطابع الإلزامي لهذا التصرف، وبالتالي فإن الفاعلين يؤمنون عن حسن نية بوجود قاعدة لم يسبق وأن كان لها وجود فعلي أبدا وبهذا فإنه يبدو أن إدراكهم المضلل به بدل أن نقول إدراكهم الخاطئ بالمعنى الضيق هو الذي ينشئ القاعدة. إن هذا التفسير قد

يكون صحيحا ومعتبرا من الناحية النفسية، ولكنه لا يفيد من الناحية المنطقية في شيء لأنه يحمل على القول بأن قاعدة ما موجودة وغير موجودة في آن واحد، كما يحمل على احترام قاعدة ما زالت لم توجد بعد.

العائق المادي: إن هذا العائق هو نتيجة للعائق المنطقي، إذ كيف يمكن للملاحظ أن يتعرف على قاعدة ما وليدة الممارسة بما أن مسار نشأتها غير مؤكد وغير مبرر بموجب قاعدة وضعية؟ إذا ضربنا مثلا على ذلك بالعرف الإلغائي فإن الافتراض الأولي هو افتراض وجود تصرف يناقض تماما قاعدة وضعية عليا، وفي هذه الحالة فإن هناك بدائل في تناول المفسر حسب Kelsen وذلك حسب أحد الاحتمالين التاليين:

إذا كان تردد التصرف المناقض لقاعدة ما لا يتجاوز حدا معين ما فإنه لرجل القانون أن يقول بعدم شرعية هذا التصرف، وإذا تجاوز تردد هذا التصرف حدا معينا خلافا للحالة الأولى فإن علم القانون مدعو إلى اعتبار القاعدة القانونية المخترقة من طرف هذا التصرف كقاعدة غير صحيحة وإلى استبدال وصفها من قاعدة قانونية إلى وصف آخر، إن القاعدة العرفية ليس لها واضع بالمعنى الصحيح للكلمة، حيث أن نشأة القانون العرفي تبرر بظهور غامض لصورة جماعية تفيد ضرورة القيام بالسلوكات على نحو محدد، إن التحلي الوحيد لعنصر الإرادة يكمن حسب Kelsen في إرادة كل واحد من أفراد المجموعة في تبني هذا السلوك من طرف بقية المجموعة. وهكذا فإن هذا القانون لا يوضع إراديا ورسميا في زمن معين، وفضلا عن ذلك فإنه محل موافقة لاحقة لا تتحقق هي الأخرى إلا بشكل خفي. إذن كيف لنا أن نحدد وجود هذا القانون إذا لم يكن ناشئا بموجب عمل سواء كان انفراديا أو تعاقديا ولو ضمينا؟ إن العوامل الوحيدة التي يمكن مراقبتها واقعا هي مميزات التصرف والمتمثلة في العمومية والأقدمية والثبات والشهرة... ولكن كل ذلك لا يثبت بأي حال من الأحوال وجود قاعدة، إذ كيف يمكننا كما يقول F. Gény أن نتعرف على قاعدة لا تعبر عن نفسها؟ لقد كان الفقه التقليدي يقر في ما مضى بأنه ليس ثمة علاقة بين التطبيق والتفسير وبين حرية

العمل وحرية الحكم، وأنهما في درجتين مختلفتين عن بعضهما البعض. فإذا كان واجبا على الرئيس التصرف في بعض الحالات وجائزا له التصرف في حالات أخرى، فإنه لم يكن لتفسيره في كل الأحوال أن يغير من هذا الحد، وتظهر هذه الظاهرة في إطار فكر القرارات الحاسمة كدليل جديد على أن وضع القانون يتم بمعزل عن مضمون القواعد الموضوعة سلفا حيث أن القواعد لا تستنتج كلية من خلال مضمون قواعد أخرى. وتتنحصر القرارات التفسيرية من هذه السيطرة وما يهم أكثر ليس نظام القواعد بل نظام الأجهزة ممثلة في مجموعة من السلطات التي بإمكانها في إطار علاقاتها المتبادلة أن تفرض وتجزئ تفسيراتها وأن تضع وتعيد وضع القواعد القانونية، وإذا أخذنا مثال الممارسات الدستورية يتضح لنا بأن تحديد رئيس الجمهورية لاختصاصاته بنفسه يؤدي حسب الفقه الدستوري إلى الطعن في تصنيف صلاحيات الرئيس المستمد من حرفية الدستور، ويقترح أحد الفقهاء في هذا الشأن التخلي عن توزيع السلطات بين سلطات خاصة وسلطات مشتركة لأن هذا التوزيع لا يتوافق مع التفسيرات الرئاسية لصالح التوزيع بين السلطات التقديرية والسلطات المقيدة الذي يتطابق مع هذه التفسيرات، مع الأخذ بعين الاعتبار سلطات ترخيصه جديدة غير منصوص عليها دستوريا(36).

الهوامش:

- (1)- Dominique Rousseau, « La justice constitutionnelle en Europe, Ed, Montchrestien, 4 éd et 2 éd 1996, p107.
- (2)- Jean-Giquel, « Droit constitutionnel et institutions politique », Ed ; Montchrestien, 14 éd, 1995, p170et s.
- (3)- Dominique Rousseau, « Droit du contentieux constitutionnel, Ed, Montchrestien, 4 éd, 1995, p332.
- (4)-« ... Les décisions de conseil constitutionnel sent de plus en plus libre a l'égard de la norme constitutionnel et exagère, a notre avis, le rôle créateur de norme de sa jurisprudence... » Dmitri George lavroff, le droit constitutionnel de la Ve République, 3éd, Dalloz, 1999 , p244 et s.
- (5)- « Tout le monde admet aujourd'hui que l'interprétation de la norme juridique comporte un aspect de création, sauf lorsque la norme est tellement simple quelle ne demande aucune interprétation, l'interpréteur est tenue de construire le sens qu'il faut lui donner, dans les circonstances de temps, de lieu...s, On comprend que l'appréciation de la conformité d'une règle , a laquelle il convient de donner un sens, a une autre règle, qui n'est pas toujours exprimée clairement dans un texte » D.G lavroff, op, cit, p252.

(6)- Pierre Avril, « les convention de la constitution », Ed , P.U.F, 1992, p 58 et s.

(7)- - Pierre Avril, op cit, p78 et s.

(8)- د/ مجدي مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري "دراسة مقارنة"، مكتبة الجلاء الجديد، المنصور، 2003،
42.

(9)- د/ حنان محمد القيسي، النظرية العامة في القانون الدستوري، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2015، ص
40.

(10)- DUGUIT, Traite de droit constitutionnel, T1 , 1928, pp 202-204

(11)- J.Austin, « lectures on jurisprudence or philosophy of positive law, 1869,p88.

(12)- د/ منذر الشاوي، القانون الدستوري و المؤسسات الدستورية العراقية، طبعة رقم 2، مطبعة شفيق ، بغداد، 1966، ص 71 - 72.

(13)- و عليه فإن الدستور في ظل هذا النظام سيبيّن طريقة تركيز السلطة بيد من؛ بحيث يعود له وحده أمر ممارستها، و من هذا المنطلق يمكن اعتبار الدستور وسيلة يتحدد بمقتضاها المهيمن و القابض على السلطة في الدولة، إذا كانت تتركز في فئة كما يبدو في دستور 1963 الجزائري الذي يظهر مدى توفيق حزب جبهة التحرير الوطني في الحكم، أو يظهر استحواذ السلطة في يد فرد مثلما أظهرته دساتير الجزائر بعد 1963.

(14)- Dominique Rousseau, « Droit du contentieux constitutionnel, Ed, Montchrestien, 4 éd 1995, p332.

(15)- د/ علي غالب العاني، القانون الدستوري، بغداد، 1977، ص

(16)- M. Olivier Camy, dans son article sur "la controverse de l'article 68 - Aspects théologiques" ,Revue de droit public, 2001, n° 3, p 811.

(17)- د/ علي غالب العاني، مرجع سابق، ص 158.

(18)- د/ سامي جمال الدين، النظم السياسية و القانون الدستوري، ص 359.

(19)- د/طه رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1979، ص 279.

(20)- هناك من يرى انه لا بد من وجود جهة تختص بتفسير أحكام الدستور، و وجودها يعد بمثابة صمام أمان لكيان الدولة و مؤسساتها الدستورية و المرجع الأخير عندما يقع الخلاف و يحتدم بين السلطتين التنفيذية و التشريعية، أو في إحداها حول مفهوم احد النصوص الدستورية، انظر

د/ عبد اللطيف راضي، فهم الدستور و منهج التفسير، الجامعة الأردنية، الطبعة الأولى 2011، ص ص 11-13.

(21)- ميشال تروبير، فلسفة القانون ، ترجمة جورج سعد، دار الأنوار للطباعة والنشر، 2004 ص99.

(22)- د/ مجدي مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، مكتبة الجلاء الجديد، المنصورة ، طبعة 2003، ص ص 41-42.

(23)- " la bonne norme" est déduite grâce à un raisonnement que le juge constitutionnel aurait pu tenir ou a tenu. L'hypothèse d'une "lacune technique" selon laquelle le constituant "aurait omis de poser une règle sur un point qu'il aurait dû régler, pour qu'il soit seulement possible, techniquement parlant, d'appliquer la loi" n'a pas

été envisagée. Hans Kelsen, la théorie pure de droit, op cit 353.

(24) - Hans kelsen, op cit, p 349.

(25) - ميشال تروبير، المرجع السابق، ص 100.

(26) - J. Laferrière, Manuel de Droit

Constitutionnel , Montchrestien, 1947, p347.

(27) - Voir par exemple P. Jestaz qui affirme que le trait dominant de la coutume "n'est certainement pas son caractère répétitif" in "La jurisprudence: réflexions sur un malentendu", D. 1987, p.16.

(28) - حيث تنص المادة 176 من دستور 28 نوفمبر 1996 : إذا ارتأى المجلس الدستوري أن مشروع أي تعديل دستوري لا يمس البنية المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري... أمكن رئيس الجمهورية أن يصدر القانون الذي يتضمن التعديل الدستوري مباشرة دون أن يعرضه على الاستفتاء الشعبي.."

(29) - O. Duhamel, Le pouvoir politique en France, Montchrestien, 1991, p159.

(30) - M. Troper suivi par B. Uwanno admet que la pratique crée elle-même "une norme prescrivant de se comporter comme on l'a fait jusqu'à présent", cité par O. Beaud in "Les conventions de la Constitution", Droits, 1986, p. 130.

(31) - G. Vedel, dans un article du Monde du 22-23 décembre 1968, " Aujourd'hui Y. Mény admet que des "conventions sont" immédiatement acceptées et s'imposent définitivement sans contestation, p. 55.

(32) - كما هو الحال مع التعديل الدستوري 2016 حيث نجد أن رئيس الجمهورية قام بتعديل المادة 03 من دستور 28 نوفمبر 1996 بإضافة "تمازيغت كلغة وطنية و رسمية"، و التي جاءت مخالفة لنص المادة 178 "لا يمكن أي تعديل أن يمس..." في فقرتها الرابعة "العربية باعتبارها اللغة الوطنية و الرسمية"، فهذا إلا يعتبر مخافة صريحة و علنية للدستور، و بالمقابل نجد أن سلطة رئيس الجمهورية في تفسير نص دستوري قد تجعل منه نصا صحيح من الناحية الدستورية، و بعد مروره على جميع مراحل التعديل انتهاء إلى نشره في الجريدة الرسمية يصبح سلطة رئيس الجمهورية في تفسير الدستور تخلق قواعد دستورية جديدة، و تصبح لها قوة و آثار معيارية.

(33) - كما هو الحال مع المادة 3 مكرر التي قام رئيس الجمهورية بإضافتها في تعديل 2016.

(34) - La doctrine traditionnelle qui affirme simplement qu'un acte contraire à la Constitution est nul est représentée notamment par J. Laferrière, L. Duguit et R. Carré de Malberg. Voir M. Troper, "Le problème de l'interprétation", op cit, p. 138.

(35) - H. Kelsen, Théorie pure..., op cit, p. 306.

(36) - O. Jouanjan, Le principe d'égalité devant la loi et le contrôle juridictionnel des actes du législateur et de l'administration en droit allemand, thèse dactyl., U. de Bourgogne, 1990, p. 292

قائمة المراجع باللغة العربية :

- د/ مجدي مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري "دراسة مقارنة"، مكتبة الجلاء الجديد، المنصور 2003.
- د/ حنان محمد القيسي، النظرية العامة في القانون الدستوري، المركز القومي للاصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2015.
- د/ منذر الشاوي، القانون الدستوري و المؤسسات الدستورية العراقية، طبعة رقم 2، مطبعة شفيق ، بغداد، 1966.
- د/ علي غالب العاني، القانون الدستوري، بغداد، 1977.
- د/ سامي جمال الدين، النظم السياسية و القانون الدستوري. د/طه رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1979.
- د/ عبد اللطيف راضي، فهم الدستور و منهج التفسير، الجامعة الأردنية، الطبعة الأولى 2011.
- ميشال تروبير ،فلسفة القانون ، ترجمة جورج سعد ،دار الأنوار للطباعة والنشر ،2004.
- د/ مجدي مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، مكتبة الجلاء الجديد، المنصورة ، طبعة 2003.

باللغة الفرنسية :

- **Dominique Rousseau**, « La justice constitutionnelle en Europe, Ed, Montchrestien, 4 éd et 2 éd 1996

- **Jean-Giquel**, « Droit constitutionnel et institutions politique », Ed ; Montchrestien, 14 éd, 1995
- **Dominique Rousseau**, « Droit du contentieux constitutionnel, Ed, Montchrestien, 4 éd, 1995
- **Dmitri George lavroff**, le droit constitutionnel de la Ve République, 3éd, Dalloz, 1999
- **Pierre Avril**, « les convention de la constitution », Ed , P.U.F, 1992.
- **Olivier Beaud**, in "Les conventions de la Constitution", Droits, 1986
- **Hans kelsen**, « la théorie pure de droit
- **O. Jouanjan**, Le principe d'égalité devant la loi et le contrôle juridictionnel des actes du législateur et de l'administration en droit allemand , thèse dactyl., U. de Bourgogne, 1990